ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA

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

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

14

DOCTRINA

A) TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

01/ Entre personas y cosas: animales y robots. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (España). 14

02/ "Uno studio in rosso". Sicurezza, sistemi e alterità artificiali. Manolita Francesca (Italia)..... 54

03/ La doctrina de don Federico de Castro sobre la cuestión foral y el Derecho civil aragonés. José Luis Moreu Ballonga (España)..... 84

04/ Trasplante y formante: hermanos, pero no gemelos. Hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica. Alfredo Ferrante (Italia)..... 168

05/ /Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini. Carlo Mignone (Italia) 208

06/ Rileggendo le Sezioni Unite di San Martino a dodici anni di distanza: premesse per una discussione. Luca Oliveri (Italia) 254

B) DERECHO DE LA PERSONA

07/ La reforma del *codice civile* en materia de protección de personas privadas de autonomía. Eva María Martín Azcano (España) 294

C) DERECHO DE FAMILIA

08/ Parejas de hecho: historia, régimen y perspectivas de futuro. Gabriel García Cantero (España)..... 322

09/ La edad núbil en el ordenamiento español tras la reforma del 2015: especial incidencia del Derecho foral. Alejandro Nieto Cruz (España).... 380

10/ Derecho a celebrar matrimonio y personas con discapacidad. Una cuestión de autonomía y dignidad desde el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad. Silvia Eugenia Fernández (Argentina) 406

D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

11/ Las propuestas de reforma legislativa del Libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil. Isabel Zurita Martín (España) 438

12/ La potenziale "prociclicità" di alcune regole a tutela dei c.dd. contraenti deboli ed il diritto della concorrenza nella crisi economico-sanitaria. Giovanni Berti de Marinis (Italia)..... 488

13/ Inexistencia y nulidad en el Derecho chileno. Belén Lama Gálvez (Chile).514

E) DERECHOS REALES

14/ Proprietà collettiva, usi civici e ordinamento civile in Italia. Maria Cristina Cervale (Italia) 532

F) DERECHO DE SUCESIONES

15/ Colación de participaciones societarias y de empresa en el derecho italiano. Vincenzo Barba (Italia)..... 558

16/ En torno a los fundamentos del derecho de regreso en favor del coheredero solidario. Juan Carlos Prado Rodríguez (Ecuador) 576

G) DERECHO DE CONSUMO

17/ Interpretación de los contratos de consumo en Italia. Lorenzo Mezzasoma (Italia) 610

18/ Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: a propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión. Manuel Ángel Gómez Valenzuela (España)..... 630

19/ La carga de evaluar la solvencia del consumidor en Chile y sus consecuencias jurídicas, a la luz de las normas contenidas en la ley sobre protección de los derechos de los consumidores. Francisca Barrientos y Sebastián Bozzo Hauri (Chile)..... 692

H) DERECHO Y BIOÉTICA

20/ Protección de datos personales en el ámbito sanitario y de investigación biomédica: una visión europea. Aitziber Emaldi Cirión (España).....718

21/ Salute, ambiente e iniziativa economica: tecniche di bilanciamento ed effettività dei rimedi. Camilla Crea y Luca E. Perriello (Italia)..... 748

22/ Il consenso informato e l'arresto della pubertà nell'ordinamento italo-europeo. Antonio Magni (Italia)..... 794

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

23/ Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche. Mariassunta Imbrenda (Italia) 814

J) DERECHO Y DEPORTE

24/ Profili applicativi della clausola compromissoria in ambito sportivo. Studio di diritto domestico e comparato. Salvatore Aceto di Capriglia (Italia)..... 842

K) DERECHO Y PROPIEDAD INTELECTUAL

25/ L'opera d'arte figurativa: recenti sviluppi nella giurisprudenza italiana e statunitense. Raffaele Aveta (Italia) 898

L) DERECHO REGISTRAL

26/ Apuntes para una reflexión sobre el procedimiento de subsanación de errores en el Registro del Estado Civil cubano. Alejandro Pérez Diz (Cuba)..... 924

M) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

27/ Ley aplicable a los contratos internacionales en el Derecho peruano. Luz Monge Talavera (Perú)... 944

N) DERECHO DEL TRABAJO

28/ El contrato de trabajo del personal de alta dirección: peculiaridades extintivas. Francisco Ramos Moragues (España)... 970

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

29/ Distribución de gastos hipotecarios, comisión de apertura, plazo de prescripción de la acción restitutoria e imposición de costas judiciales. La STJUE de 16 de julio de 2020 y su incidencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España)... 996

30/ La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. A propósito del ATC 40/2020 de 30 de abril. Joaquín Sarrión Esteve (España)... 1026

31/ El traslado transfronterizo y la determinación de la ley aplicable (*lex societatis*) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Álvaro Bueno Biot (España)... 1040

PANORAMA

32/ Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de Derecho peruano. Enrique Varsi Rospigliosi (Perú) y Romina Santillán Santa Cruz (España)... 1060

33/ Termini e funzioni del tempo nella conformazione dei regolamenti di interessi. Antonella Tartaglia Polcini (Italia)... 1082

RECENSIONES

34/ Arnau Moya, F.: La compraventa de cítricos en la Comunitat Valenciana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 375 pp. José Ramón de Verda y Beamonte. ... 1134

35/ Martínez Calvo, J.: La guarda y custodia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 624 pp. José Ramón de Verda y Beamonte... 1137

36/ Zurita Martín, I.: La responsabilidad por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos, Reus, Madrid, 2020, 248 pp. Francisco Javier Jiménez Muñoz... 1141

37/ Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.), García Mayo, M. (coord.): Coronavirus y Derecho en estado de alarma, Reus, Madrid, 2021, 512 pp. Agustín Andrades Navarro. ... 1147

38/ Sancho López, M.: Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes, Tirant lo Blanch, València, 2020, 374 pp. Pedro Chaparro Matamoros. ... 1158

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN

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

COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

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

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

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, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

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

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

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

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

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

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

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

Dr. 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

Dr. 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 Ordinario 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: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia
Investigadora 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 dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

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

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, 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

Dr. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Dra. Elena de Luis García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

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

Dr. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Giuseppe Garofalo
Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España.

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España.

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

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

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

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di DIritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", 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

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Investigadora del Grupo de Investigación "Ius Familiae" de la Universidad de Zaragoza, España

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

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

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

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

DOCTRINA

ENTRE PERSONAS Y COSAS: ANIMALES Y ROBOTS

BETWEEN PEOPLE AND THINGS: ANIMALS AND ROBOTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 14-53

Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de agosto de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: En el presente trabajo su autor estudia dos temas diversos, aunque relacionados con el dilema de situar a los animales y los robots entre las personas y las cosas, con la consiguiente repercusión práctica que ello supone.

Acerca de los animales, teniendo presente que, según la nueva realidad social y jurídica, son seres sintientes, sin la necesidad de personificarlos, pero sin admitir tampoco que son simples cosas, considera el autor que aquella realidad hace que los animales sean un tipo de bien u objeto de derecho especial, merecedor de una singular protección, mas sin necesidad de crear por ello ninguna categoría híbrida entre las personas y las cosas, entre los sujetos y los objetos de derecho.

En otro orden, considera el autor que los robots -aun- con inteligencia artificial no son -hoy al menos- personas, sino simples cosas, pero propone -con fundamento en algunas Resoluciones del Parlamento europeo- que en un futuro la robótica pueda ostentar una personalidad fundacional.

PALABRAS CLAVE: Persona; persona jurídica; fundación; cosas; animales; bien y objeto de derecho; dignidad y bienestar animal; robots; inteligencia artificial; responsabilidad por daños; responsabilidad por productos defectuosos; responsabilidad por accidentes de circulación de vehículos de motor.

ABSTRACT: *In the present work, the author studies two different topics, although related to the dilemma of placing animals and robots between people and things, with the consequent practical repercussions that this entails.*

Regarding animals, bearing in mind that, according to the new social and legal reality, they are sentient beings, without the need to personify them, but without admitting that they are simple things, the author considers that that reality makes animals a type of good or object of special law, deserving of a unique protection, but without the need to create any hybrid category between people and things, between subjects and objects of law.

In another order, the author considers that robots -even- with artificial intelligence are not -today at least- people, but simple things, but he proposes -based on some Resolutions of the European Parliament- that in the future robotics may show a founding personality.

KEY WORDS: *Person; Legal entity; Foundation; thing; animals; object of rights; dignity and welfare; robots; artificial intelligence; responsibility for damages; responsibility for defective products; responsibility for motor vehicle accidents.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN: OCASIÓN -Y PROPÓSITO- DEL PRESENTE ESTUDIO SOBRE ANIMALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.- PRIMERA PARTE: ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ANIMALES, ¿COMO TERTIUM GENUS?- I. EL DILEMA: LOS ANIMALES, ENTRE PERSONAS Y COSAS.- II.- LOS ANIMALES COMO SERES SINTIENTES: ENTRE LA DIGNIDAD Y EL BIENESTAR ANIMAL.- III. UNA "NUEVA" REALIDAD JURÍDICA SOBRE LOS ANIMALES COMO SERES "SINTIENTES", Y LA ACTUAL VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL BIENESTAR ANIMAL.- IV. Y LA DEBIDA ADECUACIÓN -EN DEVENIR- DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL A TALES REALIDAD Y PRINCIPIO.- 1. La malograda propuesta de reforma del Derecho civil español: los animales como seres sintientes, diversos de las cosas, pero sometidos supletoriamente a su régimen jurídico.- 2. Los animales: ¿tertium genus entre las personas y las cosas, o especie singular de bien, como objeto de derecho?- SEGUNDA PARTE: ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ROBOTS.- I. EL DILEMA, COMO PRIMERA CUESTIÓN: LOS ROBOTS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ENTRE PERSONAS Y COSAS.- 1. Exposición de las diversas tesis y la consideración de los robots como cosas, sin personalidad, como la -actual- posición mayoritaria.- 2. En particular, la comparación entre los actuales robots y los esclavos del Derecho romano clásico: los robots-esclavos.- II. Y COMO SEGUNDA CUESTIÓN: LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LOS ROBOTS, ¿A QUIÉN CORRESPONDE?- 1. ¿Al robot?- 2. ¿O al creador y, en su caso, al usuario del robot?, y ¿con qué fundamento jurídico? A su propósito, la diferencia entre robots y animales.- 3. En particular, la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos y por accidentes de circulación de vehículos de motor.- III. ENTRE BROMAS Y VERAS, ELUCUBRACIONES SOBRE OTRA POSIBLE HIPÓTESIS DE FUTURO: LAS FUNDACIONES ROBÓTICAS.

INTRODUCCIÓN: OCASIÓN -Y PROPÓSITO- DEL PRESENTE ESTUDIO SOBRE ANIMALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Durante aquellos largos meses de tan severo, como necesario confinamiento, por gentileza de la editorial REUS llegaron a mis manos dos magníficas obras, cuya autoría correspondía a probos y brillantes juristas, que me hicieron más liviano aquel enclaustramiento: una de ellas, publicada en abril de 2020 dentro de la colección "Animales y Derecho", que edita REUS, era de D. José Manuel de Torres Perea, Prof. Titular de Derecho Civil, de la Universidad de Málaga, titulada: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles* (un tema, confieso, en parte también abordado por mí, aunque en mi caso con menor ambición, a fin de resolver un problema más concreto: el de *Crisis familiares y animales domésticos*, publicado también en la misma colección de la editorial Reus, justo antes de aquella obra, a finales de 2019). La otra monografía, publicada dentro de la colección "Derecho de las nuevas tecnologías", que también edita REUS, y que yo mismo codirijo con el autor, se publicaba, en junio de 2020, una nueva obra de D. Miguel L. Lacruz Mantecón,

• Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: gcerdeira@us.es

Prof. Titular de Derecho Civil, de la Universidad de Zaragoza, titulada: *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*.

Tras su lectura, me animé a realizar sendas recensiones que se publicarían prontamente, en aquel mismo año, en la *Revista de Derecho Privado*, y que hice no solo por ocupar el tanto tiempo "libre" de que se disponía en aquellos momentos, sino, más rectamente, por lo provocativo y sugerente de tales obras, que abordaban unos temas, que aunque diferentes, están íntimamente relacionados, pues en ambos se debate hoy la cuestión de la personificación jurídica a modo de dilema, entre personas y cosas, de los animales y de la inteligencia artificial, respectivamente. Se trata de asuntos actuales, y sin duda de futuro, de calado filosófico, y también jurídico, dogmático, pero también práctico (según podrá comprobarse en las páginas que siguen).

Sea todo ello dicho, o confesado si se quiere, como advertencia de que el presente trabajo es un compendio, revisado y adecuado a la presente publicación, de aquellas dos recensiones que, es de advertir, no fueron hechas al uso de las muchas que se hacen en nuestros días, meramente descriptivas de la obra recensionada y acríticamente elogiosas de su contenido y de su autor, casi como quien, en realidad, no hubiera leído la obra, pero sí conoce bien a su autor, se limitara a realizar un simple subrayado del índice de aquélla y de los méritos de éste. En nuestro caso, a mi modo de ver al menos, ni los autores ni sus obras merecían tan anodina recensión. Muy al contrario, eran el atractivo de sus planteamientos, la solidez de sus argumentos y lo sugerente de sus conclusiones y propuestas, los que me incitaron a realizar sendas recensiones, en parte discrepantes con las tesis mantenidas por los autores de aquellas obras.

En efecto, en aquella recensión sobre los animales, frente a la tesis de Torres Perea, quien defendía la catalogación de los animales como una suerte de *tertium genus*, entre personas y cosas, yo -tal vez en una posición conservadora- defendía mantenerlos en su consideración como cosas, aunque especiales al tratarse de seres sintientes (de seres vivos dotados de sensibilidad), según demuestra la nueva realidad social y jurídica, nacional y europea, que nos rodea. En la otra recensión, en cambio, frente a la tesis de Lacruz Mantecón, quien considera, hoy y para el futuro, a los robots como cosas, aunque singulares, yo -tal vez aquí más revolucionario, o imprudente-, aunque comparto aquella tesis -pero solo- hoy, me muestro proclive a que en un futuro, tal vez no muy lejano, quepa reconocerles personalidad jurídica.

Nada de extraño debe haber en tales diferencias de opinión. Como insiste Torres Perea a lo largo de su obra, sin duda como muestra de sabia prudencia (no de soberbia), no pretende zanjar, cerrar ningún debate, sino, al contrario, el de abrirlo para un tema aún poco tratado por la civilística española; y en el que

yo, imprudente, me atrevo a participar. Al fin y al cabo, es solo así como se hace doctrina, la sal de la vida.

Por eso mismo, precisamente, para acabar esta introducción debo agradecer a D. José Ramón De Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, y Director del Instituto de Derecho Iberoamericano, su gentileza porque tal debate pueda tener mayor difusión con la presente publicación en una revista Iberoamericana como ésta de prestigio internacional.

Mostrada, así, mi gratitud, propia de cualquier buen nacido, veamos, pues, sin mayor dilación aquel debate.

PRIMERA PARTE: ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ANIMALES, ¿COMO *TERTIUM GENUS*?

I. EL DILEMA: LOS ANIMALES, ENTRE PERSONAS Y COSAS.

Se centraba toda la obra de Torres Perea en el dilema de ubicar a los animales entre las personas o las cosas: en una primera parte aborda aquel dilema desde una dimensión metajurídica (filosófica, sociológica, científica o biológica, y hasta psicológica -y etológica-), siendo ya una visión estrictamente jurídica la que presenta en su segunda y última parte, donde el autor, sin demérito de nuestro Derecho vigente o ya propuesto para un inminente futuro (cuando salgamos de esta), se preocupa más por un futuro más lejano, haciendo una propuesta *de lege ferenda*, que, en su opinión, no es radical (ni escéptica, ni animalista recalcitrante), sino intermedia y, por ello, moderada (fruto de su recién adquirido compromiso -que no activismo- animalista):

II. LOS ANIMALES COMO SERES SINTIENTES: ENTRE LA DIGNIDAD Y EL BIENESTAR ANIMAL.

En aquella primera parte, la metajurídica, superada la tradicional idea del alma como -supuesta- cualidad exclusiva de la persona, el Prof. Torres Perea toma como punto de partida la época de finales del s. XVII y, sobre todo, la del siglo XIX, para centrarse en el raciocinio y en la dignidad como -pretendidas- cualidades exclusivas del ser humano que lo diferencian del animal. Pero cuestionadas ambas cualidades por abundantes autores de prestigio, incluso como atributos propios de la persona (que pueden llegar a predicarse también, en un futuro inmediato, de otros seres híbridos, como los ciborg), concluirá De Torres Perea, en una posición moderada y por ello acertada, que la diferencia entre personas y animales no radica en la existencia de cualidades que sean exclusivas de unas y otros, sino en

una diferencia -tan solo- de grado en cualidades que ambos -personas y animales- comparten ("lo que nos distingue -dice, en la p. 24- son cualidades de grado"), como diferencias de grado también las hay entre los propios seres humanos (según se trate de discapacitados, menores de edad, …), y entre los propios animales (según su estructura cerebral -cuya mayor complejidad prevale en los primates-, sus habilidades mentales -como la de reconocer su propia imagen-, su propia relación con el ser humano -domésticos, salvajes,…-).

Una de tales cualidades, en que Torres Perea observa solo una diferencia de grado, atiene a la capacidad de sufrimiento, tanto físico como -según parece a muchos- emocional, que también poseen los animales (¿olvidando, tal vez, tratar la aptitud para la felicidad, o cuando menos para el placer?), y que lleva al Prof. Torres a preguntarse si por tal aptitud cabe predicar de los animales cierta dignidad (lo que, llevado a sus últimas consecuencias, podría suponer, en lo jurídico, reconocer a los animales cierta capacidad jurídica, la aptitud para ser sujeto de derechos -y de deberes, no se olvide-).

Advertido, sin embargo, con fundamento en ilustres filósofos, biólogos, …, seleccionados todos ellos con esmerado acierto, que el concepto de dignidad es polisémico y que, incluso, aunque solo sea en el ámbito científico (no en el jurídico), es cuestionada la propia dignidad del ser humano (a fin de que sean permitidas prácticas científicas hoy legal o moralmente vetadas, como la clonación, …), el Prof. De Torres Perea, inspirado por la reciente reforma hecha en la Constitución suiza, concluye en favor de reconocer la dignidad animal, aunque como diversa de la dignidad humana, que, fundada -tan solo- en su aptitud para el sufrimiento, no ha de suponer reconocerle a los animales ninguna aptitud para tener derechos (ni deberes), sino tan solo el merecimiento de ser respetados como seres vivos sintientes. Su principal apoyo para abordar el concepto de dignidad animal sería ciertamente el hecho de que los animales sufren; si bien, en realidad se trata de un concepto de dignidad que no es equiparable a la humana y que sigue los postulados de Amartya Kumar Sen (Premio Nobel en 1998 por su elaboración de la theory of the capacities, en la que funda un concepto de dignidad que supera el kantiano), y su discípula Martha Nussbaum[1]. Este concepto "alternativo" de dignidad, aplicado a los animales implicaría la obligación moral del ser humano de permitir que el animal pueda desarrollar sus capacidades plenamente conforme a las características de su especie. Concepto que sirve a los efectos de dar una explicación jurídica al repetido uso del concepto "dignidad animal" por el legislador, no solo el suizo, sino muy especialmente el europeo.

1 Nussbaum, M.: "Animal Rights: The Need for a Theorical Basis", *Havard Law Review*, vol. 114, núm. 5, marzo, pp. 1506-2549, pp. 1509 y ss; *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge, MA, Ed. Belknap Press of Harvard University Press, 2007; y *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2000.

No se trataría, por tanto, de reconocer derechos a los animales, sino de imponer al ser humano el deber de respetarlos (estando en juego en tal respeto a los animales el propio respeto del ser humano a sí mismo, a su propia dignidad); esto es, el deber de evitar la crueldad gratuita, el sufrimiento innecesario del animal, solo justificado, en su más mínima expresión, cuando el sacrificio del animal tenga un destino científico o alimentario, pero no meramente lúdico (como sucede en los circos, zoos, corridas de toros, …). Todo ello se traduce, según concluye De Torres Perea, en el bienestar del animal como ser vivo sintiente, que él, siguiendo a otro Pérez Menguió[2], define en sentido amplio (como "un variado conjunto de actuaciones encaminadas a lograr la calidad de vida del animal -que- no se podría medir con parámetros humanos, tratándoles como personas, sino dispensándoles un trato y unas condiciones de vida conformes a sus necesidades ecológicas"), y que ve indubitadamente reflejado en el mismísimo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo art. 13 califica a los animales como "*sentient beings*" o "seres sintientes" ("Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles …").

Y llegado a tal dato, ya estrictamente jurídico, concluye el autor la primera parte de su obra -la metajurídica-, para comenzar la segunda y última -la legal-, donde destaca:

III. UNA NUEVA REALIDAD JURÍDICA SOBRE LOS ANIMALES COMO "SRES SINTIENTES", Y LA ACTUAL VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL BIENESTAR ANIMAL.

En cumplimiento de aquella exigencia comunitaria (contenida en aquel art. 13 TFUE), Torres Perea analiza las reformas habidas en algunos Códigos civiles europeos (Alemania, Suiza, Austria, Francia y Portugal), o la propuesta en España de reforma del CC, la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria, consensuada por todos los partidos políticos (quién lo iba a decir), aunque malograda por el anticipo de Elecciones Generales, a fin de amoldar su legislación a esa nueva realidad habida sobre los animales; una adecuación que, como destaca el autor, ya se ha plasmado dentro de España: en parte en el CC Catalán (que desde 2006 afirma en su art. 511-1, al definir los bienes: "3. Los animales, que no se consideran cosas, están bajo

2 Pérez Monguió, J.M.: *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*, ed. Bosch, Barcelona, 2005; "Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal", *Animalia*, núm. 190, 2006, pp. 56-60; "Marco jurídico de la protección animal en España desde 1929 hasta 2015: el lento y firme trote del mastín", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32/2015, pp. 1-34, BIB 2015\17053; y "El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, Zaragoza, 2018, pp. 244-280.

la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza"), y también a nivel estatal en algunas otras ramas jurídicas, como en la reforma hecha en 2003 y reforzada en 2015 del Código Penal al introducir el delito de maltrato animal, y donde según Torres Perea se protege el bienestar animal como bien jurídico protegido según la más reciente doctrina penalista[3]. También hubiera podido resaltar el autor, a mayor abundamiento de su opinión, la pléyade de normas autonómicas en España[4], que consideran a los animales -sobre todo, los de compañía y domésticos- como seres vivos dotados de sensibilidad (física y -también- psíquica, dicen algunas de tales normas -como la catalana, la gallega o la murciana-), y les dotan, por ello, de un especial régimen tuitivo, inspirado en la necesidad de garantizar el bienestar del animal; lo que se hace, especialmente, en el ámbito administrativo, aunque con alguna ocasional referencia al ámbito civil (como sucede en materia de responsabilidad por daños en aplicación del art. 1905 CC español[5])[6].

A su vista, y es esta mi opinión que comparto con Torres Perea, estamos ante una nueva realidad social y jurídica, la de considerar al animal como ser sintiente,

3 Por todos, Hava García, E.: "La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal", *Estudios Pénales y Criminológicos, vol. XXXI,* 2011, pp. 259-304; y siguiéndola, Mesías Rodríguez, J.: "Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/2, pp. 66-105 (tomado texto completo de Dialnet), quienes nos explican con detalle (Hava García, E., pp. 273 ss; y Mesías Rodríguez, J., pp. 72 ss, a las que nos remitimos) el debate habido -aún- en la ciencia penalista acerca de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos contra animales domésticos: desde quienes niegan o relativizan la existencia misma de un bien jurídicamente protegido en tales delitos, pasando por quienes estiman que el bien jurídico protegido es el medio ambiente, la vida, salud y dignidad del propio animal, o bien la de su dueño, o la de la sociedad en general, hasta la posición más reciente (que, precisamente, defienden Hava García, E., pp. 288; y, siguiéndola, Mesías Rodríguez, J., pp. 76 y 77), de que es el propio bienestar del animal, concluyendo así con fundamento, también, en el Derecho comunitario y en el de nuestras Comunidades autónomas.

4 Por puro orden cronológico de las normas vigentes, son: la Ley 7/1990, de 28 diciembre, de protección de los animales domésticos, de Castilla-La Mancha; la Ley 8/1991, de 30 abril, de protección de animales, de Canarias; la Ley 3/1998, de 18 marzo, de protección de animales, de Cantabria, la Ley 1/1992, de 8 abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano, de las Islas Baleares; la Ley 6/1993, de 29 octubre, de protección de los animales, del País Vasco; la Ley 4/1994, de 8 julio, sobre protección de los animales de compañía, de Valencia; la Ley 5/1997, de 24 abril, de protección de los animales de compañía, de Castilla y León; la Ley 5/2002, de 23 mayo, de protección de los animales, de Extremadura; la Ley 13/2002, de 23 diciembre, de protección y derechos de los animales, de Asturias; la Ley 11/2003, de 19 marzo, de Protección animal, de Aragón; la Ley 11/2003, de 24 noviembre, de protección de los animales, de Andalucía; el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales, en Cataluña; la Ley 4/2006, de 22 julio, de protección de los animales de compañía, de Madrid; la Ley 4/2007, de protección y bienestar de los animales de compañía, de Galicia; la Ley 6/2017, de 8 noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía, de Murcia; la Ley 6/2018, de 26 noviembre, de protección de los animales, de La Rioja; y la Ley Foral 19/2019, de 4 abril, de protección de los animales de compañía, en Navarra. Mención separada merecen el Reglamento 2/15, de 23 marzo, de tenencia, protección y bienestar de animales de compañía de la Ciudad Autónoma de Ceuta, y el Reglamento de 26 enero 2017, Regulador de Sanidad Animal de la Ciudad Autónoma de Melilla.

5 Cuando dice: "El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.".

6 Así puede verse, por ejemplo, como pionera en tal definición, en el art. 1.2.a) de la Ley asturiana, así como en los arts. 1 y 2 de la ley catalana, 3.1 gallega, 1.3 murciana, 2.a) aragonesa, 1 y 2 de la Ley navarra, 6.1.a) madrileña y 6.2.a) riojana, que hablan -ambas- de los animales como "seres sentientes", así como en el art. 1 de la ley andaluza, en cuya Exposición de Motivos se llega a decir que "los estudios realizados sobre las capacidades sensoriales y cognoscitivas de los animales no han dejado duda sobre la posibilidad de que éstos puedan experimentar sentimientos como placer, miedo, estrés, ansiedad, dolor o felicidad".

pero también ante un nuevo principio general del Derecho, el del bienestar animal, que como permiten los arts. 1.4 y 3.1 del CC español[7], sirven, no solo para inspirar al legislador en posibles -y debidas- reformas, ni al jurista para hacer propuestas *de lege ferenda*, sino ya hoy para integrar e interpretar, y así adecuar, la legislación vigente, aún sin reformar. Entre una de las propuestas del Prof. Torres Perea (según dice, entre las conclusiones del libro, en la p. 195), está la de elevar a principio general del Derecho directamente aplicable por el juez la obligación del ser humano de respetar la naturaleza de los animales como seres sintientes. Ciertamente, no está dicho principio expresamente consagrado en la Constitución española (aunque alguno quiera extraerlo por vía interpretativa[8]), y que por eso De Torres propone reformar inspirado en el caso suizo; pero, según creo, como apoyo de la pretensión del autor, ya lo está en el resto del Ordenamiento Jurídico (en las normas penales, administrativas y autonómicas arriba citadas), incluso a nivel europeo, en la gestación del propio art. 13 TFUE; a saber:

En un comienzo, el bienestar de los animales y su protección por las personas fue ya consagrado con alcance general en el protocolo N.º 33, anejo al Tratado de Ámsterdam (de 1997), por el que se modificaban el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Para luego ser recogido, con algunas modificaciones, en el art. III-121 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (de 2004), y, finalmente, consagrado en el propio cuerpo -articulado- del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de 2008), cuyo art. 13, en efecto, califica a los animales como "*sentient beings*" o "seres sintientes" (como ya hacía antes el Protocolo núm. 33, aunque diciéndolo este en su Preámbulo).

7 Dice el art. 1.4: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"; haciendo en parte referencia a tales principios el art. 3.1 CC español, dedicado a la interpretación de las normas, cuando afirma que toda interpretación debe hacerse "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas" normas.

8 Por ejemplo, Alonso García, E.: "El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", *La Ley digital*, 2011, tomado de internet, p. 9 y ss/50), defiende incluso la posibilidad de interpretar nuestra Constitución desde dicho principio del bienestar animal, por aplicación de los arts. 93 y 10.2 CE, llegando a decir que "el propio texto de la Constitución Española prohíbe expresamente una interpretación cerrada, autosuficiente, de su contenido. Por el contrario permite y ordena acoger principios y normas ajenas al ordenamiento español e incluso sin cuestionar el valor que, desde la perspectiva del ordenamiento externo del que proceden, pueden tener, es decir, sin cuestionar que puedan tener, rango constitucional al incorporarlos como derecho interno al ordenamiento español. Los arts. 93 y 10.2 de la Constitución así lo dicen expresamente y, dados la extensión y el rango que la dignificación y el bienestar de los animales tienen en la Europa de la que España forma parte, no es de extrañar que estos dos artículos permitan incorporarlos con su propio rango a la estructura constitucional interna.". Y concluirá, más adelante (p. 17/50): "En suma, el art. 13 del Tratado es un principio general del Derecho de rango constitucional, de reconocimiento, como valor, del bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes, que despliega, como principio general explícitamente creado por el constituyente europeo, eficacia a la vez interpretativa y reguladora, que hay que contrapesar con otros valores y principios constitucionales aunque su eficacia solo es desplegada respecto de determinadas políticas comunitarias (agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio) y que permite limitaciones en función de otros valores y principios que los Estados miembros han reservado a su soberanía manifestada en forma de leyes, reglamentos y costumbres relacionadas con los ritos religiosos, tradiciones culturales o el patrimonio regional.".

En aquel inicial reconocimiento, sin embargo, tal necesaria protección del animal fue negada en su posible consideración como -nuevo- principio general del Derecho europeo. Así lo estimó la STJUE de 12 julio 2001 (caso "Jippes"), al prejuzgar la prohibición de vacunación y la necesidad de sacrificar abundante ganadería, sin posibilidad de ninguna vacunación, impuesta por algunas Directivas y Decisiones Europeas a fin de acabar eficaz y prontamente con la fiebre aftosa que, en aquel momento, se había expandido peligrosamente, como epidemia, por toda la Comunidad europea. En contra de tal medida se alegó, entre otras razones, que la misma vulneraba el principio de Derecho comunitario de bienestar del animal, al que, por entonces, hacía referencia -al menos la más directa- el Protocolo núm. 33, anejo al Tratado de Ámsterdam, aunque no estuviese recogido expresamente como uno de los objetivos del Tratado de la Unión Europea; omisión esta, precisamente, que para El Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue determinante para negar la existencia de tal -pretendido- principio general del Derecho comunitario, admitiendo -tan solo- una exigencia, como dice explícitamente el propio Protocolo núm. 33: la de tener "plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles"[9].

Pero desde aquella decisión, datada en 2001, según advierte cierta doctrina más reciente[10], el panorama jurídico europeo ha cambiado cualitativamente, otorgando mayor peso a esa inicial exigencia, para erigirla, ya hoy, en un valor u objetivo constitucional europeo (en el art. III-121 Tratado de Lisboa), en un estricto principio general del Derecho europeo, según demuestra su consagración en el propio articulado -art. 13- del mismísimo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y no en su Preámbulo, como en cambio hacía el Protocolo núm. 33, cuando, como es sabido, tales textos preambulares solo tienen un valor interpretativo, pero no vinculantes, y carentes, en todo caso, de cualquier valor jurídico normativo[11].

9 Textualmente aquella STJUE de 2001 afirmaba (en su núm. 73): "Por lo que se refiere al Protocolo, de su propio tenor literal se desprende que no establece un principio general del Derecho comunitario con un contenido claramente determinado que se imponga a las instituciones de la Comunidad. En efecto, aunque impone que se tengan «plenamente en cuenta» las exigencias en materia de bienestar de los animales al formular y aplicar las políticas comunitarias, limita esta obligación a cuatro ámbitos específicos de la actividad de la Comunidad y prevé que se respeten las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.". Y añadía luego (en su núm. 76): "Por último, si bien existen varias disposiciones de Derecho derivado sobre el bienestar de los animales, tampoco proporcionan indicaciones que permitan considerar la exigencia de velar por el bienestar de los animales como un principio general del Derecho comunitario.".

10 Brels, S.: "El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2012, vol. 3/2, 7 páginas (tomado de Dialnet); más *in extenso*, y con cierta vehemencia, Alonso García, E.: "El bienestar", cit. (tomado de Internet).

11 Sobre el valor de los Preámbulos, Exposiciones de Motivos de las leyes, así como de los Considerandos de las normas europeas, permítaseme remitirme a mi monografía *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo del Prof. C. Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015, dentro de la colección "Biblioteca Iberoamericana de Derecho", de la editorial REUS.

A mi modo de ver, sin embargo, no se ha hecho con ello sino consolidar, dar plena viabilidad al principio ya nacido anteriormente, trasladándolo de la nebulosa de las normas "principiales" (contenida, no en vano, la referencia a los animales como seres sintientes en el Preámbulo del Protocolo núm. 33, con un valor, ya entonces, interpretativo), a las ya regladas -articuladas-, con un valor, por tanto, ya más cercano a lo estrictamente normativo, sin negarle el valor -también- interpretativo que -ya tenían y ahora tan solo- conservan. Por eso mismo, aun siendo ya desde antes un principio -el del bienestar animal-, en aquel caso ("Jippes"), probablemente el Tribunal Europeo no debió zanjar la cuestión -prejudicial- negando la existencia de tal principio, para así salvaguardar la seguridad sanitaria europea (y así la salud humana), sino aceptando la existencia de ambos principios, aunque dando prioridad, en la colisión, al segundo (relativo a la salud humana), conforme al principio de proporcionalidad.

Así las cosas, aunque carentes de aplicación directa por ser simplemente programáticas, por sí solas, desde aquellas normas europeas, por cuanto ya forman parte de nuestro propio ordenamiento, al haber sido ya publicadas en el Boletín Oficial del Estado (cfr., arts. 96.1 de la Constitución española y el 1.5 de su CC[12]), nadie puede negar, ya hoy, la existencia en nuestro propio Derecho de un nuevo principio general del Derecho, cual es el de proteger el bienestar animal, que, amén de su posible función integradora, como fuente del Derecho supletoria de último grado (*ex* art. 1.4 CC), antes puede cumplir una función interpretativa de la norma vigente, aunque ésta, en su letra, fundada en su pasado, no haya sido modificada por el legislador, pudiendo serlo por el propio aplicador en tanto el resultado de su interpretación sea respetuoso con la razón de la norma así interpretada (según exige el art. 3.1 CC en su inciso final[13]).

IV. Y LA DEBIDA ADECUACIÓN -EN DEVENRIR- DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL A TALES REALIDAD Y PRINCIPIO.

1. La malograda propuesta de reforma del Derecho civil español: los animales como seres sintientes, diversos de las cosas, pero sometidos supletoriamente a su régimen jurídico.

Admitidos, entonces, tales nuevas realidad y principio europeos, que han sido incorporados al ordenamiento español, ¿cómo debería proceder su legislador para adecuar a ellas el Derecho -aún- vigente? He ahí el punto de partida que toma el Prof. Torres en la segunda parte de su obra, para proponer la necesidad de una

12 Normas ambas que vienen prácticamente a decir lo mismo: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»" (dice el CC español en su art. 1.5).

13 Inciso y normas ambas (arts. 1.4 y 3.1 del CC español), en una nota anterior ya reproducidos.

pronta reforma legislativa, que amén de constitucional y atinente en parte a otras ramas jurídicas, como la administrativa, debe afectar principalmente al Derecho Civil, en especial, aunque no solo, al CC. Pero nada de ello se ha hecho hasta el momento.

Contrasta en este sentido el actual estancamiento del CC español con el avance de otros países del mismo entorno europeo, que han modificado sus Códigos Civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social, y también jurídica, habida hoy hacia los animales, a fin de reconocer su cualidad como seres vivos dotados de sensibilidad (o, cuando menos, para negar que los animales sean simples cosas); ahí están, por ejemplo (en esa negación de los animales como simples cosas, que según Torres Perea fue la primera fase de la reforma -de "simple maquillaje", dice- en *pro* de los animales): la reforma austriaca de 10 de marzo de 1986; la reforma alemana de 20 de agosto de 1990, seguida de la elevación de la protección de los animales a rango constitucional en 2002 al introducir en la Ley Fundamental de Bonn un nuevo art. 20 a); la regulación en Suiza, país que también incluye en su Constitución la protección de los animales y que modificó el CC y el Código de las obligaciones a este propósito; la reforma belga de 19 de mayo de 2009[14]; y, como más destacables (por desechar aquella definición negacionista de los animales como cosas, para definirlos, positivamente o por inclusión, como seres vivos sintientes, y que para Torres Perea constituye la segunda fase en el nuevo estatuto jurídico de los animales), las dos reformas más recientes: la francesa de 16 de febrero de 2015[15] y, de manera muy especial por ser la más completa de todas (y que, por eso mismo, Torres Perea con toda razón elogia y propone como modelo inicial entre nosotros), la Ley portuguesa de 3 de marzo de 2017[16], que establece un estatuto jurídico de los animales y modifica tanto su CC como el Código Procesal Civil y el Código Penal.

En efecto, y como subraya el Prof. De Torres Perea, frente a las primeras reformas de los Códigos Civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza), que utilizaban la formulación "negativa", para decir que los animales no son cosas o no son bienes, las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, en mayor consonancia con el Derecho de la Unión Europea, han optado por una

14 En efecto, como explica Alonso García, E.: "El bienestar", cit. (p. 3/50): "El derecho austriaco fue el primero en imponer cambios en el estatuto de los animales como «cosa» al introducir el 1 de julio de 1988 el art. 285.a) en el ABGB (CC austriaco): «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa). Lo mismo hizo el Derecho alemán en 1999 y desde entonces el art. 20.a) BGB (CC alemán) también es tajante: «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa). También la ley federal de 4 de octubre de 2002 hizo lo mismo con el CC suizo de 1907: «Art. 641.a: Les animaux ne sont pas des choses», «Tiere sind keine Sachen», «Gli animali non sono cose»". Para más detalles sobre el Derecho europeo, Alonso García, E.: "El bienestar", cit. pp. 4 y ss/50.

15 Para un primer estudio aproximativo, Lelanchón, L: "La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 72-79 (tomado texto completo de Dialnet).

16 Para una visión panorámica, Moreira, AL.: "La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 80-91 (tomado de internet).

descripción "positiva" de la esencia de estos seres que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas: así, en el nuevo art. 515-14 CC francés se dice que "Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité"; por su parte, se dirá en el mismo art. 1 de la reforma portuguesa que "A presente lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade", disponiendo ya, en el nuevo art. 201.B CC, que "Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza".

Toda esta normativa ha tenido su influencia en una Proposición de reforma legal española que, en efecto, se inspiraba en algunas de tales normas europeas, especialmente en la francesa y, sobre todo, en la portuguesa. Al margen de otras, por iniciativa del Partido Popular se presentó en octubre de 2017 una Proposición de Ley de modificación del CC, de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que cristalizaría en una propuesta consensuada por todos los partidos políticos, aunque finalmente malograda, caducada, por los conocidos avatares políticos que siguieron en el tiempo, plagado de gobiernos provisionales y de continuas Elecciones Generales anticipadas, lo que obligó a que aquella Propuesta, consensuada ya en marzo de 2019 (y así publicada el mismo día uno de dicho mes en el Boletín Oficial del Congreso)[17], quedara abortada cuando apenas un mes después se anticiparon las Elecciones generales (una de tantas).

En la Exposición de Motivos de dicha Proposición se hacía mención del nuevo panorama legislativo europeo habido sobre los animales (y que hasta aquí hemos expuesto, inspirándonos, precisamente, en dicho Preámbulo), aunque olvidándose en él de cualquier referencia a nuestra normativa autonómica (especialmente, resulta destacable la omisión del art. 511-1.3 CC Catalán). Bajo la idea (la *ratio legis*) de estimar a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad cuyo bienestar ha de asegurar la ley en conjugación con su condición de posible objeto de propiedad (aunque diverso de las simples cosas), eran, en efecto, muchas las propuestas de reforma que se pretendían, según evidencia el propio elenco de leyes a reformar mencionado en el mismo título de la reforma: el CC, la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la misma Ley Hipotecaria, que el Prof. De Torres Perea describe en buena parte de su obra, con importantes aportaciones personales (como la preferente atención al interés -siempre- superior del menor en la decisión judicial acerca de la tenencia de los animales domésticos en caso de crisis familiar, o como la imprevisión acerca del destino del animal en caso de muerte o de incapacitación de su dueño, proponiendo a tal efecto el autor una

17 Cuya tramitación íntegra puede consultarse en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000134*.NDOC.%29

suerte de fideicomiso de residuo), y que en las páginas que siguen solo referiré ocasionalmente al objeto -solo- de tratar el nudo central de su tesis.

Aun mostrando Torres Perea un juicio de valor en general positivo con la reforma propuesta, que yo también comparto, objeta, sin embargo, que en la misma, tras priorizarse la calificación del animal como ser vivo dotado de sensibilidad, se permita el recurso supletorio a las reglas sobre bienes (como, hemos visto, viene ya hace tiempo haciendo el art. 511-1 CC Catalán).

Así lo advierte aquella propuesta en su propia Exposición de Motivos, cuando dice: "La reforma afecta, en primer lugar, al CC, con vistas a sentar el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento. De esta forma, … se concreta que los animales no son cosas, sino seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no implica -aclara- que en determinados aspectos no se aplique supletoriamente el régimen jurídico de las cosas. Pasan así los animales a estar sometidos sólo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección."; añadiendo -y reconociendo- más adelante: "En nuestra sociedad actual los animales son, en general, apropiables y objeto de comercio entre las personas. La relación de la persona y el animal sea éste de compañía, doméstico, silvestre o salvaje, es una relación de propiedad privada —o a veces patrimonial o de dominio público en el caso de las Administraciones—, si bien ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad sobre la que recae dicha propiedad. Así, cualquier facultad sobre el animal amparada por dicha relación de propiedad ha de respetar tal cualidad, de modo que el propietario ha de ejercitar dichas facultades atendiendo al bienestar del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel e innecesaria".

Y así lo expresa el ap. 1 del nuevo art. 333 CC español propuesto: "Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección.". Es esta una norma, sin duda, inspirada en el nuevo art. 515.14 CC francés ("Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens"); así como en el nuevo art. 201.B y D del portugués (que, tras decir en la letra B, que "os animais sâo seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteçâo jurídica em virtude da sua natureza", afirma en su letra D: "Na

ausencia de lei especial, sâo aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposiçôes relativas às coisas, desde que nâo sejam incompatíveis com a sua natureza").

¿Y merece realmente alguna objeción tal recurso supletorio al régimen de las cosas? He aquí, permítaseme, el único punto en que discrepo. Veámoslo.

2. Los animales: *¿tertium genus* entre las personas y las cosas, o especie singular de bien, como objeto de derecho?

No place del todo aquel recurso supletorio al régimen de los bienes al Prof. De Torres Perea, quien, en la última parte de su obra, anhela por la paulatina desaparición de tal remisión subsidiaria, que arrastra aún la calificación de los animales como cosas, y propone la construcción de un estatuto jurídico nuevo y propio, o exclusivo, de los animales. Aun sin así decirlo, se trataría de dar un paso más, una especie de *encuentro en la tercera fa*se a lo Spielberg (que supere a la primera, negacionista de los animales como simples cosas, y a la segunda positivista, que los estima como seres vivos sensibles, pero sometidos subsidiariamente al régimen de bienes). La propia proposición de reforma española muestra tal anhelo, cuando afirma en su Exposición de Motivos: "Lo deseable, *de lege ferenda*, es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas".

Para alcanzar esa nueva -no sé si definitiva- fase, entiende Torres Perea que habría tres alternativas: como la más tenue, la de regular en el Libro II del CC español como realidades diversas las cosas y los animales, ambos como objetos de derechos, como ya hace la propuesta de reforma, aunque reconociendo la dignidad animal, como diversa de la humana. Otra opción, que Torres llama intermedia, sería mantener aquel régimen de los animales en el Libro II, añadiendo en el Libro I del CC español un nuevo concepto de persona, diversa de las personas físicas y jurídicas, que incluyera a los animales más complejos (principalmente, a los primates). Y una última alternativa, la más extrema, sería establecer un estatuto jurídico para los animales enteramente contenido en el Libro I del CC, dedicado a las personas, para así equipararlos a los seres humanos. Entre todas esas opciones, Torres Perea, quien ya en la primera parte, fundado en razones metajurídicas, rechazaba la personificación de los animales, parece decantarse por la primera de las alternativas, la más tenue, aunque, yendo más lejos de la reforma española propuesta, proponiendo también su "descosificación" (dice en la p. 193), que los animales sean catalogados (dice, en la p. 183) como "una categoría especial distinta a la humana y a la de objetos y cosas", subdistinguiendo a su vez dentro de los animales (según su estructura cerebral -cuya mayor complejidad se da en los primates-, sus habilidades mentales, su propia relación con el ser humano -domésticos, salvajes,…-). En definitiva, propone crear un *tertium genus* -así lo

dice en varias ocasiones- entre las personas y las cosas para ubicar en dicha nueva categoría mixta a los animales, que, aunque con dignidad -la animal, diversa de la humana-, carecerían de capacidad jurídica, no podrían ser sujetos de derecho, y que, a diferencia de las estrictas cosas, todas ellas inanimadas o insensibles, tendrían una sensibilidad protegida jurídicamente.

Esa es, en fin, la tesis principal de Torres Perea, que, sin embargo, yo no comparto del todo, no tanto por su insostenibilidad teórica -al ser perfectamente defendible-, sino sobre todo porque no veo yo el modo de darle practicidad; a saber:

No seré yo, precisamente, quien niegue la importancia de la dogmática, de precisar conceptos y clasificaciones, categorías y naturalezas -todas ellas- jurídicas, a fin de sistematizar el sistema y delimitar las instituciones. Siempre me he preocupado por fijar dogmáticamente las fronteras entre muy diversas instituciones (entre el derecho real y el de crédito, entre las cargas personales y reales, entre la analogía y la interpretación extensiva, entre el matrimonio y las parejas de hecho, entre la hipoteca y la fianza, el usufructo y el arrendamiento, entre muebles e inmuebles, …). Pero siempre he procurado hacerlo con una visión -y una utilidad también- práctica, evitando caer en una pura jurisprudencia de conceptos (vgr., para no aplicar los límites de la analogía impuestos en el art. 4.2 CC español[18] a los casos de simple interpretación extensiva, para impedir la aplicación analógica de las normas sobre matrimonio a las parejas de hecho, de las de la fianza a la hipoteca dada por tercero, de las del usufructo al arrendamiento, … ¡o a la inversa!; o, últimamente -y muy relacionado con el tema que aquí nos ocupa-, para incluir entre los inmuebles por destinación del art. 334.6º CC[19] a los animales domésticos, mediante una suerte de destinación afectiva o emocional con fundamento en el *animus revertendi*, en la querencia, a que se refiere el art. 465 CC español[20], para así concluir, con un criterio seguro, que el animal doméstico sea parte de la vivienda en la aplicación del art. 96 CC español para cuando en caso de crisis familiar la pareja rota no llegue a un acuerdo sobre qué hacer con la mascota). Tampoco soy reacio a las ficciones jurídicas, que desde Roma siempre han existido, y que más modernas las hay y he defendido (como el matrimonio "homosexual", la gestación por sustitución para las parejas "gay", …; o la antes citada "inmobilización" por destino de los animales domésticos); pero -insisto- siempre que ello haya podido tener una repercusión práctica. Pues, ¿acaso la puede

18 Cuando dice: "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

19 Cuando considera como bienes inmuebles "Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente".

20 Cuando, a los efectos de conservar la posesión, dice: "Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor".

tener realmente aquella que pretende el Prof. Torres Perea? Aun aceptando su propuesta de estimar -de fingir, tal vez- a los animales como una categoría propia y diversa tanto de las personas como de las cosas, con dignidad, pero sin derechos, como objeto de derecho, pero sensible y, por ello, necesitado de protección, ¿qué consecuencias prácticas podría llegar a tener todo ello? Es verdad que, desde el mismo comienzo de su obra, nos advierte Torres Perea que su propuesta *de lege ferenda* no va a presentarla como una propuesta articulada. Quizá no lo haya hecho, y esto es mera conjetura mía, porque se hubiera dado cuenta de que ya la propuesta de reforma de CC español de que disponemos -que, luego veremos, va más allá de la reforma portuguesa, que fue su musa- responde a su tesis, para cuya satisfacción, sin la necesidad de crear una nueva categoría, basta con estimar a los animales como bienes u objeto de derecho singulares. Porque intentar dar un paso más, pretender alcanzar una -supuesta- tercera fase, concluiría inevitablemente en una -mayor o menor- personificación de los animales.

Es verdad que la reforma española ya propuesta no habla de la dignidad del animal, pero sí de su bienestar, incluso en temas, tan íntimos, como en las consecuencias de las crisis familiares, donde se propone introducir una nueva letra c) en el art. 90 (sobre el posible contenido del convenio regulador en caso de separación o divorcio), que diga: "El destino de los animales de compañía, caso de que existan -copiando así el art. 1775.f) CC portugués[21], pero añadiendo la propuesta española lo que sigue:-, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario". Después, introduciendo un nuevo art. 94 bis, para el caso en que los esposos no lleguen a un acuerdo: "La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este". La norma propuesta es casi una copia literal del nuevo art. 1793.A) CC portugués ("Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal."); pero con la importante diferencia -que destaca también Torres Perea- de que durante la tramitación de la propuesta española se introdujo, como novedad, su inciso final ("con independencia de la titularidad dominical de este"), precisamente, con aquel fin, según justificaban -de forma idéntica- las enmiendas núm. 7 (del Grupo Mixto) y núm. 83 (del PSOE), que proponían añadir tal inciso último[22]. En consonancia con tal novedad, se proponía también modificar el art. 103 CC español introduciendo

21 "Acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam".

22 Donde se decía: "A pesar de que a tenor de la redacción inicial de este nuevo precepto, el criterio por el que ha de regirse el juzgador en su decisión es el del interés de los miembros de la familia y el bienestar animal, debe atenderse a las problemáticas reales observadas en la práctica, en las que, por encima de los criterios anteriores, puede pretender un mejor derecho sobre un animal quien ostenta el microchip a su nombre. Por ello, en aras a la claridad y la seguridad jurídica en su aplicación, se propone incorporar la aclaración «con independencia de la titularidad dominical del animal»."

una nueva medida que el juez puede adoptar: "Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno".

A su vista, me pregunto cómo podrían redactarse tales normas a fin de amoldarlas a la tesis de Torres Perea sobre el *tertium genus*. ¿Acaso tan solo reemplazando la palabra "bienestar" por la de "dignidad"? ¿Cómo proteger más aún al animal, o cómo descosificarlo, en tales normas, sin llegar a personificarlo? El propio Torres Perea elogia esas mismas normas, advirtiendo (en la p. 145) que guardan un "paralelismo" con el régimen de guarda y custodia de los hijos… Por eso mismo, no pueden ir más allá si no es adentrándose en la personificación de los animales.

Y otros ejemplos se podrían poner como muestra de tal sensibilidad que hacia los animales, como seres sintientes y no como simples cosas, contiene la propuesta de reforma española (desde la abolición del *ius abutendi* cuando se regula el derecho de propiedad sobre el animal en el nuevo ap. 2 del art. 333 CC propuesto -prohibiendo el maltrato, el abandono, …[23]-, hasta en el propio lenguaje, incluyendo a los animales como objeto de derecho, de propiedad y posesión, mas como algo distinto del resto de bienes; o la simple expresión "animal salvaje" sustituyendo a la de "animal fiero" del art. 465 CC,…).

No quiere decir todo ello que la propuesta española de reforma sea perfecta, que no sea mejorable, incluso conforme a su propio espíritu, pues, sin duda, contiene errores e imprevisiones (que el propio Torres Perea advierte con maestría, pero que ahora -creo- no corresponde abordar, como en mi opinión[24] sería considerar civilmente el maltrato animal como un caso de abuso de derecho, al amparo del art. 7.2 CC español[25]). Pero tan solo se trataría de mejoras dentro del

23 Cuando dice: "El propietario de un animal puede disfrutar y disponer de él respetando su cualidad de ser dotado de sensibilidad, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie. El derecho de uso no ampara el maltrato. El derecho de disponer del animal no incluye el de abandonarlo o sacrificarlo salvo en los casos establecidos en las normas legales o reglamentarias.". Y recuérdese, que se decía en su Exposición de Motivos, que "cualquier facultad sobre el animal amparada por dicha relación de propiedad ha de respetar tal cualidad, de modo que el propietario ha de ejercitar dichas facultades atendiendo al bienestar del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel e innecesaria.".

24 Que, a propósito del estado de alarma declarado en España provocado por la pandemia, expuse en "Clínicas veterinarias y paseos con animales de compañía ante el covid-19: una actividad esencial para el bienestar del animal como ser sintiente", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11/2 (2020), pp. 17-29.

25 Que dispone: "La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

espíritu general de la reforma, pues dar un paso más solo se daría personalizando a los animales. La propuesta se ha mantenido en el límite, antes de dar ese salto -que considero- al vacío. Y para no darlo es inevitable mantener a los animales en el régimen de las cosas, aunque no como simples cosas, y sean estimados como -otro tipo de- bienes especiales merecedores de una protección -también- especial. De igual modo sucede con otro tipo de bienes, que todo Derecho regula y protege singularmente (como son la propiedad intelectual, la industrial -que, no se olvide, son expresiones personalísimas del ingenio humano-, el patrimonio histórico, los propios derechos como objeto de otros derechos…), sin que por ello sea necesario crear para tales bienes una tercera categoría entre las personas y las cosas; como tampoco fue necesario crear otra categoría intermedia para las personas jurídicas (ni tal vez en un futuro para la inteligencia artificial y cualquier híbrido humanoide), bastando con estimarlas como otra especie de personas (y eso que en las Fundaciones se personifica -todo- un patrimonio, aunque destinado por la voluntad de su fundador, lo que, sin embargo, no ha dado como resultado ningún *tertium genus*).

Comparando aquel tipo de bienes singulares con los animales dice De Torres Perea (en la p. 199), que "la protección que merece un animal es distinta de la que pueda merecer un edificio calificado de patrimonio histórico. Los animales sienten y sufren y el edificio no"; lo que, sin duda, es cierto, pero, en mi opinión, no obliga a que los animales dejen de ser sometidos -aunque sea solo subsidiariamente- al régimen de los bienes. De aceptarse, como hace la reforma propuesta, que los animales sigan siendo objeto de derechos (de propiedad, de posesión, …), desde un punto de vista -solo- dogmático, bastaría con abrir para los animales un espacio propio dentro de la categoría de bienes u objetos de derechos: junto a las cosas (como objeto inmediato de los derechos reales, y mediato de los de crédito), a la conducta de la persona (como objeto directo de los derechos de crédito), y a las cualidades de la persona (como objeto de los derechos de la personalidad). Y qué duda cabe de que en comparación con todas esas especies de objetos de derecho, a los animales solo cabe aplicar el régimen propio de las cosas, aunque con importantes singularidades (por la necesaria protección de su bienestar, o de su dignidad si se quiere), que son, precisamente, las que justificarían su calificación como bien singular. Y como prueba de ello, una más; la que sigue:

Entre sus elogios hacia la propuesta de reforma española, se congratula Torres Perea de que, al ser derogado el núm. 6 del art. 334 CC[26], ciertos animales (los adscritos a un fin económico -agrícola, ganadero o industrial- de un finca) hayan dejado de ser estimados como inmuebles por destinación. El primer Código en hacer tal reforma fue el francés en cuyo nuevo art. 524, tras suprimir el elenco de animales que estimaba como inmuebles por destinación, dice, sin embargo, en

26 En una nota anterior reproducido.

su nuevo primer apartado que "Les animaux que le propriétaire d'un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination." (y lo mismo hace en su nuevo art. 2501); de modo que lo que sacan por la puerta (la calificación de ciertos animales como inmuebles por destinación), lo vuelven a meter por la ventana (al someterlos al régimen propio de los inmuebles por destinación). Inevitablemente, porque no hay -o yo, al menos, no imagino- otra opción, lo mismo hace la propuesta española de reforma de CC: tras suprimir el actual núm. 6º del art. 334 CC, añade un nuevo ap. 2, donde se dice: "Quedan sometidos al régimen de los bienes inmuebles los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente".

Se mantiene, pues, aún hoy aquella misma ficción legal introducida en el CC francés de 1804, y seguida por otros Códigos, como el español, lo que, a su vez, permite que el animal, como tal, no pierda su propia individualidad, y que, por tanto, su adscripción al mismo régimen del inmueble dependa de la voluntad de sus dueños, y, también -habría que añadir- del propio bienestar del animal (o, si se acepta la idea, de su dignidad), al margen de a quien corresponda su estricto dominio. Otra opción, que quiera resistirse a la personificación de los animales, se me antoja difícil, aunque tal vez -y aquí yo yerre- no imposible. Quede, así, como en el fondo quiere el Prof. Torres Perea, abierto el debate a otros…

SEGUNDA PARTE: ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ROBOTS.

I. EL DILEMA, COMO PRIMERA CUESTIÓN: LOS ROBOTS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ENTRE PERSONAS Y COSAS.

1. Exposición de las diversas tesis y la consideración de los robots como cosas, sin personalidad, como la -actual- posición mayoritaria.

Comienza Lacruz su obra -ya citada- planteando el dilema de ubicar a los robots entre las personas o las cosas, en si cabe hoy, o en un futuro, reconocer una posible personalidad jurídica robótica, trayendo al hilo un fragmento de aquel conocido relato de Isaac Asimov (*El hombre bicentenario*), también llevado a veces al mundo del celuloide, cuando la hija del propietario del robot Andrew le dice que éste quiere comprar su libertad y el padre replica: "—Él no sabe qué es la libertad. Es un robot. —Papá, no lo conoces. Ha leído todo lo que hay en la biblioteca. No sé qué siente por dentro, pero tampoco sé qué sientes tú. Cuando le hablas, reacciona ante las diversas abstracciones tal como tú y yo. ¿Qué otra cosa cuenta? Si las reacciones de alguien son como las nuestras, ¿qué más se puede pedir?".

También podrían haberse traído otros fragmentos, de esta o de otras muchas obras. Sabido es que la literatura y el cine están plagados de obras donde el ser humano muestra su preocupación, y sus miedos, sobre sus propias creaciones, que se pueden volver en contra de su propio destino, individual o incluso como especie. No voy yo, sin embargo, a recordar ninguna de tales obras (muchas de las cuales sin duda estarán ahora en la mente del posible lector de esta recensión). La del Prof. Lacruz me parece bien elegida, aunque yo, también de Asimov, hubiera elegido su saga de la Fundación (como guiño, evidente, a lo que luego propondré), entre cuyos relatos compendiados, precisamente, se encuentra el conocido *Yo, robot* (también llevado al cine, con más pena que gloria).

Planteada así la cuestión central, a modo de dilema entre personas y cosas, las soluciones posibles serían, en concreto, tres (esperando que el lector me excuse de citar los tantísimos autores, patrios y extranjeros, juristas o no, que han abordado el tema y se enmarcan en una u otra posición):

Una, que era la defendida por Torres Perea para los animales, sería estimar a los robots como un *tertium genus*, entre personas y cosas; pero, como sucedía con aquella tesis animalista, y para esta otra advierte la Profª Dª Silvia Díaz Alabart[27], es una posición ecléctica y, por ello, inconducente a los efectos prácticos, al dejar sin resolver -lo importante- qué régimen jurídico les resultaría aplicable: ¿el de las personas o el de las cosas, según convenga?

Otra solución, la más avanzada o revolucionaria y, sin duda, atrevida, sería la de reconocer personalidad jurídica en los robots, la de estimarlos como personas (con diversas variantes: que si subtipo de persona humana, de persona jurídica o de híbrido entre ambas, o como cosa personificada, o como persona singular, que ocuparía una situación intermedia, y diversa -otro modo de *tertium genus*- entre unas y otras personas -físicas o naturales y jurídicas o morales-). En esta última posición, como destaca Lacruz, parece moverse el Parlamento Europeo, especialmente -aunque no solo- en su Resolución de 16 de febrero de 2017, donde propone "crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.". En España, sin duda, Moisés Barrio Andrés[28] es uno de los más vehementes defensores de tal propuesta.

27 En "Robots y responsabilidad civil", en *Los robots y el Derecho*, C. Rogel Vide, (coord.), ed. Reus, Madrid, pp. 99-114, así como en *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018.

28 En "Hacia una personalidad electrónica para los robots", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2018.

Contra tal propuesta, pero apoyado en la doctrina mayoritaria, considera Lacruz Mantecón que jamás los robots podrán estimarse como personas, ni como humanas, ni siquiera como jurídicas. Negada la asimilación a ambos tipos de personalidad, se centra, sin embargo, Lacruz en las diferencias que, en su opinión, que hoy es la mayoritaria, hay entre seres humanos e inteligencia artificial. Como punto de partida atiende a dos cualidades o atributos que siempre concurren en toda persona natural, como son su inteligencia (y su conciencia moral), y su autonomía (su voluntad libre, su libertad), que en su opinión faltan en los robots; tal vez también hubiera podido atender a la idea de dignidad y a la de sensibilidad (a la capacidad para sentir, placer o sufrimiento), tan empleadas también hoy en la confrontación entre personas y animales. Pero no se entienda tal ausencia en el razonamiento de Lacruz como una crítica, pues tal vez ambas, dignidad y sensibilidad, estén de algún modo integradas en los atributos humanos atendidos por Lacruz (en la moralidad de su conciencia y, por consiguiente, en la de su actuación inteligente y libre, que permite optar conscientemente entre el bien y el mal, entre el placer y el dolor, …). Al fin y al cabo, a lo largo de la historia jurídica, la persona, amplia o estrecha en su contenido, siempre se ha definido como un ser racional y libre; cualidades ambas -racionalidad y libertad- que para Lacruz faltan en la robótica (concluyendo así al decir que no es que los robots tengan inteligencia y conciencia, sino que es "como" si la tuvieran, pero sin tenerlas en realidad -pura apariencia, pues-):

Por un lado, considera Lacruz una falacia narcisista intentar equiparar la inteligencia humana con la artificial, limitada ésta a tareas especializadas, que no piensa por sí sola, con autonomía, sino que mimetiza e imita, que computa conforme a los algoritmos dados por su creador, carente, por ello, de libertad y autonomía en sus decisiones (que le vienen dadas previamente por su programador y, también en parte, posteriormente por su usuario), lo que le hace carecer también de capacidad para la abstracción y la imaginación. Reconoce, no obstante, sobre esto último Lacruz que mediante el autoaprendizaje es posible observar ya hoy cierta creatividad en aquella inteligencia artificial; una creatividad que incluso puede llegar a ser artística (como sucede hoy con muchas obras musicales y gráficas); aunque, como advierte el propio Lacruz (en repetidas veces, en las pp. 157 a 159, 202 y 203), tal creatividad no es propia del robot, sino que le viene dada de su creador o, en su caso, de su dueño usuario, lo que, a la postre, impide atribuir a la máquina la autoría de tal obra artística, un derecho de autor que supondría reconocerle cierta personalidad, pero que rectamente solo corresponde a su creador o, en su caso, a su empleador.

Por otro lado, tampoco considera Lacruz Mantecón que los robots tengan conciencia moral, o ética, aunque esto suela hoy defenderse por muchos, porque, como aquella -pretendida- inteligencia, también esta artificial o aparente conciencia

le viene dada *ab initio* por su programador o creador. Como sentencia Lacruz (en la p. 121), "no es conciencia de la máquina, sino de la del maquinista", porque "en realidad (añadirá mucho más adelante, en la p. 245), todo es del maquinista: la ética, el propósito, la programación, la tarea y el color de la chapa del robot". De ahí la necesidad de que tal conciencia no quede en manos de la simple ética, de un mero Código deontológico para informáticos, sino en las del Derecho, en cuyas manos quedan asegurados los derechos y valores más fundamentales (y a cuyo estudio dedica Lacruz Mantecón un entero Capítulo de su libro, al estimar, en la p. 252, que "hay mucho en juego… No es ética, es ley", dirá).

Negada, así, la equiparación entre personas (humanas) y robots, cuando tras su -sola- apariencia humana siempre hay un auténtico ser humano (su creador y su usuario), niega también la personificación jurídica de aquellos, que en una hipotética convergencia puedan ser estimados como personas jurídicas, pues amén de faltar en los robots una base asociativa, ni societaria (un substrato de personas), con tal pretensión quedarían muchas cuestiones sin resolver, entre otras, la falta de responsabilidad penal por ciberdelitos (cuando el delincuente es el programador, no el robot, que es mero instrumento para la comisión del delito), o, en el ámbito civil, la cuestión clave, que es *punctum dolens* en la posición personalista robótica, relativa a la responsabilidad por daños causados por el robot, y donde Lacruz advierte (en varias ocasiones), que "para indemnizar lo importante es tener patrimonio, no personalidad" (p. 97), y que "la ausencia de patrimonio en los robots -hace- difícil poder indemnizar y reparar los daños" (p. 141).

Considera, y concluye así Lacruz la primera gran cuestión sumándose a la civilística patria mayoritaria, que los robots son -y seguirán siendo- cosas, aunque no simples cosas, sino cosas singulares; una singularidad que, precisamente, les viene dada por aquella -tan solo- aparente y artificial inteligencia y conciencia.

2. En particular, la comparación entre los actuales robots y los esclavos del Derecho romano clásico: los robots-esclavos.

Aquella singularidad de los robots como cosas llevará al Prof. Lacruz Mantecón (siguiendo a muchos otros, como Rogel Vide[29], Díaz Alabart[30] o Carrasco Perera[31], ….) a comparar los actuales robots con los esclavos del Derecho romano clásico, carentes ambos de verdadera libertad y racionalidad, y al peculio de estos con la necesidad de dotar un seguro que cubra los posibles daños causados por aquellos,

29 En "Robots y personas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2018.

30 En *Robots y responsabilidad,* cit, Reus, Madrid, 2018.

31 En "A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada", *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, en http://centrodeestudiosdeconsumo.com, Fecha de publicación: 11 de enero de 2019.

llegando a predecir (en la p. 132) que "nuestra futura sociedad robótica va a ser semejante a una sociedad esclavista".

La comparación, sin duda, es convincente; hasta en lo etimológico (según nos advierte Lacruz Mantecón, en la p. 132: "Este es, además, el sentido de la palabra «robot», que emplea por primera vez el checo Karel Čapek en su obra teatral *Robots Universales de Rossum*, y que proviene del checo *robota*, con el significado de trabajador forzado o servil, es decir, que en realidad el término tiene el significado de «siervo» o «esclavo»").

En cuanto al fondo de la analogía, nos explica Lacruz (en las pp. 133 y ss, que me permito reproducir casi íntegramente, aunque por fragmentos):

"Los esclavos, en la antigüedad grecorromana, cuenta el autor citado -refiriéndose a Schiavone[32]-, eran considerados máquinas humanas, siendo así definidos, como «instrumentos animados», en el libro primero de la Política de Aristóteles… Esta cosificación del esclavo se favorecía por el desprecio hacia el trabajo manual, y la carencia de fuentes de energía y máquinas, que era reemplazada por la energía y el trabajo humanos. (…) Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, estas afirmaciones tienen que matizarse, pues como nos señala Ursicino Álvarez[33], estando el origen de la esclavitud en la cautividad de los prisioneros de guerra, esto produce una situación de absoluto sometimiento del esclavo a su señor, que pudo haberle dado muerte al tomarlo como prisionero. «Pero tal situación de sometimiento presenta dos aspectos distintos: en uno de ellos, el esclavo se encuentra equiparado a una cosa, a una *res* más de las comprendidas en el patrimonio de su señor; en otro, su cualidad de hombre dotado de inteligencia y voluntad, y en su virtud persona, hace que esta relación de sometimiento no se considere estrictamente como una relación de propiedad, sino de *potestas*, semejante a la *potestas* del *pater familias* sobre los *alieni iuris* a él sometidos. Asimismo, esta cualidad de hombre determina que en la esfera espiritual (concretamente en la religiosa) no repercuta su situación de sometimiento». (…) Por tanto, la identificación del esclavo con una cosa es una solución un tanto apresurada. El esclavo, nos dice Buckland[34], era considerado, según la frase de Paulo, *Servile caput*, negándole la titularidad de derechos pero también de obligaciones, *in personam servilem nulla cadit obligatio*, lo que implicaba que si un sujeto libre caía en la esclavitud, todas sus deudas desaparecían. Aunque el esclavo era una cosa o *res*, según muchos juristas clásicos era la única *res humana*, «cosa humana»… (…) De acuerdo con lo dicho, en el Derecho romano había que distinguir la posición del esclavo en los distintos ámbitos jurídicos, si bien tanto en

32 En *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Editori Laterza, Roma, 1996.

33 En *Instituciones de Derecho romano – III. Personas jurídicas y colectivas en el Derecho romano*, EDERSA, Madrid, 1977.

34 En *The Roman Law of Slavery. The condition of the slave in private Law*, Cambridge University Press, 1908.

la esfera del Derecho público como en la del privado no tenía participación alguna, en la primera por estar exclusivamente reservada a 1os ciudadanos, que por eso mismo eran también hombres libres, y en la segunda por no pertenecer el esclavo a la misma comunidad jurídica, no pudiendo ser titular de derechos. En términos modernos, diríamos que el esclavo carecía de capacidad jurídica, de personalidad; sin embargo (y siendo esto un contrasentido), al ser considerado persona humana, sí que podía actuar jurídicamente, pero con la fundamental restricción de que su capacidad de obrar no producía efectos para él (pues no tiene personalidad jurídica). El efecto de su actuación jurídica se producía siempre para su dueño, del mismo modo que la del *filius* lo hacía para el *pater* bajo cuya potestad se encontraba."

Y tras referirse Lacruz a varios ejemplos de lo dicho (en materia de Derecho procesal, de derechos reales, de Derecho de familia y sucesiones), en materia de obligaciones (que constituirá la segunda y última cuestión clave -arriba anunciada- en el Libro de Lacruz), se nos dice (en las pp. 137 a 139):

"Finalmente, la carencia de bienes y de posibilidad de obligarse -del esclavo- se matiza, nos dice Álvarez, con la creación del peculio del esclavo. Consiste éste en el Derecho clásico en un conjunto de bienes de clases diversas que el dueño entrega a su esclavo (o a un *filius*), para que los administre y disponga de sus beneficios…, pero los bienes que lo integran continúan formando parte del patrimonio del *dominus*, el cual puede revocar en cualquier momento su concesión, y además tiene una especie de derecho de crédito por el valor de la totalidad del peculio en el momento que lo constituyó, y que debe serle devuelto antes de pagar a los acreedores extraños… La importancia del peculio respecto a terceros se manifiesta en que se podían establecer auténticas relaciones jurídicas entre los terceros y, no el esclavo propiamente dicho, sino su peculio, ... Y así las adquisiciones que se obtengan por obra de tales negocios ya no las hace suyas el *dominus*, sino el peculio, aunque sí siga haciendo suyos los créditos y las obligaciones que puedan surgir de tales negocios» … Con la institución del peculio, dispone el tercero de la *actio de peculio*, mediante la cual el *dominus* queda obligado frente a terceros por las deudas contraídas por el esclavo, aunque con la importante limitación de la cuantía del peculio. (…) Como vemos, aunque se sigue derivando la responsabilidad hacia el *dominus*, el concepto de peculio facilitará la aparición de una responsabilidad del esclavo en la época posclásica, en la que se transforma el concepto de *peculium*".

Expuestas así la figura del esclavo y la de su peculio, y asemejada la consideración del esclavo como cosa singular con la actual de los robots, solo restaría adecuar aquella idea del peculio para resolver el principal problema civil que actualmente

la robótica plantea: el de la responsabilidad por daños. Es la segunda cuestión clave en la monografía de Lacruz Mantecón que anunciamos, y que pasamos a abordar:

II. Y COMO SEGUNDA CUESTIÓN: LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LOS ROBOTS, ¿A QUIÉN CORRESPONDE?

Para resolver tal cuestión también serían planteables varias soluciones, donde, de nuevo, se refleja, como influyente, la posición tomada en aquel dilema sobre la ubicación de los robots, entre personas y cosas; en síntesis, cabrían las siguientes:

1. ¿Al robot?

Una de ellas, la más revolucionaria por ser la más acorde con la personificación de la inteligencia artificial, sería hacer responsable al propio robot de los daños por él causados. No en vano, así lo sugiere aquella misma Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, que, en coherencia con su idea de crear una personalidad robótica específica, para el tema particular de la responsabilidad nos dice: "Existe mucha controversia sobre la cuestión de quién es el responsable de los daños que pueda causar un sistema de IA, sobre todo cuando se trata de sistemas autodidactas que continúan aprendiendo después de su entrada en servicio. El Parlamento Europeo ha formulado algunas recomendaciones relativas a la legislación civil en materia de robótica, incluida la propuesta de examinar la posibilidad de dotar a los robots de una «personalidad jurídica» (e-personality) para poder atribuirles la responsabilidad civil por los daños que causen".

Rechazada, sin embargo, por Lacruz tal pretendida personificación de los robots, lógicamente también niega tal imputación subjetiva de la responsabilidad en el propio robot, como tampoco lo era el esclavo en el Derecho romano clásico, pues, de nuevo nos recuerda, lo importante no es atribuir personalidad responsable, sino que haya un patrimonio responsable con que reparar el daño causado.

2. ¿O al creador y, en su caso, al usuario del robot?, y ¿con qué fundamento jurídico? A su propósito, la diferencia entre robots y animales.

Otra posible solución sería aplicar el art. 1903 CC español, sobre responsabilidad por hecho ajeno, como es el caso de la responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos menores de edad, o el de la responsabilidad de los principales por sus dependientes o personas a su cargo (directores de colegios, empresarios, …)[35]; lo que, sin embargo, tajantemente Lacruz rechaza (en la p.

35 Dice, en parte tal art. 1903 CC español: "Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. (…) Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. (…) Lo son igualmente los dueños o

131): "las especiales relaciones en las que se encuentran insertas estas personas, relaciones paternofiliales, laborales o de parentesco, impiden a mi juicio una utilización racional de este modelo para resolver los problemas que se suscitan". Por mi parte, aun estando de acuerdo con tal rechazo (siempre, naturalmente, que los robots sean estimados como cosas, sin personalidad ninguna), echo en falta el razonamiento técnico que impediría tal aplicación por analogía del art. 1903 CC (aplicación que, por principio, es posible al no contener el art. 1903 CC una norma singular, ni tampoco punitiva, sino reparadora, que impida su aplicación analógica *ex* art. 4.2 CC[36]). El argumento, en síntesis y entre otros, sería que al no tratarse de personas, ni asemejarse a ellas, no cabe predicar del dueño del robot (sea su creador o su usuario) ningún tipo de responsabilidad (mucho menos subjetiva, fundada en una suerte de *culpa in educando* -del programador- o *in vigilando* -del usuario- hacia el robot). No en vano, es esa falta de analogía en sentido estricto la que sí emplea Lacruz Mantecón para rechazar la siguiente posible solución:

Sería esa otra la de aplicar el régimen de responsabilidad por daños del art. 1905 CC español (una norma que hace responsable al poseedor del animal causante de daños[37]), o la del art. 1908 del mismo Código (especialmente, según entiendo, cuando en su núm. 1º hace responsable a su dueño de los daños causados por sus máquinas[38]). Entre ambas normas (una sobre animales y la otra sobre máquinas, consideradas estas en tal norma como simples cosas), Lacruz en principio se inclina más por el art. 1905 CC al ver más semejanza entre los robots y los animales, por ser ambos seres semovientes que actúan con cierta independencia (según sus instintos el animal, y según sus algoritmos el robot), y, por otro lado, porque el art. 1905 CC cubre una responsabilidad objetiva, solo excusable por fuerza mayor o por culpa de la víctima. Pero finalmente rechaza tal aplicación, por un lado, porque tal norma no cubre los daños sufridos por el propio dueño-usuario del robot, y, por otro, porque no hay en los animales inteligencia análoga a la artificial de los robots; lo que, a mi modo de ver, es harto discutible, cuando también entre los animales hay cierta inteligencia -aunque diversa de la humana, como la robótica- según su estructura cerebral -cuya mayor complejidad prevale en los primates-, sus habilidades mentales -como la de reconocer su propia imagen-,

directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. (…) Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias…".

36 Cuando dicha norma -recuérdese- dice: "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

37 Cuando dice: "El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.".

38 Cuando dice, en dicho número: "Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: (…) 1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.".

su propia relación con el ser humano -domésticos, salvajes,…-. Tal vez la mayor diferencia entre robots y animales estribe -según quedó demostrado arriba- en la capacidad de estos para sentir (placer, dolor, sufrimiento, …), de la que carecen -de momento, al menos- los robots, impidiendo que se hable de estos como seres, ni mucho menos, vivos y sintientes, como, en cambio, sí lo son los animales, cuyo bienestar es hoy obligado proteger, sin que tal protección tenga parangón para con la inteligencia artificial.

No es, sin embargo, ese el punto donde discrepo de la opinión de Lacruz, sino en otro más técnico que impide, en mi opinión, aunque aceptando la tesis final de Lacruz, anteponer el art. 1905 al 1908 CC: mientras que la aplicación pretendida del art. 1905 CC lo sería por analogía, la del art. 1908 CC, en cambio, lo sería directamente (tal vez, aunque lo dudo, extensivamente), por referirse esta última norma expresa y literalmente a "máquinas", que es así como Lacruz considera a los robots. Habiendo, pues, norma directamente aplicable, no cabrá recurrir a la analogía como método aplicativo de los principios como fuente supletoria de último grado (cfr., arts. 1.4 y 4.1 CC[39]). Otra cosa, naturalmente, es que el art. 1908 CC tampoco resulte aplicable al caso que nos ocupa, como en efecto creen Lacruz, y otros también, aunque él solo por anteponer el art. 1905 CC; en mi opinión, en cambio, no lo será por tal razón, sino porque al contener el art. 1908 CC una norma común, de Derecho común, y, por tanto, supletoria (cfr., ahora, el art. 4.3 CC[40]), habrá que anteponer cualquier norma especial que pueda resultar aplicable al caso particular, como en nuestro caso la hay, siendo, además, dos: la una aplicable directamente y la otra extensivamente; son las que, con toda razón, defiende en su libro Lacruz Mantecón con muchos otros (como los ya citados Díaz Alabart[41] y Carrasco Perera[42], o como Núñez Zorrilla[43], Badillo Arias[44], Álvarez Olalla[45], o Ercilla García[46]), aunque aportando Lacruz importantes avances; a saber:

39 Recuérdese, de una nota anterior, que según el art. 1.4 CC español el art. 1.4: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"; y que según el art. 4.1 del mismo Código solo "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

40 Que dice: "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes".

41 En *Robots y responsabilidad, cit*, Reus, Madrid, 2018.

42 En "A propósito", cit., en http:// centrodeestudiosdeconsumo.com.

43 En "Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial", *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, núm. 66 (abril-junio 2018), y en *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Reus editorial, Madrid, 2019.

44 En "La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2019; y en "Responsabilidad civil y aseguramiento obligatorio de los robots", en *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*, Directora E. Monterrosso Casado, Coordinador A. Muñoz Villarreal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

45 En "Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos", en *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*, Directora E. Monterrosso Casado, Coordinador A. Muñoz Villarreal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

46 En "Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2018, núm. 47 (mayo-agosto), y en su monografía *Normas de Derecho civil y robótica.*

3. En particular, la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos y por accidentes de circulación de vehículos de motor.

Sería esta, pues, la última y más apropiada solución al tema de la responsabilidad por daños causados por robots, que el propio Lacruz, con otros, propone, aunando dos regímenes de responsabilidad (frente a otros autores que proponen solo aplicar uno u otro): uno, que se aplicaría directamente, es la responsabilidad por productos defectuosos (considerando que el robot es, sin duda, un producto), para el caso en que el vicio, causante del daño, sea originario y corresponda por ello al programador o, en su caso, al fabricante, al comerciante, al distribuidor o, en último término, al vendedor, según en qué momento -o eslabón de la cadena- se haya producido el defecto con el consiguiente daño; pero, como también el daño puede ser causado por el destinatario final, el usuario u operador del robot, pudiendo ser en tal caso víctima del daño un tercero, para cubrir tal responsabilidad del usuario negligente, que lo sería por hecho propio *ex* art. 1902 CC, Lacruz Mantecón (pensando sobre todo, aunque no solo, en daños causados por robots médicos o sanitarios y por vehículos autónomos terrestres y aéreos -y marítimos, supongo-), propone aplicar, en este caso por analogía -creo yo-, el régimen de responsabilidad por accidentes de circulación de vehículos de motor.

E inspirado en tales regímenes, y como recuerdo actualizado del clásico peculio del esclavo, propone Lacruz, aquí con un tono más *de lege ferenda,* que desde un principio se exija la aportación de un patrimonio responsable a través de dos seguros obligatorios donde se identifique a cada robot por su número de identificación o matrícula que habrá de constar inscrito registralmente (proponiendo Lacruz al respecto -en la p. 184- que se cree una nueva Sección, sobre "robots autónomos", dentro del Registro de Bienes Muebles): uno de tales seguros obligatorio correría a cargo del fabricante, como ya defiende Díaz Alabart[47], al que Lacruz añade otro a cargo del usuario del robot por los daños que a él sean imputables. Propone este último sin mencionar que tal es en cierto modo también el régimen para cubrir la responsabilidad por daños causados por animales, sobre todo por aquellos que sean peligrosos (un *lapsus* que, rectamente, no es tal, una vez negada arriba la analogía entre robots y animales). En aquella otra similitud con el régimen de accidentes de circulación de vehículos de motor, reconoce Lacruz inspirarse en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, que así lo propone, con la idea de inscripción registral incluida, como una de las posibles alternativas para solucionar el problema de la responsabilidad por daños: "Señala que una posible solución a la complejidad de la asignación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por robots cada vez más autónomos, podría ser el establecimiento de

Robots inteligentes, Personalidad jurídica, Responsabilidad civil y Regulación, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

47 En *Robots y responsabilidad,* cit, Reus, Madrid, 2018.

un régimen de seguro obligatorio, como ya se aplica, por ejemplo, en el caso de los automóviles; observa no obstante que, a diferencia del régimen de seguros en la circulación por carretera, en el que el seguro cubre tanto las actuaciones humanas como los fallos mecánicos, un sistema de seguros para robots debería tener en cuenta todas las responsabilidades potenciales en la cadena". Añadiendo a continuación aquella misma Resolución: "Considera que, tal como sucede con el seguro de vehículos de motor, dicho sistema podría completarse con un fondo que garantizara la reparación de daños en los casos de ausencia de una cobertura de seguro". Y así lo defiende también Lacruz, en combinación con el sistema de doble seguro obligatorio para los daños que este no cubra (no como alternativo ni sustitutivo de aquel, según defienden, en cambio, otros como Núñez Zorrilla[48]); consistiría en una suerte de Fondo de compensación, un fondo patrimonial colectivo de garantía, justificado porque si en general la progresiva robotización en nuestras vidas es un beneficio para toda la sociedad, esta, en cierto modo, también debe asumir la indemnización por los daños que los robots causen, y que aquellos seguros no cubran directamente.

Todo ello, dirá Lacruz repetidamente, recuerda al clásico peculio del esclavo de Roma, concluyendo (ya en las p. 142 y 143), del siguiente modo: "Estamos contemplando una especie de «peculio», como si de un esclavo se tratara. (…) En realidad, esta idea está construida, más que sobre el peculio del esclavo, sobre la moderna responsabilidad del automóvil, sustituyendo o mejor, combinando, el seguro obligatorio con este fondo o peculio colectivo, que se asemeja al que gestiona el Consorcio de compensación de seguros para la indemnización de daños causados por vehículos no asegurados. … Es decir, matrícula robótica y revisiones periódicas, lo mismo que la matrícula y la ITV para los automóviles. (…) Estamos por tanto ante algo que no es ni siquiera una ficción, como en las personas jurídicas, sino ante un mero recurso de utilidad (o necesidad) para resolver el problema de la responsabilidad… En definitiva, y volviendo al estatus del esclavo en la antigua Roma, ya no se trata tanto de determinar hasta dónde llega la inteligencia artificial, ni de hasta qué punto ésta es similar a la humana (y por tanto lo es el artefacto que la posee). Se trata simplemente de dar un contenido especial a la subjetividad robótica, exactamente como en Roma, de determinar qué puede hacer y qué no el robot-esclavo, y de qué efectos jurídicos se puede dotar a sus actuaciones. Y como ocurría con el esclavo romano, la incidencia de su actuación se destaca principalmente en los ámbitos de la producción de rendimientos, gestión de asuntos y responsabilidad, resultados todos estos que se proyectan sobre el amo y no sobre el actuante"; rematando luego (en la p. 145): "Según lo visto, la consideración jurídica y estatus del esclavo en Roma es un modelo que puede ayudarnos a la hora de construir un estatus especial para los

48 En *Inteligencia artificial*, cit.

robots autónomos". Lo cual, algunos antes que él lo habían adelantado, aunque no con el detenimiento con que lo hace Lacruz: por ejemplo, Díaz Alabart[49], Ercilla[50], o, antes, Carrasco Perera[51], cuando dice sintéticamente: "Repárese cómo los romanos pudieron construir un perfecto sistema de intercambio socioeconómico —base de su capitalismo imperialista— sin necesidad de instaurar una teoría de la representación ni una especie de limitada capacidad jurídica de los esclavos, a los que sin embargo reconocieron la titularidad de una suerte de patrimonio de actuación (el peculio) sobre el que gravitaba un entero sistema de responsabilidad".

Esta es, en síntesis, la tesis defendida en su libro por el Prof. Lacruz Mantecón que yo, con los matices indicados, plenamente comparto, al menos hoy; pero ¿y mañana? Es, de nuevo, en el Prof. Carrasco Perera[52], en otro pasaje que también cita, y reproduce, Lacruz (en la p. 148), donde tal vez se encuentre la clave, cuando, aun en contra de personalizar los robots, aquel considera necesarios "patrimonios de responsabilidad adscritos a tales decisores autónomos, que en el estado presente de la ciencia empezarían por ser patrimonios fundacionales personificados y adscritos a un fin, patrimonios sobre los que los autómatas no titulen derechos de propiedad". Como se ve, de patrimonios fundacionales habla…

III. ENTRE BROMAS Y VERAS, ELUCUBRACIONES SOBRE OTRA POSIBLE HIPÓTESIS DE FUTURO: LAS FUNDACIONES ROBÓTICAS.

Ante todo, tómese lo que a continuación se diga, no como crítica a la magnífica obra comentada del Prof. Lacruz Mantecón, sino como elucubración futurista, hecha medio en broma medio en serio, de quien no es adivino, ni aspira a serlo. Es tan solo un juego -acrobático, si se quiere-, que pretende al menos despertar la curiosidad -y quién sabe si alguna sonrisa- en el lector, y, quién sabe, si tal vez invite a la polémica, única esta creadora de doctrina, que -como dije en la introducción- es la sal en la vida de cualquier jurista.

No hay, pues, ninguna objeción crítica a la tesis de Lacruz, pues, en la actualidad, no creo yo que pueda negarse que los robots sean máquinas, que sean jurídicamente cosas, diversas de las personas humanas, carentes incluso de cualquier sustrato o atisbo personal que justifique la creación o ficción de una persona jurídica asociativa (acaso formada por sus creadores y los usuarios), ni corporativa (fundada en el interés general que subyace en la robótica). Pero ¿acaso no cabría, como alternativa, personificar los robots aun siendo cosas? De "cosas personificadas" ya nos habla Núñez Zorrilla[53]. Y ¿acaso el molde donde mejor

49 En *Robots y responsabilidad,* cit, Reus, Madrid, 2018.

50 En "Aproximación a", cit., y en su monografía *Normas de,* cit.

51 En "A propósito", cit., en http:// centrodeestudiosdeconsumo.com.

52 En "A propósito", cit., en http:// centrodeestudiosdeconsumo.com.

53 En *Inteligencia artificial,* cit.

encajar tal personificación no sería a través de las Fundaciones, mediante una personalidad fundacional, donde lo que artificial y ficticiamente se personifica es un patrimonio adscrito a un fin? Era de lo que hablaba Carrasco Perera[54] (antes trascrito).

Curiosamente, en la otra recensión a que al principio de la presente me referí, hecha a la obra sobre animales del Prof. De Torres Perea, en contra de su tesis que los estimaba como un *tertium genus* entre las personas y las cosas, objetaba yo la suficiencia de mantenerlos dentro de la categoría de cosas, aunque singulares (en su régimen tuitivo de su bienestar), añadiendo -yo- lo siguiente (que vuelvo a recordar): "De igual modo sucede con otro tipo de bienes, que el Derecho regula y protege singularmente (como son la propiedad intelectual, la industrial -que, no se olvide, son expresiones personalísimas del ingenio humano-, el patrimonio histórico, los propios derechos como objeto de otros derechos…), sin que por ello sea necesario crear para tales bienes una tercera categoría entre las personas y las cosas; como tampoco fue necesario crear otra categoría intermedia para las personas jurídicas (ni tal vez en un futuro para la inteligencia artificial y cualquier híbrido humanoide), bastando con estimarlas como otra especie de personas (y eso que en las Fundaciones se personifica -todo- un patrimonio, aunque destinado por la voluntad de su fundador, lo que, sin embargo, no ha dado como resultado ningún *tertium genus*)". Es ahí, pues, entre las personas jurídicas, y entre las Fundaciones en particular, donde tal vez encuentren acomodo las futuras personalidades robóticas, como especie singular de Fundaciones, sin la necesidad de crear ninguna categoría híbrida (de ahí mi preferencia por la serie de la Fundación de Asimov). Al fin y al cabo, no sería más que trasladar la apariencia de inteligencia y conciencia robóticas al mundo de las ficciones jurídicas, como sin duda lo son las personas jurídicas. De artificio informático a artificio jurídico.

No es, además, pura invención mía. Gracias a la obra de Lacruz (y disculpen mi ignorancia de una obra de referencia), he podido comprobar que -un tal- Gunter Teubner, cuya obra nos dio antes a conocer el Prof. Carrasco Perera[55], así lo proponía, en síntesis, amoldar las entidades robóticas bajo el manto de las personas jurídicas, añadiendo yo -tan solo- el molde fundacional como el más apropiado.

Ciertamente, la actual Ley española núm. 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones no responde a ello (o, mejor dicho, mi propuesta no se adecúa a la actual regulación sobre Fundaciones). Pero ya dije que se trataba de una posible hipótesis para el mañana, que, naturalmente, requeriría de reformas jurídicas;

54 En "A propósito", cit., en http:// centrodeestudiosdeconsumo.com.

55 Recuérdese, en "A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada", *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, en http:// centrodeestudiosdeconsumo.com, Fecha de publicación: 11 de enero de 2019.

las cuales, no se olvide, ya comienzan a instarse. Recuérdese la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, cuando habla de "personalidad específica", de "personalidad robótica",… Cierto es que las Resoluciones del Parlamento Europeo no son estrictas normas, de obligado cumplimiento; son meros consejos, como los que da un buen amigo; pero en este caso se trata siempre de un amigo muy insistente e influyente que con el tiempo casi siempre ha terminado convenciendo, o imponiendo su criterio, obligando a los Estados Miembros de la Unión Europea a modificar sus leyes, cuando no hasta el diagnóstico en otras Ciencias (como a vuelapluma vienen a mi memoria temas, también por mí estudiados, como las uniones entre personas del mismo sexo, la transexualidad, …, en los que el Parlamento Europeo, a través de diversas Resoluciones, no solo ha incidido en el panorama jurídico europeo, sino también en el científico internacional, logrando, en aquellos ejemplos citados, su despatologización).

La dotación patrimonial, que personificar en nuestro caso, vendría integrada por el propio robot así como por el sistema doble o mixto de seguro obligatorio, que al principio habría de aportar el creador del robot, y que luego habría de incrementar el adquirente usuario del robot (no en vano, ya el art. 12 de la Ley española de Fundaciones permite que la dotación de patrimonio fundacional se haga con bienes del propio fundador o de terceros[56]). Habría, de este modo, a través de una figura actual y moderna, que cuenta con su propio régimen jurídico, y sin la necesidad de resucitar anacrónica e inconducentemente viejas fórmulas (como la del peculio del clásico esclavo romano), una persona -también- con un patrimonio responsable; quedarían, además, así exentos de cualquier responsabilidad patrimonial personal subsidiaria aquellos sujetos (fundador y usuario), que es lo que pretende Lacruz con su novedosa tesis, y que es lo que tradicionalmente desde el siglo XIX se pretendía con la creación de las personas jurídicas (liberar de responsabilidad patrimonial propia a las personas que las componían y creaban). Quedaría, así, además cubierta la responsabilidad del usuario como patrono por su negligencia en la posible causación de daños, hasta de los causados a la propia Fundación (cfr., art. 17 Ley española de Fundaciones[57]). No serían responsables ni el creador-fundador, ni el usuario, ni siquiera tampoco el robot en sí, sino la Fundación misma e íntegra con todo su patrimonio (al modo

56 Especialmente en su ap. 3, donde dice: "Se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución"; añadiendo en su siguiente ap.4: "Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales".

57 Cuyo ap. 2 dispone: "Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél".

en que en Roma la responsabilidad no era del esclavo, ni siquiera personalmente de su amo, sino directamente del peculio).

Ni siquiera ello supondría un problema de irresponsabilidad fuera del ámbito civil: pensando, por ejemplo, como también lo piensa Lacruz, en posibles responsabilidades penales (por ejemplo, fundadas en delitos cibernéticos), ahí está la novedosa, y también ficticia, responsabilidad penal de las personas jurídicas frente al viejo brocardo *societas delinquere non potest*. Aun a pesar de la creación de una Fundación, seguirían siéndolo su creador o, en su caso, su usuario por empleo delictivo del robot.

Porque, en efecto, la voluntad, la mente de la Fundación estaría desde un principio formada por el programador o creador del robot, que sería el fundador de su personalidad, de su voluntad algorítmica (cfr., el art. 2.1 Ley española de Fundaciones[58]), sin la necesidad de recrear viejas figuras, como en cambio lo hace Lacruz (en la p. 139), "en la capacidad del esclavo emanada de su *dominus*". Para tal creación, habría que formalizar notarialmente todo ello, con posterior inscripción registral, como propone el propio Lacruz, aunque en mi propuesta tal inscripción habría de hacerse en el Registro de Fundaciones.

Formada así su voluntad, la de la Fundación robótica, su ejecución, el gobierno de tal Fundación robótica correspondería a su adquirente y usuario, quien haría las veces de patrono y, a la vez, de beneficiario de aquella Fundación (lo que, desde luego, no encaja en la actual Ley española de Fundaciones, cuyos arts. 3.3 y 15 exigen un patronato triunviral diverso de los posibles beneficiarios de la Fundación[59]; aunque, no se olvide, que ya se permite su remuneración, que en nuestro caso podría entenderse satisfecha en especie, con el propio empleo del robot adquirido). Como patrono, el usuario del robot ostentaría su representación legal (cfr., el art. 17 Ley española de Fundaciones[60]), y administraría el patrimonio fundacional robótico (cfr., los arts. 19 y 20 de la misma Ley de Fundaciones[61]), aunque sin la posibilidad, actualmente al menos, de poder disponer del mismo sin permiso del Protectorado (cfr., en tal sentido, el art. 21 Ley de Fundaciones[62]).

58 En su siguiente definición: "Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general".

59 Dice, en efecto, el art. 3.3: "En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general".

60 Cuando en su primera apartado dice que "Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal".

61 Así, por ejemplo, la primera de tales normas cuando en su ap. 2 dice: "La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.".

62 En cuyo primer apartado, entre otros, afirma: "La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento

Porque, al margen de tan concreta cuestión (relativa a la disposición patrimonial fundacional), sería una ventaja tal intervención del Protectorado, asegurando así el fin público a que serviría toda Fundación robótica. Es, precisamente, el mismo interés general que en la tesis del Prof. Lacruz, según ha quedado arriba dicho, justifica la creación de un Fondo de compensación y que en el "ADN" del robot vaya incrustado aquel Código ético y legal, antes referidos, que defiende Lacruz. Un Código, donde sus valores y derechos fundamentales también habrán de estar, aunque solo sea en parte, referidos a la propia Fundación robótica como centro de imputación subjetiva, no solo de responsabilidades, sino también de derechos. No tan lejos, por ejemplo, queda cuando hablar de los derechos fundamentales, o también de los de la personalidad, de las personas jurídicas provocaba la risa. Y miren hoy. Hasta el delito de injuria contra el honor de las personas jurídicas se ha terminado admitiendo.

Con todo, lo hasta aquí dicho no deja de ser mera elucubración, o tal vez no…

Lo que sí ignoro -pues ya dije que no pretendo ser Nostradamus- es si mi hipótesis futurista o cualquier otra que cuajara destinada a personificar las entidades robóticas tendría mayores consecuencias, e incluso más graves, más allá incluso de las jurídicas. Ignoro si tal concesión de la personalidad robótica sería suficiente, plenamente satisfactoria para los propios robots, e impediría o, al contrario, incitaría a reivindicar un mayor reconocimiento, a que progresivamente el anhelo de los robots sea mayor, aspirando a una rebelión, igualitaria al comienzo, o de posterior sometimiento del ser humano. De nuevo, la literatura y el cine (que bien pueden verse expuestos, en este sentido, en la -tan acertada- voz "Rebelión de las máquinas" en la Wikipedia), nos dan abundantes muestras de ello, de nuestro miedo, innato en el ser humano, a ser sometido o incluso aniquilado por una especia superior cibernética o humanoide (a mi memoria, más cinéfila que literaria en tiempos de juventud, vienen el "monstruo" de *Frankenstein*, el Hall-9000 de *2001: una Odisea en el espacio*, aquel defectuoso pistolero Yul Brynner en *Almas de metal*, el hermoso Replicante de *Blade Runner* o el horrible Héctor de *Saturno 3*, o -cómo no- aquel incansable, casi indestructible, *Terminator*, …).

El Prof. Lacruz no parece dar credibilidad a tan apocalíptico destino de la humanidad cuando dice (en la p. 132): "Dada la imposibilidad de predecir el futuro, hasta que llegue —si llega— dicha emancipación de nuestros esclavos electrónicos, y como tengo dicho en otro lugar, nuestra futura sociedad robótica va a ser semejante a una sociedad esclavista". Y hace bien en decir tal cosa, pues ir más allá supondría pasar de la ficción jurídica a la Ciencia ficción. Pero no olvide, querido Prof. Lacruz, que hace ya mucho que los esclavos se rebelaron con éxito,

de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada".

liberándose, y que la Historia, como decía Aristóteles, es cíclica, se repite, y que el ser humano es capaz de tropezarse con la misma piedra una, dos, y hasta mil veces…

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, E.: "El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", *La Ley digital*, 2011 (tomado de internet).

Álvarez Olalla, MªP.: "Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos", en *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*, Directora E. Monterrosso Casado, Coordinador A. Muñoz Villarreal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Badillo Arias, JA.: "La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2019.

Badillo Arias, JA.: "Responsabilidad civil y aseguramiento obligatorio de los robots", en *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*, Directora E. Monterrosso Casado, Coordinador A. Muñoz Villarreal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Barrio Andrés, M.: "Hacia una personalidad electrónica para los robots", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2018.

Brels, S.: "El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2012, vol. 3/2, 7 páginas (tomado de Dialnet).

Carrasco Perera, G.: "A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada", *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, en http:// centrodeestudiosdeconsumo.com, Fecha de publicación: 11 de enero de 2019.

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo del Prof. Dr. D. Carlos Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015, dentro de la colección "Biblioteca Iberoamericana de Derecho", de la editorial REUS.

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, ed. Reus, Madrid, 2019.

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: "Clínicas veterinarias y paseos con animales de compañía ante el covid-19: una actividad esencial para el bienestar del animal como ser sintiente", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11/2 (2020), pp. 17-29.

De Torres Perea, JM: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, ed. Reus, Madrid, 2020.

Díaz Alabart, S.: *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018.

Ercilla García, J.: "Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2018, núm. 47 (mayo-agosto).

Ercilla García, J.: *Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, Personalidad jurídica, Responsabilidad civil y Regulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Hava García, E.: "La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal", *Estudios Pénales y Criminológicos, vol. XXXI,* 2011, pp. 259-304.

Lacruz Mantecón, ML.: *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*, ed. Reus, Madrid, 2020.

Lelanchón, L: "La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 72-79.

Mesías Rodríguez, J.: "Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/2, pp. 66-105.

Moreira, AL.: "La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 80-91.

Núñez Zorrilla, Mª C: "Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial", *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, núm. 66 (abril-junio 2018).

Núñez Zorrilla, Mª C: *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*, ed. Reus, Madrid, 2019.

Nussbaum, M.: "Animal Rights: The Need for a Theorical Basis", *Havard Law Review*, vol. 114, núm. 5, marzo, pp. 1506-2549, pp. 1509 y ss.

Nussbaum, M.: *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge, MA, Ed. Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

NUSSBAUM, M.: *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2000.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M.: *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*, ed. Bosch, Barcelona, 2005.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M.: "Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal", *Animalia*, núm. 190, 2006, pp. 56-60.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M.: "Marco jurídico de la protección animal en España desde 1929 hasta 2015: el lento y firme trote del mastín", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32/2015, pp. 1-34, BIB 2015\17053.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M.: "El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, Zaragoza, 2018, pp. 244-280.

ROGEL VIDE, C.: "Robots y personas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2018.

"UNO STUDIO IN ROSSO". SICUREZZA, SISTEMI E ALTERITÀ ARTIFICIALI*

"A STUDY IN SCARLET". SECURITY, SYSTEMS AND ARTIFICIAL ALTERITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 54-83

* Questo saggio è destinato al volume che raccoglie gli Scritti in onore di Raffaele De Giorgi.

Manolita
FRANCESCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: L'"incolore matassa della vita" è scandita dal filo rosso delle forme di sicurezza, rese negli ambienti del biopotere, della statistica-finanziaria e, infine, dell'intricato mercato farmaceutico. Molteplici forme di razionalità – genetica, economica, statistica, scientifica – incidono sui sistemi sociali che le autogenerano, tanto da produrre una compressione dei diritti fondamentali e, nell'attualità come in passato, l'emersione di nuove alterità artificiali.

PALABRAS CLAVE: Sicurezza; sistemi; razionalità; alterità artificiali.

ABSTRACT: *The "colorless skein of life" is punctuated by the scarlet thread of forms of security, provided in the circles of biopower, financial statistics and, finally, the intricate pharmaceutical market. Multiple forms of rationality – genetic, economic, statistical, scientific – affect the social systems that self-generate them, producing a compression of fundamental rights and, in actuality as in the past, the emergence of new artificial alterities.*

KEY WORDS: *Security; systems; rationalities; artificial alterity.*

SUMARIO.- I. SICUREZZA, FIDUCIA E RAZIONALITÀ.- II. QUATTRO IMMAGINI A CONFRONTO: UNO STUDIO IN ROSSO.- 1. Razionalità genetica e sicurezza della popolazione.- 2. Razionalità statistica e sicurezza del sistema finanziario.- 3. Razionalità economica e sicurezza del mercato.- 4. Razionalità scientifica e stabilità del sistema.- III. ALTERITÀ ARTIFICIALI (O ECCEDENZE DI ALTERITÀ) E ESPULSIONE DELLA DIFFERENZA.

I. SICUREZZA, FIDUCIA E RAZIONALITÀ.

Parlare di sicurezza nel tempo della pandemia apre a suggestioni distoniche. Viene naturale interrogarsi sulle evoluzioni del medesimo principio e chiedersi se – da sovrastruttura del linguaggio razionale – esso contribuisca alla configurazione di alterità artificiali, funzionali esclusivamente alla sua stessa esistenza[1].

È sufficiente una osservazione approssimativa del contesto culturale determinato dallo stato di pandemia perché venga alla mente che la paura è da sempre fattore propulsivo di movimenti sociali, economici e politici. Dunque, la gestione della sicurezza è altresì gestione di un ordine: incide sul linguaggio sociale, su quello comunicativo, e intorno ad essa si sviluppa l'azione comune, di una comunità e dei suoi appartenenti[2]. La minaccia di un pericolo, di un rischio, muta il comportamento razionale collettivo[3], mentre include provoca naturali esclusioni di ciò che è considerato pericoloso. Ciò accade con il rischio di contagio al pari di

1 Sia consentito un rinvio a Francesca, M.: "Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", *Rass. dir. civ.*, 2020, in corso di pubblicazione.

2 Foucault, M.: *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978*), trad. it. di P. Napoli, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 21 ss., spec. p. 49 ss., allorché è sottolineato che "la normalizzazione disciplinare consiste nell'introdurre un modello ottimale costruito in funzione di un certo risultato in modo da rendere le persone, i loro gesti e atti conformi a tale modello: normale è chi è capace di conformarsi a questa norma, anormale è chi non riesce. Nella normalizzazione disciplinare non è prioritario il normale e l'anormale, ma la norma stessa, che detiene un carattere originariamente prescrittivo da cui discende la possibilità stessa di determinare ciò che è normale e anormale". A proposito di come si normalizza Foucault richiama il caso dell'epidemia di vaiolo nel XVIII secolo, come esempio primo di reazione razionale della scienza e di governo della popolazione: "il carattere certo e generalizzabile dell'inoculazione e della vaccinazione permetteva di considerare il fenomeno in termini di calcolo delle probabilità, grazie agli strumenti statistici di cui si disponeva".

3 È suggestiva l'immagine richiamata da Hobbes, T.: *Il Leviatano*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1955, p. 91, con traduzione, introduzione e note a cura di Giammanco, R. dell'edizione critica del testo del 1651 ad opera di Pogson Smith, W.G.: "il terrore, disgiunto dalla coscienza del perché e del come nasce, è il *timor panico*, così denominato dalla leggenda che ne attribuiva la causa a Pan, laddove in verità è sempre da sospettarsi come la causa di questo sia colui che per il primo si lascia dominare dal panico perché gli altri scappano imitando l'esempio altrui, ciascuno pensando che il suo vicino conosca il perché di quello stato d'animo generale, ed è perciò che questa passione si presenta solo dove è radunata una moltitudine di popolo".

• Manolita Francesca
Professore ordinario IUS 01 presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università del Salento, attualmente Prorettore vicario dell'Università del Salento. E-mail: manolita.francesca@unisalento.it

quanto accada in termini di scelta efficiente nel sistema economico. La sicurezza è dunque un elemento strutturale della comunità, ne fissa le regole di funzionamento e allontana ciò che non è riconoscibile in essa o ciò che semplicemente determina insicurezza. Nelle società moderne, la sicurezza alimenta la fiducia, che ne costituisce il sostituto funzionale e si distacca profondamente dalla tradizionale *fides*; quella stessa *fides* che trovava i suoi addentellati nel rapporto tra il singolo, la comunità e il potere divino[4]. La gestione del rischio è insomma coeva all'uomo e alla necessità di creare raggruppamenti o, probabilmente, ne è la giustificazione profonda[5].

La medesima struttura delle regole è ontologicamente conformata sulla sicurezza e alimenta la speranza[6]: esse sono infatti prescrittive, esibiscono la funzione se A consegue B, che consegna certezza rispetto al futuro, sicurezza rispetto agli effetti che un dato comportamento produrrà in termini di valutazione[7]. Attraverso le regole si controlla il comportamento di una pluralità di soggetti, a loro volta garantiti nell'aspettativa che nutrono verso comportamenti altrui[8]. In questo senso, le regole sono predittive: esse consentono di coltivare speranze verso il futuro, rispetto a comportamenti che sono assunti dalla norma come attendibili[9], in quanto governati dalla coercibilità propria dell'ordinamento, ma

4 De Giorgi, R.: "Evoluzione della fiducia e periferie dell'accadere", in Id., *Temi di filosofia del diritto*, Pensa Multimedia, Lecce, 2006, p. 26 ss.

5 Il ruolo della paura nella proiezione della dimensione sociale-politica è evidente già in Hobbes, T.: *Elementi filosofici sul cittadino (*De cive*) (1647)*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1948, p. 77, allorché conclude che "l'origine delle grandi e durevoli società deve essere stata non già la mutua simpatia degli uomini, ma il reciproco timore". Nella nota al testo specifica, in una ideale argomentazione contro i detrattori della tesi sostenuta, che i contraddittori "scambiano il timore con il terrore. Io, invece, intendo significare, con questa parola, una specie di previsione di un male futuro". Più avanti spiega ancóra che "dato l'immenso numero di pericoli di cui gli istinti naturali degli uomini seminano quotidianamente la vita umana, non possiamo scandalizzarci se questi si premuniscano […]. Ciascuno infatti, è portato alla ricerca di quel che, per lui, è bene, e a fuggire quel che, per lui, è male, specialmente poi il massimo dei mali naturali, cioè la morte; il che accade secondo una ferrea legge di natura, non meno rigida di quella per cui una pietra cade verso il basso". Nella nota 10 N. Bobbio spiega come "questa celebre definizione del diritto è uno dei punti più controversi e mal compresi della dottrina di H. L'obbiezione è infondata. Anche per H. il diritto è la facoltà di agire secondo una regola; solo che la regola fondamentale che guida l'uomo nello stato naturale è quella che prescrive di fare quanto giova alla propria conservazione".
In una prospettiva attuale, *vid.* ancóra la gestione della paura nelle democrazie moderne di Ferrajoli, L.: "Democrazia e paura", in *La democrazia in nove lezioni*, (a cura di M. Bovero e V. Pazé), Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss., spec. p. 120: qui l'affermazione che "la paura è sempre stata la principale risorsa e la principale fonte del potere" è preceduta dall'osservazione amara del tempo che vede "la sicurezza sociale aggredita dalle politiche di riduzione dello Stato sociale e di smantellamento del diritto del lavoro e minacciata dal crescente impoverimento economico, le campagne securitarie valgono infatti a soddisfare il sentimento diffuso dell'insicurezza sociale mobilitando contro il deviante e il diverso"; *cfr.* anche Mori, L.: "Paura e consenso politico", *Cosmopolis*.

6 "Nel linguaggio della quotidianità sicurezza e pulizia convergono, delimitano lo spazio dell'agire dei singoli e dell'agire politico. Sicurezza e pulizia descrivono la trasparenza di uno spazio aperto al futuro, come l'orizzonte. Speranza è l'altro additivo che conferisce energia ad un agire che rischierebbe di bloccarsi nel non sapere del futuro. […] Al rischio opponiamo la sicurezza": De Giorgi, R.: "Il governo della paura", in Id.: *Futuri passati. Il mondo visto da Campone*, Pensa,Lecce, 2010, p. 233 ss.

7 Kelsen, H.: *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, p. 148 ss.

8 Hart, H.L.A.: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, p. 47 ss.

9 La fattispecie normativa guarda al futuro ma va ricostruita nel momento applicativo quale risultato della combinazione di regole e princìpi, *vid.* Perlingieri, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018, *passim*.

ancóra prima da una razionalità intrinseca. Si tratta di razionalità che affonda le sue radici nei comportamenti valutati come necessari, giusti (leciti) dall'ordinamento attraverso il confronto con la realtà sociale.

Per dirla con Orestano: "La riflessione del giurista continuamente riduce e "traduce" in un mondo di parole il mondo della realtà, della realtà concreta, di quella che potremmo dire la "realtà umana" (intendendo quanto gli uomini di una determinata esperienza vivono, fanno, perseguono, pensano, soffrono una realtà)"[10].

Ma cosa traducono quelle parole quando il campo di osservazione non è la realtà umana, quando il medesimo campo assume forma e sostanza dell'utopia di una specifica disciplina, del cammino verso qualcosa di sperato?

Il risultato complessivo sarà in questo caso il risultato del contenuto della speranza e della realtà voluta con le sue specifiche leggi.

Shylock, nel Mercante di Venezia, fu messo di fronte alla scelta tra asportare una libra di carne dal corpo di Antonio, quale conseguenza contrattuale dell'inadempimento, o rinunciare all'azione. Nel primo caso, assumeva il rischio di essere giudicato colpevole dell'attentato alla vita di un cittadino veneziano, là dove l'asporto avesse determinato la perdita anche soltanto di una goccia di sangue. Un rischio che Shylock decise di non correre, perché il giudizio successivo sarebbe stato ovvio, in quanto ovvia era la conoscenza comune della base scientifica cui si sarebbe poggiata la futura valutazione.

Ma le esigenze di sicurezza e di pulizia nella storia dei popoli iniziano lentamente a spostarsi da una radice antropologica e comune, di regole affermate su prassi, pratiche, comportamenti che hanno dimostrato nel tempo la capacità di produrre vantaggi sociali e individuali[11], alla tecnocrazia scientifica che vincola sia le scelte

10 Orestano, R.: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Feltrinelli, Bologna, 1987, p. 386.

11 Secondo Hayek, F.A.: *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, London, 1982, p. 126 ss., spec. p. 127: "the difference in meaning between "law" as it is applied to the *nomos* and "law" as it is used for all the other *theseis* which emerge from legislation, comes out most clearly if we consider how differently the "law" relates to its application in the two cases. A rule of conduct cannot be "carried out" or "executed" as one carries out an instruction. One can obey the former or enforce obedience to it; but a rule of conduct merely limits the range of permitted action and usually does not determine a particular action; and what it prescribes is never accomplished but remains a standing obligation on all. Whenever we speak of "carrying out a law" we mean by the term "law" not a *nomos* but a *thesis* instructing somebody to do particular things. It follows that the "law-giver" whose laws are to be "executed" stands in a wholly different relation to those who are to execute them from the relation in which a "law-giver" who prescribes rules of just conduct stands to those who have to observe them. The first kind of rules will be binding only on the members of the organization which we call government, while the latter will restrict the range of permitted actions for any member of the society. The judge who applies the law and directs its enforcement does not "execute" it in the sense in which an administrator carries out a measure, or in which the "executive" has to carry out the decision of the judge". Sul punto *cfr.* la recente analisi di Grondona, M.: "Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su *Hayek*": "*The Political Order of a Free People*")", in Ius dicere *in a globalized world. A comparative overview* (a cura di C.A. d'Alessandro e C. Marchese), Romatre-Press, Roma, 2018, p. 295 ss.

normative sia quelle di giudizio. Nella seconda prospettiva, è la storia della paura artificiale, non più mossa da quella dell'ignoto, del non conosciuto, ma suffragata dalla conoscenza fondata su leggi scientifiche.

Se al diritto è coeva la distinzione, per ciò che non è e, appunto, non ha diritto, e se l'idea di giustizia risponde al fondo a una logica organizzativa fondata sulla risoluzione dei conflitti e, a volte, lontana dal concetto della giustizia del riconoscimento, le leggi scientifiche hanno talvolta contribuito alla creazione di una alterità artificiale, che potremmo definire come sistemica, propria cioè della medesima funzione del sistema[12].

La razionalità non è quella a stati discreti descritta da Turing[13] nel discorso intorno alla prima intelligenza artificiale, quella indotta genericamente dai bisogni dell'uomo; essa ha subìto una evoluzione e ha superato abbondantemente le esigenze primarie della collettività per specializzarsi in altrettante razionalità: genetica, statistica, economica, scientifica[14]. Queste razionalità governano i medesimi sistemi che le producono e, attraverso la loro connessione, incidono sul funzionamento di più generali stati complessi[15].

12 Così De Giorgi, R.: "Por Una Ecologia Dos Direitos Humanos", *R. Opin. Jur. Fortaleza*, 2017, p. 324 ss. "Ma fu così, anche, che si vide quanto grande era lo spazio dell'azione che poteva essere occupato dalla *déraison*. Una eccedenza di alterità. Si spiega in questo modo il fatto che l'invenzione della ragione moderna ebbe come sua reale conseguenza il grande internamento di cui parla splendidamente Foucault. L'internamento di massa si giustifica con la necessità di proteggere la ragione. Ma, nell'universo dell'inclusione, ciò che deve essere protetto è la ragione del diritto, la ragione dell'economia, la ragione della politica. Sono queste le ragioni della ragione" (traduzione in italiano del testo originale in portoghese).

13 Turing, A.M.: *Computing machinery and intelligence*, *Mind*, 59, 1950, p. 433 ss., trad. it. *Macchine calcolatrici e intelligenza*, in *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale* (a cura di V. Somenzi e R. Cordeschi), Einaudi, Torino, 1986, p. 157 ss. *Vid.* la recente riflessione di Femia, P.: "Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico", *Atti S.I.S.Di.C., Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Esi, Napoli, 2020, in corso di pubblicazione.

14 Agamben, G.: *Homo Sacer*, Feltrinelli, Torino, 1995, *passim*; Foucault, M.: Surveiller et punir: la naissance de la prison, Gallimard, Paris, 1975, p. 222, "storicamente, il processo con cui la borghesia divenne nel corso del diciottesimo secolo la classe politicamente dominante viene mascherato con l'istituzione di una cornice giuridica esplicita, codificata e formalmente egualitaria, resa possibile dall'organizzazione di un regime rappresentativo parlamentare. Ma lo sviluppo e la generalizzazione di meccanismi disciplinari costituirono l'altro lato – quello buio – di tali processi. La forma giuridica generale che garantiva un sistema di diritti, egualitari in linea di principio, era sorretta da questi minuscoli, quotidiani, fisici meccanismi, da tutti questi sistemi di micro-potere – essenzialmente non-egualitari ed asimmetrici – che noi chiamiamo discipline". Sul punto *cfr.* De Giorgi, R.: *Por Una Ecologia*, cit., p. 324 ss. *Vid*. anche Id.: "Niklas Luhmann e i paradossi del diritto", in Id.: *Temi*, cit., p. 161 ss.

15 *Vid*., in particolare, Femia, P.: *Essere norma*, cit., in corso di pubblicazione, che ricorda come ci siano "tante menti per quante strutture comunicative le contengano. Ecco: se la comunicazione è struttura, le menti sono la sua funzione, il prodotto della comunicazione strutturata. La comunicazione il veicolo, la mente la funzione, il pensiero la materia oscura, che amiamo immaginare preesistere alla struttura e alla funzione: il prima del processo, l'istante zero".

II. QUATTRO IMMAGINI A CONFRONTO: UNO STUDIO IN ROSSO.

Dalla selezione di alcuni eventi, fatti, costruzioni dell'ingegneria economico-sociale è possibile verificare quanto sopra avvertito e – "per usare un linguaggio artistico" – isolare il filo rosso "lungo l'incolore matassa"[16] degli accadimenti.

1. Razionalità genetica e sicurezza della popolazione.

Le leggi razziali sono necessariamente il primo esempio, quello storicamente conclamato e, in quanto tale, immediatamente evidente. Qui l'alterità è appunto artificiale, in quanto creata *in vitro*, sul conosciuto, su quanto era fin a quel momento perfettamente integrato nella struttura sociale, tanto da dover essere rimosso in applicazione di quelle leggi[17].

Il 5 agosto del 1938, sulla rivista "La difesa della razza"[18], è pubblicato il Manifesto di quelle Leggi, redatto da studiosi fascisti di diverse Università italiane[19]. Da lì fu breve il passo ai numerosi provvedimenti amministrativi che spogliarono cittadini, fino ad allora parti cospicue del corpo civile e culturale della Nazione, dei diritti civili di partecipazione e di riconoscimento.

16 Conan Doyle, A.: *A Study in Scarlet*, in *Beeton's Christmas Annual*, 1887.

17 Quando la giustificazione non è più l'altro non riconoscibile, ma l'interiorizzazione della differenza è realizzata attraverso la non accessibilità ai c.d. contesti di funzione di coloro che quotidianamente partecipano alla vita sociale Luhmann, N.: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Springer, Opladen, 1975, p. 160, *vid*. anche le riflessioni di Cevolini, A.: "Inclusione ed esclusione nel funzionalismo sociologico tedesco", *Soc. pol. sociali*, 1999, p. 247 ss., spec. p. 252.

18 Mazzacane, A.: "Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. Speciale), Pàtron, Bologna, 2013, p. 23 ss. che descrive il seguente episodio all'ombra della proclamazione di quelle leggi: Mussolini impartì a Landra istruzioni opportune il 24 giugno. Successivamente "dieci docenti, appartenenti in varia misura all'indirizzo antropologico-positivista, furono poi riuniti il 2 luglio dal ministro della Cultura popolare Alfieri perché esaminassero e sottoscrivessero il testo. Di spicco fra loro erano Nicola Pende e Sabato Visco, senatore il primo, deputato il secondo. Pende però chiese che ne fosse fatta una redazione diversa, e sul punto insisté anche in seguito. Di Visco è riferito un episodio assai colorito. Pare che esclamasse indignato: "Non avalleremo le castronerie di qualche giovane a cui abbiamo avuto il torto di dare la laurea uno o due anni fa". Chiamato in disparte dal ministro, che lo informò di come le "castronerie" fossero state dettate da Mussolini, moderò i toni, ma non la sostanza della sua posizione (…). Né Pende né Visco erano antifascisti. (…) il loro dissenso rimandava a questioni di "scuola", ad orgoglio di "scienza". *Cfr.* anche Falconieri, S.: "Tra "silenzio" e "militanza". La legislazione antiebraica nelle riviste giuridiche italiane (1938-1943)", in *Le leggi* (a cura di G. Speciale), *o.u.c.*, p. 159 ss. *Cfr.* anche Tondi della Mura, V.: "La parola «razza» nella Costituzione, ovvero: della rilevanza costituzionale di una nozione scientificamente infondata", in *Razza, identità, culture. Un approccio interdisciplinare. Atti dell'incontro di studio Lecce, 28 settembre 2018* (a cura di S. Donadei, M. Francesca, e V. Tondi della Mura), Esi, Napoli, 2019, p. 9 ss., che ricorda come basti pensare che il "Manifesto della razza fu sottoscritto da studiosi di discutibile e variegata qualificazione scientifica, accademica e professionale, ricorrendo a una motivazione appositamente "alogica", così da corroborare "un fatto squisitamente politico"; Francesca, M.: "Razza e diritto. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", *ivi*, p. 3 ss.

19 Stolleis, M.: "Comprendere l'incomprensibile: l'Olocausto e la storia del diritto", in *Le leggi* (a cura di G. Speciale), *o.u.c.*, p. 9 ss., il quale descrive "Lo sterminio degli ebrei europei" (R. Hilberg) al più tardi dalla Conferenza del Wannsee come un delirio nutrito "ad un tempo di politica e biologismo e si prefiggeva una "pulitura del corpo del popolo" veniva a comprendere tutti i gruppi menzionati ed è questo il contesto da cui prendere le mosse". *Vid*. anche Resta, G. e Zeno-Zencovich, V.: *Riparare Risarcire Ricordare Un dialogo tra storici e giuristi*, Esi, Napoli, 2012, p. 33 ss.; Nuzzo, L.: "Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?", in *Alberico Gentili e lo* jus post bellum. *Prospettive tra diritto e storia. Atti del convegno della XVIII Giornata Gentiliana, San Ginesio, 21-22 settembre 2018* (a cura di L. Lacchè e V. Lavenia), Eum edizioni università di macerata, Macerata, 2020, p. 37 ss.

Il diritto aveva continuato a lavorare per distinzione e, questa volta, aveva operato attraverso leggi scientifiche sulle origini genetiche e culturali, rendendosi servitore di una apologia culturale. L'antico concetto giuridico di *status* operò una riduzione artata della capacità giuridica[20], ciò sebbene mancasse la giustificazione eziologica di sempre: quella della necessità – parimenti ingiustificabile – di regolare il diverso da sé, per consentire la creazione di una egemonia culturale reputata in sé giusta[21].

2. Razionalità statistica e sicurezza del sistema finanziario.

Una donna di ottanta anni chiede un prestito ad un istituto finanziario, esibendo un certificato di buona salute, tuttavia il tempo di vita media stimato dalle statistiche sulla popolazione le è avverso. Ciò accade a prescindere dalla sua consistenza patrimoniale, dal fatto che goda di pensione e, dunque, a prescindere anche dalla garanzia offerta dall'art. 2740 c.c. Il finanziamento le viene negato. Il prestito avrebbe dovuto avere una vita massima di cinque anni e, comunque, i suoi beni avrebbero fornito una adeguata garanzia di rientro, anche nell'ipotesi di sopravvenuta morte o incapacità, per il tramite degli eredi o degli amministratori/tutori. La ragione del rifiuto non è infatti nel suo *rating* finanziario, ma nell'impossibilità di accendere – per limite d'età – il contratto collegato di assicurazione che, attualmente, assiste sia il finanziamento personale sia il mutuo. Un *tie-in* abbastanza moderno, tra finanziamento e assicurazione, che dovrebbe favorire l'inclusione finanziaria, atteso che attraverso l'assicurazione il finanziatore è coperto dal rischio di inadempimento per sopravvenuta morte, invalidità o perdita del lavoro. Al *rating* finanziario del soggetto si aggiungono, infatti, strumenti di copertura dei rischi collegati ad evenienze della vita del debitore che potrebbero precludere il corretto adempimento, senza gli appesantimenti procedurali legati alle azioni contro eventuali garanti personali o eredi.

Si tratta di collegamento negoziale unilaterale, che trova fonti abbastanza variegate ed è obbligatorio soltanto nei casi di cessione del quinto. Il collegamento è definito unilaterale perché la persistenza dell'assicurazione è esclusivamente funzionale al credito e non viceversa: una vicenda che interrompa il rapporto finanziario incide sull'assicurazione, attraverso la restituzione delle quote

20 In proposito, Piero Calamandrei ebbe a parlare di "discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stesse legge intesa come norma generale e astratta": Calamandrei, P.: "La relatività del concetto di azione", *Riv. dir. proc. civ.,* 1939, p. 24 ss. Sullo *status* in particolare, *vid*. l'ampio esame offerto da Rescigno, P.: "Situazione e *status* nell'esperienza del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 219 ss. *Vid.* anche Treggiari, F.: "Questione di stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro-Passarelli", in *Per Satvram. Studi per Severino Caprioli* (a cura di G. Diurni, P. Mari e F. Treggiari), Spoleto, 2008, p. 832 ss.; Caretti, P.: "Il *corpus* delle leggi razziali", in *Le leggi* (a cura di G. Speciale), *o.u.c.*, p. 73 ss.

21 Nuzzo, L.: "Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del soggetto indigeno", *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003/2004, p. 463 ss.; Id.: "Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica", *ivi*, 2014, p. 651 ss.

anticipatamente pagate, ma non è vera la reciproca. Questo per sommi capi è il dato tecnico[22] che opera in *pendant* con le statistiche di vita media degli assicurati.

L'origine è sicuramente meritoria, giacché la quadratura dei due strumenti nasce per agevolare il credito a chi non goda di una struttura patrimoniale adeguata; a chi risulti, insomma, lavoratore o nullatenente. Tuttavia, nel tentativo di aumentare la sicurezza della circolazione e quindi agevolare l'accesso al credito e, attraverso questo, al mercato, si aprono spazi di discriminazione[23].

Fatti negoziali che limitano la dignità di soggetti pari nei presupposti di trattamento. Per essere più precisi, i limiti di età per una assicurazione sulla vita vanno dai sessantacinque anni ai settanta; dunque, la nostra ottantenne non avrebbe avuto alcuna speranza già da anni prima di godere di un prestito personale[24]. La sua unica speranza è quella di intestare il finanziamento al figlio, se

22 Sul punto *vid*. l'attenta ricostruzione di Quarta, F.: "Assicurazione e costo totale del credito. Rilevanza della *payment protection insurance* nel computo del TAEG", *Banca borsa tit. cred*., 2019, p. 17 ss. Sia consentito il rinvio alle conclusioni ivi esposte a Francesca, M.: "Inclusione", cit., in corso di pubblicazione.

23 È stato efficacemente dimostrato che la discriminazione praticata dagli operatori economici è più subdola di quella praticata dal "decisore pubblico", in quanto non è mossa da un intento odioso o propriamente discriminatorio, ma dall'interesse oggettivo dell'impresa a rendere efficiente la produzione e massimizzare il guadagno. In questo senso resta esemplare lo studio condotto negli anni '80, sul mercato delle autovetture usate a Chicago, da Ayres, I.: "*Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation*", *Harvard L. Rev*., 1991, p. 817 ss.: la stessa auto costa di più per i neri che per i bianchi, più per le donne che per gli uomini; tuttavia se è vero che i neri sono gli acquirenti più sfavoriti, è vero pure che i venditori neri sono tra quelli che riservano loro il trattamento peggiore. Un tale risultato non si spiega con l'odio razziale, bensì con la volontà di "spremere il cliente" sfruttando caratteristiche che si reputano proprie degli appartenenti a un certo gruppo (minore pazienza nelle trattative, minore capacità di reperire informazioni, maggiore desiderio di procurarsi i beni simbolo del gruppo dominante ad ogni costo). L'esempio è ripreso da Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, spec. p. 456 ss., per il quale la discriminazione contrattuale si inscrive in una "strategia di massimizzazione del profitto o, in generale, di allocazione efficiente delle risorse". La tutela contro la discriminazione si può reputare un principio generale dell'ordinamento italo-europeo, che gradualmente ha trovato riconoscimento anche in materia contrattuale: in dottrina, con diversità di prospettive, *vid*. Maffeis, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*; La Rocca, D.: "Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario* (a cura di M. Barbera), Giuffrè, Milano, 2007, p. 289 ss.; Gentili, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Riv. crit. dir. priv*., 2009, p. 207 ss.; Carapezza Figlia, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Esi, Napoli, 2013, *passim*; Navarretta, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ*., 2014, p. 547 ss.

24 Non è casuale che il nodo della discriminazione nell'accesso al mercato delle coperture assicurative stia venendo al pettine nell'attuale congiuntura, caratterizzata dall'arretramento del *welfare* pubblico. In dottrina, ha fatto molto discutere la decisione di Corte giust., Grande sezione, 1 marzo 2011, c. 236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c. Conseil des ministres, su un ricorso proposto dalla Corte costituzionale belga contro la normativa nazionale che ammette un trattamento diverso secondo il genere nei contratti di assicurazione sulla vita. La Corte di Giustizia ha sancito l'invalidità della norma (art. 5, comma 2, della direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne) che consente agli Stati membri di derogare alla regola dei premi e delle prestazioni assicurative *unisex* quando la differenza di genere sia determinante nella valutazione dei relativi rischi, esattamente come accade nel caso dell'assicurazione sulla vita dove i dati relativi alla mortalità della popolazione danno conto oggettivamente di un'aspettativa di vita sensibilmente diversa fra uomini e donne. S'interroga sulle conseguenze della pronuncia sui futuri contratti, prefigurando un inevitabile aumento dei premi che le donne saranno destinate a versare: Venchiarutti, A.: "Il principio di parità di trattamento tra i sessi in materia assicurativa: riflessione a margine della sentenza della corte di giustizia *test-achats*", *Dir. econ. ass*., 2011, p. 1505 ss.; in argomento *cfr*. Virgadamo, P.: "Appunti sulla figura femminile nel diritto civile e sulla tutela ordinamentale della donna nei rapporti familiari", *Dir. fam. pers*., 2015, p. 777 ss.; Marano, P.: "Le assicurazioni discriminano o differenziano in base al sesso?", *Eur. dir. priv*., 2012, p. 265 ss.; Persano, F.: "Parità di trattamento tra donne e uomini e rilevanza del genere a titolo di

c'è e se gode, a sua volta, di un *rating* favorevole. La sua autonomia cede di fronte a evidenze statistiche sulla sua durata in vita. È ormai "fuori casta".

3. Razionalità economica e sicurezza del mercato.

Non ha avuto gli onori della cronaca la questione giudiziaria collocata in Sudafrica e relativa all'accesso agli antiretrovirali, necessari per la cura dell'AIDS.

Nell'ottobre 2003, Hazel Tau e TAC (Treatment Action Campaign) sporgono reclamo alla RSA Competition Commission[25], contro le imprese Glaxo-Smith-Kline e Boehringer. La questione sottoposta alla Commissione lamenta il prezzo eccessivo dei farmaci per il trattamento dell'HIV/AIDS e l'abuso di posizione dominante per l'esercizio di pratiche escludenti da parte delle imprese titolari del brevetto sul prodotto farmaceutico. Al reclamo veniva allegata una valutazione del Medical Research Council (MRC) che dimostrava come l'HIV avesse assunto, in Africa, la dimensione di una malattia sociale[26].

La Commissione dà ragione ai cittadini e alle associazioni di azione politica. In particolare, dopo avere avviato una attività di controllo attraverso l'ausilio di esperti indipendenti, la medesima decide di deferire la questione al Tribunale della concorrenza. Il 16 ottobre 2003, la Commissione rende pubblico un comunicato con il quale diffonde la decisione di avere accertato le pratiche anticoncorrenziali delle società farmaceutiche e deferito il giudizio al Tribunale della Concorrenza. Le parole del Commissario, che accompagnano la divulgazione della decisione, suonano come un monito:

considerato che l'indagine compiuta "ha rivelato che ciascuna delle aziende si è rifiutata di concedere in licenza i propri brevetti a produttori generici in cambio di

fattore di rischio nei servizi assicurativi", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1269 ss.; Antonucci, A.: "Premio *unisex*: il paradosso della parificazione semplificata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 498 ss. Il problema è destinato ad acuirsi, fino ad assumere forme endemiche, con l'avvento dei "Big data", in un mercato dove le imprese assicurative potranno fare leva su una maggiore disponibilità di informazioni e sull'impiego di strumenti di calcolo sempre più invasivi per la sfera personale dei clienti. Ne analizza il funzionamento, concentrandosi sulle conseguenze negative che possono derivarne in termini di discriminazione: Porrini, D.: "Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i *big data*?", *Conc. merc.*, 2016, p. 139 ss. Soprattutto l'acquisizione di informazioni genetiche degli assicurati può avere un impatto nocivo sui diritti della persona: Armbruster, C. e Obal, M.: "Informazioni e analisi genetiche nell'àmbito della sottoscrizione dei contratti assicurativi in Germania", *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 269 ss.; Cassonato, C. e Tommasi, M.: "*Regulating genetic data in insurance and employment: the italian "upstream" way*", *Annuario dir. comp.*, 2018, p. 441 ss.

25 South Africa Competition Commission, 16.10.2003, *compcom.co.za*; Law and Treatment Access Unit of the AIDS Law Project und Treatment Action Campaign, The Price of Life. Hazel Tau and Others v GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the Excessive Pricing Complaint to South Africa's Competition Commission, Juli 2003, *alp.org.za*. Il riferimento è in apice al lavoro di Teubner, G.: "La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali vìolano i diritti dell'uomo", *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 9 ss.; *cfr.* anche Casonato, C.: "I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali", in *Riv. AIC* online.

26 Il rapporto MRC stimava, infatti, che nel solo 2000 circa il 40% dei decessi di adulti (di età compresa tra 15 e 49 anni) fosse dovuto all'HIV/AIDS e che la maggior parte delle vittime non aveva mai avuto accesso ai medicinali, capaci di prolungare o comunque migliorare la qualità di vita (*vid. retro*, nota 25).

una *royalty* ragionevole. Ritenuto che ciò sia fattibile e che i consumatori trarranno vantaggio da versioni generiche più economiche dei farmaci interessati; ritenuto inoltre che la concessione di licenze ripristinerebbe la concorrenza tra le aziende e i loro concorrenti generici; chiederemo al Tribunale di emettere un'ordinanza che autorizzi chiunque a sfruttare i brevetti per commercializzare versioni generiche dei medicinali brevettati […], in cambio del pagamento di una ragionevole *royalty*. Inoltre, raccomanderemo una penale del 10% del fatturato annuo […] degli imprenditori in Sud Africa per ogni anno di violazione della legge''[27].

La storia ha un lieto fine, essa infatti si conclude con una transazione tra le società farmaceutiche e la TAC che consentirà la concessione del brevetto a tutti i produttori di farmaci generici, con un abbattimento dei costi tale da consentire la distribuzione gratuita degli antiretrovirali in tutti gli ospedali pubblici sudafricani. Le esternalità positive prodotte dall'azione giudiziaria, promossa da espressioni associative della società civile, hanno progressivamente travolto l'intera Africa subsahariana.

Non ha un pari lieto fine la vicenda relativa al Sofosbuvir, farmaco di nuova generazione per la cura dell'Epatite C.

Le organizzazioni Medici Senza Frontiere (MSF), Médecins du Monde, Just Treatment e gruppi della società civile hanno presentato opposizione all'Ufficio Brevetti Europeo (EPO) con la richiesta di ritrattare – o quantomeno emendare in favore della tutela salva vita dei pazienti – la decisione relativa alla concessione del brevetto Sofosbuvir a favore della società farmaceutica Gilead. La società è titolare del brevetto e commercializza il prodotto a prezzi elevati dal 2013, mentre le riferite associazioni, per le caratteristiche scientifiche del farmaco e per i relativi costi contenuti di produzione, reputano ormai venuto meno il carattere dell'innovatività[28].

È noto che l'infezione può portare a cirrosi epatica e cancro del fegato. Infatti, L'OMS nel 2015 ha stimato che 325 milioni di persone nel mondo sono affette da infezione cronica da epatite, con 1,34 milioni di decessi correlati, con una particolare diffusione nei Paesi a basso livello di reddito.

La società Gilead ha commercializzato il Sofosbuvir nel 2013, dopo l'acquisizione della *start-up* Pharmasset, che aveva, a sua volta, sviluppato la ricerca sulla molecola. La commercializzazione ha preso avvio nel 2013 negli Stati Uniti, per poi giungere,

27 *Vid.* documenti ufficiali presenti su Knowledge Ecology International, "Assistere e riparare l'ecosistema della conoscenza", *keionline.org*.

28 Il dato è puntualmente riportato sul sito ufficiale di Medici senza frontiere, *medicisenzafrontiere.it*. Qui si precisa che "nel marzo 2017, le organizzazioni della società civile di 17 Paesi europei hanno depositato un'opposizione al brevetto di Gilead sul principio attivo di base del Sofosbuvir, affermando che la richiesta di brevetto di Gilead non fosse legittima, principalmente perché mancante di elementi innovativi".

nel 2014, in Europa[29]. Questi anni sono stati caratterizzati da un monopolio assoluto della società farmaceutica. La medesima società ha successivamente consentito, in regime di licenza volontaria e dietro versamento di una *royalty*, la produzione del farmaco a undici case farmaceutiche indiane, con conseguente creazione di c.d. flussi di necessità per i pazienti europei[30].

È recente la decisione dell'EPO[31] che ha confermato il monopolio della Gilead Sciences sul Sofosbuvir.

L'Italia ha inizialmente limitato il trattamento ai soli soggetti reputati gravi, quelli a rischio di trapianto, con un'inevitabile discriminazione tra medesimi malati[32]. Attualmente, l'AIFA ha raggiunto un segretissimo negoziato con la società Gilead[33], al fine di consentire l'acquisizione di un altro farmaco di portata analoga al precedente. Il farmaco è così entrato, a prezzi elevatissimi, nella disponibilità del Sistema Sanitario Nazionale[34]. Il risultato conseguito garantisce una piena

29 Casonato, C.: "I farmaci", cit.; *cfr.* anche Roy, V. e King, L.: "*Betting on hepatitis C: how financial speculation in drug development influences access to medicines*", *BMJ*, 2016, 354:3; Hu, Y., Eynikel, D., Boulet, P. e Krikorian, G.: "*Supplementary protection certificates and their impact on access to medicines in Europe: case studies of sofosbuvir, trastuzumab and imatinib*", *Hu et al. Journal of Pharmaceutical Policy and Practice*, 2020, 13:1.

30 I contratti intervenuti tra la Gilead e le società farmaceutiche indiane stabiliscono una serie di vincoli alla commercializzazione, tra i quali il divieto di vendita in molti paesi a medio reddito, ciò indipendentemente dallo stato dell'infezione. I suddetti accordi sono noti e citati nelle interrogazioni parlamentari e mozioni cui alla nota 27. Il Tribunale di Roma, in data 2 settembre 2016, *biodiritto.org*, ha adottato un'ordinanza di annullamento del provvedimento di sequestro alla dogana di una quantità limitata all'uso personale – in presenza di prescrizione medica - del medicinale proveniente dall'India e ne ha ordinato la restituzione al malato.

31 Opposition Division EPO, 5 ottobre 2016, application n. 08732818.3. L'intera documentazione è rinvenibile presso la pagina ufficiale EPO, *register.epo.org*. La decisione è stata confermata successivamente, nonostante le numerose richieste di revisione. Diverso l'approccio séguito in Cina: *vid*. Kmietowicz, Z.: "*China rejects patent on hepatitis C drug sofosbuvir*", *British Medical Journal*, Vol. 350, 22 Jun 2015 - 28 Jun 2015, secondo l'a. "[t]he decision comes after a challenge by the Initiative for Medicines, Access and Knowledge (I-MAK), a US based group that campaigns for better access to affordable drugs. The group claimed that Gilead Sciences, the US biotechnology company that makes sofosbuvir, which recorded sales of more than $10bn in 2014, was seeking "illegitimate patents" for sofosbuvir and "blocking millions of people around the world from getting the treatment" for hepatitis C. It alleged that the base compound in sofosbuvir was not new and was already covered by earlier patents. Key patents on sofosbuvir have already been rejected in Egypt and India".

32 *Vid*. Interrogazione a risposta scritta, Camera dei Deputati, n. 4-08186, 27 febbraio 2015, seduta n. 383 (Legislatura: 17); Atto di Sindacato Ispettivo, n. 1-00603 Testo 2, pubblicato il 1 febbraio 2017, seduta n. 752 (Legislatura: 17), dove si legge che "il 28 maggio 2016 l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha deliberato il programma per l'eliminazione globale di HCV entro il 2030 ed il Governo francese ha garantito l'accesso alle cure orali di tutti i pazienti infetti, indipendentemente dalla gravità della malattia epatica". *Cfr.* anche Atto di Sindacato Ispettivo n. 1-00774, pubblicato il 6 aprile 2017, seduta n. 803 (Legislatura: 17); Atto di Sindacato Ispettivo n. 1-00776, pubblicato il 11 aprile 2017, seduta n. 805 (Legislatura: 17).

33 *Vid*. § successivo.

34 Sulla questione sono intervenute diversi Atti di Sindacato Ispettivo n. 1-00780, pubblicato il 11 aprile 2017, seduta n. 805 (Legislatura: 17). Qui, in particolare, è lamentato che: "l'AIFA, tramite una procedura di negoziazione durata alcuni mesi, ha definito e ammesso alla rimborsabilità il prezzo del farmaco Sovaldi (sofosbuvir) prodotto dall'azienda Gilead e utilizzato per il trattamento dell'epatite cronica da HCV; […] nel mondo, il costo di detto farmaco varia a seconda del costo medio della vita e della contrattazione fatta da ciascun Paese; il costo dei farmaci, in generale, ivi inclusi quelli per la cura dell'epatite C e del Sovaldi stesso, in particolare, è sensibilmente contenuto nelle aree che registrano un prodotto interno lordo sensibilmente più basso rispetto ai Paesi del blocco occidentale; detta disparità di costi dello stesso farmaco nei diversi mercati mondiali e la difficoltà dei pazienti di accedere alle cure hanno dato origine al "turismo farmacologico" verso destinazioni più accessibili, per esempio l'India, tristemente noto anche in Italia".

accessibilità alla cura, fermi i limiti che possono frapporsi a livello ragionale in ragione dell'operatività del c.d. vincolo di bilancio per la spesa sanitaria[35].

Discriminazioni diverse si palesano all'orizzonte[36]: da un lato, quella tra capacità economica delle regioni e dall'altro, la possibilità per pochi di utilizzare il farmaco principale Sofosbuvir, necessario in caso di incompatibilità con quello negoziato dal Sistema Sanitario Nazionale[37].

La razionalità economica in campo farmaceutico conduce a tre azioni prevalenti:

a) indirizzo della ricerca scientifica verso patologie tipicamente occidentali[38], quelle proprie di paesi economicamente agiati, come affezioni cardiovascolari,

35 Negli ultimi anni il tema del dissidio tra diritti sociali fondamentali e vincoli di bilancio ha acquisito un rilievo crescente in dottrina. Nella letteratura civilistica *vid*. Rodotà, S.: "Crescita e benessere", *Atti S.I.S.Di.C*, cit., p. 18 s.; Vettori, G.: "Il tempo dei diritti", *Pers. merc.*, 2013, p. 179 ss.; Mignone, C.: "Una via costituzionale all'*impact investing*", in *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi* (a cura di M. Francesca e C. Mignone), Esi, Napoli, 2020, p. 3 ss.; Perlingieri, G.: "Sostenibilità, ordinamento giuridico e "retorica dei diritti". A margine di un recente libro", *Foro nap*., 2020, p. 101 ss.; Id.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 42 ss. Copiosa la produzione di scritti di diritto costituzionale e pubblico, senza pretese di completezza *vid*. Spadaro, A.: "I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)", *Rivista AIC*, 2011, p. 1 ss.; Salazar, C.: "Crisi economica e diritti fondamentali", *ivi*, 2013, p. 1 ss.; Morana, D.: "I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività", *ivi*, 2014, p. 1 ss.; Gabriele, F.: "Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima", *ivi*, 2013, p. 1 ss.; Ruggeri, A.: Crisi economica e crisi della Costituzione, *ivi*, 2014, p. 407 ss.; Gambino, S. e Nocito, W.: "Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto", in *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali* (a cura di L. Chiara, F. Forte, S. Gambino, G. Moschella, P. Navarra, W. Nocito e A. Ruggeri), Giappichelli, Milano, 2013, p. 75 ss.; Morrone, A.: "Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa", *Quad. cost*., 2014, p. 79 ss.; Albanese, A.: "Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi", *Quest. giust*., 2015, p. 94 ss.

36 La tutela contro la discriminazione è un principio generale dell'ordinamento italo-europeo. È vietato discriminare in tutti i contratti che danno accesso a beni e servizi, con l'espressa inclusione dell'assistenza sanitaria e delle prestazioni sociali. Il divieto è indirizzato a tutte le persone, sia nel settore pubblico che nel settore privato (art. 3, comma 1, d.l. 9 luglio 2003, n. 215).

37 Queste le vicende di un farmaco salva vita e non molto distinte da quelle della Myriad Genetics: una società di ricerca genetica che ha scoperto la collocazione e la sequenza di due geni la cui mutazione produce un forte rischio di cancro del seno e dell'ovaio. La Società ha brevettato la scoperta mettendo a punto una serie di test per la quantificazione dell'aumento di rischio nei pazienti. La questione è giunta al vaglio della Corte suprema degli Stati Uniti, la quale ha smentito quanto statuito dalla Corte distrettuale e ha riconosciuto piena tutela brevettuale del DNA e di quello complementare, costruito sinteticamente. Sul punto *vid*. l'articolato e lucido commento di Resta, G.: "La conoscenza come bene comune: quale tutela?", *personadanno.it*. *Vid*. anche Francesca, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in *L'operatività dei princìpi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi), Esi, Napoli, 2017, p. 473 ss.

38 In tema di *race-oriented medicine*, ha assunto valore paradigmatico il caso del farmaco BiDil. Nel 2005 la FDA approva negli Stati Uniti il BiDIL, primo farmaco "razziale" raccomandato per curare affezioni cardiache negli afro-americani (dal foglio illustrativo: "BiDil is indicated for the treatment of heart failure as an adjunct to standard therapy in self-identified black patients to improve survival, to prolong time to hospitalization for heart failure, and to improve patient-reported functional status"). Secondo i dirigenti della NitroMed, la ditta produttrice del BiDil, la popolazione statunitense nera ha un rischio più elevato rispetto ai concittadini bianchi di morire per disturbi a cuore e vasi, in quanto le cure esistenti, utili nel controllo della pressione e dello scompenso, sono meno efficaci sui neri a causa delle differenze genetiche che li distinguono dai caucasici. Di contro, studi condotti nella popolazione nera dell'Africa hanno osservato che la maggiore prevalenza dei disturbi al cuore, di cui soffrono i neri negli Stati uniti, non sembra trovare la sua ragione in una predisposizione innata, ma piuttosto ha cause ambientali specifiche: la persistente discriminazione sociale che crea disagio esistenziale ed economico. I critici parlano di storico passo falso della FDA e lamentano l'assenza di ulteriori studi clinici (mai effettuati) e soprattutto di una raccolta di dati che coinvolga la popolazione generale per provare l'efficacia "selettiva" del farmaco. Ma c'è di più. A quanto

Parkinson o *Alzheimer* e dove il profitto è netto in ragione di una domanda caratterizzata da medio reddito e, per effetto, costituzione della categoria dei c.d. farmaci orfani (la cui domanda non giustifica il costo della ricerca);

b) costruzione di situazioni monopolistiche per farmaci che abbisognano di una elaborazione scientifica costosa per settori di mercato non sempre sufficienti[39];

c) valore dei farmaci stabilito in ragione del potere di acquisto dei Paesi.

L'utilità marginale è un calcolo quantistico che poco ha a che fare con la qualità del prodotto sottostante e con l'idoneità del medesimo a incidere sul diritto fondamentale-vita. Eppure la razionalità economica, che fonda la predilezione di rotta per il volume d'affari e il ritorno dell'investimento, produce un ordine meta-statuale che incide sul livello di tutela dei diritti fondamentali.

La fonte della discriminazione è, come nel caso precedente, il contratto[40], quello a valle dell'intrapresa economica, guidato da una logica razionale di efficienza economica[41] che vincola la perseguibilità, in concreto, dei diritti fondamentali in vaste aree del mondo.

Le regole di privativa sono in sé neutre. Esse rispondono all'esigenza di protezione dell'investimento economico nell'attività di ricerca, elemento necessario di qualsiasi prodotto: dall'*high tech* fino alla farmacologia, senza alcuna distinzione sulla sua capacità di impatto concreto.

---

pare, il vero ostacolo per queste nuove sperimentazioni sarebbe la sete di profitti della NitroMed. Se la casa farmaceutica avesse proposto il farmaco anche per i bianchi si sarebbe esposta a tre rischi: anzitutto, non giungere a risultati favorevoli da sottoporre all'FDA, che aveva già bocciato una volta il *mix*; in secondo luogo, gettare il BiDil in un mercato già saturo di valide alternative; infine, regalare il farmaco, e gli sforzi per metterlo in commercio, ai suoi concorrenti, poiché il brevetto di BiDil generico – per bianchi e neri – scade nel 2007, mentre il brevetto di BiDil per soli neri scade nel 2020 (la posta in palio è una quota di mercato con un potenziale guadagno di 800 milioni di dollari all'anno per la cura di 750.000 neri malati di cuore). Il problema della *racially-taylored medicine* è stato svelato da tempo nella dottrina d'oltreoceano: Hoffman, S.: "*Racially-taylored Medicine Unraveled*", *American Univ. L. Rev.*, 2005, p. 395 ss.; Kahn, J.: "*How a Drug Becomes "Ethnic": Law, Commerce, and the Production of Racial Categories in Medicine*", *Yale J. Health Pol. L. & Ethics*, 2004, p. 25 ss.; Malinowski, M.: "*Law, Policy, and Market Implications of Genetic Profiling in Drug Development*", *Hous. J. Health L. & Pol.*, 2002, p. 40 ss.

39 Darrow, V.J.J., Sinha, M.S. e Kesselheim, A.S., "*When Markets Fail: Patents and Infectious Disease Products*", *Food and Drug Law Journal*, Vol. 73, 2018, p. 361 ss., secondo i quali "[t]he infectious disease context presents an entirely different type of challenge to the patent system, one that derives not so much from pricing issues that prevent access once products are developed, but from a failure to sufficiently incentivize the development of new products in the first instance. This shortcoming arises because the incentive of high prices associated with patent exclusivity is inherently tied to market size and ability to pay 3 and not to public health value or future costs avoided by the health care system as a whole. Many infectious disease markets are small and therefore do not offer sufficient profit potential even under monopoly conditions".

40 Per l'opinione che ravvisa nel divieto di discriminazione la reazione ordinamentale ad un effetto di diseguaglianza creato dall'atto di autonomia e non giustificato oggettivamente da un interesse meritevole *vid*. Carapezza Figlia, G.: "Divieto", cit., p. 159 ss.; Femia, P.: *Interesse*, cit., p. 523 ss.

41 Individuano il fondamento assiologico del divieto di discriminare nel principio della dignità umana: Maffeis, D.: "Offerta", cit., p. 44; Gentili, A.: "Il principio", cit., p. 228 ss. Respinge l'idea di un unico riferimento assiologico Carapezza Figlia, G.: *o.u.c.*, p. 179 ss., sulla scorta del rilievo che il carattere pluriffensivo della discriminazione contrattuale e la varietà di esiti applicativi del divieto non si prestano ad una cristallizzazione della fattispecie nei termini dell'illecito aquiliano.

Cionondimeno, nell'osservare le regole del mercato emerge con chiarezza un dato: mentre siamo tutti garantiti nell'accesso ai beni di consumo – siamo tutti consumatori –, non siamo altrettanto garantiti, in parità di accesso, ai farmaci salvavita. È necessario appartenere a una categoria: ora relativa alla gravità/non gravità della malattia ora all'aspettativa statistica di vita ora alla cittadinanza[42].

A questa stregua, la sicurezza eteroimposta nel mercato dei beni di consumo, attraverso le discipline relative al diritto di recesso, alla garanzia dei beni di consumo e alle clausole vessatorie acquista un retrogusto amaro[43]. Essa risponde alla medesima funzionalità del mercato, nel senso di garantire i contraenti rispetto alle attività di consumo e così alimentare la fiducia nel suo funzionamento[44]. Qui la sicurezza assume il valore del suo sostituto funzionale (fiducia)[45]. Nel caso del mercato farmaceutico, invece, la razionalità impone scelte di sopravvivenza delle imprese. In quest'area, il mercato non necessita di meccanismi che incrementino il bisogno di sicurezza nelle contrattazioni, per la sua stessa promozione: siamo innanzi a "non scelte" di beni irrinunciabili. La razionalità economica riappare nella sua purezza, per misurare il mero valore di profitto.

4. Razionalità scientifica e stabilità del sistema.

Il concetto di fiducia nel mercato farmaceutico acquista il valore di sicurezza della qualità del prodotto, attestata dall'evidenza scientifica del percorso di creazione. La razionalità è qui resa dall'evidenza scientifica e, dunque, dalla sua legge.

42 *Vid. retro*, nota 55.

43 "La teoria moderna del contratto è in larghissima parte incentrata sulla tutela di un contraente economicamente debole, rispetto ad un contraente economicamente forte […], sicché null'altro, in definitiva, si direbbe possa trasparire da una visione riduzionistica dell'autonomia privata": così Mignone, C.: *Identità della persona e potere di disposizione*, Esi, Napoli, 2014, p. 227 ss., il quale coglie in questa visione il rischio "di tagliare fuori, metodicamente, l'interesse meritevole a partecipare in condizioni di eguaglianza al sistema economico di soddisfazione dei bisogni nel quadro della piena e libera realizzazione di sé e del proprio progetto di vita". Rendono plasticamente il concetto le pagine di Barcellona, M.: "L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali", *Eur. dir. priv.*, 2011, spec. p. 339 e p. 342 ss.: "[a]l di là dell'apparenza, dunque, il segno di questo nuovo interventismo europeo è tale che gli si può riconoscere il senso reale di aver ripristinato la sovranità del mercato", ciò innanzitutto "sul piano della ri-economicizzazione di quanto il *Welfare State* aveva de-economicizzato" (ossia sottratto al mercato) attraverso la creazione di rapporti che, "per i soggetti (servizi, ecc.) o per la provvista (imprese in mano pubblica, ecc.), fuoriuscivano dalla logica economica". Quest'emancipazione dell'economia "si dà, per l'appunto, attraverso la "purificazione" del diritto dalle interferenze con cui la "misura" politica aveva insidiato la sua autoreferenzialità nell'epoca del *Welfare State*". La dinamica "che presiede a queste "soluzioni interne" dell'accresciuta complessità dei sistemi sociali vale anche a farne comprendere i limiti": su tutti, il limite derivante dal fatto di vedere il mercato delle merci e i "professionisti" e "consumatori" che in esso si confrontano" senza però riuscire a "distinguere le merci per quel che di specifico possono avere".

44 *Vid.* le riflessioni in Francesca, M.: "Dalle ADR *offline* alle procedure di *Online Dispute Resolution*: statuti normativi e suggestioni di sistema", *Corti Salernitane*, 2015, p. 7 ss. e *ivi* ampia bibliografia. *Vid.* anche le digressioni di Polidori, S.: "Situazioni esistenziali, beni e diritti: dal negozio a contenuto non patrimoniale al mercato dei segni distintivi della personalità", *Annali SISDiC*, 2020, p. 227 ss., a proposito del ruolo della fiducia nel mercato, quand'anche ad oggetto siano situazioni esistenziali, in particolare a proposito del rapporto tra messaggio pubblicitario e clausola morale.

45 De Giorgi, R.: "Evoluzione", cit., p. 26 ss.

A monte vi sono sempre delle espressioni dell'autonomia privata, questa volta si tratta delle clausole di non *disclosure* che accompagnano i contratti di ricerca.

Le clausole sono funzionali a tutelare la medesima attività di ricerca, di scoperta, che conduce alla brevettabilità per innovatività e originalità. Rispondono, in apice, a regole di razionalità economica, di controllo del mercato e di tutela dell'attività imprenditoriale e tuttavia capaci di incidere, in chiusura, sull'azionabilità dei diritti e sulla relativa tutela.

Un esempio chiaro di come la segretezza sia un aspetto fondamentale di questo tipo di produzione, al pari di tutti gli altri settori caratterizzati da alta innovatività, è rinvenibile nella sentenza del Consiglio di Stato n. 1213 del 17 marzo 2017[46].

Il Consiglio di Stato esamina la clausola di riservatezza, relativa alla contrattazione intervenuta tra l'AIFA e la Gilead Sciences sulla rimborsabilità del prezzo relativo ai già noti farmaci Sovaldi e Harvoni[47], e la reputa legittima, anche alla stregua di un controllo di meritevolezza. Conclude il Consiglio:

"non v'è una norma che direttamente o indirettamente vieti, chiaramente e nettamente, la stipula di accordi di riservatezza in relazione agli interessi commerciali di un'impresa".

Tuttavia, nell'affermazione di principio richiama le ragioni della scelta caduta su una procedura di contrattazione diretta, in luogo di quelle proconcorrenziali proprie della PA. Il Consiglio di Stato spiega che, quando il segmento di riferimento è quello dei farmaci coperti da brevetto e ammessi al rimborso del Sistema Sanitario Nazionale, per il loro potenziale terapeutico, "il monopolista può portare il prezzo al di sopra del livello di equilibrio senza con ciò subire la sanzione da parte del mercato, come avverrebbe in un sistema competitivo, dall'altro il consumatore che ha un problema di salute potenzialmente risolvibile con un farmaco non è interessato a ricercare il punto di ottimo tra benefici e costi, e soprattutto - con specifico riferimento ai farmaci in fascia A rimborsabili – non è indotto a cercare il prodotto che minimizza i costi, poiché l'onere finanziario per l'acquisto è sostenuto dal Sistema sanitario pubblico sulla base di una decisione pubblica di protezione della salute collettiva".

Con riferimento poi alla clausola di riservatezza, il Consiglio di Stato giustifica la sua presenza in senso biunivoco, sia come difesa del medesimo produttore sia

46 Cons. St., 17 marzo 2017, n. 1213, *DeJure* online. Il procedimento si apre su appello dell'AIFA e della Gilead Sciences S.p.a. per la riforma della sentenza del TAR Lazio, 25 novembre 2016, n. 11819. Nella citata sentenza è stato parzialmente accolto il ricorso proposto dalla AbbVie S.r.l. avverso il diniego opposto dall'AIFA sull'istanza di accesso al procedimento che ha condotto alla stipula tra l'AIFA e la Gilead sciences dell'accordo sulla rimborsabilità del prezzo dei farmaci Sovaldi e Harvoni (intervenuto il 29 gennaio 2015).

47 *Vid. retro*, § 2.3.

come mezzo utile, per il negoziatore pubblico, a ottenere maggiori vantaggi in termini economici[48].

Dunque le clausole di riservatezza si dimostrano essenziali in caso di contrattazione a valle, al pari di quanto lo siano, a monte, in fase di ricerca innovativa. Ma cosa accade quando esse producono la c.d. *publication bias*? Il riferimento è al caso di vincolo di non divulgazione dei risultati negativi inerenti alla ricerca finanziata da un soggetto privato. La ragione di simili clausole è rintracciabile nella necessità di controllare il mercato dei possibili fruitori. Un clima positivo – di fiducia appunto - dell'opinione pubblica rispetto all'oggetto della ricerca diventa fondamentale per creare un clima di sicurezza rispetto al risultato. Questa sicurezza non è quella del risultato scientifico in sé, ma quella dovuta all'applicazione della razionalità economica, anche detta avviamento del prodotto. È stato chiarito[49] in proposito che quando "una razionalità economica usurpa una razionalità scientifica, sostituendo il codice scientifico con quello economico, la violazione della libertà di scienza è evidente. Ma proprio questo normalmente non avviene nel *publication bias*. L'industria farmaceutica si guarda, saggiamente, dall'intervenire direttamente nei processi di ricerca e dettare risultati agli scienziati. […] Le manipolazioni di cui si parla qui sono di gran lunga più sottili e tanto più pericolose perché si inscrivono in maniera quasi impercettibile nello stesso processo scientifico, creando il *publication bias*. Perciò è anche difficile produrne una prova. Solo dispendiose ricerche empirico-statistiche, come si scrivevano una volta, potrebbero finalmente dimostrare la falsificazione sistematica del processo di pubblicazione"[50].

Quanto detto fa il paio con quanto già noto in materia di giurisprudenza sul danno da vaccino e impone un ripensamento o, quanto meno, una riflessione sulle razionalità che vincolano le decisioni e, da qui, le tutele.

48 *Vid.* Cons. St., 17 marzo 2017, n. 1213, cit., secondo cui "nelle situazioni in cui la concorrenza è rarefatta, la conoscenza delle condizioni economiche offerte dal concorrente attuale o potenziale costituisce elemento, utile per il soggetto che vuole entrare nel mercato, ad orientare la propria azione commerciale in modo da essere competitivo, nei soli e ristretti limiti in cui ciò sia utile ad eguagliare o sopravanzare l'avversario, senza troppo sacrificio per i margini di ricavo. L'apposizione della clausola di riservatezza, operante nei rapporti tra imprese, consente invece al negoziatore pubblico di tenere celati i risultati economici raggiunti nella negoziazione - che ovviamente rimangono sempre utilizzabili quale parametro interno - e di "spuntare" tutti gli sconti che il produttore sia oggettivamente e soggettivamente in grado di concedere in base ai suoi costi ed alle sue aspettative di profitto. Cioè proprio quegli sconti che il produttore sarebbe restio a concedere se dovesse preparare anche una "difesa" successiva rispetto ad altro produttore che venisse a conoscenza dei propri criteri per fissare il prezzo".

49 Hensel, I. e Teubner, G.: "*Matrix Reloaded.* Critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del *publication bias* (errore sistematico di pubblicazione)", *confinideldiritto. istitutosvizzero.it*; Teubner, G.: "I rapporti precari tra diritto e teoria sociale", in Drittwirkung: *principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca* (a cura di P. Femia), Esi, Napoli, 2018, p. 255 ss.

50 Hensel, I. e Teubner, G.: *o.l.u.c.*

È nota la giurisprudenza[51], anche della Corte costituzionale[52], sul danno da vaccino. In sintesi, in caso di vaccino obbligatorio, il danno – nelle forme dell'indennizzo previsto dalla l. n. 210 del 1992 – è riconosciuto là dove sussista un nesso causale tra somministrazione del vaccino e danno patito dal soggetto passivo del trattamento sanitario obbligatorio. Tuttavia, attesa la riconosciuta irrilevanza del nesso fattuale tra tempo di inoculazione del vaccino e manifestazione del danno, l'unico riferimento ammissibile per la configurazione di quel nesso è proprio la legge scientifica. È la questione della probabilità logico-scientifica fondata sul legame eziologico ricostruito su coefficienti scientifici di tipo probabilistico o su c.d. evidenze scientifiche[53]. Insomma, l'evidenza scientifica acclarata può essere abbattuta soltanto là dove sia possibile provare il suo opposto: l'incertezza scientifica[54]. La prova diventa diabolica allorché non vi siano analisi di segno contrario o se queste siano cadute nel c.d. *publication bias*.

Anche la Corte di giustizia affronta la questione e sposta l'attenzione sul vizio del prodotto, ammettendo che l'incertezza si possa rintracciare nella produzione

51 Tra la giurisprudenza significativa in merito, si segnala App. Bologna, 13 febbraio 2015, n. 1767, *DeJure* online, resa in séguito all'appello promosso da parte del Ministero della Salute contro la sentenza emessa dal Trib. Rimini n. 148 del 2012, la pronuncia stigmatizza la metodologia seguita dalla curia riminese che aveva recepito "acriticamente" le conclusioni della CTU, senza curarsi della copiosa letteratura medico-legale contraria riversata in atti, di fatto abdicando alla propria funzione di *peritus peritorum*. In particolare, la Corte rileva che "posta la non pertinenza e la irrilevanza degli studi medici citati dal primo CTU, ciò che resta a collegare il vaccino e l'autismo è il solo "criterio temporale", il quale, tuttavia, si legge in sentenza, "non ha evidenza scientifica", con la conclusione che "non è quindi possibile ritenere valido il riportato assioma che, in assenza di dimostrazione di altre cause evidenti, che comunque potrebbero non essere del tutto assenti, l'origine del disturbo sia da riferire alla vaccinazione sulla base del solo criterio temporale". Secondo Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, *DeJure* online, "un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi del "tipo" di quello verificatosi in concreto". *Cfr.* anche Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, *DeJure* online, dove è richiamato il precedente orientamento e stabilisce che il *dies a quo* inizi a decorrere "non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche". La Cassazione precisa, inoltre, che l'elemento riguardante le conoscenze scientifiche non deve essere parametrato in relazione al soggetto danneggiato, bensì "in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti a cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi) la persona lesa".

52 In particolare, Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 27, *giurcost.org.* e *Giur. cost.*, 1998, p. 148 ss. Poi ripresa da Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, *giurcost.org.* con la quale è estesa l'applicazione anche alle vaccinazioni non obbligatorie. V., sul punto, l'esame di Vettori, N.: "L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei princìpi costituzionali", *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 237 ss.; Cartabia, M.: "La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana", *Quad. cost.*, 2012, p. 455 ss.

53 In dottrina, tra gli altri, si segnalano: Breda, R.: "Danno da vaccinazione tra indennizzo e risarcimento del danno", *Riv. it. med. leg.*, 2018 p. 296 ss.; Chieffi, L.: "*Scientific questions* nel diritto giurisprudenziale", *Federalismi.it*, 2017, p. 2 ss.; Pucella, R.: "Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni", *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1796 ss.; Donini, M.: "La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici", *Riv. dir. proc. pen.*, 1999, p. 49 ss.; Brusco, C.: "Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità", *Cass. pen.*, 2008, p. 1879. In una prospettiva di diritto comparato *cfr.* Rossi, S.: "Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 749 ss.

54 Mira, A.: "La forza dell'incertezza: la statistica come guida alle scelte nel mondo del probabile", *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1437 ss.

del vaccino. A proposito della somministrazione di un vaccino antiepatite e la successiva comparsa della sclerosi multipla, la Corte apre un varco:

"il nesso causale tra difetto del vaccino e danno provocato a séguito della somministrazione non deve essere determinato in maniera scientifica e avallato dalla ricerca medica", con l'avvertenza comunque "che la sussistenza di un nesso di causalità tra vizio del vaccino e danno non possa considerarsi dimostrata dalla mera presenza di indizi fattuali predeterminati (quali la vicinanza temporale tra somministrazione ed insorgenza, l'assenza di precedenti familiari e personali rispetto alla patologia)"[55].

Rispetto alla legge scientifica, ritorna dunque la possibilità di agire in un'unica chiave: la produzione del bene. In questo senso, è possibile dimostrare come le attività di esportazione del prodotto al mercato abbiano inciso sulla sua assenza di qualità, tanto da essere causa di un danno alla vita del soggetto.

Ancóra una tutela di mercato, che riecheggia quella da prodotto difettoso. Il linguaggio economico diventa sovrabbondante al pari della logica di eguagliare tutto in un'unica funzione: la generale ed astratta legittimazione ad agire per la tutela di una propria situazione soggettiva mostra la corda nella selettività delle categorie economiche riconosciute al piano della protezione. L'azionabilità della tutela diventa possibile soltanto quando non si scontra con l'inamovibilità della legge scientifica e ritorna a parlare un linguaggio di mercato, ossia quello della qualità della produzione.

III. ALTERITÀ ARTIFICIALI (O ECCEDENZE DI ALTERITÀ) E ESPULSIONE DELLA DIFFERENZA.

Il tema di fondo è quello delle presunte sicurezze che attraversano i relativi linguaggi, ergono sistemi distinti e non comunicanti. Il mercato, attraverso i suoi strumenti, da luogo espressivo delle libertà economiche di ciascuno trova la sua stabilizzazione attraverso la continua produzione di alterità, rese necessarie dal linguaggio di efficienza. Gli esempi precedenti raffigurano spaccati di interferenza tra esigenze di sicurezza del mercato – nelle declinazioni fiducia nel mercato/fiducia o avviamento al prodotto – e diritti fondamentali. È altresì evidente che

55 Corte giust., 21 giugno 2017, n. 621, c. 621/15, N.W., L. W., C. W. c. Sanofi Pasteur MSD. In dottrina v. Bitetto Murgolo, A.L.: "Danno da vaccini e prova del nesso causale tra "*product liability*" e indennizzo", *Danno resp.*, 2017, p. 668 ss.; Fusaro, A.: "Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di giustizia", *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 345 ss.; Id.: "Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 898 ss.; Purpura, A.: "Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova", *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 817 ss.; Toriello, F.: "Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 331 ss.

i secondi subiscano forti compressioni attraverso una logica di esclusione che muove dalla tenuta del singolo sistema.

Tanto si è visto accadere nel sistema finanziario, con l'elezione dei "fuori casta", di coloro cioè che sono considerati statisticamente inidonei a ricevere il finanziamento[56]. L'apertura, in questo caso, provocherebbe un *vulnus* di funzionamento e un aumento del rischio legato al recupero del credito.

Le immagini contenute nei paragrafi 2.3 e 2.4 mostrano un ambiente a tenuta stagna, completamente autoreferenziale e insensibile ai diritti sottostanti. Gli episodi si snodano con un lemma comune di razionalità/efficienza, che spiega i suoi effetti in una doppia direzione:

a) scelte di *return on investiment* e *return on equity* necessarie per il rientro del costo sostenuto per la medesima attività di ricerca, momento necessario alla scoperta scientifica;

b) politiche di protezione del prodotto che incidono sulla concreta possibilità di tutela, attraverso l'effetto distintivo tra categorie di soggetti tutelabili e possibilità concreta dell'azione.

Era il 1978 quando la Corte costituzionale[57] riconosceva la necessità di estendere la protezione brevettuale alle scoperte scientifiche in materia medicale e rilevava che non corrispondeva "a realtà la preoccupazione di favorire (o di non impedire) il "rincarimento" dei prezzi dei medicinali come conseguenza dei diritti di esclusiva a profitto di chi detiene il brevetto, perché i prezzi dei prodotti farmaceutici sono determinati e modificati di imperio sia in base alle leggi sanitarie sia per effetto della normativa sul Comitato interministeriale prezzi (*cfr.* da ultimo per il C.I.P. art. 33 d.l. 26 ottobre 1970, n. 745). Del resto, l'esperienza degli altri paesi, nei quali è ammessa la brevettabilità dei prodotti farmaceutici (o quanto meno dei procedimenti di fabbricazione), dimostra come non sia possibile stabilire un legame di causa-effetto tra brevettabilità e livello dei prezzi, risultando ovunque il mercato dei medicinali largamente corretto da interventi autoritativi, che debbono tener conto non solo del costo delle materie prime e della mano d'opera, del normale profitto e della spesa di confezionamento, ma pure della possibile diffusione del farmaco, dell'incidenza della ricerca, nonché di altri fattori più peculiari".

56 *Vid. retro* § 2.2.

57 Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20, *Consulta online*; Casonato, C.: "I farmaci", cit.; Una ricostruzione delle vicende normative e della dottrina in tema è stata offerta all'epoca dei fatti da Pardolesi, R.: "Sul divieto di brevettazione di farmaci", *Foro it.*, 1978, c. 809.

La normativa allora vigente sui brevetti si componeva con il Regio Decreto 29 giugno 1939, n. 1127, che prevedeva un onere di attuazione della privativa nel territorio dello Stato "in misura tale da non risultare in grave sproporzione con i bisogni del paese" e dall'art. 54 della stessa legge nel nuovo testo disposto dall'art. 1 del D.P.R. 26 febbraio 1968, n. 849.

Entrambe le disposizioni sono state abrogate e, nella specie, dal d.lg. n. 30 del 2005. Ma merita, comunque, un richiamo il citato art. 54, che faceva dipendere dall'insufficiente attuazione del brevetto, misurata con la "grave sproporzione con i bisogni del Paese", la concessione di "licenza obbligatoria per l'uso non esclusivo dell'invenzione medesima, a favore di ogni interessato che ne faccia richiesta". Il sistema contrastava dal suo interno la rarefazione del prodotto, come conseguenza della privativa.

Questa è l'origine storica del contesto attuale, nel quale sono venuti meno i correttivi di sistema, che per quanto orientati sulla domanda del singolo Stato membro avevano al fondo una razionalità aggregata di funzionamento, capace di bilanciare gli interessi contrapposti e spiegare la funzione normativa in una prospettiva di trasformazione[58].

Attualmente, nel microcosmo di mercato puro, nel quale il brevetto farmaceutico trova disciplina, si è passati dalla privativa ventennale rinnovabile per altrettanti anni, alla riduzione del tempo del rinnovo a cinque anni. Il tempo è considerato necessario per il recupero dei costi di ricerca, tanto che la prosecuzione del brevetto opera come riutilizzazione degli anni tra il deposito della domanda del brevetto a quello dell'effettiva commercializzazione. Il meccanismo è, insomma, costruito per garantire l'effettiva copertura dei costi necessari per la ricerca scientifica sul prodotto che conduce alla sua commercializzazione.

È evidente che siamo in un mercato a sé stante o almeno con un funzionamento a sé stante: la Corte di giustizia ha coniato un nuovo principio, quello di concorrenza sui meriti[59] con funzione terapeutica di mercati fortemente condizionati da posizione dominante.

58 *Vid.* le considerazioni di Casonato, C.: *o.l.u.c.*, secondo il quale: "alcuni casi più e meno recenti, in particolare, conducono a ritenere che il mercato e la brevettabilità dei farmaci abbiano non di rado perso il collegamento con la tutela della libertà di ricerca e, soprattutto, con la promozione della salute individuale e collettiva, per assumere, viceversa, una prevalente connessione con logiche estreme di profitto e di speculazione economico-finanziaria; connessione che porta a invertire le priorità e il rapporto di mezzo a fine fissato dalla Corte costituzionale".
La questione delle licenze obbligatorie previste all'art. 31 dell'Accordo TRIPs adottato a Marrakech 15 aprile 1994, relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, ratificato dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747 sono sostanzialmente limitate ad alcuni paesi in condizioni di particolare povertà secondo quanto stabilito anche negli obiettivi della *Declaration on the trips agreement and public health*, Doha, 9 - 14 Novembre 2001.

59 Corte giust., 6 dicembre 2012, c. 457/10 P AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea. Massimino, V.F.: "Il commento", *Dir. ind.*, 2013, p. 128 ss., e ivi ampi riferimenti alla giurisprudenza sui meriti.

La Corte, insomma, riconosce lo stato dell'arte, soprattutto nel mercato farmaceutico, e cerca di recuperare il bandolo della matassa attraverso la considerazione che dichiarazioni ingannevoli o prive di trasparenza danno luogo a un abuso di posizione dominante, senza favorire una concorrenza sui meriti. In particolare, la Corte funzionalizza la c.d. concorrenza sui meriti agli interessi dei consumatori, anche in condizione di protezione con privativa e correlata posizione dominante. Il passaggio è netto e cerca di bilanciare le legittime pratiche protettive della singola posizione concorrenziale e il vantaggio per gli utenti ultimi del peculiare mercato[60]. L'impressione è che un bagliore sia rintracciabile proprio in questo frangente e cioè nel riconoscere in via diretta azione ai consumatori e relative associazioni, ciò proprio alla stregua di quanto stabilito dall'art. 140 *bis*[61] del codice del consumo. È infatti superata da tempo la scissione tra regole di mercato, proprie dei rapporti tra imprese, e rapporti contrattuali a valle, ai fini della valutazione di pratiche non competitive[62]. La questione è, al più, quella di superare le maglie del diritto dei consumi, entro le quali ha maggiore difficoltà a trovare sistemazione il prodotto farmaceutico, se non nei limiti di prodotto di consumo difettoso[63].

Ma se l'autonomia privata incide con regole di mercato sulla misura di tutela del fondamentale diritto alla vita, gli anticorpi rimediali vanno riconosciuti nel medesimo sistema e generalizzati in ragione della tutela del bene primario[64]. La

60 Corte giust., 6 dicembre 2012, cit., qui è stabilito che "l'elaborazione da parte di un'impresa, anche in posizione dominante, di una strategia finalizzata a minimizzare l'erosione delle proprie vendite e a porsi in condizione di far fronte alla concorrenza dei prodotti generici è legittima e rientra nel gioco normale della concorrenza, a condizione che il comportamento pianificato non si discosti dalle pratiche proprie di una concorrenza basata sui meriti, tale da andare a vantaggio dei consumatori. Tuttavia, contrariamente a quanto fanno valere le ricorrenti, non rientra in tale concorrenza un comportamento come quello censurato nel contesto del secondo abuso, consistente nella domanda di revoca, senza giustificazione oggettiva e successiva alla scadenza del diritto esclusivo di sfruttamento dei risultati delle prove farmacologiche, tossicologiche e cliniche riconosciuto dalla direttiva 65/65, delle AIC per le capsule di Losec in Danimarca, in Svezia e in Norvegia, con cui l'AZ, come il Tribunale ha dichiarato al punto 814 della sentenza impugnata, intendeva ostacolare l'introduzione dei prodotti generici e le importazioni parallele". *Vid.* anche Commissione UE, 10 dicembre 2013, c. 142/10, AT c. Fentanyl. La decisione riguarda un cosiddetto accordo di "co-promozione" concluso dalle filiali olandesi delle imprese farmaceutiche Johnson & Johnson e Novartis AG. L'accordo prevedeva pagamenti mensili da Johnson & Johnson fino a quando il (almeno) potenziale concorrente Novartis si astenesse dall'entrare sul mercato nei Paesi Bassi con la sua versione generica del prodotto.

61 Vi sono proposte normative di asportare l'art. 140 dal codice del consumo, per una sua migliore collocazione all'interno del codice di procedura civile proposta di legge n. 1335 recante "Modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'articolo 140 bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206", *osservatorioantitrust.eu*. La proposta introduce un nuovo titolo nel libro dedicato ai procedimenti speciali interamente dedicato all'azione di classe e composto dagli artt. 840 *bis* – 840 *sexiesdecies* c.p.c., così da recidere il vincolo funzionale di tutela (esclusiva) dei consumatori ed utenti.

62 *Vid.* sul punto Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 27 febbraio 2014, caso La Roche e Novaritis, la quale ha stabilito che "i gruppi Roche e Novartis hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, contraria al diritto antitrust comunitario, nel mercato dei farmaci per la cura di gravi patologie vascolari della vista, sanzionando i due gruppi con oltre 180 milioni di euro". L'istruttoria è stata avviata, tra gli altri, dall'associazione di consumatori Altroconsumo.

63 *Vid. retro*, nota 55.

64 Perlingieri, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. aspetti giuridici e sociologici", in Id., *La persona e i suoi diritti - problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1972, p. 73 ss., che anzitempo osserva

matrice del conflitto risulta allora riformulata: tra difettosità del prezzo, in ragione della sua non rispondenza ai costi di produzione con forte elisione del diritto alla tutela del bene vita[65], e tutela di malattie sociali (razionalità economica *vs.* razionalità sociale), con possibile incidenza sul tempo di durata del brevetto[66].

Insomma, il filo scarlatto del quale si parlava in apertura, a proposito delle immagini a confronto, è rintracciabile nell'elevazione del concetto di sicurezza dalle singole regioni di attuazione, in un diverso livello di normalizzazione. È in fondo un ritorno alla sicurezza esaminata da Foucault, proprio con riferimento alle malattie pandemiche. Queste ultime sono, infatti, ragioni di paura di massa, di insicurezza collettiva, di delimitazione dei rapporti, di espulsione di alterità, eppure nella storia del XVII e XVIII secolo hanno consentito lo sviluppo di "differenti tecnologie di sicurezza" capaci di trasformare la categoria "di malattia regnante", quale "specie di malattia sostanziale che fa corpo con uno stato, una città, un clima, un gruppo di persone, una regione, una maniera di vivere", in integrazione dei "fenomeni individuali in campo collettivo". Qui la norma, con la sua capacità normalizzatrice, torna ad essere "un gioco all'interno di normalità differenziali"[67].

che "realizzare lo "sviluppo sostenibile" significa, invece, favorire certamente lo sviluppo economico per garantire un livello di vita accettabile, misurandolo tuttavia con le ragioni del suo esistere. Non può esservi un mercato per il mercato né una produzione per la produzione". Nella segnata prospettiva v.: Perlingieri, G.: "Sostenibilità", cit., p. 101 ss.

65 De Giorgi, R.: "Niklas Luhmann", cit., p. 161 ss., secondo il quale il punto di discussione è "se questi diritti siano giustiziabili e la discussione si giustifica per il fatto che, la loro giustiziabilità indebolisce la loro funzione. Se restano umani o fondamentali, invece, essi lasciano aperto lo spazio d'azione del sistema politico che al sistema giuridico è accoppiato attraverso le costituzioni moderne. Che è poi lo spazio d'azione all'interno del quale si rende possibile la compatibilità di dignità e nuove schiavitù, di uguaglianza e disuguaglianza, di libertà d'espressione e non sapere, di violenza che produce e violenza che mantiene diritto".

66 Teubner, G.: "La matrice", cit., p. 9 ss., per il quale "non si tratta tanto di infliggere a singole industrie farmaceutiche un controllo sui prezzi, quanto di sviluppare – sul piano generale – norme di incompatibilità nel rapporto esistente tra settore economico e settore sanitario. Si tratta cioè di sviluppare – nel quadro di un diritto transnazionale dei brevetti – il diritto della "World International Patent Organisation" (WIPO), della "World Trade Organization" (WTO) e dell'ONU, in modo tale da neutralizzare i conflitti che si scatenano tra logiche di azione incompatibili, partendo da una inclusione delle questioni sanitarie all'interno della razionalità economica. Non esistendo nessuna autorità sovraordinata, il conflitto può essere risolto solo nella prospettiva di uno dei regimi in lotta. Tuttavia, la logica concorrente – in questo caso i princìpi del sistema sanitario – dev'essere introdotta nel contesto della logica giuridico-economica come una sua limitazione interna. È però possibile che ciò non basti a salvaguardare del tutto le pretese implicite in una dimensione genuina dei diritti umani. In altre parole, se la possibilità di "accesso alle cure" non risultasse sufficientemente tutelata dalle misure più recenti, o dai contratti previsti dalla WIPO, il diritto transnazionale dei brevetti dovrebbe trovare un suo nuovo equilibrio – per quanto attiene ai prodotti farmaceutici – sia con la concessione a buon mercato del diritto di licenza attraverso procedure scorporate e trasparenti, sia con un sistema di licenze e di brevetti differenziato in base alla forza economica, sia infine attraverso la "cura radicale" dell'escludere completamente, per un certo periodo, determinate medicine dalla tutela del diritto transnazionale dei brevetti".

67 Foucault, M.: *Sicurezza*, cit., p. 51 ss., spec. pp. 53 e 55.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G.: *Homo Sacer*, Feltrinelli, Torino, 1995.

AYRES, I.: "*Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation*", *Harvard L. Rev.*, 1991, p. 817 ss.

ALBANESE, A.: "Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi", *Quest. giust.*, 2015, p. 94 ss.

ANTONUCCI, A.: "Premio *unisex*: il paradosso della parificazione semplificata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 498 ss.

ARMBRUSTER, C. e OBAL, M.: "Informazioni e analisi genetiche nell'àmbito della sottoscrizione dei contratti assicurativi in Germania", *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 269 ss.

BARCELLONA, M.: "L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali", *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 339 ss.

BITETTO MURGOLO, A.L.: "Danno da vaccini e prova del nesso causale tra "*product liability*" e indennizzo", *Danno resp.*, 2017, p. 668 ss.

BREDA, R.: "Danno da vaccinazione tra indennizzo e risarcimento del danno", *Riv. it. med. leg.*, 2018 p. 296 ss.

BRUSCO, C.: "Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità", *Cass. pen.*, 2008, p. 1879.

CALAMANDREI, P.: "La relatività del concetto di azione", *Riv. dir. proc. civ.,* 1939, p. 24 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Esi, Napoli, 2013.

CARETTI, P.: "Il *corpus* delle leggi razziali", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. SPECIALE), Pàtron, Bologna, 2013, p. 73 ss.

CARTABIA, M.: "La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana", *Quad. cost.*, 2012, p. 455 ss.

CASSONATO, C. e TOMMASI, M.: "*Regulating genetic data in insurance and employment: the italian "upstream" way*", *Annuario dir. comp.*, 2018, p. 441 ss.

Cevolini, A.: "Inclusione ed esclusione nel funzionalismo sociologico tedesco", *Soc. pol. sociali*, 1999, p. 247 ss.

Chieffi, L.: "*Scientific questions* nel diritto giurisprudenziale", *Federalismi.it*, 2017, p. 2 ss.

Conan Doyle, A.: *A Study in Scarlet*, in *Beeton's Christmas Annual*, 1887.

Darrow, V.J.J., Sinha, M.S. e Kesselheim, A.S., "*When Markets Fail: Patents and Infectious Disease Products*", *Food and Drug Law Journal*, Vol. 73, 2018, p. 361 ss.

De Giorgi, R.: "Evoluzione della fiducia e periferie dell'accadere", in Id., *Temi di filosofia del diritto*, Pensa Multimedia, Lecce, 2006, p. 26 ss.

De Giorgi, R.: "Il governo della paura", in Id., *Futuri passati. Il mondo visto da Campone*, Pensa, Lecce, 2010, p. 233 ss.

De Giorgi, R.: "Niklas Luhmann e i paradossi del diritto", in Id., *Temi di filosofia del diritto*, Pensa Multimedia, Lecce, 2015, p. 161 ss.

De Giorgi, R.: "Por Una Ecologia Dos Direitos Humanos", *R. Opin. Jur. Fortaleza*, 2017, p. 324 ss.

Donini, M.: "La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici", *Riv. dir. proc. pen.*, 1999, p. 49 ss.

Falconieri, S.: "Tra "silenzio" e "militanza". La legislazione antiebraica nelle riviste giuridiche italiane (1938-1943)", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. Speciale), Pàtron, Bologna, 2013, p. 159 ss.

Femia, P.: "Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico", *Atti S.I.S.Di.C., Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Esi, Napoli, 2020, in corso di pubblicazione.

Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996.

Ferrajoli, L.: "Democrazia e paura", in *La democrazia in nove lezioni* (a cura di M. Bovero, e V. Pazé), Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss.

Foucault, M.: *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978*), trad. it. di P. Napoli, Feltrinelli, Milano, 2005.

Foucault, M.: Surveiller et punir: la naissance de la prison, Gallimard, Paris, 1975.

Francesca, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in *L'operatività dei princìpi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi), Esi, Napoli, 2017, p. 473 ss.

Francesca, M.: "Dalle ADR *offline* alle procedure di *Online Dispute Resolution*: statuti normativi e suggestioni di sistema", *Corti Salernitane*, 2015, p. 7 ss.

Francesca, M.: "Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", *Rass. dir. civ.*, 2020, in corso di pubblicazione.

Francesca, M.: "Razza e diritto. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", in *Razza, identità, culture. Un approccio interdisciplinare. Atti dell'incontro di studio Lecce, 28 settembre 2018* (a cura di S. Donadei, M. Francesca e V. Tondi della Mura), Esi, Napoli, 2019, p. 3 ss.

Fusaro, A.: "Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di giustizia", *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 345 ss.

Fusaro, A.: "Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 898 ss.

Gabriele, F.: "Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima", *Rivista AIC*, 2013, p. 1 ss.

Gambino, S. e Nocito, W.: "Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto", in *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali* (a cura di L. Chiara, F. Forte, S. Gambino, G. Moschella, P. Navarra, W. Nocito e A. Ruggeri), Giappichelli, Milano, 2013, p. 75 ss.

Gentili, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.

Grondona, M.: "Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su *Hayek*": "*The Political Order of a Free People*")", in Ius dicere *in a globalized world. A comparative overview* (a cura di C.A. d'Alessandro e C. Marchese), Romatre-Press, Roma, 2018, p. 295 ss.

Hart, H.L.A.: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.

Hayek, F.A.: *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, London, 1982.

Hensel, I. e Teubner, G.: "*Matrix Reloaded.* Critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del *publication bias* (errore sistematico di pubblicazione)", *confinideldiritto.istitutosvizzero.it*.

Hobbes, T.: *Elementi filosofici sul cittadino (*De cive*) (1647)*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1948.

Hobbes, T.: *Il Leviatano*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1955.

Hoffman, S.: "*Racially-taylored Medicine Unraveled*", *American Univ. L. Rev.*, 2005, p. 395 ss.

Hu, Y., Eynikel, D., Boulet, P. e Krikorian, G.: "*Supplementary protection certificates and their impact on access to medicines in Europe: case studies of sofosbuvir, trastuzumab and imatinib*", *Hu et al. Journal of Pharmaceutical Policy and Practice*, 2020, 13:1.

Kahn, J.: "*How a Drug Becomes "Ethnic": Law, Commerce, and the Production of Racial Categories in Medicine*", *Yale J. Health Pol. L. & Ethics*, 2004, p. 25 ss.

Kelsen, H.: *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.

Kmietowicz, Z.: "*China rejects patent on hepatitis C drug sofosbuvir*", *British Medical Journal*, Vol. 350, 22 Jun 2015 - 28 Jun 2015.

La Rocca, D.: "Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario* (a cura di M. Barbera), Giuffrè, Milano, 2007, p. 289 ss.

Luhmann, N.: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Springer, Opladen, 1975.

Maffeis, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

Malinowski, M.: "*Law, Policy, and Market Implications of Genetic Profiling in Drug Development*", *Hous. J. Health L. & Pol.*, 2002, p. 40 ss.

Marano, P.: "Le assicurazioni discriminano o differenziano in base al sesso?", *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 265 ss.

Massimino, V.F.: "Il commento", *Dir. ind.*, 2013, p. 128 ss.

Mazzacane, A.: "Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. Speciale), Pàtron, Bologna, 2013, p. 23 ss.

Mignone, C.: *Identità della persona e potere di disposizione*, Esi, Napoli, 2014.

Mignone, C.: "Una via costituzionale all'*impact investing*", in *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi* (a cura di M. Francesca e C. Mignone), Esi, Napoli, 2020, p. 3 ss.

Mira, A.: "La forza dell'incertezza: la statistica come guida alle scelte nel mondo del probabile", *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1437 ss.

Morana, D.: "I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività", *Rivista AIC*, 2014, p. 1 ss.

Mori, L.: "Paura e consenso politico", *Cosmopolis.*

Morrone, A.: "Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa", *Quad. cost.*, 2014, p. 79 ss.

Navarretta, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.

Nuzzo, L.: "Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica", *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, p. 651 ss.

Nuzzo, L.: "Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del soggetto indigeno", *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003/2004, p. 463 ss.

Nuzzo, L.: "Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?", in *Alberico Gentili e lo* jus post bellum. *Prospettive tra diritto e storia. Atti del convegno della XVIII Giornata Gentiliana, San Ginesio, 21-22 settembre 2018* (a cura di L. Lacchè e V. Lavenia), Eum edizioni università di macerata, Macerata, 2020, p. 37 ss.

Orestano, R.: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Feltrinelli, Bologna, 1987.

Pardolesi, R.: "Sul divieto di brevettazione di farmaci", *Foro it.*, 1978, c. 809.

Perlingieri, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. aspetti giuridici e sociologici", in Id., *La persona e i suoi diritti - problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1972, p. 71 ss.

Perlingieri, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015.

Perlingieri, G.: "Sostenibilità, ordinamento giuridico e "retorica dei diritti". A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.

Persano, F.: "Parità di trattamento tra donne e uomini e rilevanza del genere a titolo di fattore di rischio nei servizi assicurativi", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1269 ss.

Polidori, S.: "Situazioni esistenziali, beni e diritti: dal negozio a contenuto non patrimoniale al mercato dei segni distintivi della personalità", *Annali SISDiC*, 2020, p. 227 ss.

Porrini, D.: "Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i *big data*?", *Conc. merc.*, 2016, p. 139 ss.

Pucella, R.: "Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni", *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1796 ss.

Purpura, A.: "Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova", *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 817 ss.

Quarta, F.: "Assicurazione e costo totale del credito. Rilevanza della *payment protection insurance* nel computo del TAEG", *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 17 ss.

Rescigno, P.: "Situazione e *status* nell'esperienza del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 219 ss.

Resta, G.: "La conoscenza come bene comune: quale tutela?", *personadanno.it*.

Resta, G. e Zeno-Zencovich, V.: *Riparare Risarcire Ricordare Un dialogo tra storici e giuristi*, Esi, Napoli, 2012.

Rossi, S.: "Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 749 ss.

Roy, V. e King, L.: "*Betting on hepatitis C: how financial speculation in drug development influences access to medicines*", *BMJ*, 2016, 354:3.

Ruggeri, A.: Crisi economica e crisi della Costituzione, *Rivista AIC*, 2014, p. 407 ss.

Salazar, C.: "Crisi economica e diritti fondamentali", *Rivista AIC*, 2013, p. 1 ss.

Spadaro, A.: "I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)", *Rivista AIC*, 2011, p. 1 ss.

Stolleis, M.: "Comprendere l'incomprensibile: l'Olocausto e la storia del diritto", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. Speciale), Pàtron, Bologna, 2013, p. 9 ss.

Teubner, G.: "I rapporti precari tra diritto e teoria sociale", in Drittwirkung: *princìpi costituzionali e rapporti tra privati Un percorso nella dottrina tedesca* (a cura di P. Femia), Esi, Napoli, 2018, p. 255 ss.

Tondi della Mura, V.: "La parola «razza» nella Costituzione, ovvero: della rilevanza costituzionale di una nozione scientificamente infondata", in *Razza, identità, culture. Un approccio interdisciplinare. Atti dell'incontro di studio Lecce, 28 settembre 2018* (a cura di S. Donadei, M. Francesca e V. Tondi della Mura), Esi, Napoli, 2019, p. 9 ss.

Toriello, F.: "Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 331 ss.

Treggiari, F.: "Questione di stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro-Passarelli", in *Per Satvram. Studi per Severino Caprioli* (a cura di G. Diurni, P. Mari e F. Treggiari), Spoleto, 2008, p. 832 ss.

Turing, A.M.: *Computing machinery and intelligence*, *Mind*, 59, 1950, p. 433 ss., trad. it. *Macchine calcolatrici e intelligenza*, in *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale* (a cura di V. Somenzi e R. Cordeschi), Einaudi, Torino, 1986, p. 157 ss.

Venchiarutti, A.: "Il principio di parità di trattamento tra i sessi in materia assicurativa: riflessione a margine della sentenza della corte di giustizia *test-achats*", *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 1505 ss.

Vettori, G.: "Il tempo dei diritti", *Pers. merc.*, 2013, p. 179 ss.

Vettori, N.: "L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei princìpi costituzionali", *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 237 ss.

Virgadamo, P.: "Appunti sulla figura femminile nel diritto civile e sulla tutela ordinamentale della donna nei rapporti familiari", *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 777 ss.

LA DOCTRINA DE DON FEDERICO DE CASTRO SOBRE LA CUESTIÓN FORAL Y EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

FEDERICO DE CASTRO'S DOCTRINE ON THE FORAL QUESTION AND ARAGONESE CIVIL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 84-167

José Luis
MOREU
BALLONGA

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

RESUMEN: Se inicia el trabajo con algunas afirmaciones del autor estudiado sobre la historia del Derecho civil español que coinciden, a grandes rasgos, con la doctrina de los mejores historiadores, incluso recientes, de ese Derecho. Se explica luego la defensa, más matizada de lo que se suele pensar, de la unificación del Derecho civil que hizo el profesor De Castro. Después hace el autor del trabajo algunas consideraciones sobre la ideología del profesor De Castro. También se explica el sentido que tuvieron las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881 y el Apéndice Foral de 1925. Finalmente, se recuerda el Congreso sobre los derechos forales de Zaragoza de 1946 y los lúcidos pronósticos, ya olvidados hoy por casi todos, que formuló De Castro sobre la ejecución deseable de las ideas o conclusiones de ese Congreso de 1946.

PALABRAS CLAVE: Codificación del Derecho civil español; Codificación del Derecho civil aragonés; De Castro como historiador; Ideología del autor estudiado; El Congreso de Zaragoza de 1946.

ABSTRACT: *This paper begins with some statements of Don Federico de Castro on the history of Spanish Civil Law that broadly coincide with the doctrine of the best civil legal historians, even the recent ones. The present work focuses on the nuanced defense of the unification of Civil Law made by Professor De Castro. Then the author of the paper provides an insight into De Castro's ideology. The meaning of the conclusions of the Congress of Aragonese Jurisconsultations of 1880-1881 and the Foral Appendix of 1925 are also explained. Lastly, the author recalls the Congress on the Foral Rights of Zaragoza that took place in 1946. The paper concludes with an evaluation of the lucid but almost unanimously forgotten forecasts offered by De Castro about the desirable implementation of the ideas or conclusions reached in the aforementioned 1946 Congress.*

KEY WORDS: *Codification of Spanish Civil Law; Codification of Aragonese Civil Law; De Castro as a Historian; Ideology of the Analyzed Author; Zaragoza Congress held in 1946.*

SUMARIO.- I. ALGUNAS AFIRMACIONES DE F. DE CASTRO SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y ALGUNOS HECHOS RELEVANTES DE LA HISTORIA DE ARAGÓN.- 1. Planteamiento general.- 2. Los visigodos y la Edad Media.- 3. La rígida sociedad estamental aragonesa bajo los Reyes Católicos y en la Edad Moderna.- 4. El siglo XIX y la Codificación, con indulto provisional a los derechos forales.- II. LA DEFENSA POR NUESTRO AUTOR DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.- III. UNA POLÉMICA ENTRE DE CASTRO Y HERNÁNDEZ GIL SOBRE LA FILOSOFÍA QUE INSPIRÓ AL PRIMERO.- IV. LAS CONCLUSIONES DEL CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES DE 1880-1881, DESPRECIADAS Y OCULTADAS POR EL FORALISMO RADICAL.- V. EL MUY ARAGONESISTA APÉNDICE FORAL DE 1925.- VI. LA VALORACIÓN FAVORABLE Y DESCONFIADA DE F. DE CASTRO SOBRE EL CONGRESO DE ZARAGOZA DE 1946.- VII. UN CERTERO DIAGNÓSTICO DE F. DE CASTRO SOBRE EL FUTURO DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

I. ALGUNAS AFIRMACIONES DE F. DE CASTRO SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y ALGUNOS HECHOS RELEVANTES DE LA HISTORIA DE ARAGÓN.

1. Planteamiento general.

Sin duda que recurriendo a una simplificación un punto provocativa, afirmo en el inicio de este trabajo que toda la historia del Derecho aragonés público y privado creo que representa un colosal esfuerzo de la antigua nobleza aragonesa y las oligarquías urbanas de aquel Reino, podríamos afirmar, por perpetuar y hasta eternizar los valores e instituciones medievales. Y sabemos que la distinción entre lo público y lo privado en la Edad Media o, incluso en los "siglos medios", como se decía abarcando todo el Antiguo Régimen en el siglo XIX, era más difusa y difícil de comprender que hoy en día. Lo curioso es que esas antiguas fuerzas sociales dominantes y principales, con el clero, consiguieron construir un sistema político legal que, matices aparte, era como un duro y gran caparazón ultraconservador que consiguió mantener los valores e instituciones medievales aragoneses de Derecho público hasta muy avanzada la Edad Moderna (1707, con pocas leves atenuaciones antes de lo medieval, en 1591-1593), y "consiguió", o dejó sentadas las bases para que, hasta hoy, estén vigentes en Aragón instituciones de Derecho civil genuinamente medievales y anacrónicas y, según creo, nocivas para los aragoneses. Los antiguos nobles aragoneses laicos merecen como pocos en Europa occidental, aunque parecen tener en esto serios competidores en la Europa oriental, por su tenaz rechazo de la justicia estatal y egoísmo de clase, el

• José Luis Moreu Ballonga
Catedrático jubilado de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

título de "señores de horca y cuchillo"[1]. En 1881, tras la revolución burguesa, hubo una buena oportunidad para que el Derecho civil aragonés se redujera y renovara y perdiera su pesado lastre de anacronismos, pero aquella oportunidad se perdió; y en otras tres ocasiones sucesivas (1925; 1967; y 2011) volvió a suceder lo mismo, por desgracia. Estoy en una posición, por tanto, crítica con matices sobre el foralismo aragonés (algunas instituciones de su Derecho civil vigente me gustan y las preservaría) y, tras leer y releer mejor al profesor De Castro (le tengo bastante citado en otros trabajos anteriores), en su explicación histórica del Derecho civil español en su conjunto, he llegado a pensar que es quien mejor me ha ayudado a entender, según las veo hoy, las claves jurídicas fundamentales de la evolución del Derecho aragonés privado, y aun público. Por eso me he atrevido a escribir el siguiente trabajo, difícil y arriesgado para mí y comprendo que un tanto atípico para un civilista, puesto que en algunas de sus partes, como la primera sobre el primer epígrafe, hay más historia que Derecho, y en todo el restante trabajo, aunque hay ya más Derecho civil, sigue habiendo mucha historia. El relato que esbozo sobre la historia del Derecho aragonés, eligiendo con intención algunos hechos o momentos históricos de especial relevancia para su Derecho público o privado, comprobará el lector que, para los últimos cinco siglos, difiere bastante del sintético relato que en 40 páginas ha escrito el profesor Delgado Echeverría en un Manual colectivo con cuatro ediciones, publicado entre 2006 y 2012. Disiento de Delgado en que utilice la expresión "libertad civil" como algo existente ya en Aragón desde antes del siglo XIV, término que creo aparecido, en el sentido que él le da, en la Ilustración francesa; y veo inadecuado que califique a nuestro primer Borbón como Felipe IV (y Felipe V de Castilla). Disiento también de la opinión muy crítica que Delgado, como yo discípulo del profesor Lacruz Berdejo, tiene, como veremos, sobre la obra del profesor De Castro y su validez actual. Primer indicio de ello es que Delgado no cita nunca a éste último en su trabajo mencionado ni en su breve bibliografía. En esto Delgado se separa llamativamente del profesor Lacruz, quien siempre sintió enorme respeto por De Castro, y que al explicar los derechos forales en su manual (1982) discutió con él algunas de sus ideas en su breve síntesis de 36 páginas.

1 La expresión citada en el texto la usaron algunos autores decimonónicos, como p.ej., Alonso Martínez, M., una vez, aunque en relación a históricos arrendamientos guipuzcoanos, en su libro *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales,* t. 2º, 1884, p. 196. El término feudalismo se usa, como sinécdoque, en un sentido muy amplio, casi como equivalente al de Antiguo Régimen o al de sociedad estamental, incluso con vinculación del campesino a la tierra, siendo que su origen fue, las más de las veces, pactos de servicio o vasallaje entre personas libres, por razones económicas o de seguridad. El concepto amplio lo usaron a veces los propios partidarios de la Revolución francesa de 1879 o, más tarde, Marx, como recuerda Artola, M., quien explicó la síntesis histórica de la génesis y evolución del feudalismo, desde textos antiguos significativos. *Vid. Textos fundamentales para la Historia,* cap. 2º, Alianza, 1982, pp. 51 a 56 y 57 a 79. Faltan allí, con todo, textos aragoneses, que cito más abajo, y que están entre los de tono o significado más brutal con los campesinos de toda la brillante antología de textos históricos reunidos por el gran historiador. Esta negra sombra del pasado aragonés, muy relacionada con el bandolerismo y la violencia social, no la recuerdan nunca los líderes del foralismo ni sus prosélitos, dado que sería políticamente incorrecta. La ha recordado en Zaragoza hace poco, apoyándose en reflexiones mías, mi colega Lacasta Zabalza, J.I.: "Voluntad, autonomía, lo público y lo privado: una perspectiva histórica", en AA.VV.: *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio,* (dir. M.A. Parra Lucán), Comares, 2016, pp. 13-14.

2. Los visigodos y la Edad Media.

Explicó De Castro[2] que el Fuero Juzgo (654?) consiguió refundir por primera vez la doble influencia germanista y romanista en una tentativa de realizar la unidad nacional. El Derecho visigodo había llegado a la Península ya muy romanizado y la concepción germánica medieval del Derecho tenía ya tanto más de católica que de germánica y sus reglas pudieron ser, por ello, punto de partida del Derecho nacional[3]. Es sabido que los hispanorromanos, si cabe llamarlos así, constituían la inmensa mayoría de la población por entonces, y que los visigodos, digamos que en el poder, eran una pequeña minoría. Explicó De Castro en el lugar indicado en nota diversas directrices del Fuero Juzgo que muestran bien la intensa cristianización de aquel importante cuerpo legal y hubiera podido añadir todavía que su ley 8ª, del título I, del Libro 2º, excluía expresamente la aplicación de las leyes de los romanos y "las demás extrañas". Y la ley 13ª de ese título contiene el interesante principio de que los jueces deban ser nombrados por el Rey. Es curioso que en su obra magistral "Del espíritu de las leyes" (1748) Montesquieu introdujera una reflexión según la cual los visigodos, en "España" (*sic*), intentaron unir a los godos y a los romanos e impedir, en lo posible, la aplicación del Derecho romano.

El Derecho español, afirmaba De Castro, toma en el siglo XVI su forma definitiva al consolidarse como Derecho real. El Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro determinarán, en fin, la superior autoridad del Derecho real sobre el común, aunque hasta el siglo XVI esa idea no llega a penetrar del todo en los

2 *Vid.* su *Derecho civil de España*: t. 1º, 1984 (1949), pp. 139 a 141. Que como se afirma en el texto el Fuero Juzgo representaba un Derecho en su momento ya muy romanizado y cristianizado, es cosa que creo bastante aceptada. Lo último sobre todo desde la conversión del Rey Recaredo en el año 587. *Vid.*, por todos, a Orlandis, J.: en su *Historia de España. La España visigótica*, Gredos, 1977, 331 pp. y, para la conversión del Rey citado, p. 113. Marías, J., recordó que, bajo la presión de los francos, los visigodos cedieron muchos territorios del sur de la actual Francia y que el siglo y medio que duró su dominio dejó más huella de la que parece. *Vid. España inteligible,* Alianza, 1985, pp. 75 a 85. Brevemente afirmaba García Gallo que la conversión de Recaredo impulsó la de su propio pueblo, la unión de godos y cristianos y la formación de la nacionalidad española, aun reconociendo la debilidad del poder real en esa época. *Vid. Curso de Historia del Derecho español,* t. 1º, 1947, p. 73. Para explicar las causas de la expansión del cristianismo antes de Recaredo, *vid.* Alvar, J.: *Memoria de España,* en AA.VV. (dir. F. García de Cortázar), 2004, pp. 122 a 126. Hay que recordar también que los visigodos cristianos en el poder pronto empezaron a querer convertir y a perseguir a los judíos.

3 Aunque nuestro autor no entrase en ello, puede resultar coherente con su explicación ulterior el hecho de que la lengua romance aragonesa sufrió fuerte influencia del castellano desde finales del siglo XV; y el hecho visto como casi revolucionario de que la lengua vulgar o romance hablada en muchos lugares de la Península se fuera introduciendo progresivamente durante los siglos XII y XIII en los documentos notariales o administrativos, desplazando de estos al latín. *Vid.* Manzano Moreno, E.: "Épocas medievales", vol. 2º, *Historia de España*, AAVV (dir. J. Fontana y R. Villares), Crítica, 2015, pp. 523-534. *Vid.* para la evolución del castellano desde los Reyes Católicos al siglo XVIII, Galmés de Fuentes, Á.: en AAVV, *España como nación,* Planeta, 2000, pp. 45 a 77.

legistas[4]. El "paso decisivo" para consolidar esta nueva fuerza del Derecho real es, entiende De Castro, la Nueva Recopilación de 1567[5].

Posteriormente, aborda la incidencia del romanismo y el germanismo en los Derechos forales[6]. En la Cataluña medieval señalaba De Castro, entre otras muchas cosas, la fuerte influencia de las costumbres germánicas, primero, las de los godos y, con ellas, el Fuero Juzgo; y después y con el influjo político y la vecindad, las francas. Pese a ello, pronto fue muy fuerte la influencia del Derecho romano y hubo también influencia del Derecho feudal (el heredamiento)[7]. La doctrina jurídica catalana, al faltarle textos jurídicos propios, unitarios y completos, no pudo escapar a la presión extranjera, a los Derechos romano y canónico. Tendía, explicaba, a centrarse mucho en la jurisprudencia.

En el Aragón medieval, fueron en cambio decisivos, según De Castro, y ha coincidido luego con ello la que parece mejor doctrina histórica posterior[8]

4 El complejo proceso ha sido explicado por Tomas y Valiente, F., señalando el panorama complejo que existía en Castilla en 1348 por la oposición de la nobleza y las oligarquías locales y concejos a la autoridad real y cómo influyó en la cuestión el que la Ley 1ª del Título 28 del Ordenamiento de Alcalá de 1348 dictado por Alfonso XI (bisnieto de Alfonso X) fijase la prelación de las fuentes castellanas, poniendo a las Partidas en tercer lugar, tras el Derecho real y tras los fueros municipales, que también quedaron, los últimos, progresivamente debilitados frente al Rey. La doctrina favoreció interpretaciones convenientes al poder real y, a diferencia de en el pactismo de la Corona de Aragón, las Cortes estamentales fueron perdiendo progresivamente poder y se fue consolidando el poder legislativo absoluto del Rey, también en la etapa de los Reyes Católicos. La decisiva Ley 1ª del tit. 28 del Ordenamiento de Alcalá fue sucesivamente confirmada por las Leyes de Toro (1505), por la Nueva Recopilación de las leyes de España (1567), y por la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805. *Vid.* del autor citado su *Manual de Historia del Derecho español,* 1979, Tecnos, Madrid, pp. 232 a 234 y pp. 242 a 248,

5 La explicación de De Castro resulta también coherente con la que da, aludiendo al crecimiento del Derecho real, González Antón, L., quien parte de que el concepto del poder en la monarquía castellana fue siempre más moderno y eficaz que en la débil Corona de Aragón, y explica que la entronización de los Austrias reafirmó la personalidad del conjunto de España y una cierta castellanización política y cultural de toda España. *Vid. España y las Españas,* Alianza, Madrid, 2007, pp. 207 a 222 y 223 y ss. La etapa de evolución del Derecho castellano desde los Reyes Católicos, que mantuvieron siempre clara, con concepto ya bajomedieval, la titularidad del poder legislativo de los monarcas como vicarios de Dios en la tierra, e hicieron evolucionar el modo de legislar desde los viejos cuadernos de Cortes, en los que se respondían las súplicas de los procuradores, hasta la frecuente utilización, junto a las leyes, de reales pragmáticas, y hasta Felipe II, quien rechazó muchas peticiones de los procuradores de las ciudades y villas en las Cortes castellanas, ha sido bien explicada por González Alonso, B.: "Nuevas consideraciones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en Castilla" (1475-1598), *AHDE,* 1997, pp. 695-696, y 705-706.

6 *Vid.* De Castro, F.: *Derecho civil,* cit., 1984 (1949), pp. 161 a 167.

7 Así explica también, en efecto, hoy día, el tradicional "heredamiento" catalán, como fruto de la presión de los señores feudales a los campesinos, y para, entre otras razones, mejor fijarlos a la tierra, Manzano Moreno: E., "Épocas medievales", cit., pp. 394-395.

8 Por ejemplo, en esta línea, Lalinde Abadía, J.: *Los fueros de Aragón,* 1976, pp. 27, 48, 61, 69 y ss., 74-75, 86, 90, 94, 112 y 153 a 155. Y véase también mi libro de 2009, *Mito y realidad del* standum est chartae, Civitas, pp. 59-60, y nota 61, donde recojo citas de varios historiadores y del propio De Castro. Y además González Antón, L., ha explicado que los reinos de la Corona de Aragón seguían anclados, a fines del siglo XV, en el más rancio e inmaduro arcaísmo medieval y feudalizante, habiendo resistido tenazmente los señores laicos aragoneses de vasallos, frente a los reyes, para mantener, invocando el derecho de conquista, el derecho o la jurisdicción penal suficientes para matar a los vasallos o campesinos oprimidos en ciertos casos, ominoso derecho que sostiene, con la opinión más común, que solo terminó con Felipe V y sus Decretos de Nueva Planta. *Vid. España y las Españas. Nacionalismos y falsificación de la Historia,* Alianza, 2007, pp. 247; 259; 288 y 318. García Gallo, A., afirma incluso que el derecho de los señores aragoneses de matar a sus siervos se fortaleció y se hizo arbitrario en el siglo XV. *Vid. Curso de historia del Derecho español,* t. 1º, Gredos, 1947, pp. 238-239 y 305 a 307. Una buena explicación del asunto también en Minguijón Adrián, S.: *Historia del Derecho español,* Labor, 1933, pp. 268 a 275. Laliena Corbera, C., sostiene, sin referencia a juristas y sin

"el temor de los ricos hombres hacia el poder monárquico" y "la recia y hasta agresiva oposición de los nobles en contra del Derecho romano"[9]. Frases muy certeras como vamos a ver. En el siglo XIV el Rey aragonés Pedro IV, llamado el Ceremonioso, o a veces el Cruel, llegó a enfrentarse con las armas a la nobleza en la batalla de Épila de 1348, derrotándola, lo que produjo la supresión del llamado y significativo Privilegio de la Unión de 1287 (hubo dos documentos parecidos de la misma fecha), que contemplaba unas "libertades" de la nobleza muy radicales (casi impunidad ante la justicia del Rey para esos nobles u otros unionistas, que precisaban para ser detenidos sentencia del Justicia de Aragón y aprobación de las Cortes, p.e.; o exigencia de Cortes anuales, que además debían elegir el Consejo del Rey) y llegaba a contemplar, por ejemplo, ante ciertos incumplimientos del Rey, que este pudiera perder el dominio de castillos o llegar hasta, según Lalinde, el destronamiento; abusivo Privilegio que se había arrancado coactivamente en 1287 al Rey Alfonso III[10]. Se ha señalado con razón que en la Edad Media, dado que ni

que me convenza del todo, que había un cierto equilibrio consuetudinario entre los señores laicos y sus vasallos y que estos en la práctica tenían un espacio autónomo de poder para defenderse con decisión (recuerda alguna sublevación) de las agresiones físicas o jurídicas de sus señores. *Vid. Historia de Aragón,* AA.VV. (dir. E. Fernández Clemente), 2008, pp. 345 a 349 y 259-260. Pero veremos que el Marqués de Pidal narró en 1862 con detalle varias rebeliones de vasallos contra sus señores aragoneses sucedidas en el siglo XVI muy cruentas y complejas políticamente y que causaron mucha tensión social. Problema algo diferente fue el de las guerras en el siglo XV de los campesinos "remensas" en Cataluña (campesinos sometidos a los "malos usos" y que solo pagando una redención a sus señores, redención casi siempre inalcanzable, podían dejar la tierra de aquellos), guerras o rebeliones que condujeron a una solución de compromiso en la Sentencia de 21 de abril de 1486 dictada por Fernando el Católico en el monasterio extremeño de Guadalupe. Sobre la cuestión, *vid*., Claramunt, S.: *Memoria de España,* AA.VV., 2004, pp. 236 -237. La abolición completa del régimen señorial de la tierra, incluyendo las jurisdicciones de carácter no penal, la hizo la revolución burguesa, iniciándose con el Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811: *vid.* Tomas y Valiente, F.: *Manual de historia,* cit., pp. 408 a 410. Debo rectificar un error mío en un trabajo reciente en el que afirmé que ni los Austrias ni los Borbones (falso esto último, al menos) habían conseguido anular la potestad señorial de los señores de vasallos aragoneses de maltratar o matar a sus vasallos. *Vid.* "Contra la sucesión legal troncal aragonesa", en el libro del *Congreso Internacional de Derecho civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca,* 2018, pp. 1433-1434.

9 Cuando me refiero a los nobles o, posteriormente, a la familia patriarcal o amplia, no desconozco que ambos conceptos son más difíciles de precisar de lo que parece y son discutidos por los medievalistas. Heers, J., ha tratado a fondo ambas cuestiones, en un buen libro con mucha información sobre la Edad Media europea, aunque lamentablemente omite toda información sobre la sociedad o Derecho aragoneses de la época. El autor piensa que, en general, el carácter de noble no dice referencia ni a su poder, ni a su fortuna, ni siquiera al oficio de las armas, sino, sobre todo, a sus antepasados. Lo que cuenta, escribe, es la línea de ascendencia, el pertenecer a un vasto clan cuyos antepasados son conocidos y honrados por todos. Con lo que el enfrentamiento monarquía–nobleza, él lo ve más bien como debilitamiento con el creciente poder de los príncipes o reyes de las solidaridades familiares en sus variadas formas, que fueron en la Edad Media muy fuertes, por ejemplo, en Italia, Alemania y sur de Francia, y menos en el norte de Francia o en Inglaterra. *Vid. El clan familiar en la Edad Media,* Ed. Labor, Barcelona, 1978, pp. 27 y 292-293, entre otras.

10 Desde una ideología liberal y moderna, se ve en Pedro IV a uno de los reyes más eficaces y progresivos del Reino de Aragón, por López de Haro, C.: *Vid. La constitución y libertades de Aragón y el Justicia Mayor,* Madrid, Reus, 1926, pp., entre otras, 8-9; 176 a 178; 303; 381 a 383, etc. El autor siente también admiración por la institución del Justicia de Aragón, aunque tiene que reconocer que el Justicia no pudo evitar el ejercicio por los señores laicos de vasallos de su residual jurisdicción criminal. Este último tema de esta competencia, anacrónica incluso al final de la Edad Media, de los señores o ricoshombres aragoneses, que los foralistas actuales casi nunca mencionan, es tratada en varios lugares del libro: pp. 51, 55-56; 59. 65-66, 278 a 285, y 490 a 492, entre otras. Se sabe que tal competencia nobiliaria no gustaba a Pedro IV, pero que no pudo suprimirla, como recuerda López de Haro, C., cit., pp. 278-279. *Vid.* también González Antón, L.: *Las Cortes de Aragón,* Librería General, Zaragoza, 1978, pp. 97 a 99. También parece desagradar esa competencia señorial, ya en el siglo XIII, a Vidal de Canellas, ya que el autor en el Vidal Mayor, al explicar el asunto, aclaró que esa norma no la había escrito él. *Vid.* en la versión de la obra de Tilander, G.: 1956, fol. 261, pp. 509-510. El Vidal Mayor en esa versión de 1956 (lib. V, núm. 31, pp. 368-369) recoge también el mito pirenaico de que ciertos vasallos estaban bajo servidumbre tan dura que, al repartir una herencia del señor

se podía intuir la separación de poderes que hoy conocemos, había un concepto muy amplio de justicia, que tendería a incluir una justicia gubernativa diversa de la estrictamente judicial[11], pero aun con esas nociones de entonces, los Reyes aragoneses intentaron instaurar la justicia con diversas medidas y normas y, en particular, la justicia impartida por la Audiencia del Rey, proceso en el que, también con la oposición de la nobleza sobre todo aragonesa en los inicios de tal institución, fueron importantes en su momento unas "Ordinacions" de 1344 dictadas también por Pedro IV para consolidar, entre otras instituciones e instrumentos de la Corona, la Audiencia del Rey[12]. También consolidó como fuero Pedro IV el Privilegio General, concedido en 1283 por Pedro III, Privilegio con matices modernizadores, y la figura del Justicia de Aragón. Conviene también recordar que en el Aragón del Antiguo Régimen siempre hubo siervos[13] y esclavos[14]. Con todo ello, y en pugna constante con Pedro IV u otros reyes, por la gran fuerza de su guerrera nobleza, Aragón ha sido hasta el siglo XVIII el territorio foral español con menor influencia del Derecho romano o "ius commune"[15].

entre sus hijos, podrían ser partidos en dos con un cuchillo, contra lo que se sublevaron y pactaron sustituir eso por el pago de un tributo. *Vid.* Laliena Corbera: *Siervos medievales,* 2012, pp. 319 a 327. *Vid.* nota 13.

11 *Vid.* Tatjer Prat, M.T.: *La Audiencia real en la Corona de Aragón. Orígenes y primera etapa de su actuación (S. XIII y XIV),* 2009, U. Pompeu Fabra, pp. 161-162.

12 *Vid.* Tatjer Prat, M.T.: cit., p. 48, para la oposición de la nobleza aragonesa al Rey Alfonso el Liberal (reinado de 1285 a 1291) y pp. 61 a 70, para las "Ordinacions" de 1344 de Pedro IV, el Ceremonioso.

13 Contamos con una monografía muy consistente sobre la servidumbre en Aragón y Navarra, la zona pirenaica, desde el siglo XI al siglo XIII de Laliena Corbera, C., titulada *Siervos medievales de Aragón y Navarra en los siglos XI-XIII,* Universidad de Zaragoza, 2012, 525 pp. En las conclusiones del libro, el autor señala que, en tiempos más antiguos, antes del siglo X, en los "siglos oscuros" hay "lagunas irresolubles en la documentación", lo que cree solo cambia desde 1025. El libro nos enseña muchísimo sobre la servidumbre y su evolución en esos tres siglos, y de historia, de economía y aun del Derecho civil del feudalismo. Sin embargo, el autor no se ha interesado por la jurisdicción criminal residual de los señores laicos de vasallos aragoneses, que es tema de gran interés desde la Ilustración española y en la doctrina de los historiadores del Derecho que aparece ya, con cierta seriedad, en el siglo XIX. Como esa jurisdicción residual criminal ejercida por los señores sin duda sería ejercida solo de hecho, entiendo que ni a partir de 1025, ni después, mientras la dicha potestad existió (hasta 1592 ó acaso 1707), puede impedirse en esto la existencia de "lagunas irresolubles en la documentación". Pero ello no impide que ese tema sea, en mi opinión, uno de los más caracterizadores de la servidumbre de los campesinos en la historia de Aragón.

14 Sobre la esclavitud en Europa y en los diversos territorios de la actual España, *vid.,* Heers, J.: *El clan familiar,* cit., pp. 79 a 87. Y sobre la esclavitud en Aragón, *vid.* Gómez de Valenzuela, M.: *Esclavos en Aragón (siglos XV a XVII),* Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, 268 pp., libro con mucha documentación y con un estudio preliminar del autor.

15 Cierto que esto no es reconocido igual por todos. Pérez Martín, A., piensa que el "ius commune" tuvo bastante penetración en Aragón, no tan diferente de la habida en Castilla. Aunque reconoce que al final del reinado de Jaime I, ya anciano este entonces, el Vidal Mayor o "Compilatio maior", redactado por Vidal de Canellas, con inspiración romanizada y propia del "ius commune", encontró el rechazo de la nobleza aragonesa y de las ciudades, con lo que el Rey tuvo que retirar este importante libro, en beneficio de la "Compilatio minor" de Huesca de 1247, más ruda y simplista y del gusto de la nobleza, siendo esta última versión de la Compilación la que prevaleció en la práctica en los siglos siguientes, haciéndose escasas copias durante siglos del Vidal Mayor, obra magnífica para su tiempo (s. XIII), y aun con contenidos doctrinales, que llegó a caer en el olvido. Califica el autor de "movimiento reaccionario" esto, que una década después se manifestaría en Castilla con la oposición de la nobleza a las Partidas, y que se extendería por toda Europa. *Vid. Legislación foral aragonesa. La compilación romance de Huesca (1247/1300),* BOE, 2016, pp. 14 y 24.

Hacia el siglo XV, explicaba De Castro, en toda la Península los fueros eran de interpretación estricta y no admitían la analogía[16].

3. La rígida sociedad estamental aragonesa bajo los Reyes Católicos y en la Edad Moderna.

De los Reyes Católicos cabría recordar, entre otras muchas cosas[17], aunque no alude De Castro a ello en el limitado resumen histórico de su trabajo sobre la "cuestión foral", la expulsión de los judíos en 1492 y su implantación de la Inquisición, poderoso instrumento de coerción a favor de la uniformidad y centralización del Estado, dirigido, en principio, contra conversos judaicos, moriscos y herejes de diverso tipo[18]. La expulsión de los judíos es un capítulo triste de la inicial gestación de la nación española y se produjo, para el territorio del Reino castellano, con el Edicto de 31 de marzo de 1492, documento que rezuma fanatismo e intolerancia hacia los judíos, comunidad que llevaba en la Península muchos siglos, algunos al parecer desde la llegada de los romanos, y documento que en gran medida se dirige contra todos los habitantes de los dominios de la Monarquía castellana (el Edicto o documento para Aragón fue un poco diferente), también a los cristianos, con la amenaza de duras penas para todo el que intentase ayudar u ocultase a los judíos, expulsados en plazo (tres meses, que se prorrogaron 40 días) y condiciones ignominiosas, para conseguir el propósito buscado de cristianización forzosa, infundiendo temor a gran parte de la población en general[19].

16 *Vid.* "La cuestión foral y el Derecho civil", en *Estudios jurídicos del profesor Federico De Castro,* Centro de Estudios Registrales, t. 1º, 1997 (1949), pp. 496 y ss. En Aragón, ni siquiera la doctrina foralista ha podido ocultar la gran influencia desde el siglo XIV hasta el XIX de la Observancia 1ª "De equo vulnerato", impuesta sin duda por la nobleza, y que prohibía la interpretación extensiva de los "fueros" paccionados, frente al "ius commune", como ha subrayado, entre otros, Lalinde Abadía. *Vid. Los fueros,* cit., pp. 94, 124 y 149. En esa Observancia está, aunque los foralistas tiendan a soslayarlo, la base histórica decisiva durante varios siglos del brocardo "standum est chartae". Y como norma de hermenéutica y restrictiva de la interpretación de los fueros la consideró también mayoritariamente la jurisprudencia durante el siglo XX, casi hasta que en 1967 la Compilación aragonesa aceptó la falsa idea de Joaquín Costa de que el brocardo significó siempre en Aragón una idea amplia de autonomía de la voluntad. Y conforme a esa explicación costista sigue hoy, apoyada en una explicación histórica sustancialmente falsa, en el art. 3 del llamado Código foral aragonés de 2011. Para esa señalada jurisprudencia anterior en poco a 1967, véase mi libro sobre el "standum est chartae" de 2009, pp. 33 a 38.

17 La operación política concebida por el rey aragonés Juan II para casar a su hijo Fernando, con la reina castellana Isabel, suele considerarse como hábil y acertada y consiguió dar una buena salida a complejas situaciones y apuros que existían en ese momento tanto en Aragón como en Castilla. *Vid.* Manzano Moreno, E.: "Épocas medievales", cit., pp. 647 a 657.

18 En la Corona de Aragón existía ya una Inquisición desde el siglo XIII que perseguía posibles o pequeñas herejías. Para una breve idea de ambas inquisiciones, *vid.* Claramunt, S.: *Memoria de España,* cit., pp. 223, 233 y 241 a 243. Una explicación justamente crítica y más amplia de la Inquisición de 1478-1480 (duró hasta 1834) en Abós Santabárbara, A.L.: *La historia que nos enseñaron (1937-1975),* FOCA, Madrid, 2003, pp. 213 a 226. Incluso para un autor tan profundamente cristiano como Julián Marías, la Inquisición resulta "particularmente repulsiva", *España inteligible,* cit., pp. 19-20 y 240 a 243.

19 Un aspecto poco conocido aún de la expulsión de los judíos fue el que se les arrebataron los bienes raíces y ciertos muebles que no pudieron llevarse consigo de forma algo incontrolada y poco ajustada a norma alguna. *Vid.* sobre la cuestión en general Solano, F., y Armillas, J.A.: *Historia de Zaragoza,* t. 2º, 1976, pp. 57 a 60.

Suele aducirse como atenuante de la extrema intolerancia que inspiró la expulsión de los judíos en 1492 por los Reyes Católicos, que en aquellos tiempos medievales sucedieron fenómenos parecidos en otros países, lo que es cierto. Expulsiones de judíos se produjeron en Inglaterra en 1290; un siglo después en Francia, y en el siglo XV, como en España, también las impusieron algunos príncipes alemanes[20].

El cumplimiento del modo ordinario de legislar en Aragón hizo que se retrasara la imposición de la Inquisición hasta octubre de 1483, con una legalización final en unas Cortes de Tarazona de 1484[21]. Uno de los argumentos que se utilizaron contra la nueva Inquisición en Teruel, que no fue tomado en cuenta, fue el de que esa ciudad y su entorno no eran provincia del Reino de Aragón. Tenemos aquí uno de los ejemplos sucedidos de legislación eficaz del Rey aragonés sin recurrir a cortes algunas que tuvieran competencia en el territorio destinatario de la norma. En los tres territorios de la Corona de Aragón hubo una cierta resistencia, no tampoco excesiva, a la nueva Inquisición[22].

En los inicios de la instauración de la Inquisición (1480 en Castilla y 1484 en Aragón) por los Reyes Católicos, tras la bula fundacional del Papa Sixto IV (1478), judíos conversos ordenaron en Zaragoza el asesinato por sicarios del Inquisidor Pedro Arbués, sucedido el 16 de septiembre de 1485, lo que desencadenó una dura represión entre los conversos zaragozanos, que ya se mantuvo además durante mucho tiempo[23] y que piensan algunos historiadores que dificultó el mejor desarrollo en el Reino de una Administración y una burguesía eficientes, así como, desde luego, del desarrollo cultural en sentido amplio. La represión de la Inquisición en Zaragoza en relación con el asesinato del inquisidor Pedro Arbués supuso la ejecución de 64 personas, muchas de ellas pertenecientes a la élite

20 *Vid.* Artola, M.: *Europa,* Espasa Calpe, Grupo Eulen, 2008, p. 171.

21 *Vid.* Motis Dolader, M.A.*: Los judíos en Aragón en la Edad Media (siglos XIII-XV),* 1990, CAI, Zaragoza, pp. 30 a 32. Antes de implantarse la Inquisición, a fines del siglo XIV, que fue un periodo de empobrecimiento económico, se habían producido matanzas de judíos en alborotos organizados por muchas ciudades, como Valencia y Barcelona, matanzas que fueron menores en Aragón, por la presencia de las tropas del Rey en Zaragoza y por las precauciones que este tomó al respecto, precisamente usando esas tropas para prevenir matanzas. *Vid. Los judíos,* cit., pp. 17-19.

22 Esa resistencia la explicó con buenos datos el liberal afrancesado Juan Antonio Llorente, quien tuvo a su cargo parte de la documentación del Santo Oficio, *Vid. Memoria histórica sobre la Inquisición Española,* Madrid, La Editorial Moderna, 1902 (1811), pp. 85 a 122.

23 Según Martín Serrano, E., el Santo Oficio de Zaragoza desde 1540 a 1640 llevó a la ejecución a 250 personas y más de mil fueron enviadas a galeras. *Vid. Historia de Aragón,* 2008, cit., pp. 511-512. Las cifras totales de los procesos de la Inquisición en toda su existencia, según Abós Santabárbara, fueron las de 125.000 personas procesadas, y quemadas en la hoguera unas 15.000, *Vid.* cit., p. 226. Este último autor recoge una amplia muestra de escritores, clérigos, místicos, etc., investigados o procesados o condenados por la Inquisición. Falta en ella Melchor de Macanaz, ilustrado que intentó reformar la Inquisición durante el reinado de Felipe V, para debilitarla, lo que finalmente le costó, sin que el Rey pudiera impedirlo, como veremos, el ser expatriado durante 34 años en Francia y encarcelado en La Coruña otros 12 años más. Solo en 1760 consiguió la libertad y falleció ese mismo año, el día 2 de noviembre. En la cárcel y durante la ancianidad rectificó, al parecer, sus posiciones críticas con la Inquisición.

intelectual y administrativa zaragozana y a importantes familias de la ciudad[24]. Para la persona contemporánea resultan hoy del todo rechazables en la Inquisición tanto la finalidad perseguida como los medios que utilizaba (delaciones anónimas; posible uso del tormento; no presunción de inocencia; sambenitos; ejecuciones públicas; confiscaciones de bienes; consecuencias graves y humillaciones para la familia del condenado; destrucción o mutilación de libros; etc.).

Cuando Fernando el Católico (Fernando II de Aragón) inicia su reinado, en el plano social, la alta nobleza aragonesa era una minoría muy pequeña, pero con gran influencia social, salvo en la gestión del concejo de Zaragoza que escapaba a su control, dado en parte a que esa nobleza estaba muy ruralizada y prefería todavía vivir en sus dominios señoriales que en la gran ciudad. Fue a lo largo de los siglos XVI y XVII que se fue poniendo de moda erigir buenas casas o castillos en Zaragoza e ir a vivir a la ciudad. Y ese desplazamiento de la alta nobleza a Zaragoza complicó la política municipal, que se impregnó de las rivalidades de los grandes nobles y terratenientes y de sus tensiones con los reyes. En el plano social, como sabemos, los señores laicos de vasallos aragoneses conservaban un residuo de jurisdicción criminal muy eficaz socialmente, que mantenía al campesino aragonés en una posición claramente peor que la del de Castilla, Cataluña o Sur de Francia. En el epígrafe dedicado a las Conclusiones del Congreso de 1880-1881 veremos, en particular, que en Castilla el Ordenamiento de Alcalá de 1348 (ley 24, título 32) consideró delito que un hijodalgo o noble matara a un plebeyo o campesino imponiendo penas considerables. En 1507, año en que hubo también epidemia de peste, se presentó a Fernando el Católico una ocasión para pronunciarse sobre estos opresivos y anacrónicos poderes de los señores o nobles aragoneses laicos con vasallos, en una Sentencia que se le pidió en la aldea de Celada sobre diversas rebeliones de vasallos que se habían dado en lugares como Ariza, Monclús y Ayerbe. El criterio del Rey aragonés se inclinó todavía, en esta Resolución o Sentencia, ante la fuerza de la nobleza aragonesa, a favor del poder señorial de maltratar o matar a los vasallos[25].

Recuerdo que según De Castro en los siglos XVI y XVII el Derecho castellano se hace en toda la Península Derecho común desplazando al romano. Hereda de este su carácter supletorio y expansivo que el Derecho romano había tenido. Admite el autor mayores dudas, con todo, para Cataluña que para los demás territorios en cuanto a esto.

24 El dato de los ejecutados lo tomo de Solano, F., y Armillas, J.A., que indican que fueron entre los años 1485 y 1502 "relajadas" o condenadas a muerte en Zaragoza 124 personas, más 32 en efigie, y de ellas las arriba mencionadas 64 ejecutadas en relación a los sucesos del asesinato de Pedro Arbués. Para los autores esta dura represión señala "la más negra página de la historia de la Zaragoza de los Reyes Católicos". *Vid. Historia de Zaragoza,* t. 2º, pp. 34 a 38.

25 Sobre lo que explico en este párrafo, *vid.* Solano, F., y Armillas, J.A., *Historia de Zaragoza,* t. 2º, pp. 47, 100-101, y 124-125.

Cabe añadir que en Aragón la nobleza y el pactismo medieval estaban fuertes todavía a principios del siglo XVI, pero importantes conflictos sociales y políticos, y la importancia del bandolerismo, fueron debilitando esa concepción, que se ha señalado que estaba bastante debilitada hacia 1580, de modo que, cuando se produjeron al final de siglo los acontecimientos que condujeron a la decapitación del Justicia de Aragón, Juan de Lanuza, y de algunos otros nobles o señores rebeldes al Rey, que defendían en teoría los Fueros y su vigencia y valor político (1591), el considerable debilitamiento de los instrumentos políticos del pactismo, y entre ellos del Justicia de Aragón, que llevó a cabo Felipe II en las Cortes de Tarazona de 1592, era un final históricamente lógico a un siglo de erosión de las concepciones políticas medievales tras enfrentarse reiteradamente a las concepciones más avanzadas de una monarquía que quería y necesitaba, a muy amplios fines, establecer un poder absoluto. Algunos historiadores creen que en tal momento el Rey pudo acaso derogar toda la estructura política de los Fueros aragoneses, pero el caso es que no lo hizo, aunque sí la reformó parcialmente[26]. Me refiero en lo sucesivo a las Cortes de 1592, aunque sus acuerdos solo se declararon como fueros el 29 de febrero de 1593. El grado de esta parcial reforma del Derecho público aragonés en las Cortes de Tarazona de 1592 es discutido, por lo que conviene detenerse en su significado y trascendencia para el completo Derecho aragonés.

Es oportuno, al efecto, recordar algunos de los textos forales en los que se recogía la potestad de los señores de vasallos de maltratar o matar a sus vasallos. El derecho de los señores laicos de vasallos de, a su arbitrio, matar o "maltratar" a estos, y de quitarles sus bienes, sin que pudiera intervenir en eso el Rey, puede verse, p. e., en "De privilegio generali, Observantiarum Regni Aragonum", de la Edición de los Fueros de Savall y Penén, Tomo II, Liber IX, p. 68, núm. 19. Y véase en el Tomo I de esa obra, p. 318, el fuero "De homicidio", de Jaime I, Cortes de Huesca de 1247 (su redacción es parecida al texto ya citado en nota del Vidal Mayor), Libro IX, según el cual el Señor a quien mata a un vasallo suyo puede apresarlo y matarlo de hambre, sed y frío. Y el fuero "De poenis vassallorum rebelium", en el libro IX de los Fueros, dictado por la Reina María, Lugarteniente, que establecía la pena de muerte para los vasallos que se rebelaran con armas contra su Señor, delito que debía denunciarse al Rey o a su lugarteniente o al

26 Resumo en este párrafo las conclusiones del libro de Colas Latorre, G. y Salas Ausens, J.A., *Aragón en el siglo XVI. Alteraciones sociales y conflictos políticos,* Universidad de Zaragoza, 1982, 664 pp. Explica el libro, que deja al margen el conflicto político de 1591 entre Felipe II y parte de la nobleza y burocracia política aragonesa, no solo el derecho de los señores de vasallos de vida o muerte, en ciertos casos, sobre sus vasallos, sino el derecho de tales señores a la inmunidad territorial, que impedía a los oficiales o agentes de la monarquía o de los concejos o municipios el perseguir en sus territorios a los delincuentes o bandoleros, lo que, por cierto, favoreció el bandolerismo, que fue mucho tiempo un mal endémico en Aragón. *Vid*. sobre ello, pp. 46 a 59; sobre los movimientos y rebeliones antiseñoriales, pp. 93 a 153; y sobre el bandolerismo, pp. 153 a 411. Sobre la decadencia de los fueristas y del pactismo: pp. 415 a 421, 577 a 592; y 635 a 637. Una visión sintética de interés de este importante libro se logra enlazando la Introducción (pp. 11 a 15) con la conclusión final ("Balance de una centuria": pp. 632 a 637.).

Justicia de Aragón, pero añadía, y es lo que nos importa, que ello "salvando las prerrogativas de los señores que estos tienen en sus lugares y vasallos". *Vid.* Savall y Penén, T. I, pp. 345-346. En el fuero "De delinquentibus dominorum", del libro IX de los Fueros, dado por Fernando el Católico en las Cortes de Monzón de 1510 (Savall y Penén, T. I, p. 318) se establecía que, si se cometía un delito dentro del lugar del señorío, el Señor tenía jurisdicción criminal como para apresar al delincuente. Y en el fuero "De rebellione vassallorum", dado por Felipe II en las Cortes de Monzón y Binefar en 1585, se estableció de nuevo que los que se rebelaran con armas, o los que dejaran de ayudar a su Señor contra los rebeldes, podrían incurrir, y la justicia les podría imponer, pena de muerte natural "y otras que fueren bien vistas". Y al final, se añadía también que el fuero no alcanzaba a los rebeldes Nobles, Caballeros o Hidalgos y que sus efectos eran "sin perjuicio de las prerrogativas de los señores de vasallos en sus lugares y vasallos" (Savall y Penén, T. I, p. 410). El Reino de Aragón prohibió el recurso judicial a la tortura (norma añadida por Jaime II en 1325, en Cortes de Zaragoza, al Privilegio General de 1283), pero ya se ve que esta norma, entonces admirable, no alcanzaba a todos. Y desde 1484 la Inquisición pudo torturar lo que quiso en Aragón.

Colás Latorre y Salas Ausens, que estudiaron en un libro de 1982 los conflictos sociales relacionados con estas normas se extrañaron un tanto de que no hubiera habido más rebeliones simples o esporádicas de las que existen documentadas y localizadas en una sociedad tan injusta como la que había en Aragón en la Edad Media y en la Moderna. No es cuestión de resumir sus conclusiones, aunque algunas son muy verosímiles, como por ejemplo, la de que muchos de los vasallos campesinos eran moriscos muy pobres y se podrían enfrentar, de sublevarse, aparte de a las draconianas normas antes recordadas, al odio de otros vasallos cristianos o incluso a la Inquisición[27]. Sin embargo, constataron estos autores que sí hubo en Aragón rebeliones de vasallos muy importantes y duraderas y sangrientas en ciertos lugares, con motivación de conflictos políticos derivados de conflictos jurídicos no resueltos, o no bien resueltos, o resueltos pero con sentencias que fueron imposibles de ejecutar, o enfrentamientos entre nobles poderosos, o entre

27 En Aragón las relaciones entre cristianos y moriscos eran siempre recelosas u hostiles. Desde 1586 se desencadenó casi una pequeña guerra civil entre aragoneses del Pirineo o montañeses y moriscos. Hubo muchos crímenes y hostigamientos recíprocos, pero siempre mayores y más levemente reprimidas las matanzas de moriscos que las de cristianos. Antonio Martón, infanzón de Sallent, pueblo pirenaico, fue uno de los principales líderes y ejecutores de las más famosas y graves matanzas de moriscos, como la de Codo, donde mataron, según el marqués de Pidal, a quince o dieciséis, y sobre todo la del pueblo de Pina, donde mataron los montañeses, según el mismo autor, con apoyo del testimonio del historiador Lanuza del propio tiempo de los hechos, a más de 700 moriscos, hombres, mujeres y niños. Ocurrió que en Pina, Señorío del Conde de Sástago y Virrey de Aragón, había guarnición militar, lo que había ocasionado que muchos moriscos con miedo se refugiaran allí pensando que los militares les protegerían. Sin embargo, la guarnición adoptó una desleal pasividad ante el ataque y permitió la cruel y sañuda matanza. Solo consta la ejecución, tiempo después, de Martón, pero a la mayoría de los restantes responsables los perdonó el Rey, a condición de enrolarse en el Ejército. *Vid.* del Marqués de Pidal, *Historia de las alteraciones de Aragón en el reinado de Felipe II,* t. 1º, 2001(1862-1863), pp. 198 a 205, 236 a 240 y 243 a 255. En el citado libro de Colas Latorre y Salas Ausens de 1982 no se computan los moriscos muertos y se calcula que había unos 200 hombres moriscos y armados. Afirman que la soldadesca se unió a los montañeses. *Vid.* pp. 597 y ss. y pp. 605 a 610.

estos y otros nobles de segundo nivel, o con usurpadores de señoríos, y a veces en relación el conflicto con aspiraciones más o menos explícitas de la Corona de incorporar tales lugares disputados a sus dominios. Acaso el mejor ejemplo de lo que explico fue lo sucedido en el Condado de Ribagorza, en el Pirineo oriental aragonés, lindando con la frontera francesa y con el Principado de Cataluña, Condado que se supone se originó en la Reconquista y que debía tener un Señor del máximo rango como titular de una extensión enorme, que incluía 17 villas y 216 lugares, viviendo en ellos unos 4000 vecinos, entre los que había caballeros e infanzones. Había, no solo "villanos de parada" o "mezquinos" paupérrimos, sino vasallos de diversos niveles sociales, que eran feudatarios, con muchos privilegios, fueros y exenciones que disfrutaban desde tiempo muy antiguo. Las disputas por este Señorío de Ribagorza dieron lugar a un siglo de cruentos enfrentamientos con una especie de guerra civil final, odios enquistados, pasividad de la Corona, impotencia o culpable pasividad de la justicia ordinaria, e intervención de grupos de bandoleros catalanes y aragoneses como mercenarios y muy interesados en su botín, sitios y asaltos de pueblos, cientos de muertos, etc. Sí que hubo, pues, en esto rebelión contra su Señor de vasallos de menor rango con huestes privadas, pero también muchas cosas más[28].

El conflicto político de Ribagorza, que fue el más sangriento pero no el único de los varios habidos por aquel tiempo en Aragón, muestra también que el ambiente de violencia se contagió a las autoridades y que la violencia y la fuerza bruta barrió en la práctica en muchas ocasiones la aplicación de las normas vigentes[29].

Los hechos que culminaron con la ejecución de en torno a una veintena de personas en Zaragoza y Teruel (según el Marqués de Pidal y los historiadores coetáneos de Felipe II, algunas menos; según otros historiadores posteriores, cerca del centenar), algunas condenadas por la Inquisición, y entre ellas, acusado de

28 El relato pormenorizado de este enorme conflicto, en el que el titular del Señorío de la Ribagorza era en principio el Duque de Villahermosa, aunque al final pasó el Señorío a los dominios de la Corona, puede leerse en la citada obra del Marqués de Pidal, t. 1º, pp. 114 a 219, y t. 3º, pp. 252 a 263. Solo señalo un detalle significativo de la narración. En un momento dado (*ob. cit*., t. 1º, pp. 175-176), el Duque de Villahermosa, tras ganar a sus enemigos una dura batalla, tuvo que deliberar si ejecutar o no a 80 prisioneros que los suyos habían hecho y a los que podía matar por su sola voluntad en tanto que tenía ese antiguo poder feudal, recientemente ratificado en las Cortes de Monzón de 1585, como Señor de esos vasallos rebeldes. Sufrió presiones en uno y otro sentido, pero al final, por su carácter bondadoso, según Pidal, los dejó ir libres. Por lo demás, se ve en las narraciones de las ejecuciones de vasallos por sus señores que, con frecuencia, se hacían por ahorcamiento o por garrote y no, como en teoría ordenaban los fueros, dejando morir al vasallo rebelde de hambre, sed y frío. No se respetaba el teórico derecho de la justicia del Rey de ser ella la única que pudiese imponer penas de muerte de rápida ejecución.

29 *Vid*. la narración del Marqués de Pidal sobre la expedición del Gobernador D. Juan de Gurrea, quien con un numeroso grupo de soldados (hasta 3000, se afirma, inicialmente) salió en persecución de otro amplio grupo de malhechores, entre los que estaban algunos de los responsables de la matanza de moriscos de Pina, y que se cuenta que mandó matar, nada más capturarlos y sin juicios previos, en total, a unas 108 personas, algunos (60) del grupo de delincuentes realmente perseguidos y atrapados, pero otros (unos 40) solo porque ocupaban un castillo en el que los perseguidos se refugiaron por imposición de su fuerza y desde donde consiguieron huir, rompiendo el cerco, por entender el Gobernador que no habían colaborado esos 40 con él en la captura los ejecutados con suficiente lealtad y eficacia. cit., t. 1º, pp. 220 a 229.

traición y condenado sin juicio, el Justicia de Aragón, Juan de Lanuza, constituyen uno de los sucesos de que se han valido los autores de la Leyenda Negra para presentar a Felipe II como un monarca despótico, cruel e intolerante en sus ideas religiosas y políticas. Aunque algo de eso hubiera, debe dejarse constancia de que entre los historiadores españoles actuales existe una actitud actualmente de revisar en lo que sea justo esa Leyenda Negra[30].

Recuerdo solo que Felipe II perseguía a Antonio Pérez, antiguo servidor suyo acusado de asesinato[31], y que el Justicia y algunos nobles aragoneses quisieron, conforme a los Fueros aragoneses, mantenerlo en la cárcel de Manifestados y no entregarlo al Rey, que lo persiguió y apresó, entonces, mediante la Inquisición. Se llegó por ello a organizar un motín victorioso en Zaragoza, con cierto derramamiento de sangre, de los opositores al Rey, que les envalentonó, llegando algunos de los líderes del movimiento (D. Diego de Heredia, un noble de segunda fila, fue uno de los que, junto al propio Antonio Pérez mientras pudo, lideró el proceso y mostró más ambición), ya dueños de Zaragoza, según la versión del Marqués de Pidal, a creerse capaces de sublevar a toda la Corona de Aragón contra el Rey, y a reunir en pocos días un ejército de 20.000 hombres, superior al que éste tenía instalado en Ágreda (Soria), de unos 12.000 hombres, comandados por el eficiente general D. Alonso de Vargas. Estaban al parecer en la idea los sublevados, y esto sí era verosímil, de que si se levantaba en armas toda la Corona de Aragón, Francia les ayudaría militarmente. Antonio Pérez consiguió escapar y, huyendo a Francia, salvar la vida. Triunfó la política sobre el Derecho ya que el Rey faltó a su juramento de los Fueros aragoneses y los amotinados fundaron en estos, con argumentos poco serios[32], su resistencia armada a su Rey. Los amotinados contaban con la simpatía de la Iglesia y con el apoyo activo del bajo clero. Al final, se reunieron solo unos 2000 hombres y de ellos una parte, unos 400, llegaron a salir de Zaragoza en teoría a buscar el enfrentamiento abierto o negociación con el ejército castellano, y dirigidos por el Justicia y otros funcionarios y nobles. El Justicia acabó abandonando, con el Diputado D. Juan de Luna, no sin antes haber

30 *Vid.* en esta línea Fusi, J.P., *España. La evolución de la identidad nacional,* Temas de hoy, 2000, pp. 24 y ss.; Muñoz Machado, S., *Hablamos la misma lengua,* Crítica, Barcelona, 2017, 826 pp.; y el libro *Civilizar o exterminar a los bárbaros,* Ed. Crítica, Barcelona, 2019, 216 pp.; o Roca Barea, María Elvira, *Imperiofobia y Leyenda Negra,* Ed. Siruela, 1ª ed. 2016, pero que ha alcanzado en la primavera de 2019 los 100.000 ejemplares vendidos. Naturalmente, pese al valor civilizador del Imperio español, eso no lleva a negar los excesos y crímenes cometidos por este Imperio y no nos puede impedir sentir cierta vergüenza por la expulsión de los judíos de 1492 o por los tres siglos y medio de existencia de la (nueva) Inquisición española impuesta por los Reyes Católicos, con el apoyo y consejo del Cardenal Cisneros. En la historia de España, como en la de toda gran nación, hay luces y sombras. Bastantes historiadores de prestigio consideran al Cardenal Cisneros un gran estadista y figura clave de la construcción del Estado español, aparte de que como Inquisidor General no fue de los más crueles, al parecer.

31 Está demostrada la complicidad del propio Rey con Antonio Pérez, este corrupto y taimado, en el asesinato de Escobedo, lo que en el plano personal produjo mucho encono en este conflicto. *Vid.* Fernández Álvarez, M., *Felipe II y su tiempo,* Espasa, 2004, pp. 589 a 610.

32 *Vid.* el análisis y fundada crítica de esos argumentos del bando rebelde en el Marqués de Pidal, *Historia de las alteraciones,* cit., t. 2º, pp. 223 a 225. Los Fueros de Aragón ni autorizaban al Reino a resistir con las armas al Ejército del Rey ni a dejar escapar de la cárcel a Antonio Pérez.

sido hostigados e insultados por sus propios exaltados seguidores, a su tropa, para refugiarse en Épila. Y después de ellos su grupo se descompuso y deshizo, con lo que el ejército castellano, que había sido bien recibido por los pueblos aragoneses que iba atravesando, entró en Zaragoza sin oposición alguna. En tal momento se desvaneció, por las meras noticias que llegaban de Zaragoza, otro motín similar que había triunfado en Teruel, aunque con menor derramamiento de sangre. Fuera de Zaragoza y Teruel, la nobleza aragonesa y la casi totalidad de los señores de vasallos y los aragoneses en general no apoyaron a los rebeldes, y algunos de ellos, incluso nobles poderosos, se pronunciaron a favor del Rey. Este, destruido el alzamiento, otorgó un perdón general a los muchos implicados de segunda fila en la rebelión, y forzó que hiciera lo mismo la Inquisición, muy reticente a ello. Algunos vieron aquí una "revolución" aragonesa, y otros (González Antón), acaso con mejor criterio, solo "un pequeño movimiento aristocratizante sin arraigo popular".

Y en este punto es donde retomo el discutido significado, respecto de los señores laicos de vasallos, de las Cortes de Tarazona de 1592, que se celebraron mientras permanecía en Aragón el ejército castellano del Rey, y a las que solo al final acudió Felipe II, habiendo sido antes representado por enviados suyos.

Aunque las Cortes de Tarazona de 1592 no suprimieron los fueros de Aragón, es cierto que supusieron un debilitamiento de la estructura política del Reino, para intentar evitar, por parte del Rey, que hechos como los del año anterior pudieran repetirse[33]. El Justicia, que era desde hacía bastante tiempo nombrado por las Cortes y era cargo vitalicio e inamovible, pasó a ser de libre designación y cese por el Rey. También se reformaron o suprimieron los medios que tenía esta institución para refrenar el poder tanto del Rey como de los nobles (prohibición del tormento; proceso de las Firmas y los de Manifestación y la "vía privilegiada"). Y se introdujo la censura de libros, medida cuya importancia debe relativizarse, dado que desde 1484 la Inquisición estaba muy activa y agresiva e imponía el terror entre los conversos y herejes (la Inquisición española había procesado y perseguía ya a Miguel Servet, por ejemplo, mucho antes de que lo apresara y quemara en la hoguera Calvino, el 27 de octubre de 1553). Medidas estas de 1592 que, aun a favor de la Monarquía absoluta y más moderna, tenían sin duda, en teoría, cierto sentido antiliberal. No lo tenía, en cambio, la reforma de las Cortes para agilizarlas, dado que se inspiraban estas en un sistema en extremo inmovilista. Sistema muy reaccionario y que parecería alentar la pretensión imposible de eternizar la Edad Media, en la que tan bien les había ido a los nobles aragoneses. Venían actuando por unanimidad de cada uno de los cuatro brazos y del conjunto de las Cortes, lo

33 A "golpe mortal" contra el Derecho público aragonés alude, con error y exageración, Fairén Guillén, V., quien ha reflexionado sobre algunos de los aspectos de aquella importante reforma legal en *Los procesos penales de Antonio Pérez,* El Justicia de Aragón, 2003, pp. 941 a 943 y 947.

que dificultaba mucho alcanzar acuerdos. Desde 1592 los brazos pudieron actuar por mayoría como regla general, lo que aumentaba en teoría el poder del Rey, pero también racionalizaba el sistema de legislar. Con todo, el siguiente fuero al de la modificación, que muchos olvidan, restauraba la tradicional exigencia de unanimidad de los brazos[34], en cuestiones que, como bien señalaría Melchor de Macanaz más de un siglo después, debilitaban mucho aún el poder, casi excepción más que regla general, del Rey de legislar en Aragón. Todavía en 1592 la fuerza de la nobleza y de las oligarquías urbanas dejaron fuerte al pactismo tradicional.

En su Manual, Delgado alude a una "decadencia foral", resumiendo escuetamente las medidas de las Cortes de 1592, pero exagerando la importancia de las mismas y, puesto que no menciona ni explica que Aragón era una sociedad estamental, y qué fuera eso, no aclara que la decadencia que se produjo lo fue, en realidad, no para los aragoneses en general, sino para la nobleza y las oligarquías urbanas frente al Rey. Decadencia, lógica ya en ese siglo, por tanto, del feudalismo. Como voy a explicar a continuación, no hubo "decadencia" en absoluto, sino liberación de la opresión, para la gran masa campesina de vasallos de señores laicos, que pasaron de depender del poder omnímodo de sus señores, que no necesitaban recurrir a juicios para castigarlos, a quedar sometidos a la justicia ordinaria del Reino, que incluso exigía, a diferencia de la castellana, motivación de las sentencias. Esta importante reforma (que las normas estatales desplazaran hacia el difuso Derecho público la persecución de delitos graves) es un buen ejemplo, y civilizador, de lo que Díez Picazo y Gullón han denominado "ciclo de la privatización" (multisecular) del Derecho civil. No recuerda Delgado que el Rey reprimió una insensata y cruenta rebelión de parte de la oligarquía. Y la política de los Austrias la califica de "desdichada" y antiaragonesa, así que su lector inculto pensará que las reformas legales de 1592 perjudicaron a todos los aragoneses.

Sobre la importante cuestión de la jurisdicción criminal de los señores laicos de vasallos, se dictaron los dos fueros que menciono, y transcribo en parte a continuación.

Ante todo, el fuero "De la pena de los sediciosos", dictado por las Cortes de Tarazona de 1592 y Felipe II (Savall y Penén, tomo 1º, p. 441), según el cual: "El apellidar libertad en este Reyno, e incitar á que se hiziese, sin poder, ni dever hazerlo, ha traído muchos inconvenientes, y daños notables, que han perturbado la paz y quietud pública; y han dado ocasión, para que se cometan muy graves, y enormes delictos. Desseando su Majestad evitar esto, y proveer de remedio, qual conviene: de voluntad de la Corte, y quatro braços de aquella, estatuye y

34 Este segundo fuero que debilitaba mucho la supresión de la exigencia de la unanimidad pasó desapercibido a González Antón, quien sí señaló, con razón, que el Justicia solo había sido cargo vitalicio desde 1442, y no desde su creación (1265), y que las antiguas Cortes aragonesas a veces habían actuado sin unanimidad. *Vid. Las Cortes de Aragón,* cit., pp. 172-173.

ordena, que qualquiere persona de qualquier dignidad, estado, condición sea, que apellidare libertad, o induziere á otros, que la apelliden, aunque del haverlo hecho no se signa otro efecto: puedan ser castigados, y condenados hasta en pena de muerte natural inclusivamente, á arbitrio de juez. Y para que tan atroces y feos delictos no queden sin castigo, y más fácilmente se les pueda dar"….Y a continuación establecía que podían acusar a los delincuentes de esos delitos tanto el Procurador del Reino como cualquier persona del Reyno como "parte legítima".

El otro fuero que considero muy relevante para la cuestión fue el titulado "Fuero de la facultad de los Oficiales Reales, para entrar en lugares de Señorío" de las mismas Cortes de 1592 (Savall y Penén, T. 1º, pp. 431-432). Según este fuero: "Su Majestad de voluntad de la Corte estatuye, y ordena, que en los Lugares, términos, y territorios de Señores deste Reyno, assi Eclesiasticos, como Seglares, y en Palacios, y casas privilegiadas, puedan en fragancia, o en execución de apellido legitimo, y foral, por qualquier Juez competente proveydo entrar a prender, y sacar qualesquiere malhechores, que en el Reyno, o fuera dél huvieren cometido delicto alguno de los expresados en el Fuero único, so la rubrica De la Via Privilegiada, hecho en las presentes Cortes". Enumeraba una serie de oficiales y autoridades con esa competencia para detener en lugares de señorío delincuentes y que luego se debían entregar al Juez de la Ciudad, Villa o Lugar, donde se hubiera cometido el delito, o "el dicho apellido haurá sido proveydo" (o la dicha orden o mandato de detención …se haya instruido y dictado). Y todavía se ordenaba el castigo conforme a fuero de los que rehusaran u ofreciesen resistencia (incluidos, parece, los señores dueños, y no solo laicos, sino también eclesiásticos, de esos lugares) a los mencionados Oficiales o autoridades para la captura de los delincuentes perseguidos. El Señor del lugar podía también detener con sus oficiales y su gente al delincuente allí llegado y, a falta o en ausencia del Señor, sus oficiales podrían ser requeridos a colaborar por los Oficiales Reales y deberían hacerlo dentro del lugar en cuestión. En fin, el fuero sobre la "Vía Privilegiada" hacía una enumeración muy extensa de delitos graves, que sirve para comprender la mucha importancia de este segundo fuero recordado, radicalmente contrario a la tradición foral.

Pienso hoy, aunque hasta donde conozco solo he encontrado un autor que lo haya defendido brevemente y que cito a continuación, que estos dos fueros transcritos pretendieron destruir la esencia del poder tradicional en Aragón de los señores laicos de vasallos de maltratarlos o poder matarlos, en casos, sin juicio alguno. La opinión tradicional y mayoritaria[35] es que esa transformación solo la

35 Acaso esta opinión mayoritaria, que yo había compartido hasta ahora, se sustenta en gran medida todavía en el valioso testimonio de Melchor de Macanaz (1670-1760), quien parece presentar a principios del siglo XVIII como todavía vigente la potestad de los Señores laicos de vasallos de maltratar o matar a estos. *Vid. Regalías de los Señores Reyes de Aragón,* 1879, pp. 52, y 96 a 106. Con todo, no encuentro en Macanaz una reflexión cuidadosa sobre los fueros relativos a esto de las Cortes de Tarazona de 1592. *Vid.* también en tal sentido, Ignacio de Asso, *Historia de la economía política de Aragón,* Zaragoza, 1798, pp. 15 a 17; citando al

produjeron los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, y más en concreto el de 29 de junio de 1707. Y desde luego, aunque algunos autores no son precisos en señalar esos Decretos como el fin histórico de estas normas tan importantes en la historia social y política de Aragón, hay que incluir en esa opinión mayoritaria a los que, habiendo estudiado o comentado las Cortes de Aragón de Tarazona de 1592, suponen que las mismas dejaron incólume la estructura estamental y medieval tradicional del Reino[36]. El autor que conozco que ha explicado mejor, en mi opinión, el alcance de la reforma de 1592, aunque sin explicarla con el cuidado que a un jurista le sería acaso exigible, es Carlos López de Haro, en su libro sobre la historia de Aragón de 1926[37], libro menos citado de lo que merece. Transcribo su comentario, con retórica y metáfora un tanto literarias y con un punto, por ello, de ambigüedad, del fuero "De la pena de los sediciosos": Ese fuero "arrancó de cuajo las libertades históricas del Reino, conservándose aún durante los Austrias hasta la venida de los Borbones algo de algunas, pero como se conservan en la retina, al cerrar los ojos, las últimas impresiones de la luz. No abolió los fueros Felipe II pero quedaron convertidos en reliquias".

Suscribo la explicación, que considero un poco exagerada, e intento motivarla con más precisión. Es muy ilustrativa la comparación entre el fuero "De rebellione vassallorum" dictado en Cortes de Monzón-Binefar en 1585 y el fuero "De la pena de los sediciosos", de las Cortes de Tarazona de 1592, ambos con la presencia final de Felipe II, pero el primero anterior a la crisis de 1591 y el segundo posterior, cuando ya el ejército del Rey ocupaba Zaragoza y la rebelión en Aragón había sido fácilmente neutralizada. El fuero de 1585[38] insiste por enésima vez en

anterior, el Marqués de Pidal, *Historia de las alteraciones,* cit., t. 1º, 1862, p. 37, y t. 3º, 1863, pp. 224 a 226; Minguijón, S., *Historia del Derecho español,* cit., p. 275; González Antón, L., *España y las Españas,* cit., p. 318 y 259. Lalinde, que menciona los fueros aquí comentados al valorar las Cortes de Tarazona de 1592, acaso por la brevedad de su síntesis, no da a estos fueros, creo, la importancia que tuvieron o debieron tener, y recuerda que Pedro Calixto Ramírez todavía defendía en el siglo XVII el derecho de maltratar los señores a sus vasallos. *Vid. Los fueros,* cit., pp. 121 y 86. Lalinde explica bien que estos dos fueros fortalecieron a la Monarquía, pero omite, acaso viéndolo obvio, que beneficiaron mucho, o debieron haberlo conseguido, a la masa campesina más desprotegida. Vaga y poco convincente resulta la afirmación de Escosura y Hevia de que el poder de los señores laicos de Aragón de matar a sus vasallos duró "desde los primeros tiempos de la reconquista hasta los últimos reinados de la casa de Austria", *Juicio crítico del feudalismo en España,* RAH, 1856, pp. 62-63.

36 *Vid.* en tal sentido, pese a que reconocen los autores que el siglo XVII fue mucho más pacífico en Aragón que el XVI, Colas Latorre y Salas Ausens, *Aragón en el siglo XVI. Alteraciones*, cit., pp. 590 y 421. Otra curiosa opinión, que reduce mucho el alcance de la reforma legal de 1592 es la de Fairén Guillén, V., autor aragonés de ideas muy regionalistas, que afirma sobre el fuero recordado "De la pena de los sediciosos", que era un mero complemento de la introducción de la censura de libros, dado que los que habían gritado o "apellidado" libertad en 1591 eran los seguidores del Justicia y no los del Rey. Argumento que parece retorcido y ahistórico, así como injusta me parece la acusación que hace el autor al profesor González Antón de ser un nostálgico del franquismo, siendo que fue un convencido demócrata y lúcido historiador. *Vid.* de aquel autor *Los procesos penales*, cit., pp. 959-960 y nota 59 de p. 967.

37 *Vid.* de ese autor, *La constitución y libertades,* cit., pp. 281 a 285. Una afirmación similar a la del texto hay en la explicación de las Cortes de Tarazona de 1592, pero sin alusión a los poderes de los señores laicos de vasallos, de Solano, F., y Armillas, J.A., *Historia de Zaragoza,* cit., pp. 210-211.

38 Explicaba el Marqués de Pidal que, cuando se discutía el fuero "De rebellione vassallorum", muchas poblaciones del Reino se hallaban en estado de rebelión, y que Felipe II estuvo disgustado, entre otras razones, por tener que aprobar fueros, como ese, típicamente feudales y que no le gustaban. *Vid. Historia de las alteraciones,* cit., t. 1º, pp. 150-151, y t. 3º 161 a 164.

la dura sanción (habitual pena de muerte) a imponer por la justicia del Rey a los vasallos rebeldes, con concepto muy amplio (rebelión también por omisión), pero aludiendo expresamente a las "resistencias y alteraciones" en las que sus autores materiales suelen ser "los pobres y perdidos y sin raíces", a veces difíciles de detener, aspirando el fuero a castigar también a los que no "se muestran" en la rebelión pero les "dan calor", aunque al final, contradictoriamente con ello pero en coherencia con el peso de la nobleza aragonesa en aquella sociedad rígidamente estamental, se declara que los nobles, caballeros e hidalgos no se les aplica el fuero aunque se rebelen contra algún Señor y que se hace salvedad de los derechos tradicionales de los señores en sus lugares y vasallos. Este fuero era plenamente continuista y reaccionario y sabemos que su contenido no gustaría nada al Rey, en un momento en que en Aragón había recientes o todavía vivos varios conflictos enquistados de ese tipo con enfrentamientos armados. Llamaba el fuero a la justicia del Rey a reprimir, como siempre se había hecho, y en paralelo a los propios señores nobles y su gente armada, a pobres vasallos campesinos rebeldes o desobedientes frente a sus señores.

El fuero "De la pena de los sediciosos" de 1592 es totalmente distinto[39]. Por de pronto, no aparece en el mismo la salvaguarda expresa del derecho tradicional de los señores de vasallos de poder maltratarlos o matarlos en ciertos casos al margen de la justicia del Rey. Y es a esta, y no a los propios señores de vasallos, a la que expresamente se encomienda en todo caso la imposición de la pena de los sediciosos que hicieran o intentaran rebelión "apellidando" o reclamando libertad o intentando que otros la "apellidaren". Y el fuero alcanza ahora a cualquier persona "de qualquier dignidad, estado, o condición sea"; y además cualquier persona del Reino, de cualquier condición, como "parte legítima", podía denunciar esos "atroces y feos" delitos. Un año antes se habían llevado al cadalso a unos cuantos nobles y altos funcionarios y a un Justicia de Aragón, de modo que el fuero tenía que dejar claro que esa era la consecuencia del nuevo orden y del nuevo estado de cosas. Los nobles ya no se excluían, como en el fuero de 1585, de la aplicabilidad del fuero sobre sedición sino que quedaban clarísimamente bajo su ámbito y supuesto de hecho y, además, ni siquiera se mencionaban los nobles, como habían venido haciendo todos los fueros anteriores sobre ello, como los destinatarios exclusivos o víctimas de tales delitos, aunque podían seguir siéndolo, desde luego, pero siendo víctimas como el mismo Rey, de quien todos eran vasallos o súbditos y contra quien también cabía "sedición" hecha por cualquier persona, y esto era lo esencial, noble o no (que se atacase al Rey por campesinos humildes en aquel tiempo sin participación de nobles o personas con huestes propias era casi impensable).

39 Lo explicado a continuación pasó desapercibido a González Antón, L., que tenía muy claro el carácter opresivo de la nobleza aragonesa respecto de sus vasallos, cuando analiza las Cortes de Tarazona de 1592. *Vid. Las Cortes de Aragón,* cit., pp. 172 a 174.

Es detalle curioso de la norma que afirmara ser delito el "apellidar" o buscar la "libertad", genéricamente, siendo que iba ideológicamente contra los nobles, defensores solo de las "libertades", en plural (privilegios o normas procesales de defensa del procesado en la cárcel de Manifestados, p. e.), pero muy temerosos y nada interesados en la libertad genérica. Aunque incluso en este detalle el precepto acaso acertaba, intuyendo que en las reclamaciones de los vasallos campesinos pobres estaba intuida esa libertad genérica, a la que el fuero todavía, en ese tiempo histórico, cerraba el paso. La Monarquía absoluta todavía defendía, aunque ahora solo desde la ley y la justicia estatal, y recurriendo si le convenía a la siniestra Inquisición, la sociedad estamental. Se imponía para eso el monopolio de la violencia reservado a la Monarquía, lo que caracteriza al Estado moderno. La norma era clara, y representaba un progreso histórico indudable en el Derecho aragonés, cegando una de las fuentes tradicionales de la violencia político social, aunque mantenía todavía la necesidad de la instancia de parte en la justicia penal, otro rasgo primitivo del Derecho aragonés. Al igualar, en el trato del delito de rebelión contra el Rey, a todos los individuos de todos los estamentos, podemos ver como un cierto anticipo de la idea de igualdad genérica de las personas ante las leyes que luego alumbraría la Ilustración. Por lo demás, ya dos siglos y medio antes, el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en la Ley 5ª de su Título 32, había establecido en Castilla que era traición cualquier atentado contra el "señorío del Rey"[40]. Dentro de una extensa lista de casos de traición, ponía esta norma, en la que por cierto se alude una vez al fuero o costumbre de "Espanna", como el más grave de ellos la traición contra el Rey o miembros de su familia, penada con la muerte y pérdida de todos los bienes. Una vez más vemos a Castilla históricamente muy por delante de Aragón.

Si en aquel tiempo histórico los juristas hubieran sido capaces de interpretar de forma sistemática los Fueros de Aragón, como hacemos hoy en día los juristas (arg. art. 3 del Código civil), se hubieran podido aplicar, me parece, a los que eran antes de 1592 vasallos de Señores, las "libertades" que el Privilegio General de Pedro III reconoció en 1283 no solo a los nobles sino a los simples ciudadanos y villanos (y la prohibición del tormento, desde 1325, añadida por Jaime II). Pero nadie ha estudiado, que yo sepa, acaso con la excepción parcial de Melchor de Macanaz en su libro aquí citado, el tratamiento de este tema en la doctrina aragonesa de los siglos XVII y XVIII. La inercia de una costumbre de siglos pudo pesar en la práctica frente a la interpretación más literal y razonable de los dos claros fueros de 1592-1593 aquí explicados.

Y, como todos los fueros de reforma del Derecho aragonés redactados en el siglo XVI, el fuero "De la pena de los sediciosos" era norma escrita en un

40 El dato, que toma de Artola, M., no pasó desapercibido a Muñoz Machado, S., *El problema de la vertebración del Estado en España,* 2006, p. 43.

castellano mucho más evolucionado y pulcro que el romance primitivo y oscuro de los fueros antiguos.

En cuanto al fuero de 1592 de Felipe II sobre "la facultad de los Oficiales Reales, para entrar en lugares de Señorío", era norma complementaria de la importante reforma del fuero "De la pena de los sediciosos", en la medida en que removía un obstáculo formidable a la eficacia de la justicia del Rey, también frente a los poderes tradicionales de los señores de vasallos, aquí tanto laicos como eclesiásticos, que podían antes prohibir a los agentes de la justicia del Rey entrar en los lugares o terrenos de señorío, y prohibiciones que habían permitido ser esos lugares de señorío en Aragón un refugio eficaz de peligrosos bandoleros o criminales, tanto aragoneses como de otras zonas de la Corona de Aragón o de otros países, como Francia. A veces, el estudio histórico demuestra que los señores de vasallos no solo refugiaron a los bandoleros sino que colaboraron con ellos o los utilizaron. Las ideas en esto antiseñoriales de Felipe II o de sus juristas, sin duda hubo que imponerlas a los brazos de las Cortes de Tarazona de 1592, gracias a la muy especial y coercitiva coyuntura política. Esa coyuntura la aprovechó también el Rey para hacer aprobar la llamada "Unión y Concordia General del Reino", que fue una especie de ley de orden público promulgada el 26 de febrero de 1594, y dirigida contra la delincuencia y violencia político social, que tenían en Aragón en el siglo XVI un altísimo nivel, tan grande o más que en la Edad Media. El siglo siguiente se notó menor nivel de violencia y delincuencia.

El origen del Fuero de Teruel se suele fijar, como el de Albarracín, en su concesión por Alfonso II, en 1171, momento en el que se adaptó en ambas ciudades el texto del Fuero de Sepúlveda, de espíritu más castellano. El Fuero de Teruel recibió una reforma bastante profunda y modernizadora, derogando todo lo contradictorio a la misma, por orden de Felipe II, en 1564. La reforma legal había sido encargada por el Rey en sentido institucional al Vicecanciller Bernardo de Bolea y, en cuanto elaboración técnica y redacción de las nuevas normas, a una Comisión de juristas dirigida desde el 30 de agosto de 1560 por el jurista zaragozano Gil de Luna, que pudo presentar su trabajo en 1564 y que le fue aprobado por el citado Vicecanciller, en representación del Rey. Obsérvese, reforma legal hecha por el Rey, sin Cortes, fuera de la lógica aragonesa del pactismo. Esta reforma y sus razones están poco estudiados en la doctrina más reciente y algún estudioso ha señalado como curioso[41] el hecho de que en 1598 se derogara el Fuero de Teruel, para integrarlo en el Derecho general del Reino de Aragón, Fuero que se había reformado hacía poco, en 1564, bastante a fondo y cuya versión reformada y mejorada se publicó por el propio Gil de Luna en 1565[42].

41 *Vid.* Tomas y Valiente, F., *Manual de historia,* cit., p. 211.

42 Una Edición facsímil de la Edición de Gil de Luna de 1565 de los Fueros reformados de Teruel la publicó el Justicia de Aragón en Zaragoza, en 1998. La Edición lleva una útil "Presentación", redactada por Jesús Morales Arrizabalaga.

Las ciudades de Teruel y de Albarracín habían quedado al margen de los Fueros y Observancias. Se ha indicado autorizadamente[43] que los habitantes de esas zonas con fueros de "extremadura" vivieron en una sociedad menos rígidamente estamental. No había en principio privilegios infanzones y contaba menos el linaje que la riqueza de cada uno. Nunca hubo allí un derecho de los Señores de maltratar o matar a sus vasallos. La dependencia de los habitantes respecto del Rey era mayor que en el resto de Aragón, puesto que éste nombraba al "Señor de la villa" y tenían gran desarrollo los concejos, que aparecen dominados por el Rey y por el Obispo. Aunque el concejo tenía bastante autonomía y un verdadero ejército en sus vecinos, que dirigidos por expertos militares o "adalides" organizaban a veces cabalgadas contra los musulmanes o contra otros concejos y señores. A las Cortes de Teruel de 1427, bajo Alfonso V, y a las de Alcañiz de 1436, bajo el futuro Juan II, les preocuparon, entre otros temas, proteger mejor o mejorar la posición jurídica de los infanzones. Parece que existía en aquellas tierras también bastante inseguridad jurídica sobre los derechos de las familias principales y sobre la delimitación de las propiedades rústicas.

En ese contexto surgió una fuerte conflictividad que ha explicado bien el Marqués de Pidal en su obra repetidamente citada[44]. Existía un Fuero de Pedro IV que prohibía a las ciudades de Teruel y Albarracín acudir a los procesos que el Justicia de Aragón podía instruir para todos los restantes aragoneses, como las Firmas y Manifestaciones, y en estas ciudades se impuso como mayoritaria, sin embargo, la idea de que tenían derecho a esos recursos y a esa justicia general. Felipe II, sostuvo primero la vigencia de los fueros de Sepúlveda y del Fuero de Pedro IV, lo que era coherente dada la posición de ambos monarcas de desconfianza frente a la nobleza aragonesa, pero no logró convencer a los líderes de ese movimiento digamos que de acercamiento de ambas ciudades al régimen jurídico general aragonés. Debió ser mucha la tensión por este conflicto, conectado a otros y a rivalidades internas en Teruel, puesto que Felipe II llegó a enviar en 1571 un ejército de 2000 hombres comandado por D. Francisco de Aragón, Duque de Segorbe, para hacer respetar su autoridad. Algunos de los implicados de este movimiento de presiones al Rey se pasaron nueve años en la cárcel. En la crisis de 1591 antes recordada, ya se mencionó el motín inicialmente triunfante que se dio en Teruel, como eco del, más grave, sucedido en Zaragoza. Finalmente, el Rey debió llegar a la convicción de que era mejor ceder a las pretensiones predominantes en Teruel y Albarracín, secundadas además por parte de la nobleza zaragozana, y envió con amplios poderes negociadores a Teruel a D. Martín Batista Lanuza y a D. Agustín de Villanueva, quienes pactaron el paso de dichas ciudades al régimen general de los Fueros y Observancias, previa clarificación jurídica de derechos y renuncia a los fueros de Sepúlveda-Teruel-Albarracín. El proceso culminó, aunque el Marqués

43 *Vid.* Lalinde, J., *Los fueros,* cit., pp. 33 y ss., 62-63 y 90.

44 *Vid. Historia de las alteraciones,* t. 1º, pp. 98 a 114; t. 2º. pp. 253 a 257; y t. 3º, pp. 249 a 252.

de Pidal omite citar la fecha, en 1597, y su ejecución correspondió ya a Felipe III en enero de 1598.

Sabiendo que al menos en todo el siglo XVI se había producido en Teruel mucha inestabilidad y crispación política, aunque con menos violencia que en la producida por entonces en otras zonas de Aragón, cabe pensar que, tras la reforma antiseñorial de las Cortes de Tarazona de 1592, Felipe II pudo pensar, más o menos asesorado por sus juristas, ya muy enfermo y poco antes de morir (lo que sucedió el 13 de septiembre de 1598), que la nueva versión de 1592-1593 de los Fueros y Observancias de Aragón, podada de sus contenidos medievales más anacrónicos y opresivos, convenía extenderla a Teruel y avanzar así en la uniformidad tanto de Aragón en su conjunto como, más vaga o discutiblemente desde luego, al reducirse el Derecho castellano, de la Monarquía española. El Rey, en un acto unilateral y no "paccionado"[45], denominado "Acto de Asiento de Agregación" incorporó a Teruel y a Albarracín al régimen de los Fueros y Observancias. Así, el Rey no dejaba con todo de dar en el caso su brazo a torcer frente a la vieja pretensión de los oligarcas turolenses y sus aliados zaragozanos. La sociedad turolense, que ya no era por entonces de "extremadura", se hizo así más rígidamente estamental, en beneficio de su nobleza, aunque no, parece, de los villanos o de su masa campesina más pobre[46].

Un dato de interés es también que por influjo o impulso de quien habría de ser el Rey Felipe II, cuando era todavía Príncipe, se celebran Cortes en Monzón en 1547 y de allí sale la iniciativa de convertir la vieja colección cronológica de fueros, de manejo sumamente difícil, en una recopilación sistemática que se logrará en efecto en 1552, con nuevas Cortes en Monzón en ese año y el siguiente, por los trabajos de una Comisión de 21 juristas, y que se hace separando de esta nueva colección los fueros inútiles, o no usados, o inválidos, o derogados, tarea a la que Lalinde atribuye un "gran valor" por el progreso que proporciona en la certidumbre o seguridad jurídica sobre lo que está vigente. Una forma más moderna de "compilar" que la que otras veces se había usado.

45 La unilateralidad de esta decisión de Felipe II (que se dio también en su reforma del Fuero de Teruel de 1564) fue uno de los varios argumentos de Macanaz, M., para argumentar su teoría regalista de que los reyes aragoneses, además de legislar con sus Cortes en ese Reino, podían legislar también sin ellas, por derecho de conquista y conforme al Derecho común y canónico. *Vid. Regalías de los señores Reyes de Aragón,* Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, 1879, pp. 108, 114 y 122-123. Esta obra del lúcido ilustrado está redactada con gran apasionamiento, pero con conocimiento directo de la Guerra de Sucesión y con abundante aportación doctrinal, por ejemplo, del gran y concienzudo historiador Jerónimo de Zurita. El Marqués de Pidal explica el gran contento de las oligarquías aragonesas por las dos medidas unilaterales del Rey. La foralidad solo la invocaban aquellas con mucho rigor cuando convenía a sus intereses y, en caso contrario, la olvidaban.

46 Sobre el proceso final del Fuero de Teruel véase lo explicado por Lalinde, de lo que discrepo en matices, ya que parece pensar que el Rey, o sea la Monarquía, se aprovecharon de esa unión jurídica de todo Aragón, lo que creo no sería del todo exacto. *Vid. Los fueros,* cit., pp. 122-123.

Las actuaciones de Felipe II (I de Aragón), en cuyo imperio no se ponía le sol, seleccionadas en lo anterior no fueron las únicas, ni mucho menos, que el Rey Prudente realizó respecto de la Corona de Aragón, y las he seleccionado por su trascendencia política y su carácter, en sentido histórico, modernizador e integrador de nuestra nación. Simultáneamente a esas actuaciones, en las que el Rey se muestra celoso de su poder, pero paciente, frío y calculador, y mientras pudo contrario al feudalismo, como los otros monarcas europeos de su tiempo, aunque pragmático también cuando no pudo salirse con la suya, ordenó la elaboración, respecto de las leyes castellanas, cuya modernidad histórica política en aquel momento se ha justificado también aquí, de la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567. Esta Recopilación, como sabemos, mantenía expresamente la famosa Ley 1ª, Título 28, del Ordenamiento de Alcalá de 1348, en la que se declaraba vigente en tercer lugar de las fuentes castellanas a las Partidas, inspiradas en el "ius commune", pero, a la vez actuando con inspiración nacionalista como dique contra el mismo "ius commune" no recogido en las Partidas.

Como advertí al principio, según De Castro, el siglo XVI y esa Compilación de Felipe II de 1567 supuso el "paso decisivo" para que los legistas de nuestro país interiorizaran que el Derecho castellano había pasado a ser el Derecho común en los diversos reinos del Estado, desplazando al Derecho romano o "común". Según Lalinde (1976) en Aragón se invocaban ese siglo juntos los fueros y el Derecho común, pero con preferencia de los primeros. Lo menos que se puede decir es que la afirmación de nuestro gran civilista, quien en el Derecho real castellano aceptaba como enriquecedora la doctrina ideológica de la Contrarreforma, no está falta de coherencia histórica. Autorizadamente[47] se ha señalado que Felipe II asumió la política de sus antecesores de cara a la unidad peninsular, algo que Carlos V no había llegado a formular con total claridad. Poco después de 1567, en Aragón, el jurista Bernardino de Monsoriu publicó en 1589 una Suma o Resumen de los Fueros y Observancias aragoneses, vertidos al castellano, y advertía en el Prólogo que su esfuerzo de muchos años lo hizo, dado que, fuera de las principales ciudades, había muchos que ejercían el oficio de justicias o jueces sin saber latín y que, incluso los que lo sabían, intimidados por el desorden y volumen tan grande de los libros de los Fueros, tenían pocas ganas de leerlos. Cabe imaginar la gran inseguridad jurídica que habría, por tanto, por entonces, en muchas zonas de Aragón[48]. Manuel Alonso Martínez sostuvo en su famoso libro de 1884-1885 que era poco creíble que los súbditos de los territorios forales tuviera un gran afecto por sus derechos forales que, escritos en latín, no eran capaces ni de leer. El argumento tiene mucha fuerza en Aragón: incluso muchos juristas, al menos desde

47 *Vid.* Fernández Álvarez, M., *Felipe II y su tiempo,* cit., p. 776. Y fue coherente con esa concepción del Rey, como señala este autor, el fijar la capital del Reino en Madrid.

48 A la importancia que tuvieron la barrera del idioma, latino o romance antiguo, y la mala sistematización de los Fueros en Aragón para su aplicación práctica, me he referido, recogiendo diversas opiniones, en mi libro sobre el "standum est chartae", de 2009, pp. 49, 53 y nota 51.

el siglo XVI hasta el Apéndice de 1925, no era capaces ni de leer la mayoría de los fueros ni las observancias.

Los derechos forales de Aragón, Cataluña y Mallorca, tras Felipe V y sus Decretos de Nueva Planta, adquieren, según De Castro, un nuevo valor. Debía entenderse que ya no provenían de una antigua soberanía ni eran paccionados, y que eran, por el contrario, normas que habían sido "de nuevo establecidas"[49]. Esta valoración por De Castro de Felipe V como rey con obra modernizadora y positiva para el país es especialmente reseñable, dado que coincide, al parecer, con la mayoría de la actual y mejor historiografía, cuya opinión comparto, sin que deje de ser este Rey personaje bastante discutido, sobre todo desde actuales posiciones ideológicas nacionalistas o regionalistas[50]. En los Fueros de la Compilación de Huesca de

49 Hay mucha doctrina sobre los varios Decretos de Nueva Planta. Para Aragón nos interesan, de los bastantes existentes, los de 29 junio de 1707 y 29 julio de 1707, recogidos como "Fueros Provinciales" en el libro 1°, tit. 3°, Ley 1ª de la Novísima Recopilación de Carlos IV, de 1805; y el de 3 de abril de 1711, recogido en el Libro V, tit. 7, Ley 2ª, dentro de la "Real Audiencia de Aragón", de tal Recopilación. El primer Decreto citado suprime radicalmente todo el Derecho público y privado de Aragón y establece que se regirá esta región por las Leyes de Castilla, y el segundo, manteniendo y reiterando con gran énfasis esta última premisa, hace una limitada excepción para mantener los fueros y privilegios de los "buenos vasallos" de Aragón (y Valencia), por su fidelidad en la Guerra de Sucesión. Y el tercer Decreto de 3 de abril de 1711 salva de la derogación o restituye las "Leyes municipales" de Aragón para todo lo que sea "entre particular y particular", excluyendo eso solo en los casos en que el propio Rey interviniese en relaciones con sus vasallos, relaciones que se habrían de juzgar por las Leyes de Castilla. Y termina el Decreto declarando el Rey que "reservo en mí alterar, variar o mudar siempre, en todo o en parte, lo que quisiere y juzgare por más de mi real servicio".
En la última frase asoma el concepto moderno del poder absoluto legislativo del Rey que, a diferencia del pactismo aragonés anterior, se había ido forjando y asentando cada vez más en Castilla desde Alfonso XI (Ordenamiento de Alcalá de 1348) hasta los Reyes Católicos. Aunque los Decretos de Nueva Planta recordados no excluyen expresamente el anterior Derecho supletorio (muy discutido doctrinalmente) del Derecho foral aragonés, cabía una interpretación sistemática de los tres Decretos recordados de 1707 y 1711 en el sentido de pasar, por ellos, a ser supletorio del Derecho privado aragonés el Derecho castellano, y esa fue la interpretación que, con ciertas dudas doctrinales, y aparte de lo que explicaré posteriormente, prevaleció en la práctica en Aragón. O sea, que el Derecho supletorio del Derecho aragonés suprimido en 1707 no se restituyó ya en 1711. Así lo explica bien, aunque omitiendo argumentos importantes como explicaré posteriomente, Vicente y Guerrero, G., en *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado,* 2014, (pp. 313 a 315) donde este autor da la razón, invocando el propio Decreto de 3 de abril de 1711, integrado con los dos Decretos de 1707, a Luis Franco de Villalba, jurista aragonés que trabajó al servicio de Felipe V y que había considerado que el Derecho supletorio del Derecho aragonés pasó a ser entonces el Derecho privado castellano.

50 Cito dos libros de historiadores aragoneses inspirados en el pensamiento foralista o regionalista, con ínfimo interés por explicar lo que era una sociedad estamental, y que son buena muestra de lo afirmado. En primer lugar, el libro citado en la bibliografía de Jesús Morales Arrizabalaga, de 2007. Es el autor bastante crítico con Felipe V (pp. 101 y ss.) hasta el punto de atribuir a este Rey importante responsabilidad en defectos que señala (excesivos, en mi opinión) a la Constitución de 1812 y en las dificultades de la codificación española decimonónica. Discípulo el autor del profesor Lalinde, parece inicialmente seguirle (pp. 14-15), pero en realidad lo cita poco y se aparta mucho de su pensamiento, en particular en sus afirmaciones sobre el "standum est chartae" (pp. 62, 76-77 y 172), con argumentación en esto creo que poco convincente. Llamativo me parece también que desvalorice casi por completo el título sucesorio del primer Rey Borbón a la Corona española, cuando, además del claro testamento de Carlos II en su favor, sabemos que, incluso por vía de sucesión intestada, su título era mucho más fuerte que el del Archiduque Carlos. Y atribuye (p. 206) "recelos" de la doctrina aragonesa del siglo XIX, que afirma no existían en el siglo XVII, contra el Derecho castellano, lo que queda claramente desmentido, como señalo luego, por las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881. Sobre todo, no recoge el libro la mayor modernidad y eficacia del sistema legal castellano frente al anticuado "pactismo" medieval, que creo ocultaba la debilidad de la Monarquía aragonesa frente a los señores y ricoshombres y oligarquías urbanas. Se muestra el libro muy crítico con Melchor de Macanaz, brillante jurista al servicio de Felipe V, que se enfrentó a la ruda nobleza aragonesa; a la Inquisición (le costó muchos años de exilio y cárcel); y a la rutina entonces reaccionaria de explicar en las Universidades solo Derecho romano y no el Derecho real o patrio. Da la impresión de que en este libro, con bastante información y erudición y reflexiones

1247 el prólogo o decreto de promulgación había establecido como Derecho supletorio de esos fueros allí contenidos "el sentido natural o la equidad", lo que provocó bastantes dudas. Y la cuestión era importante porque en el Derecho de los Fueros y Observancias, aparte las deficiencias por el primitivismo idiomático, había enormes lagunas, oquedades y contradicciones, sobre todo en los temas más difíciles como el régimen económico matrimonial y el Derecho sucesorio (sucesión legal y legítima, p.e.). En la última línea de su libro sobre los Fueros aragoneses de 1976 afirmaba Lalinde, con razón, que los principios del Derecho aragonés son "oscuros". En un trabajo de 1988 señalaba Lalinde las diversas teorías sobre el Derecho supletorio de la doctrina clásica aragonesa, que recuerdo aquí despojadas de matices. Según el autor, por Derecho supletorio del aragonés, cabía entender, al menos, la "razón escrita"; el Derecho canónico y el Derecho romano; el Derecho natural; el Derecho consuetudinario francés; el Derecho visigodo; la equidad; y la equidad canónica. En su libro de 1976 Lalinde había propuesto como Derecho supletorio el "sentido común", conectado a la costumbre.

En el siglo XVIII y tras la Guerra de Sucesión, el carácter supletorio del Derecho castellano como Derecho nacional y común de todos los Derechos forales, quedó claramente fijado desde Felipe V. Pero esto necesita explicación. Luis Franco de Villalba, jurista bien relacionado con la gente del nuevo Rey, lo había afirmado para el Derecho aragonés mencionando una norma del Rey que no llegaba a citar. La doctrina foralista aragonesa discutió, desde entonces hasta la vigencia del Código civil de 1889, sobre cuál debiera ser el Derecho supletorio del aragonés, puesto que no encontraban ese precepto solo aludido y no citado, llegando a diversas conclusiones, muchas de ellas tomadas de las teorías que esa doctrina clásica aragonesa, resumida por Lalinde en 1988, había defendido durante cinco siglos antes de la llegada al trono de Felipe V. Al final, con todo, pese a tantas teorías diversas, prevaleció en la práctica la opinión de Franco de Villalba. Probablemente, aunque la norma que alude sin citarla Franco de Villalba no hubiera existido, se hubiera podido razonar y fundar el carácter de Derecho común del Derecho

útiles, al autor los árboles no le han dejado ver el bosque. *Vid. Fueros y Libertades del Reino de Aragón,* Rolde, Zaragoza, 2007, 206 pp.

Otro libro con abundante información y muy crítico con la política de Felipe V es el ya citado de Vicente y Guerrero, G., de 2014, titulado *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado…, in totum*, y para su rotunda posición crítica con este Rey, p. e., pg. 24. El libro, como el anterior, adolece de no valorar suficientemente la ya señalada rígida estructura estamental del antiguo Reino de Aragón. El "orgulloso forismo" de los juristas del mismo estaba al servicio de unas minorías privilegiadas de los aragoneses; de los estamentos superiores. Miguel del Molino, muy admirado por los foralistas, en el siglo XVI aprobaba el derecho de los señores de poder matar, en ciertos casos, a sus vasallos, por ser lo tradicional. Los medievalistas serios enseñan que las famosas "libertades aragonesas" eran más bien, en la mayoría de los documentos de la época, privilegios injustos e inamovibles de la nobleza y que, abolidas tales "libertades" en el siglo XVIII, la sociedad de ese siglo para nada las echó de menos. El propio término "pactismo" creen algunos que se forjó o generalizó en el siglo XIX.

También es crítico con Felipe V, desde sus tesis muy regionalistas, Delgado Echeverría, J., en su *Manual de Derecho civil aragonés,* cit., pp. 57 a 61. Y Pérez Martín, A., hace una descripción muy aséptica de la orientación política general de Felipe V, lo que creo yo que le hurta los méritos modernizadores de esa política. *Vid. Legislación foral aragonesa,* cit., pp. 33 a 35. Lalinde no critica la Nueva Planta, pero si, en parte, los títulos invocados por el Rey para imponerla. *Vid. Los Fueros,* cit., pp. 129-130.

castellano en Aragón, como he explicado en nota, desde una lectura cuidadosa y sistemática de los dos Decretos de Nueva Planta allí citados.

El profesor Delgado Echeverría, uno de los dos líderes actuales del foralismo aragonés junto al notario José Luis Merino Hernández, es muy crítico con Felipe V, hasta atribuirle la actual dificultad de articulación política de los distintos elementos de la nación española, al haber intentado tal articulación desde la imposición de las leyes de Castilla, un reino, a otros reinos diferentes, como Aragón. El ver al Derecho castellano como Derecho común le parece que va "contra la verdad histórica", que carece de "fundamento histórico" y que se basa en la confusión de lo "castellano" con lo "español". Sin embargo, la norma que Franco de Villalba no citó con precisión, y luego, que yo sepa, tampoco ha citado en más de tres siglos casi ningún jurista o foralista aragonés, ni aun historiadores del Derecho (extraña la omisión incluso de Lalinde, con su gran autoridad, tanto en su monografía sobre los Fueros aragoneses de 1976, como en un buen trabajo de 1988), sí que la había citado y transcrito parcialmente De Castro, en lúcida y coherente explicación de lo legislado por Felipe V, en su trabajo de 1949 aquí tan citado sobre la "cuestión foral". La citaron también De los Mozos (1977) y Lacruz Berdejo (1982) en sus manuales de Derecho civil, aunque mutilada en lo que aquí interesa y con explicación menos profunda que la de F. De Castro.

El precepto es extenso y bien motivado y se contiene en el Auto Acordado del Consejo Pleno de Felipe V de 4 de diciembre de 1713, recogido tanto en las ediciones posteriores a 1713 de la Nueva Recopilación de 1567 de Felipe II, como, en una nota a pie de página, y allí algo resumido, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805 de Carlos IV[51]. Ambas recopilaciones no lo son solo de leyes castellanas, sino de ellas y de otras españolas, como se ve claro, por ejemplo, con esta importante norma española que ha pasado desapercibida durante más de tres siglos a los estudiosos del Derecho aragonés. Por cierto, 1713 es también el año en el que se fundó la Real Academia Española, en defensa del idioma castellano.

51 Para la versión extensa del Auto Acordado del Consejo Pleno de Felipe V de 4 de diciembre de 1713, *vid.* la Nueva Recopilación de 1567, libro II, título 1º, con esa norma posterior añadida en *Códigos Españoles,* Tomo Duodécimo, 1851, pp. 23-24. Y en la *"Novísima Recopilación de las Leyes de España"* de 1805, *vid.* T. II, Ley 11, libro III, titulo 2º, en una nota 2ª a pie de página, en las pp. 11-12. Esta última es la versión reducida que cita De Castro, quien cita también con toda precisión (p.ej. Auto del Consejo de 29 de mayo de 1741) las normas de Felipe V sobre obligación de enseñar en todas las Universidades, y entre ellas las de Huesca y Zaragoza, junto al "ius commune", el Derecho Real. La versión extensa del Auto de 1713 incluye la cita de dos preceptos de las Partidas (1ª, tit. 1, ley 15; y 3ª, tit. 4, ley 6) que insisten en que los pleitos se juzguen solo por ese cuerpo legal (o por "este libro") y la opinión de dos jurisconsultos, Alfonso Villadiego, comentando el Fuero Juzgo, y Gregorio López, comentarista de Las Partidas, de que una ley antigua había castigado con la pena de muerte invocar leyes romanas. La rica y precisa información histórico jurídica que aporta el Auto Acordado, así como su clara inspiración regalista, que llega a conectar las leyes de "España" con una regla muy pertinente del Fuero Juzgo, sugiere que en la redacción de esa norma intervino algún jurista de mucho nivel, que bien pudo ser Melchor de Macanaz. Esa norma y su motivación no estaban, desde luego, al alcance de cualquiera.

No cabe la transcripción total de esta extensa y razonada norma, que ni De Castro aprovechó del todo, por razones de espacio, pero sí afirmaré que en la misma se llamaba dos veces a la correcta aplicación de las "leyes Patrias", y que se iniciaba reconociendo la facultad interpretativa del Rey de las cuestiones que en las leyes del Reino aparecieran dudosas; y que explicaba en relación al conjunto de España que…" lo que es más intolerable, creen, que en los Tribunales Reales se deben dar más estimación a las (leyes) Civiles (romanas, quería decir) y Canónicas que a las de estos Reynos; siendo así que las Civiles no son ni deben llamarse leyes de España, sino sentencias de Sabios, que solo pueden seguirse en defecto de ley, y en cuanto se ayudan por el Derecho Natural, y confirman el Real que propiamente es el Derecho común, y no el de los Romanos, cuyas leyes ni las demás extrañas no deben ser usadas ni guardadas, según dice expresamente la (ley) 8, titulo I, Lib. 2 del Fuero Juzgo…". De modo que cuando el Código español, en su segunda edición, incluyó en su artículo 1976, la expresión "Derecho civil común", aunque para derogarlo incluso como supletorio (genéricamente, pero no para Aragón ni Baleares, por las excepciones del art.13 originario del CC), no hizo ninguna trampa, como ha pretendido a veces el foralismo, y en particular el profesor Delgado[52], a los derechos civiles forales, sino que entroncaba el legislador de 1889, conforme con lo explicado por De Castro, con lo que ya estaba sugerido en el Fuero Juzgo (654?), luego implícito también en la Nueva Recopilación de 1567 (Ley 3º, tit. 1º, libro 2º), y luego claro y explícito en el Auto Acordado de Felipe V de 4 de diciembre de 1713, 176 años, fecundos y dolorosos años, casi todos ellos de reinado de los Borbones, antes de la promulgación del Código civil.

Obsérvese que la norma se dicta con gran generalidad para todos los reinos españoles, sin excluir a Navarra y País Vasco, que habían permanecido fieles en la Guerra a Felipe V y habían conservado sus instituciones políticas, de momento, y probablemente sin excluir tampoco Valencia o al resto del territorio español, al que podría alcanzar la primera parte de la norma para cerrar el paso a la aplicación directa y preferente del Derecho romano o canónico respecto del Derecho real. Esta norma no expresa matiz ninguno de castigo político por falta de lealtad al Rey en la Guerra y tiene como un claro carácter constituyente del Estado nuevo en el momento crucial del cambio de Dinastía en la Monarquía. Como bien explicó De Castro, las normas de la Corona de Aragón debieron desde la Nueva Planta entenderse como normas "de nuevo establecidas", lo que suponía, como advirtió, que perdieron su carácter paccionado y, como el Rey se reservó el poder de cambiar sus leyes en el futuro cuando quisiera, también debían entenderse como

52 *Vid.* del autor, afirmando que la introducción de la expresión "Derecho común" se hace por primera vez en 1889 en el Derecho español, y sin citar la norma de 1713, su comentario al artículo 1976, *Comentario del Código civil,* t. II, 1993, pp. 2177 y 2179. La buena explicación, por contra, en De Castro, que vio en el Código civil y en el art. 1976 un fortalecimiento del antiguo Derecho común de España, *Derecho civil de España,* t. I, pp. 207 y 209, 215 a 219 y 278 a 283. O también, sobre el significado y el contexto histórico del Auto Acordado de 4 de diciembre de 1713, *vid.* Tomas y Valiente, *Manual de historia,* cit., pp. 384 a 389.

leyes contra las que no podrían prevalecer las costumbres. Hubo pues como una castellanización retroactiva de las viejas normas aragonesas, que vieron cambiada, a mejor y más moderna, eficiente y vigorosa, su naturaleza normativa. Ya se ha aludido antes la gran significación en el ordenamiento castellano de la ley 1º, del título 28, del Ordenamiento de Alcalá de 1348, que hacia el final recogía el principio de que las leyes no se derogan por el desuso. Además, una norma de Felipe V dada en Madrid a 12 de junio de 1714 insistía con énfasis en que las leyes seguían vigentes a pesar del desuso, afirmando que los Reyes Católicos y él mismo así lo tenían establecido en repetidas ocasiones[53]. Los ilustrados Asso (este, aragonés) y De Manuel, que publicaron en 1774 una edición anotada del Ordenamiento de Alcalá, lo presentan en su Discurso Preliminar como "el monumento más precioso de la Legislación Española". En ese Ordenamiento castellano de 1348 había un buen apoyo para la legislación de Nueva Planta de Felipe V de 1707 a 1714, para, castellanizando y modernizando el conjunto de la vieja legislación española de todos los reinos, se introdujera un nuevo concepto de la monarquía moderna y de la titularidad de la soberanía de la nación concentrada ahora en el Rey, según la concepción teocrática de la época.

No es cierto, pues, como afirma Delgado, que la existencia de un Derecho nacional "común" carezca de "fundamento histórico" ni vaya contra la "verdad histórica". Y aunque a algunos historiadores les haya influido ese error, Alonso Martínez, o De Castro, juristas de profunda cultura, p. e., es obvio que no confundieron "lo castellano" con lo "español". No sería serio sugerirlo. Afirma Delgado que, desde 1711 el problema del Derecho aragonés es, básicamente, un problema de fuentes del Derecho. Pues bien, si ello es así, lo primero exigible sería haberse enterado bien de todos los textos normativos relevantes.

En la explicación de su Manual, Delgado califica como una "desdicha" que los Austrias, al menos desde Felipe II y como aconsejó a Felipe IV el Conde Duque de Olivares, y luego también los Borbones desde Felipe V, se guiaran por la idea de imponer las leyes de Castilla en los territorios de la Corona de Aragón. Y no menciona nunca a Macanaz. Pero lo cierto es que la imposición como supletorio de tales leyes por el Rey fue, en las apremiantes circunstancias históricas del momento, una solución cómoda y moderada (pudo, Rey legítimo con derecho sucesorio claro y vencedor en la Guerra, imponer, e impuso sin duda en Valencia definitivamente, la aplicación directa del Derecho castellano). Y Delgado, que yo sepa, nunca ha reconocido que, como otros pensamos, el Derecho aragonés histórico era en algunas cosas anacrónico al final de la Edad Media y más aún a principios de la Edad Moderna, y no se ha preocupado ni ocupado nunca del secular derecho de los señores de vasallos aragoneses laicos de maltratar o matar a sus vasallos, lo que primero los ilustrados y luego, ya desde el siglo XIX, todos

53 *Vid.* esta ley de Felipe V en la Novísima Recopilación de 1805, libro III, tit. 2, ley 11.

los historiadores del Derecho más serios consideran un elemento caracterizador del histórico Reino aragonés, distinto en esto de Cataluña y Valencia o de Francia y otros países europeos.

Y no cita Delgado en su Manual el Auto Acordado de Felipe V de 4 diciembre de 1713, afirmando que, al estar en la Guerra de Sucesión "vencido el Reino", se vio "forzado a admitir un Derecho supletorio producido fuera de Aragón". Y ello como lamentando que no hubiese habido más oposición doctrinal y como si la cuestión hubiese sido solo doctrinal (sucedió, afirma, "al parecer, sin mayor disputa": pues sí, sin ninguna disputa, pero aunque todos o muchos la desconocieran, había además una norma tajante y bien razonada del Rey de España y en Aragón al respecto)[54].

Sin embargo, pese a esta forma tan regionalista y simplista de ver las cosas por Delgado, es lo cierto que casi todos los Derechos europeos se beneficiaron, en ciertos momentos, al menos, de un Derecho supletorio como el "ius commune" "producido fuera de sus territorios". Por fortuna, los Derechos mejores y más evolucionados pueden influir en los menos desarrollados. Así avanza la civilización. Y que Felipe V, en un fenómeno general que De Castro cree con argumentación coherente y verosímil que se había iniciado antes y ya desde el siglo XVI, sustituyera en 1713 como derecho supletorio de un Derecho aragonés de calidad modesta, y formulado en un latín degradado, que ya para el siglo XVI no entendían muchos juristas y menos la gente común aragonesa, el vago concepto de "sentido natural y la equidad" como Derecho supletorio, por, en tal concepto de derecho supletorio, el conjunto del buen y muy estudiado Derecho castellano vigente en el siglo XVIII, era un buen servicio del Rey a los aragoneses y a casi todos los españoles con derechos forales, a corto plazo, y a la vertebración de la nación española, a largo plazo. Cegar las fuentes de los rancios derechos forales, aunque contuvieran instituciones valiosas y arraigadas, y ponerles como supletorio común el buen Derecho castellano era por entonces una forma prudente y lógica de poner rumbo a un futuro Derecho civil unificado. La norma de Felipe V de 4 de diciembre de 1713 constituyó un interesante paso de lo que Díez Picazo y Gullón han denominado el "ciclo de nacionalización" progresiva del Derecho civil junto a su "ciclo de privatización". El texto de la norma de 1713 es como para explicar a los estudiantes la formación del concepto de Derecho civil español. La norma tiene un fuerte sentido de la afirmación nacional de Derecho real español, pero todavía

54 Siguiendo, como casi siempre hace, a su maestro el profesor Delgado, el profesor Serrano García, explica igual que él la cuestión, aunque en una monografía de 582 pp. Afirma que el Derecho castellano se impuso como Derecho supletorio en Aragón "por vía de hecho" o gracias a la discusión doctrinal (ignora, como todos, el Auto Acordado de Felipe V de 4 de diciembre de 1713); y copia a su maestro su escasa y sesgada explicación de los hechos de 1591-1592. Como en todo el libro no se cuestiona qué sea eso de las libertades aragonesas medievales, o de la sociedad estamental, y no menciona la potestad de los señores laicos de vasallos de maltratarlos o matarlos, no se plantea tampoco en qué momento y por qué desapareció ese ominoso derecho. *Vid. el Derecho civil aragonés en el contexto español y europeo,* El Justicia de Aragón, 2018, pp. 98 a 102, 108 y 112 a 118.

denomina "leyes civiles" a las romanas. Faltaban unas pocas décadas para que surgiera el moderno concepto de Derecho civil español y la norma favorecería tal feliz alumbramiento, favorable a su vez a la vertebración de España.

Considero, además, poco riguroso históricamente calificar, como hace Delgado, seguido en esto por muchos foralistas, a nuestro primer Borbón como Felipe IV de Aragón y V de Castilla, dado que desde 1707 la Nueva Planta había suprimido sustancialmente, actuando Felipe V ya como Rey de España, con una idea "francesa" y más moderna de nación como la que el Rey se había traído de Francia, todo el Derecho público de la Corona de Aragón y también del, entre otros, antiguo Reino aragonés. Así que Felipe V fue Rey "de" España "en" Aragón, región española, y no tanto Rey "de" Aragón. Y lo mismo ocurre hoy, p. e., con Felipe VI.

Respecto de la sociedad estamental europea en general se ha afirmado que el privilegio, inevitable e inalterable, la generó, siendo una sociedad de baja o nula movilidad, cuyos valores habían perdido vigencia como consecuencia de la aparición de los ejércitos profesionales y de la libertad de conciencia[55]. La nobleza medieval aragonesa guerreó mucho y con éxito durante dos siglos, pero luego se hizo propietaria de extensas tierras y, a la larga, en parte, parasitaria, pudiendo acaso prolongar su rígida sociedad estamental más que en otros lugares, porque en Aragón no hubo apenas durante el Antiguo Régimen libertad de conciencia y porque la aparición del ejército profesional y permanente solo fue plena en el siglo XVIII. La superposición de los fueros con abundantes privilegios para hombres y mujeres infanzones o de nobleza militar, que Lalinde ha explicado se superpusieron y modificaron a veces los primitivos fueros "burgueses" con origen en el fuero de Jaca del siglo XI, se quedaron ya definitivamente, y pesaron como una losa, en el cuerpo legal de los Fueros y Observancias hasta su derogación en 1925.

Además, la doctrina jurídica aragonesa parece en el siglo XVI tan atrasada en ideas como su sistema legal. En cuanto a la calidad de la doctrina aragonesa de los siglos XVI y XVII, Tomas y Valiente, con apoyo en Mariano Alonso y Lambán, sostuvo que bajó bastante respecto de la buena calidad de los juristas bajomedievales aragoneses. También el cargo de Justicia de Aragón ocupado a veces en los siglos XIV y XV por juristas destacados y creativos, como ha explicado González Antón, había degenerado en el siglo XVI, mucho antes de 1591, en un cargo burocrático, sin brillo y heredable. Había caído en el olvido la brillante obra jurídica de Vidal de Canellas del siglo XIII. Bastantes juristas del Aragón oficial, aunque algunos coaccionados, comprometieron su firma o voto sosteniendo con argumentos poco serios la legalidad de la insensata rebelión de 1591. Y Miguel del Molino, jurista destacado, en su famoso "Repertorio", defendió el derecho

55 *Vid.* Artola, M., *Europa,* cit., p. 155.

de los señores de matar o maltratar a los vasallos. Jerónimo Blancas (¿?- 1590) apoyó a la nobleza aragonesa y su interesado "pactismo" y le ofreció una versión embellecida del mito de los Reyes y Fueros de Sobrarbe, sobre el que ya Jerónimo Zurita (1512-1580), soberbio Cronista del Reino y Secretario de Felipe II, se mostró escéptico, y leyenda que hace mucho que no se cree ya ningún jurista ni historiador serio. Nadie parece que haya podido citar críticas ideológicas serias de juristas aragoneses bajo los primeros Austrias a su retrógrado sistema legal aragonés y por su carácter aún muy medieval y con cierto sesgo feudal primitivo. Ya he recordado antes que en la primera mitad del siglo XVI la Inquisición española había procesado y estaba persiguiendo al sabio aragonés Miguel Servet, que vivió escondido en Francia y otros países mucho tiempo, y que hoy se considera por muchos un mártir de la libertad de conciencia. Su muerte conmovió y suscitó polémica en ciertos medios intelectuales del protestantismo, pero no, que se sepa y comprensiblemente, vigilante la Inquisición, en Aragón ni en España. Un principio básico y tradicional y típicamente oligárquico del Derecho aragonés era que los cargos públicos tenían que ser ocupados siempre por naturales aragoneses lo que fue muy perjudicial para la mayoría de los aragoneses y provocó uno de los varios conflictos graves con Felipe II (pleito del virrey extranjero). Ya he explicado también cómo la oligarquía de Teruel presionó durante mucho tiempo para incluir ese territorio bajo la rigidez estamental de los Fueros y Observancias generales aragoneses, privando a los turolenses, al conseguir convencer a Felipe II (viejo y enfermo) en 1598, de la sociedad más libre e igualitaria de la que mucho tiempo habían disfrutado (y de impronta castellana: Fuero de Sepúlveda). La nobleza aragonesa llegó a reclamar, aunque sin éxito, competencias inquisitoriales como las de perseguir a conversos y herejes. Se afirma que eran tiempos de "orgulloso forismo", pero diría yo orgulloso e interesado forismo de la parte peor de la minoría oligárquica aragonesa, la de más cortas miras. Aquellos nobles y juristas vivían del recuerdo de las glorias guerreras de sus antepasados remotos y, tras la crisis de 1591, cuyo desenlace tuvo ribetes tragicómicos, el orgullo de nobles y juristas declinó bastante bruscamente. Algunos de ellos, comprometidos en los motines, se tuvieron que acoger al amplio perdón general que otorgó Felipe II, tras neutralizar la rebelión nobiliaria.

Carece de sentido introducir aquí valoraciones de la política exterior de Felipe II, pero en cuanto a su política respecto de la Corona de Aragón y de Aragón, más en particular, he mostrado anteriormente que el balance global es bastante positivo para este Monarca. Tuvo buenas razones aquel Rey para pensar, como algunos pensaron tres siglos después, que Aragón fue para él una región o país "semisalvaje". Pero Juan de Lanuza, el Justicia decapitado en 1591, tiene hoy una gran estatua en el centro de Zaragoza, como una especie de símbolo o de héroe nacional aragonés.

Hubo que esperar a que los austracistas "perdieran", respecto a España, la Guerra de Sucesión. Hubo que esperar a los ilustrados (Melchor de Macanaz; Ignacio Jordán de Asso; Miguel De Manuel) para que surgieran, más bien desde fuera de Aragón, críticas claras y realistas al atraso cultural, ideológico y social del Reino aragonés. Los tres ilustrados mencionados escribieron en castellano, contra la inercia secular dominante todavía en el siglo XVIII de los juristas españoles de escribir en latín sobre los asuntos jurídicos; y los tres se esforzaron para que en la Universidad se estudiase el Derecho real o nacional, y no solo el Derecho romano. Esta última cuestión resultó muy difícil de resolver en la práctica. Aunque la idea estaba ya en el Auto Acordado del Consejo de Felipe V de 4 de diciembre de 1713, hubo mucha resistencia en las universidades, muy apegadas al Derecho romano, y se hizo necesario otro Auto Acordado del mismo Rey de 29 de mayo de 1741, y todavía posteriormente importantes reformas universitarias de Carlos III para que el estudio del Derecho real se hiciese un hueco en los planes de estudio de las Facultades de Derecho[56]. La importante aportación aquí de Asso y De Manuel, fue la publicación, reinando todavía Carlos III, en 1771, de su buen Manual titulado *Instituciones de Derecho civil de Castilla,* que fue obra de éxito, como se ha afirmado, "rápido, general y duradero"[57]. Las últimas ediciones se publicaron ya bajo el reinado de Carlos IV. Una cierta continuación y ampliación de esta obra fue la publicación en castellano por Juan Sala de su obra de 1803 *Ilustración del Derecho real de España,* en la que el Derecho romano retrocedía claramente frente al avance del castellano y el Derecho real. Por cierto en la parte histórica introductoria de la citada obra de Asso y De Manuel, se afirmaba tanto que el Derecho real era el verdadero Derecho supletorio o común en toda la monarquía, como que, en Aragón, salvo las diferencias jurídicas que el propio libro señalaba, no muy numerosas, en lo demás, "la práctica se conforma con el Derecho común".

Hubo que esperar, aunque De Castro no invoca esto, para que se notara cierta autocrítica y que se estaba iniciando el Siglo de las Luces. Que por entonces se dictaran las normas de Nueva Planta no es cuestión baladí. Paul Hazard situó entre 1680 y 1715 la que denominó "crisis de la conciencia europea", tras guerras de religión brutales que ensangrentaron Europa y conmovieron la opinión culta de muchos países, desacreditando bastante a todas las religiones. En el siglo XVIII lanza Kant su provocativa propuesta: "sapere aude" (atrévete a pensar), propuesta que muchos filósofos europeos habían ya practicado o seguido después y que, cambiando el pensamiento tradicional, influirían en las revoluciones norteamericana y francesa hacia el final de siglo y en algunas de las ideas clave de nuestra Constitución de 1812. La Ilustración sometió a una crítica implacable a la

56 Sobre la cuestión, *vid.*, Tomas y Valiente, *Manual de historia,* cit., pp. 384 a 389.

57 *Vid.* sobre la importancia de este manual y su contexto histórico, Tomás y Valiente, *Manual de historia,* cit., pp. 390-391.

sociedad estamental, basada en el supuesto honor de los nobles y en la grandeza de la tarea de los clérigos, pero vinculando a ello los privilegios y el monopolio de las tareas de gobierno. Frente a ello se opuso la igualdad y libertad de todos y la conveniencia del libre juego de las fuerzas económicas[58]. Se ha advertido[59] que fue nota característica de la Ilustración la distancia que había entre la doctrina, que anticipaba las realizaciones sociales de la Revolución –la igualdad de derechos, la extinción de los privilegios estamentales-, y la continuidad sin cambio de los privilegios estamentales y, en concreto, la vinculación de la propiedad. Aun así, el programa ilustrado ha mantenido su vigencia a través de los siglos siguientes. En que la ley fuera la primera fuente del Derecho coincidieron Derecho tradicional castellano e Ilustración.

Que aquí en España los Decretos de Nueva Planta destruyeran, desde 1707, el inmovilista caparazón legal del pactismo de la Corona de Aragón, protector de unas oligarquías egoístas y de sus valores medievales y feudales preocupó muy poco al conjunto de la sociedad. Esto, para Aragón, lo reconoció, sin entusiasmo, incluso el profesor Delgado en 1988, al comentar el art. 1º de la Compilación aragonesa. Y es que debilitar el poder de esas oligarquías de los territorios de la Corona de Aragón fue bueno para las grandes mayorías sociales de allí y para la burguesía incipiente, especialmente para la catalana, que supo adaptase muy bien al régimen borbónico.

La valoración de los historiadores españoles favorables a Felipe V debe entenderse ceñida a lo que impulsó o logró en España y prescindiendo, en principio, de la política exterior española que venía marcada, desde décadas atrás, por un claro declive de la influencia y poder de España ya desde la Guerra de los Treinta Años (1618-1648) y desde la Batalla de Rocroix (1643), que acabó con el prestigio militar de los Tercios españoles. Y declive en cierto modo continuado o confirmado por el propio resultado de la Guerra de Sucesión Española (1700-1715), que acabó en tablas y terminada en sus aspectos diplomáticos con los tratados de Utrecht (1713-1715), momento en el que la Francia centralizada era ya una gran potencia europea e Inglaterra se adueñó, tras su victoria en Trafalgar, de los mares, con lo que ponía las bases de su futuro imperio. Todo ello era geopolítica europea y no era sustancialmente imputable, desde luego, a nuestro primer Borbón.

Sobre Felipe V planearon permanentemente los costes de una guerra larga de catorce años y el haberse encontrado una sociedad desigual (una gran parte

58 *Vid.* Artola, M., *Textos fundamentales,* cit., pp. 378-379. Marías, J., recuerda que Hazard demostró en dos de sus libros, que le tradujo, que algunas de las ideas principales del siglo XVIII se formularon antes de 1700. *Vid. España inteligible,* cit., pp. 293-294.

59 Tanto en lo anterior como en lo que sigue a continuación, transcribo párrafos de la brillante síntesis de Artola, M., sobre la Ilustración, en su libro *Europa,* cit., pp. 315 y 323.

muy atrasada) y difícil de gobernar. El Rey al principio se sentía más francés que español y le llevó su tiempo llegar a dominar el castellano. Los éxitos que hubo se debieron además, más que a las cualidades del Rey, sin ideas demasiado definidas, de carácter depresivo y que gobernó durante 46 años, a la implantación, conforme al espíritu de la Ilustración, de una cultura del mérito que le llevó a elegir a gobernantes eficaces y con sentido de Estado, a veces de origen modesto, que consiguieron someter a la Iglesia, con una política regalista; mejorar la Hacienda; la Administración y el Ejército; y poner bases para la mejora cultural, con la sombra de no haber suprimido la Inquisición (aunque se sabe que al menos al principio al Rey no le gustaba), la cual acabó persiguiendo a varios de los gobernantes ilustrados. El Rey fue apoyado por Franco de Villalba, el mejor jurista aragonés del siglo XVIII, y sobre todo por Melchor de Macanaz, jurista nacido en Hellín, Catedrático de Derecho por Salamanca, muy culto y clarividente y que se mantuvo fiel al Rey toda su vida[60]. El centralismo borbónico contribuyó decisivamente a articular España como un Estado nación[61]. Con los Borbones y desde Felipe V se aplicó una política centralizadora y contraria al tradicional sistema foral que venía de la Edad Media, política aquella que en el siglo XVIII se estaba imponiendo en el resto de Europa, y no solo en la occidental, sino en la oriental con el zar Pedro el Grande en Rusia (1672-1725). Se ha afirmado con acierto que, con la Ilustración, España renunció a su misión anterior de hispanizar Europa, y que, al contrario, iba a ser Europa, por la mano de Francia, la que se encargase de europeizar a España[62].

Conviene hoy señalar que en 1707 Felipe V derogó totalmente el Derecho público del viejo Reino aragonés[63], y solo en Aragón derogó, como notó Lalinde (1976), en el conjunto de Decretos de Nueva Planta y por fortuna, totalmente el Derecho penal. Del Derecho del Reino aragonés creo poco fundado afirmar, aunque algunos lo hacen y con argumentos de entidad, que era algo así como predemocrático y se llega a calificar el pactismo de "constitucional"[64]. No sé si

60 *Vid.*, por ejemplo, la gran tarea de Macanaz en cuanto a su propósito regalista, aunque no llegara a triunfar del todo, dado que la Iglesia se había puesto del lado del Archiduque Carlos en la Guerra de Sucesión, tarea bien recordada por Muñoz Machado, S., *El problema de la vertebración del Estado en España,* cit., pp. 58 a 63.

61 Sigo casi literalmente las ideas de García Cárcel, R., en el capítulo XV del libro de AA.VV., *Memoria de España* (dir. F. García de Cortazar), cit., pp. 339 a 351. O *vid.* en el mismo sentido Anes y Álvarez de Castrillón, G., Capítulo sobre el siglo de las luces, en AAVV, *España como nación,* 2000, Ed. Planeta, pp. 159 a 211. También Marías, J., *España inteligible,* cit., pp. 261 a 268. O también Muñoz Machado, S., *El problema de la vertebración,* cit., pp. 44 a 98.

62 *Vid.* Fernández Álvarez, M., *España, Biografía de una nación,* cit., pp. 368 y 378, para ambas afirmaciones del texto.

63 Esa muy amplia derogación, que llegó a ser total en el siglo XIX, la afirma Martín Retortillo, L., en "Presente y futuro del Derecho público aragonés", *Actas del Foro del Derecho Aragonés*, 2016, pp. 43-44 y 48. Supone el autor que en 1707 pudieron quedar algunos flecos durante el siglo XVIII, flecos que ha rastreado Morales Arrizabalaga en su citado libro de 2007 (pp. 172 y ss. y 185 y ss.), pero flecos que extinguieron del todo diversas leyes administrativas y procesales del siglo XIX. El administrativista finaliza su exposición con (pp. 49 a 57) un severo juicio sobre la situación actual del Derecho público autonómico aragonés, que ve con un gran exceso de leyes administrativas dictadas, a veces sin necesidad suficiente o con técnica jurídica descuidada o deficiente.

64 Una síntesis de estas posiciones en Colás Latorre, G., en la introducción del libro colectivo que coordina, libro de un equipo de investigación, titulado *Fueros e Instituciones de Aragón,* Mira Editores, Zaragoza, 2013,

argumentos de ese tipo dan respetabilidad social a un pequeño partido político aragonés, que se dice de izquierdas y con muy pocos votos, pero que es partidario del derecho de autodeterminación y apuesta por embellecer, con ideas infundadas, simples y sentimentales, el pasado del Reino de Aragón[65].

4. El siglo XIX y la Codificación, con indulto provisional de los derechos forales.

La Novísima Recopilación de 1805, según De Castro[66], acentuó la idea de que había un Derecho general del que sus normas, expresa o tácitamente, se declaraban aplicables a toda España. Había habido una tendencia general unificadora respecto a los órganos rectores del Estado, la Judicatura y la Administración en general y en todas las Universidades[67]. La Novísima Recopilación era un Derecho

pp. 9 a 17. Como historiador, no niega lo anacrónico de la jurisdicción criminal de los señores de vasallos sobre estos últimos, pero cuantifica estos vasallos solo en el 20% de la población (¿durante 6 siglos?), y cree que el resto de la población, el 80%, vivía bajo un feudalismo pactista que, sobre todo, gracias al Privilegio General de 1283, había establecido medidas modernizadoras y limitativas del poder absoluto del Rey, lo que cree beneficiaba a la mayoría de aquella gente. Es crítico con los Decretos de Nueva Planta, subrayando sobre todo su imposición violenta a los aragoneses. Presta, el libro en su conjunto, muy poca atención al Derecho privado aragonés, que Felipe V respetó. En fin, reconoce el autor que sus posiciones son minoritarias entre los historiadores. La mayoría de estos no acepta la baja cuantificación señalada del 20% de vasallos desprotegidos ante su señor y subraya que la mayor parte de las normas del Privilegio General de 1283 reconocieron prerrogativas sobre todo para la nobleza, además con más medios esta para defenderse que los ciudadanos libres pero pobres. Los Fueros y Observancias eran en principio solo para los cristianos y la nobleza contempló como normal la sañuda y persistente persecución a los judíos conversos por la Inquisición, muy dura en Aragón. Un tanto sorprendente me resulta la explicación de Serrano Martín, E., sobre la cuestión de los señores laicos de vasallos, quien en referencia a los Decretos de Nueva Planta, explica que los vasallos de señores laicos "perdieron la libertad… y quedaron a merced del capricho de la monarquía" (*sic*). *Vid.* de AA.VV.: *Historia de Aragón* (dir. E. Fernández Clemente), 2008, pp. 571 a 573 y 460. La joven profesora italiana Clizia Magoni ha estudiado el interés que despertó en otros países durante la Edad Moderna la estructura del Reino aragonés y su supuesto carácter predemocrático (*vid.* mi Bibliografía). Lalinde creía en 1976 que el Reino aragonés resultaba simpático en otros países por ser débil, frente a Castilla, que era mirada con temor. Sobre el carácter nobiliario y oligárquico de las cortes medievales en general, *vid.* González Antón, *Las Cortes de Aragón*, pp.17 y ss., y 34-35; y sobre las cortes medievales aragonesas, el citado libro *in totum*.

65 Pienso en el texto en el partido llamado Chunta Aragonesista, que tiene en sus Estatutos el logro del "derecho de autodeterminación", y con más de un cuarto de siglo en la vida política aragonesa. En la crisis catalana actual ha hecho algún manifiesto público de apoyo al independentismo catalán. Las Cortes aragonesas han aprobado la "Ley de actualización de los derechos históricos" 8/2018, de 28 de junio, que bien podría afirmarse que intenta poner la semilla de esa concepción nacionalista y de la existencia de una soberanía política de la región aragonesa. Por desgracia, el PSOE aragonés apoyó esa Ley. La Ley contiene un Preámbulo lleno de ingenuas falsedades históricas. Media docena de profesores universitarios zaragozanos hemos criticado la Ley en los periódicos y finalmente, tanto el PP, como el Gobierno español de Pedro Sánchez, en funciones entonces, impugnaron la Ley ante el Tribunal Constitucional. La STC 158/2019, 12 de diciembre (RTC 2019, 158), ha declarado inconstitucionales las ideas básicas y gran parte del articulado de esta Ley. *Vid.* las críticas a la misma de Garcés Sanagustín, A., *El Derecho de la Historia: Memoria democrática y derechos históricos,* de 2020, 228 pp.

66 *Vid.* "La cuestión foral", 1997(1949), cit., pp. 503 a 505.

67 Esta valoración que propone De Castro favorable y de progreso de la identidad nacional durante el siglo XVIII y a partir de Felipe V y sus Decretos de Nueva Planta coincide con lo explicado en general hoy por bastantes historiadores de prestigio. *Vid.,* aparte de los ya citados, por ejemplo, Fusi, J.P., *España. La evolución de la identidad nacional,* cit., pp. 125 a 144. O también González Antón, L., *España y las Españas,* cit., pp. 279 a 330. O Escudero, J.A., que ha hecho un cuidadoso estudio de los Decretos de Nueva Planta, atribuyendo, con dudas, el último y decisivo Decreto de 3 de abril de 1711 a Melchor de Macanaz, y que expone su pensamiento político e histórico en la "Introducción" del libro colectivo que coordinó en 2007, titulado *Génesis territorial de España. Vid.* de la "Introducción" las pp. 31 a 35, donde defiende Escudero el Estado de las Autonomías de la Constitución de 1978, y califica de "tontainas" a los que ven en toda transferencia de competencias autonómicas una "profundización de la democracia", y para la afirmación citada sobre Macanaz, la p. 85 de su contribución en el citado libro de AA.VV. sobre los Decretos.

común nacional y, cuando se usaban normas romanas habrían debido entenderse como mero ornato erudito o como costumbres locales[68]. No obstaría a esta explicación de nuestro gran civilista, me parece, el que se haya podido sostener, autorizadamente, que en el Derecho castellano subyacía una cierta función de las Cortes marginal o residual, sustraída al poder legislativo del Rey, solo extinguida del todo con la disolución del Antiguo Régimen[69].

La resistencia a la Codificación, cuya aspiración que era en su tiempo y desde la Ilustración, según muchos, una idea y proyecto progresista[70], la critica nuestro autor, aunque de forma un tanto peculiar y tomando ciertas distancias respecto de las paralelas críticas de sus defensores más liberales y entusiastas.

Recuerda también, citando al catalán Durán y Bas, la influencia de la escuela histórica alemana y de Savigny en contra de la Codificación. Pensaba De Castro[71] que esas ideas fueron asumidas por "grupos influyentes de universitarios de la época". Y además sostuvo que, mitificados los fueros por esa idea del espíritu del pueblo, "se postula su intangibilidad por hombres de las más encontradas ideas políticas".

Con estos ingredientes, sostenía De Castro, convincentemente en mi opinión, que en el siglo XIX se propició un grave error doctrinal, que causó muchas contradicciones en la jurisprudencia, aportada con erudición apabullante por el gran civilista, error doctrinal que consistió en no entender que los Decretos de Nueva Planta de Felipe V y otras normativas de este Rey que integraban o completaban la Nueva Planta habían sustituido los antiguos Derechos supletorios de los Derechos forales por el Derecho común castellano, y error doctrinal que llevó finalmente a un cierto renacimiento jurisprudencial, incluso tras el Código civil, de los derogados Derechos supletorios forales, con el consiguiente apartamiento de estos respecto del Derecho común castellano. Una de las claves de la regulación del Código civil sobre la cuestión foral era, para De Castro, que

68 Esta compleja explicación de De Castro no fue discutida ni por el profesor Lacruz Berdejo ni por el profesor Sancho Rebullida cuando explicaron, cada uno de ellos, la gestación de la Compilación aragonesa de 1967, aunque sí fue recogida y contestada en muy pequeña parte dicha explicación por el profesor Lacruz en la *Parte General del Derecho civil* de sus *Elementos de Derecho civil,* 1982, pp. 87 a 89 y nota 1. *Vid.* sobre la mencionada ausencia de discusión desde Aragón de Lacruz, su trabajo "Objetivos y métodos de la Compilación aragonesa", *RCDI,* 1968, pp. 285 y ss.; y de Sancho Rebullida, "El proceso compilador en Aragón y Navarra", *RDCA*, 1996, t. II, vol. 1º, pp. 11 a 21. Por cierto, Lacruz, además de esas alusiones a De Castro en su manual, incluía el trabajo de este autor sobre la "cuestión foral" de 1949 en el ADC en la bibliografía de la lección sobre los Derechos forales. Pero Delgado ha suprimido del manual (*vid.* 5ª ed., 2012) tanto la alusión a la polémica provocada por De Castro como la citada mención bibliográfica.

69 *Vid.* González Alonso, B., "Nuevas consideraciones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en Castilla (1475-1598)", *AHDE,* 1997, p. 701.

70 Como afirma Tomas y Valiente, F., "las mentes más claras" al final del Antiguo Régimen entendieron la insufrible hipertrofia legislativa que se había producido en España en el siglo XVIII, el "siglo de las luces", pretendiendo mejorar y racionalizar la vieja sociedad estamental, y que, por tanto, debía superarse tal situación con la codificación. *Vid.* su *Manual de Historia,* cit., p. 383.

71 *Vid.* "La cuestión foral", 1997 (1949), cit., p. 507.

el legislador de 1889, aunque no lo hicieran así otras leyes generales españolas de la época, aceptó tácitamente la doctrina errónea y minoritaria en la jurisprudencia de que existían aún entonces los derechos supletorios tradicionales previos a los Decretos y normativas de Felipe V.

En efecto, aunque De Castro no parece que proyectara su idea sobre una reflexión precisa respecto del artículo 12 originario del CC, señaló que existió un error doctrinal no exento de sesgo ideológico que se supone surgió en los territorios forales o algunos de ellos, suponiendo que los derechos forales mantenían en el siglo XIX y desde sus orígenes medievales sus propios derechos supletorios, y que contaminó a los autores del Derecho común, y se recogió en el originario artículo 12 del CC, y sigue todavía en el no expresamente derogado art. 13 CC, procedente de la reforma legal de 1973-1974. Ese error, que he comprobado y señalado que fue general durante tres siglos en la doctrina aragonesa, de haber ignorado la norma clave del Auto Acordado de Felipe V de 4 de diciembre de 1713, posiblemente habrá sido un error común también en las doctrinas de los restantes derechos forales. No se enteraron o no se quisieron enterar de la existencia de esa norma y al final, convenciendo al legislador español de 1889, llegó a producirse una regulación legal deficiente y reaccionaria o antiliberal de la "cuestión foral", que volvía a abrir amplios resquicios, al parecer, a la Edad Media y al Derecho romano que Felipe V había conseguido formalmente dejar atrás o reducir en la mayor medida posible, y volvía a dar oportunidades conforme a los antiguos cuerpos legales históricos (el aragonés, por ejemplo) a la resurrección de la costumbre contra ley en ciertos casos, todo lo que representó un serio retroceso respecto al Derecho vigente en España desde 1713 y un aumento de la inseguridad jurídica sobre todo en cuatro de los territorios con derechos forales (incluyendo aquí al Derecho especial del País Vasco, Derecho con "foralidad" territorialmente limitada). El artículo 12 originario CC. derogó, al parecer, el Auto acordado de 4 de diciembre de 1713, pudiendo afirmarse aquí, además, vista la clara letra y el espíritu del citado artículo 12 CC., que la derogación de una ley puede hacer recobrar vigencia a las que esta ley hubiera derogado, como hoy afirma el actual art. 2-2º CC, procedente de la reforma de 1973-1974, que modificó y completó el antiguo artículo 5 CC. originario.

Pero si el art. 12 originario pudo derogar el Auto Acordado de 1713, lo que parece claro es que no pudo hacerlo, además, con plena retroactividad, resucitando en todas las leyes españolas de territorios forales anteriores a 1713 sus significados medievales y estamentales, lo que, aparte de ir contra la irretroactividad de las leyes (art. 3 originario del CC.), hubiera parecido efecto excesivo de una retroactividad tácita, de norma como digo nacida de un claro error, y lo que hubiera debido plantear un problema constitucional, al ir claramente contra la soberanía nacional, en su versión liberal de la Constitución de 1876 (arg. arts. 18, 75 y, sobre todo,

14), y cuyo concepto profundo era heredero del de soberanía nacional de la monarquía absoluta, modificado en esencia, desde 1812 y con diversos matices, en el titular concreto de esa soberanía. Ya quedó explicado cómo el Auto Acordado de 4 de diciembre de 1713, era en realidad una de las piezas importantes de la Nueva Planta que instauró una nueva monarquía moderna. El error del antiguo art. 12 CC. creó confusión jurídica de mucho calado, por tanto.

A ruego del aragonés Joaquín Gil Berges, jurista modesto pero buen conocedor en su tiempo de la práctica del Derecho civil aragonés, el legislador español de 1889 puso a favor de Aragón y de Baleares, pero como mera excepción, y no como la regla general sin excepciones que debió ser, de haberse mantenido, como era lógico, la norma de Felipe V de 1713, la supletoriedad directa en todo caso del CC., tras, o a falta de norma en, los respectivos derechos forales. Afortunadamente, el carácter supletorio del Derecho general español, también civil, está hoy recogido en el artículo 149-3º de la Constitución, que prohíbe sensatamente a los parlamentos autonómicos con competencia en derechos forales fijarles un Derecho supletorio diverso del general español. O si se prefiere afirmar así, el art. 149-3º CE derogó el inciso final del artículo 13, apartado 2º, CC., precepto este que reiteró sin lógica alguna en 1974, el "error" histórico del artículo 12 originario del CC. Lo que las compilaciones forales de la fase franquista (1959-1973) resolvieron por vía de ley estatal ordinaria, como es la supletoriedad para esos derechos del CC. y otras leyes del Derecho general español, figura hoy, pues, con respaldo constitucional.

Un autor solvente, Felipe Sánchez Román[72], incluso ignorando la existencia de la norma aquí recordada de Felipe V de 1713, explicaba en una monografía de 1890, recién publicado el CC., su decepción por el excesivo ámbito que se había reservado a los derechos forales, y calificaba los derechos supletorios de los mismos, como algo que debió suprimirse, en tanto que "Derechos anticuados y exóticos, de tan injustificada como deplorable subsistencia".

Cuando termino este escrito (junio de 2020) cabe resumir la situación histórica de los derechos forales afirmando, por tanto, que en Aragón y Baleares su Derecho foral ha tenido ininterrumpidamente como derecho supletorio directo y común al Derecho castellano o real o, luego, al CC. y Derecho general español, al menos, desde 1713 hasta hoy (307 años). Y en segundo lugar, de optar por una interpretación irretroactiva del antiguo artículo 12 CC., cierto que acaso algo forzada, no habría sido indefendible afirmar que los restantes derechos forales han tenido como Derecho supletorio directo al Derecho castellano y real común ese

72 Hay que advertir que se trata de un catedrático de Historia y de Derecho civil que vivió entre 1850 y 1916 y ejerció cargos políticos en la Restauración de 1875, y no del más conocido catedrático de su mismo nombre y apellido que vivió entre 1893 y 1956 y que fue político con la Segunda República y murió en México. *Vid. La Codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y consumación,* Analecta Ed., 2002 (1890), pp. 20 y 82-83.

mismo tiempo (307 años, al menos), pero descontando, debido a un claro error doctrinal aceptado por el legislador en 1889, unos periodos que van desde 70 años (Compilación de Vizcaya y Álava de 1959) a 84 años (Compilación navarra de 1973). O sea, según esto, lo que no conozco que nadie haya argumentado y defendido, el Derecho general castellano o español habría tenido supletoriedad directa en nuestros cuatro derechos forales distintos de Aragón y Baleares en una horquilla, al menos, de entre 237 años (Vizcaya y Álava, en sus territorios forales) y 223 años (Navarra), debiéndose esos intervalos de vigencia de derechos supletorios de los supletorios de cuatro derechos forales a un error legal de 1889. Un error legal que representó una quiebra o tropiezo serio en la lógica histórica gradual que suele conducir, como la sucedida en otros Estados-nación europeos, a la vertebración lógica y coherente de un Derecho civil estatal y nacional. No creo, en fin, que hubiera sido tampoco indefendible una interpretación correctora del antiguo art. 12 CC. que lo entendiese razonando que carecía de efecto legal el inciso del precepto que señalaba a la vigencia de unos diversos derechos supletorios de varios derechos forales declarados subsistentes, desde la consideración de que dichos derechos supletorios no existían ya, al haber sido derogados por el Auto Acordado de 1713.

Pero hoy, pese a la existencia del art. 149-3º CE., acaso por la vía de las fuentes del Derecho específicas de los derechos forales, lo que, antes de acogerse en la CE (art. 149-1-8º), fue en principio (1967) una (mala, creo, y arrastrando errores de Joaquín Costa) idea aragonesa impuesta en su Compilación, y entre otros idea de mi querido maestro, el profesor Lacruz Berdejo, apoyado por Castán Tobeñas desde la Comisión General de Codificación, por tal vía puedan querer reintroducirse, o enfatizarse en su interpretación, en el Derecho español más normas e ideas medievales o romanas, o sobre eficacia de la costumbre, de las que serían razonables y admisibles en nuestra Constitución (arts. 1-2º; 2; 9-3º; 14; etc.), lo que, de estar ocurriendo, y veremos al final de este trabajo que el panorama de disgregación del Derecho civil español es poco alentador, aconsejaría una reconsideración futura, en su caso por el Tribunal Constitucional, de los arts. 149-1-8º y 149-3º de la CE, a la luz del Auto acordado de Felipe V de 4 de diciembre de 1713, muy trascendente norma histórica, tan general y lamentablemente olvidada por insuficiencia en nuestra doctrina de lecturas rigurosas de nuestros mejores clásicos, y de don Federico de Castro, muy en particular. Lo que los ciudadanos de todos los territorios españoles, incluidos los que tienen derechos forales, necesitan son, no fuentes del Derecho específicas, ni pretendidos principios generales de origen medieval, ni relatos victimistas sobre la supuesta opresión castellana a otras regiones, sino instituciones, de raíz histórica más o menos antigua, cuya "validez intrínseca", como propuso De Castro, sea defendible hoy y hacia el futuro. E instituciones civiles que tiendan a converger y a integrar la única nación española y, de ser posible, que tiendan a integrar a la larga un Derecho privado europeo con

la guía de la Carta de Niza de 2000, hoy ya decididamente integrada en nuestro ordenamiento (arg. arts. 4 bis y 5 bis de la LOPJ). Es probable que los autores del art. 149-1-8º de la CE carecieran de cabal conocimiento de la inteligente y prudente obra legislativa, de signo innovador y modernizador, de nuestro primer Borbón.

II. LA DEFENSA POR NUESTRO AUTOR DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

Con 46 años y el mismo año 1949 en el que publicó el primer tomo de su gran obra "Derecho civil de España", publicó De Castro en el Anuario de Derecho civil su trabajo "La cuestión foral y el Derecho civil", donde se hizo acaso la más completa y convincente defensa de la unificación del Derecho civil español de cuantas existan[73].

Partía el autor de la declaración de un profundo respeto a los Derechos forales, en tanto que afirmaba que encarnaban la tradición jurídica española como la encarnaba el castellano, y hasta declaraba de inicio creer que algunas de las instituciones forales podrían ser superiores a otras de las recogidas en el Código civil. Pedía para el problema "una solución de razón, no de pasión y de fuerza". En la posible manipulación de ello por el separatismo veía el germen de un peligro para la unidad nacional.

Argumentó también el gran civilista el ejemplo extranjero, elogiando al Código Napoleón y a sus autores, e incluyendo la unificación, aunque tardía, de Alemania y de Suiza.

Argumentaba también el civilista que la unificación aumentaría la seguridad jurídica; que dificultaría el fraude de ley y permitiría eludir las complejas normas sobre conflictos de leyes, asunto que él había estudiado a fondo. Finalmente, veía la unificación como facilitadora de la ciencia jurídica española.

A continuación, criticaba De Castro la atribución que otros hacen de desventajas a la posible unificación del Derecho civil español. Cabría recordar que nuestro civilista proponía[74] no dejarse impresionar por el argumento de

73 Son bastantes, y de prestigio, los autores que siguen pensando que hubiera sido buena para España la unificación de su Derecho civil a principios del siglo XIX. He citado en trabajos anteriores míos a Tomas y Valiente. *Vid.* también González Antón, L., *España y las Españas,* cit., pp. 366-367 y 390-391; y Muñoz Machado, S., *El problema de la vertebración del Estado en España,* cit., pp. 114 a 126. O también, comentando sobre todo la Constitución de 1812, Olivencia Ruiz, Manuel, *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años.,* 2011, t. 3º, pp. 164 a 175. Aunque incluido en este libro posterior, el trabajo es una conferencia del autor dictada en 2008, habiendo fallecido luego en enero de 2018. El autor mostraba gran y justificada preocupación por la intención política de entonces, desde la Ley catalana 29/2002, de elaborar un completo Código civil catalán, hoy en efecto ya prácticamente existente.

74 *Vid.* "La cuestión foral y el Derecho civil", en *Estudios*, vol. 1º, 1997 (1949), cit., pp. 524-525.

que los derechos forales se apoyan en costumbres seculares, dado que dichas costumbres "han nacido muchas veces de la opresión y explotación de las clases débiles por las más poderosas y que es inadecuada a la moderna vida ciudadana". Y en la misma línea, proponía no confiar en el argumento del gran "arraigo" de los derechos forales, ya que, alegaba De Castro, "el arraigo de lo foral es más fuerte en el campo y en los pequeños pueblos" pero es "mal soportado en los grandes núcleos urbanos". Comprendió que para los liberales más radicales, pensando en los catalanes de los años treinta durante la Segunda República, los Derechos forales incluían "objetos de guardarropía medieval" más aptos para los museos que para un "pueblo moderno y progresivo".

Todavía aducía el gran civilista otra media docena de argumentos, como el de que la Escuela histórica había criticado más la oportunidad de la codificación alemana que la idea misma de esa codificación; u oponiéndose a la idea de que Castilla hubiera tenido un sentido opresor en la formación de la identidad española. Finalmente, De Castro se adhería, con los matices que veremos, a las conclusiones y razonamientos sustanciales del Congreso Nacional sobre los Derechos forales de Zaragoza de 1946.

III. UNA POLÉMICA ENTRE DE CASTRO Y HERNÁNDEZ GIL SOBRE LA FILOSOFÍA QUE INSPIRABA AL PRIMERO.

Sobre el profesor De Castro se ha escrito mucho y, por ejemplo, cabe citar aquí la densa reseña biográfica escrita por el más destacado de sus discípulos, el profesor Luis Díez Picazo, para el Diccionario Biográfico de la Real Academia de la Historia. Señala Díez Picazo, entre otras muchas cosas, su fuerte nacionalismo español; su profunda adhesión al catolicismo de su tiempo; y la apabullante erudición, cultura, que le venía de una gran afición a la historia, y la gran profundidad en el análisis jurídico de todo lo mucho que el gran maestro de civilistas estudió. También afirma Díez Picazo que, contra lo que muchos piensan, el gran civilista no era un antiforalista, sino un jurista hispanista que aspiraba a la existencia de un sólido Derecho civil de España.

Lamentablemente, no desarrolla allí Díez Picazo esta última idea, ni tampoco en otro importante trabajo suyo de 1997[75], en el que explica lo que considera más esencial del pensamiento de su maestro. En particular, inicia su explicación el discípulo recordando la fe religiosa fervorosamente vivida por su maestro y su adhesión al iusnaturalismo de base tomista y escolástica, al que señala, con todo, que, según De Castro, el Derecho natural, como la Moral, en sus primeros principios presentan una característica de variabilidad o flexibilidad. Otra idea fuerza

75 *Vid.* "El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo", *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo,* 1997, pp. 11 a 19.

del pensamiento del maestro sería su énfasis en la importancia de los principios generales, concebidos como convicciones de toda la comunidad nacional, y que, como hoy afirma el Código civil (art. 1-4º), informan todo el ordenamiento jurídico. Además, tuvo importancia en la formación de su pensamiento la explicación de las ideas de equidad y de analogía por su conexión con los principios generales, lo que parece una explicación tanto clarificadora como potenciadora de ambas ideas jurídicas. En cuanto a la interpretación jurídica explica que De Castro optó por la interpretación finalista o teleológica, con certeras críticas tanto de la teoría que pide la averiguación de la "voluntad subjetiva" de legislador como la que pide la de la "voluntad objetiva" de la ley. Además, siempre otorgó el maestro gran relieve a la persona y al Derecho de la persona, concepción que entiende Díez Picazo que terminó siendo predominante en la doctrina española, en particular frente a las concepciones de origen pandectista que ponen la base del Derecho civil o en la idea del derecho subjetivo o en la del negocio jurídico. Nos advierte el discípulo que fue su maestro el primero entre los españoles en otorgar importancia al principio de la dignidad de la persona, con una concepción humanista y cristiana de fondo que no aparece clara en la doctrina anterior[76]. En fin, y sin aspirar a resumir ni mencionar todas las ideas y matices de la densa explicación de Díez Picazo, cabe afirmar que el autor, recordando que en tiempos en que De Castro escribió su obra fundamental "no resultaba fácil hablar de libertad política", transcribe un luminoso texto del maestro, en el que señala que las amenazas a la dignidad de la persona provienen del "gran capitalismo con sus organizaciones financieras e industriales, los sindicatos y el tentacular Estado de técnicos y funcionarios, en sus tremendas luchas por el predominio".

La explicación de Díez Picazo me persuade de que su maestro acertó sustancialmente en todas las cuestiones clave de la teoría jurídica que en el trabajo se aluden y que sus doctrinas, como se ha afirmado por muchos, están interiorizadas y aceptadas hoy por la mayoría y hasta, en cierta medida, por el propio ordenamiento jurídico. Que sus doctrinas nos ayudan a entender el ordenamiento actual y siguen vivas y ofrecen un sustento firme para reflexionar en muchas de las cuestiones que nos siguen preocupando hoy a los civilistas. Este armazón conceptual de De Castro tan sabiamente construido es, además, según creo, coherente con sus reflexiones sobre la "cuestión foral", reflexiones que hoy seguimos necesitando especialmente, como intento razonar en el presente trabajo.

76 Es curioso que, en cierta coincidencia con De Castro, Julián Marías, autor profundamente cristiano y que se negó a jurar los principios fundamentales del Movimiento franquista, sufriendo persecución por ello, también vea un rasgo característico de la trayectoria histórica de España, que él considera "más que milenaria" como proyecto histórico, en la idea de la persona. En España, afirma, "el hombre ha sido persona en relación con el Otro". *Vid. España inteligible,* cit., pp. 420-421.

Sin llegar a negar nada, por supuesto, de lo que afirmó Díez Picazo, voy a intentar, con enfoque que querría personal y modesto, explicar algo aquí sobre la ideología de nuestro maestro de civilistas. Siempre me ha llamado la atención el porqué un gran jurista que creo que nunca condenó el régimen franquista, régimen esencialmente antiliberal sobre todo en sus cruentos inicios y muy adoctrinador en su antiliberalismo[77], fue quien acaso mejor defendió las razones para la unificación del Derecho civil español, que es un dogma típicamente liberal en nuestro país desde la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 258). Y no cabe duda de que esas posiciones sobre el Derecho privado eran coherentes con su gran preocupación por la vertebración de la nación española, tema muy presente en algunos de sus trabajos y que, curiosamente, también compartió en realidad, además de con pensadores muy conservadores, con casi todos los grandes intelectuales liberales españoles de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Y en un tema tan importante como las fuentes del Derecho, De Castro defendió con todo el énfasis, aunque con argumentos más históricos que filosóficos y algo peculiares, la supremacía de la ley sobre la costumbre, y que la jurisprudencia no fuera fuente del Derecho, que entiendo que son ideas clave en nuestro liberalismo jurídico y, más en general, en la nueva sociedad que alumbró la revolución burguesa en la Europa continental[78]. Con palabras de Díez Picazo, "concebía el Derecho civil como una colaboración con la obra constructiva del Estado". Surge así casi espontáneamente la pregunta de hasta qué punto era De Castro un liberal, pregunta que cabría afirmar que intentó contestar Antonio Hernández Gil[79] en 1973 entiendo que tratando de demostrar que De Castro era más liberal de lo que parecía o de lo que muchos pensaban.

77 *Vid.* en tal sentido, Abós Santabárbara, Á.L., quien ha escrito un denso e ilustrativo libro, tras releerse los manuales de la enseñanza de los tiempos franquistas, que se utilizaban en las escuelas o institutos. *Vid. La historia que nos enseñaron (1937-1975),* Ed. Foca, 2003, 380 pp. Heras Caballero, P.A., ha demostrado también, con el mismo trabajoso método, que en nuestra democracia los nacionalismos vasco y catalán han aprovechado el autogobierno y sus competencias en educación para lleva a cabo un grosero y tendencioso adoctrinamiento de la juventud. *Vid. Educar en la mentir,* Almuzara, 2019, 412 pp.

78 En mi libro de 2009 *Mito y realidad en el standum est chartae,* Civitas, de 351 pp., he criticado, hasta proponer su reforma o supresión legal, las fuentes aragonesas del Derecho foral aragonés, que hoy se contienen en el Código foral de 2011 (art. 2: costumbre contra ley dispositiva; y art. 3: "standum est chartae" como principio jurídico que representaría, siguiendo a Joaquín Costa, una amplísima autonomía de la voluntad). Aunque ya me apoyé para ello, entre otros, en De Castro, para ambas retrógradas fuentes que se inspiran en una interpretación de la historia manipulada por Joaquín Costa, hoy puedo añadir que la argumentación de De Castro en ese sentido crítico con el "standum est chartae" es todavía más explícita en su trabajo de 1949 "La cuestión foral y el Derecho civil", trabajo que no cité en 2009. En este trabajo nuestro civilista es más claro y tajante en afirmar que, conforme a la realidad de lo sucedido, el brocardo normativizado "standum est chartae" fue casi solo durante siglos una mera norma de hermenéutica o de interpretación restrictiva frente a las normas del "ius commune". Y cita una frase de Fontanella, jurista catalán del siglo XVII y presuponiendo ese mismo sentido, según la cual el brocardo habría constituido "médula de muchos males, y a veces causa y ocasión de muchas resoluciones rigurosas". *Vid.* al respecto *Estudios*, vol. 1º, cit., p. 494, nota 1; p. 497, nota 8; p. 515, nota 71; y p. 522, nota 98. Para las citas en la misma dirección al maestro De Castro en mi libro de 2009, *vid.* pp. 263, 55 y 60. Y la misma interpretación del brocardo normativizado en Lalinde, "Vida judicial y administrativa en el Aragón barroco", *AHDE*, 1981, pp. 446-447.

79 En su *Metodología de la Ciencia del Derecho,* III, *Nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológica. La tensión formalismo-antiformalismo. Pluralismo,* 1973, pp. 311 a 374 y 250 y 254.

Las reflexiones de Hernández Gil en 63 páginas sobre el pensamiento esencial de De Castro recibieron una respuesta muy crítica del propio autor examinado[80], en un trabajo en el que acusaba a Hernández Gil de haber entendido mal y deformado todo lo que él había dicho y escrito repetidamente en su *Derecho civil de España* de 1949. En este contundente trabajo De Castro le critica a Hernández Gil que se fuera apartando del iusnaturalismo; y que le calificara a él como partidario del sincretismo metodológico; y como pluralista. Defiende De Castro sus ideas filosóficas y jurídicas, que he intentado antes resumir siguiendo a su discípulo Díez Picazo. No llega a criticar el régimen liberal de partidos, pero sí la clase de política liberal que limita lo jurídico al legalismo.

Y es cierto que las bienintencionadas interpretaciones de Hernández Gil sobre De Castro se ven como muy discutibles si se atiende a la explicación sintética y, según él mismo reconoce, con apreciable modestia, "apresurada", que da al inicio de su *Derecho civil de España* de todas las doctrinas y filosofías modernas con las que se muestra bastante crítico, incluyendo a personas de la talla de Grocio, Kant o Darwin, sin los cuales es sencillamente difícil de concebir el pensamiento moderno y actual. A todas las demás teorías, incluidas las mencionadas, opone en 1949 De Castro "la roca irrompible del Derecho natural y de la revelación divina".[81] Hoy creo que resulta claro que el rígido esquema filosófico y religioso de De Castro no era genéricamente exportable en 1949 al resto del mundo, ni podía tampoco convencer a todos en España. Por entonces ya llevaba un año publicada la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU de 1948.

Como subrayó Díez Picazo, De Castro fue, al menos gran parte de su vida, ideológicamente una persona muy fiel al ideario católico tradicionalista, iusnaturalista y tomista[82]. Su sabia obra está un poco escorada hacia la espiritualidad que él identificaba solo con el catolicismo anterior al Concilio Vaticano II. Y su

80 Se trata de su trabajo "Sobre el pluralismo del profesor De Castro. Comentario a un comentario". En *Estudios*, t. II, cit., pp. 1101 a 1113.

81 *Vid.* en el libro mencionado, 1984 (1949), t. 1°, cit., pp. 12 a 20; y su afirmación, coherente con su pensamiento filosófico, de que el Derecho civil habría que construirlo para una "vigencia de siglos", como construían los antiguos arquitectos con piedras de granito, sin concesión alguna a las modas políticas o técnicas (p. 145 del mismo libro). Su idea de que la profesión de jurista había que verla casi como un sacerdocio la explica muy bien en su trabajo "La función de los juristas en el Estado", en sus *Estudios*, t. 1°, cit., pp. 381 a 408. *Vid.* en particular, la muy instructiva nota 127, en la que hace una enumeración de grandes juristas europeos y españoles (muchos de ellos liberales) afirmando, creo que, con razón sustancial, que todos ellos habían tenido una ideología o una idea clara de la vida y de aquello por lo que luchaban. Afirmaba en la p. 385 del citado trabajo que el jurista español ha heredado de su tradición histórica una concepción constructiva y militante y que "no tiene el deber de sacrificar su propia alma en el altar de la mala ley".

82 La idea del Derecho natural es una de las grandes ideas del pensamiento jurídico europeo y de la Filosofía del Derecho y no tendría sentido alguno intentar abordarla aquí por un civilista. Cuando en mi libro sobre el "standum est chartae" de 2009 tuve que tocar el tema tangencialmente me acogí a la autoridad de Díez Picazo y Gullón, que se apoyaban a su vez en Erik Wolff, y en la autoridad de Jaime Guasp. Los primeros autores venían a afirmar que era dificilísimo llegar a precisar el contenido o los mandatos del Derecho natural pero que igualmente difícil era llegar a negar su existencia. *Vid.* mi citado libro de 2009, nota 171, pp. 172-173.

defensa de la Hispanidad responde un tanto a cierta fe en una pretendida "misión histórica" de España, idea que el franquismo utilizó en bastantes momentos.

Las explicaciones de De Castro presentan un cierto desapego por el liberalismo y un acusado carácter personal y nacionalista español, y en su filosofía y en ese ropaje terminológico es donde se ve más aquello en lo que no acertó, o no del todo, el gran civilista. No acertó en su valoración demasiado crítica de las filosofías que alentaron la Ilustración (Kant, sobre todo, según se suele reconocer); o en que no era realista pretender, como pedía, un Derecho civil que, como los edificios de granito, durara siglos[83], ni convertir a los juristas en casi unos sacerdotes de la Justicia; o en pretender que la religión católica y el Vaticano podrían sustraerse a la Historia y a las consecuencias enormes de la Segunda Guerra Mundial, una de las cuales fue sin duda, algo tardía, el Concilio Vaticano II al principio de los años sesenta del siglo XX[84]. También omitió De Castro, al parecer, hasta donde conozco sus ideas, que el separatismo que veía con mucha desconfianza había estado siempre alentado también por el catolicismo[85].

Sin embargo, y como he mostrado al principio de mi explicación de este epígrafe, al final, De Castro en lo importante vino a coincidir, y aun a superar en la argumentación cuando fundamentaba sus ideas, con los grandes juristas liberales de nuestro siglo XIX, tanto anteriores como posteriores y protagonistas de la Restauración canovista de 1875 y autores del Código civil (para nuestro autor, y su posición tuvo gran eco, "una buena obra española", de la que subrayó como nadie su entronque con la muy rica tradición jurídica castellana); juristas liberales, por cierto, casi todos católicos más o menos fervientes. Una cierta paradoja del maestro acaso exista en que, esforzándose en repudiar el basamento filosófico del liberalismo, se convirtió en un formidable defensor de algunos de los principios esenciales (la dignidad de la persona, sobre todo, y una codificación unificadora: no de las libertades públicas y separación de poderes, que estaban excluidos bajo el franquismo) de la construcción del Estado burgués moderno y eficiente y regido desde el Derecho estatal y además muy consciente de que, aunque pudiera parecer lo contrario por el indudable sesgo egoísta y burgués del Derecho decimonónico, los pobres y los débiles y, entre ellos o con ellos, los consumidores,

83 En algunas afirmaciones de De Castro subyace la idea de España como una nación eterna y hasta con una misión histórica. Sin embargo, la mejor historiografía moderna piensa, desde la segunda mitad del siglo XX, que esta idea "esencialista" de las naciones es falsa, aunque impregnara el pensamiento de muchos de los intelectuales liberales españoles en la segunda mitad del siglo XIX y primera del XX. Aquí vemos otra de las coincidencias de De Castro con algunos destacados intelectuales liberales. Para la crítica a la idea esencialista de nación, *vid*. Fusi, J.P., *España. La evolución de la identidad nacional,* cit., pp.11 a 47. O también, Abós Santabárbara, A.L., *La historia que nos enseñaron (1937-1975),* cit., pp. 145-146.

84 Sobre la conmoción que representó para la Iglesia católica y para el franquismo el Concilio Vaticano II, que además dejaba con contradicciones insalvables los llamados "principios fundamentales del Movimiento", *vid*. Juliá, S., *Transición,* 2018, pp. 325 y 386.

85 Como recuerda Juliá, S., "no hay nacionalismo, español, vasco, catalán, tanto da, crecido en la España del siglo XIX que no haya alimentado su fe a los pechos de la Iglesia católica, a los que siguieron bien agarrados buena parte del XX". *Vid. Transición,* 2018, p. 471.

estaban en realidad también interesados en la empresa y en encontrar su sitio e influir en el nuevo orden social. Y una parte de esta paradoja, en la que creo que coincide con Castán Tobeñas, es que tras la enfática adhesión al iusnaturalismo cristiano, en realidad se muestra muy próximo a la regulación del Código civil y a su fiel y burguesa interpretación por el Tribunal Supremo[86]. O sea, que se muestra De Castro en realidad, en lo concreto, me parece, si no un tanto positivista, al menos muy flexible en su iusnaturalismo[87]. Se ha afirmado del Código civil que fue el gran éxito de los juristas de la Restauración[88]. Que juristas como De Castro o Castán lo aceptaran de buen grado significa que aceptaban en buena medida la parte económica de la revolución burguesa, en parte avalando la aceptable técnica y mejora de la seguridad jurídica por el CC, aunque no reclamaran o se opusieran, al menos tácitamente y mientras duró el franquismo, a la libertad religiosa y a las libertades en general.

De Castro falleció el 16 de mayo de 1983, ya en democracia y gobernando el PSOE, a los 79 años de edad. Desconozco si publicó en la etapa final de su vida escritos con ideas que se aproximaran en alguna medida a las democráticas o nítidamente liberales. Para quien tanta importancia había dado a la persona en sus escritos, parece que la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 pudo ejercer un fuerte atractivo intelectual, aunque esa Declaración no coincida exactamente con ninguna de las religiones existentes y amparen, desde luego, la aconfesionalidad de los Estados. En esta España en la que tanto dinero público se gasta en promocionar las "señas de identidad" de ciertas regiones, estaría bien

86 *Vid.* en tal sentido mi trabajo "El político y jurista José Castán Tobeñas", en el *Libro Homenaje al profesor Cuadrado Iglesias*, t. 1º, vol. 1º, 2008, p. 241.

87 Otro gran jurista español que mantuvo hasta que murió, en junio de 2011, y ya bajo la vigente Constitución de 1978 y mucho después del Concilio Vaticano II, una dura y muy argumentada ortodoxia católica tradicionalista desde amplísima información filosófica, fue Juan Vallet de Goytisolo. *Vid.* su libro, de 171 páginas, *Voluntarismo y formalismo en el Derecho. Joaquín Costa, antípoda de Kelsen,* publicado en 1986, ya con el PSOE en el poder. Pero el enfoque de Vallet es diferente del de F. De Castro, puesto que el primero de ellos fue toda su vida admirador de los Derechos forales, como modelo de sociedad inspirada en el cristianismo y en la filosofía tomista, y miró con mucha simpatía a Joaquín Costa, a quien presenta, discutiblemente, en este trabajo suyo, como un jurista muy profundo, con vigor de filósofo y representativo del iusnaturalismo cristiano, cuyas ideas ve superiores Vallet, desde muy notable despreocupación por la revolución burguesa y por la verdadera historia social de los reinos medievales españoles, a las ideas y teorías de los principales filósofos del Derecho que han existido en el pensamiento europeo. Vallet ha embellecido como nadie, desde su propia perspectiva y contra otros estudiosos de la Filosofía del Derecho que veo más ecuánimes (N. López Calera; JJ. Gil Cremades, con quienes polemiza Vallet) el pensamiento de Costa que, como muchos pensamos, fue política y socialmente muy conservador y, aunque salpicado tal pensamiento del aragonés con afirmaciones de erudición postiza de algunos filósofos europeos, parece no haberles leído en serio ni menos comprendido cabalmente. Aparte de que Vallet omite algunas ideas de Costa que hubieran encajado mal en su peculiar y sesgada descripción del pensamiento del polígrafo aragonés, pensamiento plagado además de contradicciones. Costa admitía la libertad de cultos y otras libertades, en ocasiones, o el divorcio vincular. En fin, fue siempre más crítico con la Codificación española y sus fundamentos ideológicos Vallet que el propio Joaquín Costa, sin que se deba dejar de reconocer que la obra de civilista de Vallet es de extensión enorme y de admirable calidad. Para mi pensamiento sobre Joaquín Costa, véase mi libro sobre el "standum est chartae", cit., pp. 271 a 303. Y mi trabajo en el *AHDE*, 2012, t. 82, pp. 201 a 210.

88 *Vid.* tal afirmación en Tomas y Valiente, F., *Manual de Historia,* 1979, p. 526.

que en 2023 alguien, con ese mismo dinero, organizara unas jornadas para pensar sobre la obra de De Castro y el actual Derecho civil español.

IV. LAS CONCLUSIONES DEL CONGRESO DE JURISCONSULTOS DE 1880-1881, DESPRECIADAS Y OCULTADAS POR EL FORALISMO RADICAL.

Conviene una alusión al significado de las Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881, que De Castro no conoció, como tampoco las habían conocido antes Alonso Martínez; ni acaso Antonio Maura (aunque sí las conoció su colaborador Marceliano Isabal, quien les dio trato un tanto despectivo en la Introducción a su buen manual de Derecho aragonés de 1926) al preparar el proyecto de Apéndice aragonés de 1925; ni Lacruz Berdejo al preparar, en un Seminario con amigos y discípulos suyos, los borradores de la Compilación aragonesa de 1967, ni al escribir en su Manual sobre el asunto en 1982; ni Lalinde al escribir su muy buen libro sobre los fueros de Aragón de 1976. A De Castro le hubiera alegrado conocer estas Conclusiones porque le habrían confirmado en su tesis de que el Derecho castellano, como Derecho común, había penetrado profundamente en la sociedad española, e incluso que había penetrado en el siglo XIX muy hondamente, al menos aquí en Aragón y aquí ya al menos desde el inicio del siglo XVIII, como vimos que estaba legalmente ordenado desde 1713, y la idea de unificar a la larga el Derecho civil español, extendiendo en lo posible por toda España la influencia de aquel Derecho castellano y común.

El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, convocado por Joaquín Gil Berges, se inauguró con un discurso de este jurista el día 4 de noviembre de 1880 y tuvo su sesión final el 7 de abril de 1881. Aunque su idea inicial y reglamentaria fue más bien redactar un Código civil aragonés con articulado incluido que fuera aprobado formalmente por el Congreso, al final, tras redactar y votar un número muy importante de conclusiones, en esa última sesión de 7 de abril de 1881, como últimos acuerdos, se eligió una "Comisión codificadora" de 16 individuos, a la que se otorgaron "amplias facultades para armonizar prudencialmente las conclusiones acordadas por el Congreso, de acuerdo con los principios fundamentales comprendidas en las mismas". Esta tarea, sencilla en cuanto a las numerosas supresiones pero no en cuanto a concretar las directrices de reforma de algunas instituciones, no la realizó, lamentablemente, la mencionada Comisión. Esta se limitó, constituida el 10 de noviembre de 1881, a solicitar a los letrados de todos los partidos judiciales de Aragón, acogiendo una petición de Joaquín Costa, que aportaran información sobre costumbres aragonesas que conocieran. Ello debido a que Costa había retirado su inicial petición de que se aprobaran y se pusieran por escrito en las Conclusiones (y posteriormente en el Código aragonés) una serie de costumbres altoaragonesas. Solo contestaron a la Comisión los abogados de Sos y de Albarracín, con información de poco valor, y el previsto

articulado formado desde el conjunto de las Conclusiones no se llegó a redactar ni a presentar por la Comisión al Congreso de Jurisconsultos para su aprobación definitiva. Pero nos quedan las Conclusiones aprobadas (provisionalmente, si se quiere) de gran concreción y claro significado[89]. Durante mucho tiempo el modo más fácil de conocer estas Conclusiones era a través del libro de Joaquín Costa *"La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*", editado en 1883 y que se hizo con el tiempo algo difícil de encontrar[90]. Últimamente también las ha incluido, con acierto, en el primero de sus dos volúmenes, publicado en 2005-2006 por la Institución Fernando el Católico, el libro *"Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón".*

Los juristas aragoneses que votaron en el Congreso de 1880-1881, miradas con cuidado esas conclusiones, se ve que decidieron suprimir o reformar radicalmente, para acercarlos al Derecho castellano, que veían con razón en general como superior, la amplia mayor parte de su Derecho foral. Aquellos juristas aragoneses,

89 Las Conclusiones del Congreso de 1880-1881 eran, antes de 2005, para casi todos hasta entonces totalmente desconocidas, y las he resumido y valorado con bastante cuidado, sin aspirar a la exhaustividad, en mi libro de 2009 sobre el "standum est chartae", pp. 305 a 310. En particular, podemos afirmar también que las desconocía el profesor Delgado, que en una conferencia suya sobre lo que convenía hacer en el Derecho aragonés de 1996 (ese año se le nombró para dirigir la reforma legislativa que en efecto se hizo bajo su dirección y que hoy es el llamado Código foral de 2011), sin ni siquiera nombrar el Apéndice de 1925 de modo específico, afirmó o dio a entender que las Conclusiones del Congreso habían partido de la idea de conservar todas las instituciones tradicionales aragonesas, llegando a afirmar que el Apéndice de 1925 fue una "versión muy recortada y deficiente de lo que los juristas aragoneses habían propuesto tiempo atrás" (*sic*). O sea, justo lo contrario de lo que históricamente había sucedido: el Congreso pidió, en sus conclusiones democráticamente votadas, una poda amplia de nuestro rancio Derecho tradicional y el Apéndice contradijo radicalmente esa petición colectiva y mantuvo una serie (la práctica totalidad) de instituciones rancias y anticuadas cuya supresión, muy fundadamente casi siempre, en mi opinión, se había solicitado en el Congreso. *Vid.* "La reforma del Derecho civil aragonés: criterios de política legislativa", en las *Actas del Foro de Derecho aragonés* de 1996, El Justicia de Aragón, pp. 110-112. Lo mismo se manifestó en el documento emitido por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, creada por el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, presidida por Delgado, y titulado "Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón", documento que se distribuyó a muchos profesionales jurídicos aragoneses. El Documento vuelve a no mencionar el Apéndice de 1925, sin lógica histórica alguna, y demuestra que en esa Comisión, al parecer, nadie conocía el claro sentido de las Conclusiones del Congreso de 1880-1881, que tampoco se mencionan. En las Conclusiones del Congreso la idea final era, sin perjuicio de que alguna institución aragonesa se extendiera acaso a la aplicación general para toda España, si ello era aceptado, que un cuerpo legal o Apéndice con las instituciones aragonesas que se quisieran conservar (no muchas, para los congresistas, como he dicho) se integraran dentro del articulado de Código civil español para ser aplicables solo a los aragoneses. Así que el profesor Delgado ha dirigido durante 12 años la elaboración del actual Código foral de 2011 sin tomar para nada en consideración ni obtener enseñanzas del Congreso de 1880-1881 ni del Apéndice de 1925. Y parecido planteamiento se reconoce en el Manual colectivo de Derecho aragonés que ha dirigido este autor desde 2006.

90 El libro se publicó por la Imprenta de la Revista de Legislación en Madrid, y está incluido en la Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, vol. II, 536 pp. Para las Conclusiones votadas y las circunstancias últimas del Congreso a que aludo en el texto, *vid.* pp. 71 a 92; y 158 a 163. Una nueva edición del libro de Costa se hizo por Guara Editorial en Zaragoza, en 1981, 542 pp. En esta edición de 1981 el prólogo lo puso Jesús Delgado, manifestando allí entusiasmo por la obra prologada y amplia adhesión a las ideas principales sobre fuentes del Derecho del autor. Delgado tenía entonces 36 años y pasaba por ser un socialista de izquierdas, y lo curioso, y temo que significativo, es que en casi cuatro décadas nunca ha rectificado aquella adhesión entusiasta al polígrafo aragonés y a sus ideas de fondo muy conservadoras, carácter conservador de sus ideas reconocido por muchos de sus estudiosos de más autoridad. Además, se desinteresó en el Prólogo de 1981 en gran medida, como ha seguido luego haciendo siempre, de las Conclusiones de 1881. No explicó allí por ejemplo que las mismas rechazaron, en esencia, el concepto de Costa del "standum est chartae" como principio amplio de autonomía de la voluntad; ni que se rechazaron otras varias propuestas del polígrafo, tan admirado por él, como explico en nota posteriormente.

católicos todos o casi todos y que ya podían y querían opinar sin la sombría censura de la Inquisición, apoyaron, en la línea de nuestros ilustrados y muchos de ellos con probable conocimiento del buen Proyecto de CC. de García Goyena de 1851, la idea de una propiedad privada plena e individualista y de libre disposición en el mercado y con las menores trabas posibles; dejar atrás las instituciones de raíz medieval o feudal (sucesión intestada troncal, cuyo alcance se propuso oscuramente reducir; consorcio o fideicomiso foral; derecho o retracto de abolorio); preferir el testamento unilateral y revocable, o la disposición de los propios bienes irrevocable (donación), al pacto sucesorio y universal irrevocable, que era entonces visto como algo feudal o una forma de dividir la propiedad privada y una traba sucesoria a su libre circulación sobre todo de los inmuebles (con cierto paralelismo a los mayorazgos castellanos); y organizar la familia, recurriendo a normas estatales imperativas, sobre la base o idea urbana de la familia nuclear y superioridad del marido; tendiendo a abandonar la gran influencia en el Derecho consuetudinario altoaragonés de ideas o características propias de la familia patriarcal o familia amplia rural campesina; imponer como régimen económico matrimonial legal un sistema de bienes gananciales, además sin aventajas y sin comunidad conyugal continuada; y realizar en materia de obligaciones, una remisión genérica, con mínimas excepciones, al Derecho castellano. Entre las pocas instituciones que se querían, con acierto, conservar destacaría la viudedad foral y la fiducia sucesoria. Además, hay que reconocer que no todas las propuestas de supresión o reducción drástica de instituciones tradicionales hechas en 1881 fueron acertadas: no lo fue, sobre todo, la propuesta de supresión del testamento mancomunado, que era institución secularmente arraigada y que sigue teniendo hoy día muy amplia vigencia. Y no era, en rigor, institución "feudal" ni contraria a los ideales ilustrados.

Nuestros juristas de 1880-1881 se mostraron en Aragón, a diferencia de la doctrina aragonesa publicada de los últimos cien años, bastante liberales y antiforalistas y muy poco receptivos o ambiguos frente a las pocas y reaccionarias ideas que Joaquín Costa defendió con énfasis en el Congreso, ideas que en ningún caso aceptaron los congresistas de forma sustancial y en otros las rechazaron con rotundidad[91].

91 Se rechazaron de Costa, sustancialmente, sus propuestas sobre fuentes del Derecho o sobre competencias de consejos de parientes. No se aprobó, ni se llegó a incluir en los formularios de las preguntas, la posibilidad de una costumbre genérica contra ley y Costa tuvo que retirar diversas costumbres particulares que quería hacer aprobar como normas escritas. Y en cuanto al "standum est chartae", se rechazó, con acierto, la prohibición de la interpretación extensiva de las normas (superando y dejando atrás la reaccionaria regla aragonesa, de inspiración nobiliaria, recogida en la Observancia 1ª "de equo vulnerato" y de fuerte influencia secular hasta el siglo XX en el Derecho civil aragonés), y no se acogió, ni se reflejó en el cuestionario, la idea costista de un principio general de autonomía de la voluntad ampliada, sino solo una anticuada regla procesal de preferencia en juicio de los "instrumentos" sobre los testigos. Sí se aceptó de Costa la curiosa e ingenua idea de que el legislador debía regular por separado las normas imperativas y las dispositivas, idea que demuestra que el polígrafo no tenía noción clara de lo que fuera una norma imperativa. Y se rechazaron sus propuestas de imponer los genuinos pactos sucesorios en capítulos matrimoniales; y su defensa de la plena libertad de testar, aprobando los congresistas una regulación muy

Las Conclusiones del Congreso de 1881, tan ilustrativas, siguen hoy, en interés del predominio foralista, ignoradas por la práctica totalidad de los juristas aragoneses[92].

El interrogante histórico que cabe plantear, y sobre el que no se ha reflexionado hasta ahora en Aragón, es el de porqué las claras, inteligentes y bien elaboradas Conclusiones de 1881 no se publicaron y difundieron en Aragón y en España, o no se comunicaron al Gobierno español, al Ministerio de Justicia, o a la Comisión General de Codificación. Me parece claro que objetivamente tenían más importancia y valor orientativo y político que la Memoria de Luis Franco y López (de 1880, con una Adición de 1893), en cuanto que más representativas del jurista aragonés medio y, muy probablemente, del conjunto de la población aragonesa. Y todavía se estaba a tiempo, de haberse conocido ampliamente y en el Gobierno de Madrid, de redactar con poco esfuerzo un pequeño Apéndice

amplia de las legítimas. Hay una extraña afirmación entre las Conclusiones del Congreso, según la cual las sentencias de los "antiguos Tribunales Supremos de Aragón" (¿?) en materias de fuero habrían de tenerse por jurisprudencia. Cabe la posibilidad de que esta extraña afirmación estuviera inspirada por Costa, quien era crítico, por su ideología reaccionaria, con el recurso de casación ante el Tribunal Supremo importado con acierto de Francia, y a ese fin había solicitado que se considerasen jurisprudencia todas las sentencias de todos los tribunales (lo propio del Antiguo Régimen). Lo que ocurre es que esa afirmación, además de no coincidir del todo con la Conclusión señalada, no estaba recogida en el libro del polígrafo sobre el Congreso de 1880, por lo que no consta que se discutiera allí esa idea costista, sino en otro libro suyo: *"Reorganización del notariado, del Registro de la Propiedad y de la administración de Justicia"*. Editorial Guara, Zaragoza, 1984.

92 El profesor Delgado Echeverría en un extenso Manual (colectivo) de 735 páginas, al tratar las conclusiones del Congreso, casi da a entender que se acogieron las ideas de Costa, lo que no sería cierto en absoluto; no recoge ninguna conclusión, y se limita a afirmar que "algunas de las propuestas innovadoras entraron luego en el Derecho vigente y hoy las vemos como cosa ordinaria, mientras que otras iban por caminos de supresión o de modificación radical de instituciones que, sin embargo, pervivieron en etapas posteriores". Lo cual no es falso, pero, con su extrema concisión y calculada vaguedad, oculta al lector la clarísima orientación ideológica liberal y escasamente foralista de lo que votaron muchas docenas (se inscribieron al Congreso 270) de juristas aragoneses tras cinco meses de trabajos, reflexiones y debates. Única ocasión histórica, por cierto, en la que los juristas aragoneses han podido debatir y decidir sobre su Derecho civil en un Congreso. Cabría afirmar que en este libro docente el importante Congreso de 1880 brilla por su ausencia. *Vid.* del autor en su *Manual de Derecho civil aragonés,* 2012, pp., respectivamente, 77-78, 64, 84 y 90-93. Más ajustado a la realidad es lo explicado por Delgado en su "Estudio preliminar" del libro *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón,* Institución Fernando el Católico, 2005, pp. 9 a 14, donde tiene que reconocer que las Conclusiones del Congreso se inspiran en una ideología liberal y unificadora y con muchas propuestas de supresión de lo antiguo, pero quitándoles importancia desde la peculiar y discutible idea de que lo importante fueron las argumentaciones del debate, más que las conclusiones mismas, por lo que hay que volver, afirma, al libro sobre el Congreso de Joaquín Costa. Más desacertada todavía es la explicación de las Conclusiones del Congreso por Serrano García, J.A. Según este, aquellas se conformaron, a la defensiva, con que "se respetara lo esencial: viudedad, consejo de parientes, capitulaciones matrimoniales, e instituciones sucesorias". Pero Consejo de Parientes mal se podía respetar en el futuro Código ya que no existía en los Fueros y Observancias ni, como tal, en las costumbres (lo creó, bajo el término Junta de Parientes, la Compilación de 1967); y para las "instituciones sucesorias" se proponían cambios radicalísimos en las Conclusiones del Congreso: se propuso que los pactos sucesorios, en capítulos matrimoniales o no, fueran libremente revocables (o sea, no verdaderos pactos sucesorios); lo que era además una mutilación de los capítulos matrimoniales tradicionales; se propuso, frente a la oscuridad de los fueros y observancias (algunos estudiosos creen que no existía legítima), instalar una amplia legítima a favor de los hijos, pagada a título de heredero, y con legítima también, en su caso, para los ascendientes; se propuso la prohibición del testamento mancomunado recíproco o de hermandad entre cónyuges (no el que en un mismo o único testamento cada uno de ellos dispusiese de sus bienes); y se propusieron, con gran acierto en mi opinión, la supresión del consorcio o fideicomiso foral, y una reforma radical, tendente, aunque menos clara de lo deseable, a su supresión, de la sucesión intestada troncal. *Vid.* del autor, *El Derecho civil aragonés en el contexto español y europeo*, 2018, cit., pg. 160. En fin, Merino Hernández, J.L., otro de los foralistas aragoneses más destacados, tampoco se ha ocupado nunca seriamente, que yo sepa, del Congreso de 1880-1881 y su ideología.

de Derecho aragonés, inspirado en las Conclusiones del Congreso, con unas pocas instituciones que conviniese "conservar por ahora", conforme al plan que acabaría inspirando la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 sobre que se basó el Código civil. La idea por entonces, como se puede ver en la normativa de rango inferior a la ley de la época, era hacer los apéndices a la vez que el Código civil o inmediatamente después.

Es cierto que el momento era complicado para la política española. Estaban recientes todavía los sufrimientos, muertes y daños de la tercera guerra carlista, terminada en 1876; y la guerra en Cuba, que había empezado el 10 de octubre de 1868 y que duraría 30 años, estaba lejos de una solución, visto el empecinamiento desde España en mantenerla. Y ese mismo año de 1881 hubo en Londres un Congreso anarquista que recomendaba los atentados, lo que se empezó a notar en Barcelona desde el otoño de 1893. El 8 de agosto de 1897 fue asesinado Cánovas.

Aun así, siempre he señalado que cabía una cierta duda sobre si Gil Berges y sus afines, de ideas muy regionalistas o federalistas, no compartidas por la mayoría de los aragoneses, prefirieron evitar la aprobación formal por el Congreso aragonés de un pequeño Apéndice con artículos, que no "Código", Apéndice novedoso y moderno, perfectamente publicable, si se hubiera asumido por el legislador, como anexo al Código español, y que a ellos no les hubiera gustado nada. Y que cabía duda sobre si quisieron dejar que, como en efecto ocurrió, silenciándolas y por desconocimiento general, las Conclusiones del Congreso fueran cayendo en el olvido. El extenso Proyecto de Apéndice de 1904 que se redactó, incluyendo propuestas de Joaquín Costa, por una pequeña comisión presidida por Gil Berges estaba en las antípodas ideológicas de las Conclusiones de 1881 y acabó teniendo bastante influencia en el Apéndice foral de 1925. Considero totalmente infundada la afirmación de Delgado de que el Código aragonés que buscaba Gil Berges en 1880 era un Código "en la tradición ilustrada y revolucionaria". Para ello le hubiera bastado apoyar con entusiasmo las Conclusiones de 1881 y la unificación del Derecho civil español. Por otra parte, la duda que yo había señalado sobre si Gil Berges y sus seguidores habrían sido capaces de despreciar deliberadamente en 1904 las conclusiones del Congreso y la opinión aragonesa mayoritaria de los juristas, se ha desvanecido al conocer la información aportada en 1890, solo 9 años después de la finalización del Congreso, por el profesor Sánchez Román (información que aporto por primera vez y que no he visto señalada por nadie)[93], de que en esa fecha se había redactado un primer borrador de Apéndice por una Comisión de ocho miembros ya presidida por Gil Berges y patrocinada por la Diputación de Zaragoza; borrador que introducía las ideas de Costa sobre fuentes

93 *Vid.* del autor *La Codificación civil en España….*,1890, pp. 120 a 125.

del Derecho y muchas otras de las rancias ideas que el Congreso había rechazado en sus Conclusiones.

Así que estos ocho señores (no estaba entre ellos el mejor, Luis Franco y López), derrotados ideológicamente en el Congreso, se erigían en guardianes de las esencias del Derecho aragonés y pretendían imponer sus ideas, derrotadas en las votaciones, por la puerta de atrás. Fracasó ese borrador de 1890, que acaso ni se publicó, pero nadie pudo evitar que a la larga esas ideas acabaran imponiéndose a los aragoneses. El prestigio les venía a esa minoría foralista radical, supongo, de que sabrían algo de latín y tendrían mayor familiaridad con el difícil y oscuro cuerpo normativo de los Fueros y Observancias que el resto de los juristas aragoneses. Pero esa ventaja se convirtió en un inconveniente cuando los juristas foralistas se abrazaron visceralmente a la defensa de lo antiguo, además "congelado" y envejecido desde 1711, y quedaron en desventaja intelectual frente al común de los juristas aragoneses que habían interiorizado gradualmente, por simple inmersión desprejuiciada en la sociedad de su tiempo, las ideas profundas de la Ilustración y del liberalismo, conforme a las cuales votaron en 1881. Despreciar esas ideas modernas es el gran error, que dura todavía y causa daño a los aragoneses actuales, del foralismo radical aragonés. En una muy extensa monografía foralista aragonesa publicada en 2018, citada en este trabajo, de 582 páginas, he mostrado en nota que el autor no se había leído en absoluto las conclusiones del Congreso de 1881. El foralismo invoca el historicismo y la "verdad histórica", pero en realidad no la busca ni le interesa. Le mueve la ideología y busca la influencia social y hasta académica. Diría con De Castro que no busca una "solución de razón", ni discutir la "validez intrínseca" de las instituciones, sino una solución de fuerza; de pasión; de política alicorta.

Aunque, como se ha explicado en nota, los foralistas aragoneses tienden a minimizar u ocultar o deformar el significado histórico del Congreso de 1880-1881, muy difícil de encajar en su relato histórico-jurídico, lo cierto es que sus conclusiones son muy claras, ilustrativas y coherentes con la historia decimonónica de la mayor parte de Aragón y, muy en particular, de la ciudad de Zaragoza, que, con ciertos antecedentes anteriores, puede considerarse que fue siempre, y de forma creciente y paralela a la evolución general de España, una ciudad muy liberal en el siglo XIX. Desgloso posteriormente esta afirmación, pero no sin antes recordar que tanto la Ilustración española como la propia revolución liberal y burguesa española, fueron en general más moderadas o tímidas que las correspondientes a Francia o, incluso, a Inglaterra. Se ha afirmado autorizadamente[94] que los ilustrados

94 Y añade el autor al que cito que los ilustrados españoles buscaron un punto medio entre el casticismo tradicionalista y el pensamiento europeo más liberal, con idea que echó profundas raíces en España desde el erasmismo hasta los krausistas del siglo XIX y XX; aunque, prosigue, al final del siglo XVIII, el miedo a la revolución radical puso en cuestión los logros más avanzados de los propios ilustrados. *Vid.* García Cárcel, R., *Memoria de España,* cit., pp. 370 y 372. En lo religioso, durante la Ilustración, la aceptación del ateísmo fue minoritaria y hubo más bien nuevas formas de "deísmo". Kant propuso limitar la religión dentro de

españoles nunca fueron tan lejos como los filósofos franceses y no pusieron en tela de juicio ni el poder absoluto del monarca ni la religión. Eran anticlericales pero no antirreligiosos. De la Constitución de 1812 sabemos que acogió con énfasis la religión católica como religión oficial del Estado (art. 12) y que no abolió la esclavitud, pese a que la había abolido para sus colonias Francia en 1793 en la Convención Nacional y en el Reino Unido se había abolido en 1807 y lo mismo Simón Bolívar en las tierras que conquistó (Venezuela, primero) desde 1816. Cabe afirmar en desdoro del liberalismo español decimonónico que hubo muy pocas voces críticas con la persistencia de la esclavitud en territorio español[95] y que, donde el problema era política y económicamente más trascendente, por la existencia de unos 300.000 esclavos, que era en Cuba, la abolición no llegó hasta dos Decretos de Alfonso XII de 17 de febrero de 1880 y otro complementario de 1886, que venían a cumplir la promesa formulada a los rebeldes o patriotas cubanos por el general Martínez Campos en 1878, durante unas negociaciones de paz[96].

Recuerdo algunos hitos de la historia de ese Aragón nítidamente liberal. Bajo Carlos III, en Zaragoza cuajó y tuvo notable vitalidad, a diferencia de otros muchos lugares, como iniciativa propia de la Ilustración y con la ayuda del poderoso Conde de Aranda (aragonés), la idea de crear una Sociedad Económico Aragonesa de Amigos del País[97]. La buena y muy influyente obra de finales del siglo XVIII de Ignacio Jordán de Asso (éste prestigioso ilustrado aragonés) y Miguel de Manuel y Rodríguez, "Instituciones del Derecho civil de Castilla", con multitud de ediciones, varias posteriores a 1789, recordaba como algo muy injusto y equivalente a la esclavitud, al explicar el concepto de "nobleza", el poder de los señores laicos de vasallos aragoneses de matar al campesino de hambre, sed o frío, asunto que, antes ya denunciado crudamente por Melchor de Macanaz, ocupó como tema

los límites de la razón pura, con un deísmo que encontraba el valor esencial de la religión en los valores morales que engendraba. *Vid.* Artola, M., *Textos fundamentales,* cit., p. 377.

95 Una de las voces críticas con la esclavitud, acaso la primera en España, manifestada ya en 1802, fue la del joven ilustrado aragonés Isidoro de Antillón (1778-1814), quien al no llegar a discutirse en las Cortes de 1812 la abolición de la esclavitud, apoyó allí la propuesta más limitada de Argüelles de prohibir la trata de esclavos. Se ha sostenido por algunos que el propio Argüelles actuó en esto con tacticismo y que era también, en realidad, abolicionista. También cabe citar como abolicionista al sacerdote sevillano José María Blanco White, que en 1814 se había ido a Londres, donde se convirtió a la religión anglicana y creó el periódico liberal *El Español,* desde el que fustigó la esclavitud y el oscurantismo y ruindad de Fernando VII.

96 Para el territorio de la Península, donde la cuestión tenía menos importancia, con exclusión de Puerto Rico y Cuba, hubo una abolición de la esclavitud en 1837. En Puerto Rico hubo un proyecto de ley de abolición de 1872, que fracasó, y finalmente sí se aprobó y quedó vigente, tras la proclamación de la Primera República, la Ley de abolición de la esclavitud en Puerto Rico de 22 de marzo de 1873. *Vid.* sobre ello, Abós Santabárbara, *La historia,* cit., pp. 285 a 290, y 244 a 248.

97 Han advertido algunos, como Morales Arrizabalaga, J., que en el siglo XVIII una parte importante de la doctrina aragonesa ya era crítica con sus propios fueros y que veía con simpatía y como una modernización la creciente influencia castellana en esto. *Vid. La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711),* Diputación Provincial de Huesca, 1986, pp. 106 a 112 y 118. También, y aunque su propia explicación no le guste demasiado, Vicente y Guerrero, G., *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado,* 2014, pp. 319 a 331, y 329-330, en particular. Queda antes explicado que ya a finales del siglo XVI, sobre 1580, en Aragón el más riguroso foralismo político se había debilitado: *vid.* Colas Latorre y Salas Ausens, *Aragón en el siglo XVI,* cit., pp. 577 a 592.

importante, lógicamente, a muchos de los historiadores o juristas que estudiaron en el siglo XIX el Derecho aragonés histórico[98]. Cabría afirmar de estos estudiosos que cuanto más entusiasmo demuestran por las "libertades aragonesas" más soslayan o se desinteresan del duro y atrasado carácter estamental de la sociedad aragonesa del Antiguo Régimen (caso de Manuel Lasala y Ximénez de Ballo; o Braulio Foz; p. ej.); y lo contrario, tanto mayor énfasis ponen en el carácter estamental e injusto y cruel y atrasado de aquella sociedad, cuanto más explican las "libertades aragonesas" como privilegios estamentales de unas minorías y no de la generalidad de la población (p.e., Antonio de la Escosura y Hevia; Pedro José Pidal y Carniedo, Marqués de Pidal; Manuel Dánvila y Collado; Vicente de la Fuente; Francisco de Cárdenas Espejo; Eduardo Hinojosa y Naveros; Gumersindo de Azcárate; etc.). Joaquín Costa, que se desinteresó en su obra de todos los anteriores, fue un caso aparte. Proyectó escribir, sin alcanzar su redacción definitiva, el libro "Historia crítica de la Revolución española", que le terminó de completar y prologó, creo que muy benévolamente, en su edición de 1992 del Centro de Estudios Constitucionales, Alberto Gil Novales[99]. Por mi parte, sobre la obra más jurídica de Costa he concluido en ocasiones anteriores que defendió las fuentes del Derecho típicas del Antiguo Régimen y, en general, los residuos decimonónicos en el Pirineo de la sociedad estamental empobrecida; sociedad estamental que no llegó nunca a entender cabalmente, así como tampoco las claves profundas de la revolución burguesa. Ya vimos que Costa, que se presentó al Congreso de 1880-1881 con aureola o pretensiones de gran teórico del Derecho, no convenció en casi nada a los sensatos juristas allí asistentes.

Bajo los Sitios de Zaragoza (1808) frente al poderoso ejército napoleónico, es sabido que lucharon tenaz y heroicamente, juntos, conservadores y absolutistas con muchos liberales, destacando con frecuencia en heroísmo más estos que aquellos. El lúcido liberal que fue Benito Pérez Galdós, entre otros méritos más conocidos, describió con gran cariño por los liberales aragoneses la gesta de Los Sitios en sus "Episodios Nacionales"[100]. La persecución de liberales emprendida por Fernando VII alcanzó a liberales aragoneses muy destacados, como Isidoro de

98 La Ley 24, tit. 32, del Ordenamiento de Alcalá de 1348 dictado por el Rey Alfonso XI había establecido que ningún fijodalgo pudiera matar a un labrador que no se defendiese con armas, y que si lo hacía se le impusiese pena de multa de seis mil maravedís y dos años de expulsión del Reino o, si no podía pagar la multa de tal cuantía, pena de expulsión del Reino por cuatro años. Precisamente Asso y De Manuel publicaron en 1774 una edición con notas del Ordenamiento de Alcalá (consulto otra facsímil de 1992) y ponían nota al pie a esta norma mencionada, precisando que antes de esa norma no había, al parecer, fuero que impusiese pena a los hijosdalgo que matasen algún plebeyo o labrador. La diferencia entre los derechos de los señores o nobles castellanos y aragoneses queda patente. Los autores del libro elogiaban a Alfonso XI, entre otras razones, porque "contuvo a los Señores y Ricos hombres dentro de los límites de la debida moderación". "Debida moderación", como se ve, referida a mediados del siglo XIV.

99 Más dura la Presentación de Fatás Cabeza, G. de la reimpresión en 2011 del libro de Costa *Estudios ibéricos (1891-1895),* donde el autor, desde gran respeto y simpatía por nuestro personaje, no deja de mostrar el discutible y peculiar método del polígrafo, que buscó sin fruto por atajos alcanzar aportaciones importantes y abordó tarea excesiva para sus fuerzas.

100 Sobre ese tiempo histórico y las ideologías presentes en el mismo es muy clarificadora la monografía de Artola *Los afrancesados,* de 1989.

Antillón (diputado en Cádiz y víctima de un salvaje atentado y que murió cuando lo trasladaban, muy grave, a presidio para ejecutarlo) o como Alejandro Oliván y Joaquín Escriche, que tuvieron que exiliarse en Francia. Francisco de Goya, amigo de muchos liberales y afrancesados, partió para Burdeos en 1824 en tiempo de intensa represión contra los liberales, aun sin haberse significado con demasiada claridad en sus ideas. La ciudad de Zaragoza, y ello resultó decisivo para su éxito, fue una de las primeras (aunque luego todavía hubo allí un contragolpe de efecto provisional de los absolutistas) que apoyó el levantamiento constitucionalista de Rafael de Riego de 1820 frente a Fernando VII. Desde noviembre de 1820 Riego fue Capitán General de Aragón, donde se esforzó, en una Zaragoza con poderosas fuerzas conservadoras y serviles, por defender las ideas liberales mediante el impulso de "sociedades patrióticas" bajo la formal lealtad a Fernando VII. Tras la invasión de España por los Cien Mil Hijos de San Luis, y la derrota de la pequeña parte del Ejército que se les opuso, Riego fue públicamente ahorcado y decapitado en Madrid el 7 de noviembre de 1823, cuando ya se había iniciado en toda España una sañuda persecución de liberales y afrancesados (Década Ominosa)[101]. El 5 de marzo de 1838 Zaragoza rechazó con éxito un intento de las tropas carlistas de ocupar la ciudad, dándose un importante apoyo de la población a la guarnición militar, en ese momento un tanto disminuida. No se conoce ninguna crítica jurídica doctrinal aragonesa al Proyecto de García Goyena de 1851 que se proponía suprimir en un futuro Código civil todos los derechos forales. El General Baldomero Espartero, principal artífice de la victoria liberal en la primera guerra carlista, y que acabaría siendo Regente en un periodo confuso de nuestra Historia, gozó siempre en Zaragoza de una gran popularidad, hasta el punto de que, cuando fue desplazado del poder, en julio de 1843, por una sublevación encabezada entre otros por los generales Francisco Serrano y Ramón María Narváez, fue apoyado por Zaragoza hasta el último momento cuando, finalmente, tuvo que partir para el exilio. En ese momento era Alcalde de Zaragoza Luis Franco y López, acaso el mejor foralista aragonés del siglo XIX, que fue partidario de Espartero en su juventud y canovista en su etapa final. En fin, como he advertido en ocasiones anteriores, muchos de los asistentes al Congreso de 1880-1881 bien podrían haber sido nietos, o incluso hijos, de los que lucharon y vivieron los terribles días de los Sitios de Zaragoza de 1808 o de la sañuda persecución de liberales por Fernando VII durante la Década Ominosa (1823-1833). Por lo demás, juristas aragoneses como Joaquín Gil Berges o Marceliano Isabal, ambos republicanos federalistas y muy entusiastas del Derecho foral, acaso habrían perdido prestigio en 1880-1881 ante los restantes juristas aragoneses, por su notable protagonismo político en el radical Sexenio democrático (1868-1874) y por el innegable fracaso, con los

101 Sobre la cruel persecución de los afrancesados, que se inició ya desde el año 1808 y duró más allá del triunfante alzamiento de Riego de 1820, *vid. Los afrancesados,* de Artola, M., cit., pp. 215 a 234.

desastres y abusos del cantonalismo, de la Primera República[102]. Un poco antes de eso, Savall y Penén, en las últimas líneas del erudito y valioso Discurso Preliminar a su edición de 1866 de los Fueros y Observancias de Aragón, afirmaban, algo dolidos, que la legislación aragonesa "pocos la estudian y muchos la miran con soberano desdén, cual si fuese la de un pueblo semisalvaje". Pues acaso algo tuviera que ver ese concepto pesimista tan extendido entonces sobre el Derecho del Reino de Aragón, con la gran violencia político social habida en Aragón hasta el siglo XVI y con que sus nobles laicos hubieran sido durante muchos siglos "señores de horca y cuchillo".

V. EL MUY ARAGONESISTA APÉNDICE FORAL DE 1925.

El Apéndice foral de 1925, elaborado en la Comisión de Codificación por Antonio Maura, que realizó un anteproyecto en 1923 y con otros buenos juristas como De Diego y el aragonés Marceliano Isabal, fue mucho más aragonesista y más antiliberal que las peticiones del Congreso de 1880-1881. Rechazó o no incluyó, acaso porque ni las llegaron a conocer bien sus autores, la mayoría de las acertadas peticiones de supresión o reforma profunda del Derecho civil aragonés que el Congreso había formulado. Había faltado, aparte lo explicado sobre el libro de Costa, una publicación eficaz de las Conclusiones de 1881, aunque hubo una, dificilísima de encontrar, de un autor particular, D. Eduardo Naval y Schmit. Y en la interesante Introducción de su buen libro sobre Derecho aragonés de 1926, Isabal despachaba el Congreso de 1881, eludiendo recoger ni valorar sus Conclusiones, en pocas líneas, en las que solo aludía a la Conclusión sobre el capítulo preliminar del proyectado Código.

Pero el Apéndice dio un paso de gigante, frente a los Fueros y Observancias, aunque no en absoluto en coherencia ideológica liberal, pero sí en la técnica jurídica utilizada y en cuajar un verdadero sistema legal moderno. Temas decisivos, como la legítima o la sucesión intestada troncal o el régimen de comunidad de bienes y ganancias como régimen legal de la economía matrimonial, prácticamente ininteligibles en los Fueros y Observancias, quedaron bastante claros en su regulación de 1925; y se mejoró también la regulación de la viudedad foral y del estatus del menor mayor de 14 años, regulación la última inventada entonces y

102 Gil Berges e Isabal, a quienes los actuales foralistas aragoneses tienen gran admiración (más justificada la del segundo) pertenecieron a un partido que siempre sacó, durante el reinado de Amadeo de Saboya, pocos votos: ya en las elecciones constituyentes de 1869, en las de marzo de 1871, y en las de abril de 1872. Cuando ganaron los republicanos federales de su partido en las de mayo de 1873, con amplia mayoría, victoria que condujo a la proclamación de la República, en España se estaba ya iniciando el caos que se acentuaría desde entonces y la abstención, parecida a la del resto de España, fue en Aragón del 60%. El triunfo radical fue más aparente que real y pronto se demostraría en los hechos. *Vid.* sobre estas elecciones Martínez de Espronceda, G., *Los diputados aragoneses de La Gloriosa a la I República,* 1997, pp. 223 a 239. Una síntesis sobre el Sexenio revolucionario, sus muy progresistas aspiraciones y el claro fracaso del movimiento y de sus líderes, en García de Cortázar, F., en AA.VV., Director y autor de la Cuarta parte, *Memoria de España,* 2004, cit., pp. 467 a 474.

que aún permanece. En los capítulos matrimoniales se introdujeron, con acierto, dos normas, que no estaban claras en las fuentes históricas, como la exigencia en todo caso de escritura pública y la posible modificación postnupcial de los capítulos. Y temas que se habían apoyado hasta entonces en una brumosa base consuetudinaria, como los pactos sucesorios, el testamento mancomunado o la fiducia sucesoria, quedaron ya clara y bastante mejor regulados por ley. En cuanto a la intervención de los parientes en la vida familiar se reguló por ley en media docena de casos y se permitió pactarla, como era tradicional, en capítulos matrimoniales que pudieran contener pactos sucesorios (o sea, salvo la figura de una Junta de Parientes típica e introducida por ley en 1967, lo mismo en esencia que hoy tenemos). Y fue un gran acierto suprimir el consorcio o fideicomiso foral, atendiendo la petición unánime y muy racional de los congresistas de 1880-1881.

A pesar de ello fue injustamente acusado el Apéndice por muchos foralistas[103] de opresivo contra el aragonesismo[104] y de haber mutilado al Derecho aragonés sus "fuentes" propias (las defendidas, con error, según podemos saber hoy, por Costa)[105]. Delgado Echeverría llegó a calificar, con claro desacierto, al Apéndice de "magra, enteca y tardía respuesta" dada "desde Madrid" a los deseos de los aragoneses. Por mi parte, y tras De Castro, he considerado siempre, desde que lo estudié, al Apéndice como una ley, con defectos, pero inteligente y de mucho mérito, dada la deficiente y arcaica normativa histórica en latín muy degradado que el nuevo texto intentó y consiguió resumir y poner en castellano y con técnica moderna. Si resultó opresivo el Apéndice para alguien, lo fue para los juristas

103 Muchas críticas foralistas al Apéndice provienen de juristas modestos o incluso de algunos que repiten la consigna que les llega pero que no consta que lo hayan estudiado nunca. Además suele ignorarse la seria categoría como jurista de Antonio Maura y su obra publicada muy considerable, aunque de ideas sociales fuera muy conservador. En la sesión necrológica que se le dedicó el 25 de enero de 1926, intervino, entre otros, Felipe Clemente De Diego y Gutiérrez. Este autor, que glosó la calidad de jurista de Maura, explicó con gran admiración su papel decisivo en la elaboración del Apéndice de Aragón de 1925, y explicó, entre otras cosas, que el mejoramiento de la condición civil de la mujer casada era una preocupación muy importante del difunto. Con todo, el contenido del Apéndice nos muestra que en otras materias, como las sucesiones, Maura parece que aceptó muchas ideas anticuadas o arcaicas. *Vid. Sesión Necrológica en honor del Excmo. Sr. D. Antonio Maura y Montaner*, RAJL, Madrid, 1926, pp. 95 a 108. Maura fue también los últimos años de su vida (1913-1925) Director de la Real Academia Española de la lengua.

104 La idea tópica e infundada de que el Apéndice de 1925 fue una mala ley la sostiene también Roca Trías, E., apoyándose en una afirmación poco significativa y demasiado concisa de Lacruz (el Preámbulo de su Compilación de 1967, que seguro que Lacruz supervisó, se pronuncia dos veces con bastante respeto sobre el Apéndice, presentando con razón el nuevo texto legal como continuista) y en otra de De Castro, que deforma sustancialmente la opinión favorable a esa Ley del gran civilista. *Vid.* "La postcodificación civil", 2012, cit., p. 177.

105 El año de entrada en vigor del Apéndice de 1925, 1926, es el año en el que se publica el estimable libro, en este trabajo citado, de López de Haro, C., y este autor, un Registrador de la Propiedad estudioso y bastante buen conocedor de la historia de Aragón, nos muestra, cuando se refiere al "standum est chartae", que en ese momento no se había impuesto en la doctrina aragonesa el inventado concepto de Joaquín Costa del brocardo como un principio amplio de autonomía de la voluntad. López de Haro cita las opiniones de una decena de autores antiguos reflexionando siempre sobre el brocardo como norma de hermenéutica, norma que al autor se trasluce que no le convencía, restrictiva ya de los fueros o normas, ya de las cartas o documentos. *Vid.* su libro, pp. 416-417. Y lo explicado por López de Haro viene a coincidir con lo que mucho después, en 1981, escribiría Lalinde en su trabajo "Vida judicial y administrativa en el Aragón barroco", en *AHDE,* pp. 445 a 454. En ese trabajo el gran historiador se quejaba discretamente, con mucha razón, de que los civilistas foralistas no habían citado nunca sus aportaciones sobre el brocardo normativizado. Todavía hoy, casi tres décadas después, siguen sin hacerlo.

liberales aragoneses que quisieran en 1925 (presumiblemente muchos, como en 1881, aunque falten testimonios escritos de ello) modernizar su bastante arcaico Derecho y acercarse a la unificación del Derecho civil español[106].

Afirma Delgado en su Manual, desde su rechazo al Apéndice, que Isabal, federalista y republicano, escribió su buen manual de Derecho civil aragonés tradicional de 1926, presentado mediante un articulado, como para descargar su conciencia por haber colaborado con la política centralista a redactar en Madrid el Apéndice de 1925. Sin embargo, es fácil demostrar que esto no es cierto. En las páginas iniciales de su libro Isabal describe como muy confusa y socialmente insuficiente la situación de inseguridad jurídica que producía la vigencia de la vieja legislación foral; y afirma que solo una pequeña minoría de juristas aragoneses pretendían que la reforma legal se hiciera desde Aragón, explicando que allí era muy minoritaria la idea de un publicista español, como Pí y Margall, de que debiera haber parlamentos regionales además del nacional. Además, el libro va precedido de un prólogo de Maura muy elogioso hacia Isabal, en el que le reconoce entusiasmo por el Derecho aragonés y capacidad crítica sobre el mismo, y seguido de una carta de Isabal publicada en un periódico a la muerte de Maura, e incorporada al libro, al final, en la que Isabal elogia a Maura y explica, poniendo ejemplos de ello, que Maura era más foralista que centralista. Ambos juristas, que trabajaron juntos en edad ya avanzada de ambos y retirados ya de la política, es claro que tuvieron buena sintonía, lo que es entendible porque eran liberales con pensamiento social muy conservador y regionalista. En la Zaragoza de los años veinte había una gran crispación política con fuerte influencia del anarquismo, que incluso cometía atentados terroristas. Es lógico que el viejo republicano aragonés se sintiera políticamente cerca del también mayor político liberal conservador. Y ambos quedaron satisfechos de su obra legal. El Apéndice fue el primer desarrollo legal tras el Código civil español de un Derecho foral que, reflotando institutos forales históricamente hundidos o en trance de extinción o hundimiento (no

106 Sobre la cuestión véase mi libro sobre el "standum est chartae" de 2009, pp. 310 a 322. Donde cito también (p. 313, nota 363) un artículo que publiqué en la Revista *Ius Fugit* de 2007-2008, con una descripción de síntesis del Apéndice, que creo que es la única que existe, con tal carácter, en la doctrina. Este artículo de *Ius Fugit* lo ha citado de forma muy deformadora o sin reflejar bien mi pensamiento, Serrano García, quien afirma que elogio "encendidamente" el Apéndice como Código civil aragonés, y que señalo la "ahistórica visión" del legislador aragonés de 1999 a 2006. Lo que elogio, como se ve también en el texto del presente trabajo, es la técnica muy superior, moderna y codificadora, del Apéndice en comparación con la técnica muy rudimentaria y defectuosa, y escrita en latín degradado, de los Fueros y Observancias. Señalo un enorme progreso técnico y de seguridad jurídica. Pero critico, y esto tan importante se silencia, el carácter muy reaccionario de parte del contenido del Apéndice. Y la "visión ahistórica" del legislador de 1999 a 2006, y hoy del Código foral de 2011 completo, se puede ver bien en el Prólogo de este, que no cita nunca al Apéndice, y sí solo, y mucho, a la Compilación, siendo que las soluciones de esta están casi siempre tomadas del Apéndice y que ambos cuerpos legales contemplan las mismas instituciones y las mismas soluciones tradicionales y hasta, en casos, anacrónicas. Hay en el Prólogo del Código como un irrazonable olvido deliberado del Apéndice. Por cierto que Serrano García, al describir el contenido del Apéndice solo por enumeración de rótulos, y no por instituciones, dejará al lector del libro sin enterarse de lo que allí se reguló, que fue lo mismo que luego reguló la Compilación, aunque incluyendo ésta acertadas excepciones de aquél que hubieran merecido, respetando el Apéndice, mantenerse fuera del Derecho aragonés (fuentes del Derecho específicas o consorcio foral). *Vid. El Derecho civil aragonés,* cit., p. 177, nota 190, y p. 175.

suprimió ninguna de esas instituciones aragonesa arcaicas), inició un alejamiento de la sana y bien orientada aspiración liberal a la unificación de nuestro Derecho civil español.

VI. LA VALORACIÓN FAVORABLE Y DESCONFIADA DE F. DE CASTRO SOBRE EL CONGRESO DE ZARAGOZA DE 1946.

Cuando se convoca el Congreso Nacional de Derecho foral de Zaragoza de 1946, recién terminada la Segunda Guerra Mundial, el franquismo estaba en una etapa de relativa debilidad. A finales de 1946 los esfuerzos del Gobierno de la República en el exilio habían logrado que La Asamblea General de la ONU, el 12 de diciembre de 1946, condenara a Franco y recomendase la exclusión de la ONU de la España franquista a los organismos internacionales[107]. Por eso, creo que para el franquismo reunir un Congreso como el que se preparó, desde luego que controlado todo allí por políticos y gentes del régimen (*vid.* Decreto de 23 de mayo de 1947, siendo Ministro de Justicia en 1946 Iturmendi Bañales), pudo ser una operación para dar una cierta imagen liberal[108].

Las conclusiones del Congreso, en esencia, fueron el mantener a largo plazo la aspiración históricamente liberal al logro de un Código civil general para toda España, pero logrado a través de una etapa intermedia de estudio de los diversos derechos forales que permitiera conocerlos mejor, dado que, ciertamente, estaban entonces en un estado de extrema postración y desconocimiento. Se afirmaba que esta etapa de estudio permitiría descubrir un "sustrato nacional común" y, con esa base y tras una etapa de redacción y aprobación de unas "compilaciones", se celebraría, parece, un Congreso de juristas que permitiría la redacción de ese futuro Código Civil General.

Las conclusiones del Congreso fueron bien acogidas tanto por el régimen franquista como por la mayoría de los civilistas españoles, y entre ellos por De Castro. Ahora bien, De Castro consideró criticable el método que mayoritariamente se proponía, y que acabó prevaleciendo, de formar unas comisiones técnicas por territorios. Y argumentó que si las compilaciones se entregaban a especialistas de los diversos territorios se corría el "riesgo de que las comisiones tiendan a la exageración de las diferencias y de que se aumente artificialmente la diversidad jurídica". Y en fin, añadía De Castro, el sistema suponía una doble transición (de

107 *Vid.* Juliá, S., *Transición,* pp. 84 a 106, para los cambios internos en el régimen franquista, y pp. 105-106 y 118 a 120, para la invitación de la ONU a expulsar del Organismo a la España de Franco.

108 Como muy bien explicó Lasarte, C., el Congreso de 1946 tenía algo de "sucedáneo" de la discusión política subyacente de la cuestión territorial en España, que entonces no era posible. *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española,* 1980, Civitas, pp. 85-86. Iturmendi Bañales, A., presentó el 22 de enero de 1973 el tema de las Compilaciones forales como discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que lo publicó.

lo entonces actual a las futuras Compilaciones y de estas al Código general), lo que, por su complejidad, podría suponer inseguridad jurídica, lesión de intereses y posibles injusticias.

Por dichos temores, el profesor De Castro propuso otro método alternativo[109]. Estudio comparado de los Derechos forales por "comisiones de juristas" de todos los territorios (y atribuía la idea en nota al catalán Durán y Bas), que en base a ello redactarían proyectos de leyes generales sobre instituciones determinadas con efecto derogatorio tanto de los Derechos forales como del Código civil. Proponía utilizar (y en esto se acerca, en la letra, a algunas afirmaciones de Costa, como puede verse al inicio de mi libro de 2009) el mismo "rasero" para todas las instituciones, buscando las "intrínsecamente mejores y más adecuadas a la vida española"[110]. Y proponía también abandonar las ideas extrañas a nuestro Derecho nacional. Esto, debido a su exacerbado nacionalismo, me parece que era más discutible, contradictorio con su idea de la búsqueda de lo "intrínsecamente mejor" y, aunque eso en 1949 era impredecible, empobrecedor visto hoy, además, en el actual contexto europeísta y globalizado[111].

La propuesta doctrinal de De Castro, de haberse aceptado y llevado a cabo, hubiera podido conducir a un Código civil que sintetizara tradiciones diversas y que acogiera instituciones de los derechos forales acaso generalizadas para todo el territorio español, desplazando acaso otras de origen castellano. O sea, en teoría al menos, hubiera podido conducir a un Código civil español único y que satisficiera a todos. En todo caso, era una propuesta honesta, que presuponía que todos aceptaban las conclusiones del Congreso de 1946, votadas por la mayoría, de forma plena, cabal y sincera. Pero esto último acaso no era así del todo. Hay en Aragón un testimonio cualificado, y de persona que intervino en los trabajos de preparación de la Compilación de 1967[112], que ha afirmado, en 1999, que un

109 *Vid.* "La cuestión foral y el Derecho civil", cit., pp. 526 a 529.

110 Al iniciar su trabajo "La cuestión foral y el Derecho civil", insiste mucho De Castro en la necesidad de alejarse de las pasiones políticas y de recurrir en nuestro tema al método científico. La idea de la "validez intrínseca de las instituciones" la veo del mayor interés, porque creo que conlleva su relación con los contextos sociales e ideológicos, sin excluirlos. Sin formular así la idea, yo llegué a parecidas conclusiones en mi libro de 2009 sobre el "standum", pp. 304-305. Y al mismo planteamiento responde sin duda el libro de Lalinde, *Los Fueros de Aragón,* 1976, pp. 11-12.

111 Este interesante pensamiento de De Castro que describo en el texto sobre el Congreso de 1946 supongo que lo habrán señalado ya otros autores, pero yo no lo conocí hasta hace poco. Lo señalé ya en mi trabajo "Contra la sucesión legal troncal aragonesa", 2018, p. 1450.

112 Me refiero a Victor Fairén Guillén, aragonés ya fallecido en 2013 y que fuera muchos años catedrático de Derecho procesal en las universidades de Valencia y Autónoma de Madrid. Esa explicación la da con insistencia en un extenso prólogo de 38 páginas, firmado en 1999, a una reimpresión en el 2000 de la obra *"Instituciones de Derecho Civil aragonés"* de Franco y López y Guillén y Carabantes, cuya primera edición fue de 1841. Y lo curioso es que cita o incluye Fairén entre ese grupo de "jóvenes foralistas entusiastas", aparte de a él mismo, a mi maestro José Luis Lacruz, y a su amigo íntimo Jesús Bergua Camón. Concluye el autor afirmando que "los hechos posteriores nos han dado la razón". *Vid.* del Prólogo citado, las pp. 16, 20, 24, 34 y 36. De Jesús Delgado afirma que, por razones de edad, no llegó a conocer este hecho. Aunque la afirmación sobre mi maestro está puesta negro sobre blanco, me cuesta un tanto creerla. En la reseña que publicó Lacruz en el *Anuario de Derecho Civil* de 1948 da noticia de que un grupo de juristas catalanes se opuso a la idea de un Código general y único, pero explica que al final se logró, con esfuerzo, un consenso

grupo de jóvenes foralistas entusiastas, aunque "no todos, desde luego", siempre vieron la futura Compilación como una meta definitiva y no como una mera fase de transición hacia un final Código Civil General español, al que veían como algo impuesto e inaceptable. Así que la desconfianza de De Castro sobre regionalistas y nacionalistas acaso se quedó todavía algo corta.

En frases como esa del mismo *"rasero"*, probablemente pensaba Díez Picazo cuando afirmaba que De Castro no era, en rigor, un antiforalista. Ahora bien, el planteamiento del gran civilista era formalmente generoso, pero íntimamente, creo que estaba convencido, y también tiendo a pensar que con razón, en general, de que la tradición castellana era técnicamente superior, y mejor estudiada, a la de todos los demás derechos forales o de origen medieval en cuanto a la mayoría de las instituciones y a la calidad de los fueros y costumbres. Y tal superioridad técnica creía que existió al menos desde la doctrina castellana de los siglos XVI y XVII cuyos autores él citaba en sus libros con envidiable profusión, y desde las Partidas en adelante, con benéfica influencia también del Ordenamiento de Alcalá de 1348, en cuanto a la legislación y claridad, lograda con esfuerzo sostenido y con visión a largo plazo, de las fuentes normativas castellanas. La propuesta de De Castro, solo esbozada, quedaba pendiente de una difícil concreción en cuanto a los participantes de esas "comisiones de juristas". Y hubiera requerido, para llegar a buen puerto, una lealtad de todos a la unidad de la nación española además de una sólida formación civilista de los responsables. De otro modo, la tendencia disgregadora hubiera sido también factible por esa vía, como demuestra la experiencia recordada del Apéndice aragonés de 1925.

La idea un tanto aislacionista o ultranacionalista del Congreso de 1946 de que existiera o se buscara un "sustrato nacional común" del Derecho o derechos civiles españoles, pienso, sin embargo, que era un tanto vulnerable o podía dar lugar a equívocos. Y ello, porque las fronteras nacionales, y así las de la actual España, no son demasiado relevantes ante la compleja gestación del Derecho privado europeo, que tuvo fronteras, esencialmente, europeas, cuando además las naciones, entendidas en sentido moderno, no se habían formado todavía.

Por ejemplo, ya he advertido que nuestro civilista señaló con acierto en la Cataluña medieval una influencia "franca" y por razones políticas (y acaso remontaba su pensamiento, como sí hizo más claramente García Gallo, hasta Carlos Martell y Carlomagno). Sin embargo, tiendo a pensar, aunque seguramente me falta todavía estudio para asegurar mi juicio, por diversas lecturas realizadas, que lo "germánico" que pudiera llegar a Cataluña por influencia "franca", se debería diluir (o si no, acaso, delimitar frente a) en una influencia más general

con final aclamación sincera y rotunda de todos los participantes. *Vid.* "El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946", pp. 150 y 155.

del "droit coutumier" francés, de origen en parte nobiliario o feudal, del que nacen en Cataluña, pero también, con grados distintos, en Aragón, en Navarra, o en el País Vasco, instituciones "germánicas" (todas o solo algunas, según los territorios). Instituciones como, en el caso de Aragón, los pactos familiares de aspecto sucesorio en capítulos matrimoniales; la fiducia sucesoria; el testamento mancomunado, el consorcio o fideicomiso foral; la comunidad legal continuada; la sucesión legal troncal; o el retracto gentilicio o de abolorio. Lo "germánico" no entró solo en la Península a través del Derecho visigodo, romanizado pero solo en cierta medida. La unificación de nuestro Derecho nacional no se presenta acaso tan distinta a la que hizo el Código Napoleón en 1804, elogiado por De Castro, entre el "droit écrit" romanizado, predominante en el territorio francés del sur o "Midi", y el "droit coutumier", predominante más en el norte del territorio de lo que es la actual Francia, pero presente también, aunque estuvieran al sur de la actual Francia, en los Pirineos, y más "germánico" este segundo Derecho consuetudinario.

Joaquín Costa no acertó a señalar nunca esta importante influencia del "droit coutumier" y de sus pactos familiares en capitulaciones en el Pirineo aragonés y exageró en exceso la originalidad del Derecho aragonés histórico del Alto Aragón. Y eso se lo criticó, cargado de razón, Salvador Minguijón[113], al afirmar que el Derecho aragonés acaso había conservado mejor que otros pueblos, y tal vez perfeccionado, instituciones del Derecho germánico medieval, resistiendo la invasión avasalladora del Derecho romano, y que ahora (por 1933) "nos parecen originales o características del Derecho aragonés, instituciones que en otros tiempos fueron de observancia más general". La famosa "Casa" aragonesa que Costa nos descubrió a finales del siglo XIX, entonces cierto que apenas conocida entre los mismos juristas aragoneses, y en torno a la cual se articulaban consuetudinariamente y mediante pactos familiares muy antiguos y arraigados la totalidad de las relaciones familiares y sucesorias de la vieja familia campesina patriarcal o amplia, sabemos que existía igual en la vertiente francesa de los Pirineos. Fréderic Le Play había observado en 1856 una concreta familia campesina, la familia Mélouga, perdida en las montañas de Lavedan (en la antigua Occitania), que él consideraba prototípica y un símbolo o tipo perfecto de la tradicional "familia troncal" (famille souche). En un estupendo artículo sobre el "droit coutumier" pirenaico, publicado la primera vez en 1956, Paul Ourliac[114] aceptaba como conclusión de su jugosa descripción de las costumbres montañesas tradicionales francesas (con influencia patente en las costumbres aragonesas

113 *Vid.* del autor, *Historia del Derecho español,* cit., pp. 255-256.

114 *Vid.* del autor el trabajo "La famille pyrénéenne au Moyen Age", trabajo recogido en sus Études *D'Histoire du Droit médiéval,* 1979, pp. 170 a 176, y en la última página citada su afirmación recogida en el texto sobre la familia Mélouga. Muy ilustrativo también de lo que afirmo en el texto el trabajo de Ourliac en ese mismo libro, titulado "L'esprit du droit meridional", pp. 321 a 327. Más doctrina francesa en el mismo sentido he citado en mi trabajo sobre la sucesión troncal de 2018, que cito en la bibliografía.

"descubiertas" por Costa) que la familia Mélouga, familia troncal, era en efecto el modelo perfecto de una familia campesina pirenaica que vivía todavía en pleno siglo XIX bajo la ley medieval[115].

VII. UN CERTERO DIAGNÓSTICO DE F. DE CASTRO SOBRE EL FUTURO DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

El desarrollo de las compilaciones forales entre 1959 y 1973, en general, y en particular la Compilación aragonesa de 1967, confirmaron los temores de F. De Castro. Lo que predijo en 1949 se cumplió sustancialmente. Fue un diagnóstico y anuncio certero[116].

En Aragón la Compilación de 1967 que preparó durante siete años un Seminario dirigido por mi maestro el profesor Lacruz Berdejo, fue magnífica en cuanto a mejora de la sistemática del Apéndice de 1925, y del castellano y del lenguaje técnico empleados. Pero Lacruz, que era muy regionalista, realizó su labor entre los 40 y los 47 años de edad, estos últimos los que creo tenía en 1967, y sin haber alcanzado aún la plenitud de su madurez como gran jurista, en mi opinión, plenitud y categoría de gran jurista poco más adelante incuestionables y generalmente reconocidas. Lacruz, de ideas sociales bastante conservadoras (aunque no franquista: fue desde joven y toda su vida demócrata cristiano y bastante activo) no pudo o quiso impedir, por eso, que la Compilación de 1967 fuera muy continuista del Apéndice, que ya he señalado fue ley demasiado respetuosa de la familia patriarcal extensa campesina, y bastante conservadora del foralismo rancio, de inspiración medieval y tradicional. El Seminario dirigido

115 Más de mil antiguos capítulos matrimoniales con pactos sucesorios, y bastantes testamentos antiguos, de la zona española de los valles pirenaicos aragoneses los podemos conocer hoy gracias a la esforzada y sostenida labor investigadora de Manuel Gómez de Valenzuela, diplomático jubilado que se ha dedicado a recoger estos textos, de los siglos XV al XVII, en diversos archivos y que los ha publicado en una docena larga de libros entre los años 2002 y 2016, con financiación y en la colección de libros del Justicia de Aragón. Una aportación fundamental, entre otras razones, porque nunca aparece citado en esos documentos el pretendido principio tradicional del "standum est chartae", y porque, aunque los particulares del Pirineo hacían muy poco caso, por no decir ninguno, de los Fueros y Observancias al resolver sus incumbencias familiares y sucesorias, algún punto de contacto existía de esos capítulos matrimoniales tradicionales con las normas estatales del Reino de Aragón, como he comprobado yo en relación a la legítima. Cité algunos de esos primeros libros de este autor en mi obra sobre el "standum est chartae" de 2009, pp. 48 a 57. Me ha extrañado no ver ni mencionada esta importante aportación documental en el trabajo de Pérez Martín, A., de 2016 citado en la bibliografía, dado que este sabio autor es nuestra indiscutible primera autoridad en fuentes del Derecho histórico aragonés, y los capítulos matrimoniales y testamentos antiguos de la zona pirenaica no dejan de ser fuentes muy importantes del Derecho consuetudinario histórico aragonés. Nos enseñan mucho sobre el origen y hasta sobre el sentido de algunas de las instituciones más importantes del actual Derecho aragonés. El origen histórico de este no viene solo de fueros "francos", como, sobre todo, del de Jaca ("franco" para Pérez Martín; o de inspiración "burguesa", para Lalinde Abadía), sino del "droit coutumier".

116 Una explicación de síntesis sobre el Congreso de 1946 y la fase de las compilaciones con la que me identifico, porque muestra preocupación por la cuestión clave de la vertebración de la nación española, y que demuestra la gran madurez de su autor cuando la escribió, pese a su juventud entonces, es la de Lasarte, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española,* cit., pp. 82 a 88, y para las conclusiones del ensayo, pp. 149 a 157.

por mi maestro no acertó a distinguir lo que era o no anticuado tras la revolución burguesa, cuyos principios, pese al franquismo, sentaron los muros maestros de la sociedad española y organizaban ya, aunque sin libertad política, pero dando preferencia a la familia nuclear y a un concepto moderno de propiedad privada, la vida social y económica de la gente. Y con esta afirmación, entiéndase bien, no quiero afirmar que Lacruz, incluso en 1967, y lo mismo cabría afirmar de los otros foralistas aragoneses destacados, como Sancho Rebullida o Delgado Echeverría, no entendiesen bien lo que sea y significó la revolución burguesa, noción que todos ellos habían explicado con total claridad en otras ocasiones. Lo que meramente afirmo, es que, al intervenir en la redacción de la Compilación (Lacruz o Sancho Rebullida) o al juzgarla (los dos anteriores y Delgado, o Merino Hernández), no supieron o quisieron sacar de este básico concepto histórico de revolución burguesa, y a diferencia de los juristas aragoneses que votaron en el Congreso de 1880-1881, algunas de sus más lógicas consecuencias.

Tiendo a pensar, aunque la comprobación rigurosa de ello no la he realizado, que algo parecido sucedió en las otras regiones forales, donde la mayoría de los juristas bajo el franquismo no pidieron, ni desde sus obras doctrinales ni durante mucho tiempo desde un activismo político notable, la restauración de las ideas progresistas sobre la familia que recogió la malograda Constitución (CE) de 1931, y no sería riguroso atribuir a la defensa del foralismo en la dictadura, como algunos hacen, una aureola de progresismo[117]. Lo defendieron también muchos juristas franquistas acérrimos. Progresista pudo ser defender la descentralización del Estado o el autogobierno de ciertas regiones bajo la Dictadura, pero no defender cualquier contenido de los derechos civiles forales, por el mero hecho de serlo, frente a las mejores ideas propias del Derecho común de aquel tiempo en España o en otros países europeos. Pero esa aureola de progresismo de la defensa de cualquier contenido de Derecho foral debió existir, en una sociedad políticamente todavía bastante inculta y con hondo poso de antiliberalismo como la que dejó el franquismo. Porque el hecho es que la CE de 1978, que sí restableció los ideales igualitarios y progresistas para la familia nuclear de la CE de 1931, renunció, como ya se había hecho con poco acierto y dudosa coherencia en la CE de 1931 (arts. 15 y 16), al ideal liberal de la unificación del Derecho civil español (art. 148-1º-8º CE). Por lo demás, el abandono por la CE de 1931 del ideal liberal unificador del Derecho civil español no conozco que haya sido bien explicado por nadie. Dado que los principales juristas que acaso pudieron o debieron influir en una decisión tan trascendente no parece que fueran partidarios de esa supresión (así, Castán Tobeñas, que se mantuvo fiel a la República mientras esta no fue derrotada; o

117 Que las compilaciones las hicieron en todos los territorios forales personas políticamente muy conservadoras, lo ha afirmado o recordado Lasarte, C., cit., pg. 86. Para Aragón, Lalinde Abadía, J., señaló que el Derecho de la Compilación de 1967 era un Derecho erudito de juristas, algunos de los cuales habían tenido cargos políticos en el franquismo, y que difícilmente podían representar las aspiraciones populares. *Vid. Los fueros de Aragón,* 1976, pp. 13-14 y 148-149.

Demófilo de Buen; Felipe Sánchez Román; o Niceto Alcalá Zamora, que tuvieron que exiliarse, entre otros, tras la derrota de la República), me da la impresión que pudo ser un precio por las prisas con las que se hizo tal Constitución de 1931, para encajar en ella el Estatuto de Autonomía catalán, hecho apresuradamente y con anterioridad a la misma Constitución, con inspiración en el principio de autodeterminación y bajo la dirección del Presidente Francisco Maciá, que había declarado el Estado catalán desde el mismo 14 de abril de 1931. El tacto y el prestigio de Azaña (también, por cierto, jurista y Doctor en Derecho) influyeron en que ese anómalo y posterior encaje se hiciera posible[118].

La fase de las compilaciones y el Congreso de Zaragoza de 1946 no habían renunciado al ideal liberal unificador[119], y en ese sentido y en el de evitar la gran inseguridad jurídica en la que se habían movido hasta entonces los derechos forales, creo que la aportación del franquismo a la "cuestión foral" fue, en parte, positiva. Pero en parte también negativa, porque parece haber dejado, tras cuatro décadas de supresión de las libertades y la dura represión a, entre otros, los liberales y masones de los primeros años de la dictadura, acabando con o silenciando a muchos y forzando a otros al exilio, un poso de antiliberalismo y un oscurecimiento del ideal unificador genuinamente liberal. El error por eso parece estar, en mi opinión, vista la situación actual[120], en el art. 149-1-8º CE, en cuya aplicación es, para mí, evidente el fracaso del Tribunal Constitucional[121]. Cabría afirmar que el modelo de Derecho civil foral que ha prevalecido o que está prevaleciendo en la práctica es el amplísimo y bastante despegado de la rigurosa tradición histórica que representó en su momento la Compilación navarra de 1973,

118 *Vid.* Muñoz Machado, S., *El problema de la vertebración,* cit., pp. 287 a 312.

119 Como nos recuerda García Cantero, G., quien también suscribe el argumento, el maestro Castán Tobeñas, con tan gran influencia en el Congreso de Zaragoza de 1946 y en sus consecuencias, tenía muy claro que no se debía abandonar el ideal unificador del Derecho civil español. *Vid.* del primero *El maestro Castán,* 1998, pp. 129 a 134. En realidad, tiendo a pensar que el abandono de este ideal se hizo contra el criterio, más o menos explícito, de todos los grandes civilistas españoles del siglo XX, salvo acaso, el de la profesora Roca Trías. Y otra cosa es que, tras el cambio constitucional, casi todo el mundo diera por bueno el mismo o se resignase al nuevo marco normativo de la Carta Magna.

120 Un buen resumen (aunque omitiendo, me parece, la pérdida de calidad técnica que le acompaña) del desbordamiento por el Derecho civil autonómico o foral del marco constitucional y estatutario, con influencia de deficiente o blanda jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los políticos que han jugado a presionar a otros partidos para que retirasen recursos ante el TC, etc., en Roca Trías, E., "La postcodificación civil", cit, 2012, pp. 182 a 197, desbordamiento que entiende la autora que casi ha llevado a un sistema de competencias legislativas regionalista y más amplio, como el que hubo en la Constitución de 1931. Ignacio Durán Martín, autor de una estimable tesis doctoral, ha defendido una inspiración basada en el sistema no asimétrico de la CE de 1931, como la idea, nada convincente, hacia la que se debería tender. *Vid. La España asimétrica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 470 a 474. Es curioso, y significativo de los tiempos que corren, que entre la amplia doctrina civilista que utiliza este libro, no se cite a De Castro. Aunque este autor no escribiera sobre nuestra Constitución tiene mucho que enseñarnos sobre los derechos forales.

121 Según Fusi, J.P., el franquismo provocó graves distorsiones en la comprensión del pasado español, robusteciendo a los nacionalismos catalán y vasco, y fue tras el franquismo cuando cobró fuerza la noción viciosa y discutible de "nación de naciones". *Vid. España. La evolución de la identidad,* cit., pp. 30 y ss. Y Díez Picazo y Gullón, en las últimas ediciones de su prestigioso manual, han señalado la aparente paradoja de que un régimen autoritario y muy centralista, como el franquismo, diera nuevo impulso a los derechos forales.

dictada directamente por el General Franco, y que hay que recordar a los civilistas y juristas jóvenes que fue redactada por buenos juristas navarros muy foralistas, pero todos o casi todos católicos muy conservadores políticamente y muchos de ellos incluso fervientes franquistas. Gente, en fin, escasamente entusiasta de la CE de 1978 ni de la democracia, lo que no deja de resultar hoy algo paradójico.

Suele olvidarse al valorar o aplicar este oscuro precepto del artículo 149-1º-8º de la CE que mientras en la Constitución de 1931 el Estado tenía serios mecanismos para reducir, con actuación conjunta del Congreso y del Tribunal Constitucional (arts. 19 a 22 y 125), los excesos de reconocimiento de competencias o leyes autonómicas, en nuestra CE actual toda competencia transferida o reconocida es ya totalmente irrecuperable para el Estado central, salvo que se diera una reforma, de obvia dificultad, de la propia CE.

La CE de 1978 otorgó generosamente a los nacionalismos periféricos una confianza en su lealtad que podemos dar ya hoy por demostrado que ha faltado en la realidad. Y la actual arrogante deslealtad con España de los nacionalismos catalán y vasco hace al menos inoportuna la alusión al federalismo como vía de vertebración de nuestra nación, cierto que sin duda nación plural y diversa. Debería el art. 149-1-8º CE reconsiderarse, en mi opinión, si se pudiera reformar la CE. Por ejemplo y sobre todo, restituyendo la aspiración liberal a la unificación del Derecho civil; y limitando más y con claridad la competencia legislativa en esto de las Autonomías "forales" o excluyendo, del mismo modo y con mayor rotundidad aún que en la actual CE, la de las no "forales".

Por lo demás, la crítica que hizo a las (entonces futuras) comisiones de foralistas de cada territorio foral De Castro en 1949, cabe en cierta medida extenderla, *mutatis mutandis*, tras la vigencia de la CE, a la actuación de los parlamentos autonómicos (con comisiones "técnicas" tras ellos) de las Autonomías al abordar sus Derechos forales tratados, casi siempre, con recurso o tendencia a la amplia expansión disgregadora. Así, al menos, al comprobar el (poco satisfactorio, en mi opinión) contenido del Código Foral de Aragón de 2011, elaborado en su mayor parte, y sin que hubiese demanda social significativa para la reforma legal[122], por una Comisión supuestamente solo técnica y presidida por el profesor Delgado Echeverría.

122 Se hicieron dos encuestas previas sobre la reforma legal que se proyectaba a los notarios y a los registradores de la propiedad aragoneses y, aparte de que hubo mínimo interés en responder a las encuestas, mucho de lo que votaron estos profesionales iba en dirección contraria de lo que luego estableció la Comisión redactora de los anteproyectos de ley, anteproyectos que nunca se retocaron ya en las Cortes. Los políticos no saben casi nada de Derecho civil. Y los juristas que elaboraron la reforma legal se sintieron, por lo visto, guardianes de las esencias aragonesistas y foralistas. *Vid.* sobre esas encuestas mi libro sobre el "standum est chartae", cit., pp. 334-335.

Desde luego, en este trabajo sobre el pensamiento del profesor De Castro y su incidencia, lo que cabe afirmar (s.e.u.o.) es que ningún foralista aragonés ha polemizado con él nunca a fondo y desde criterios académicos rigurosos. Y en particular no polemizó con él desde tales criterios el profesor Lacruz[123], ni el profesor Delgado[124], ni Merino Hernández, éste habitualmente muy despreocupado de la historia del Derecho aragonés, ni, más recientemente, el profesor Serrano García[125], a pesar de haber escrito una monografía en defensa del Derecho aragonés de 582 páginas. En esta monografía Serrano García expresa su foralismo con mucha, y acaso excesiva e insuficientemente justificada,

123 Lo afirmé ya en mi trabajo "Contra la sucesión legal troncal", 2018, pp. 1449-1450.

124 *Vid.* la valoración que hago de la evolución durante cuatro décadas del pensamiento del profesor Delgado en mi trabajo "Contra la sucesión legal troncal aragonesa", 2018, pg. 1452.

125 Serrano García, J.A., cita una docena de veces en nota a pie de página a De Castro, pero nunca recoge de verdad su complejo pensamiento para considerarlo o discutirlo. Hubiera tenido que recoger su pensamiento sobre los Decretos de Nueva Planta; o sobre los Derechos supletorios de los Derechos forales; o sobre la jurisprudencia del siglo XIX; o sobre el Congreso de Zaragoza de 1946; etc. *Vid. El Derecho civil aragonés*, cit., *in totum*. Una carencia muy llamativa de este libro es también que no cite (pp. 135 a 137) el libro fundamental de Alonso Martínez, *El Código civil en sus relaciones con los Derechos forales,* de 1884-1885. Un resumen muy apretado de mis críticas a la actual política legislativa y al Código foral lo recoge el autor en las pp. 518 a 521, aunque con alguna carencia y con un error importante. La carencia, que propongo en mis trabajos de 2009 y 2014 más supresiones legales de las que recoge (por ejemplo, propongo la del derecho expectante de viudedad; o la de mayoría de edad por matrimonio). Y el error importante, que comparte con la profesora Carmen Bayod, el de que con mis ideas sobre el "standum est chartae", contradiría el pensamiento del maestro Lacruz. Todo lo contrario, dado que el Código foral (art. 3) se ha apartado del pensamiento del maestro, yo insisto en una interpretación legal muy forzada para volver a la idea de Lacruz, en 1988, y de otros varios juristas de prestigio (Díez Picazo y Gullón; y García Cantero, al menos) que sostuvieron que, después de 1967, el Código civil podía ser imperativo en Aragón aplicándose como supletorio del aragonés. *Vid.* sobre mi pensamiento mi libro de 2009, pp. 125 a 137. Y del mismo libro, para el pensamiento de Lacruz en 1988 rectamente entendido, que no ampara la (posterior a su fallecimiento) actual regla del art. 3 CF, *vid.*, entre otras, pp. 78 a 80, y nota 95, y pp. 107-108. Y consultando directamente a Lacruz, véase su comentario al art. 3 de la Compilación de 1967, en los "Comentarios" a la misma dirigidos por él, 1988, pp. 271-172; y también pp. 261-262, 274 a 278, 291, y 296 a 298. Allí Lacruz explicó cómo tradicionalmente ha habido materias civiles sustraídas al ámbito del brocardo o principio y llega a citar ejemplos de preceptos de esas materias (forma e interpretación de los negocios; filiación; adopción; alimentos entre parientes; prohibición de sustituciones fideicomisarias, etc), en los que el Derecho civil español tendría valor imperativo también en Aragón y actuando como supletorio. Ejemplos que utilicé yo, con otros ejemplos más, en mi libro de 2009, y ejemplos que demuestran que no leyeron con suficiente atención a Lacruz, ni le citaron, los hermanos Bandrés Sánchez Cruzat y Merino, ni, luego, los autores de la redacción del art. 3 del Código foral y quienes después, con Jesús Delgado (además de Serrano y Carmen Bayod), han defendido la aplicación literal del artículo 3 del CF, invocando sin razón, como se ve, la autoridad del maestro Lacruz y de la Compilación de 1967. La opinión mencionada de Carmen Bayod está en un artículo sobre el "standum est chartae" publicado en la *Revista de Derecho Civil Aragonés*, de 2019, pp. 91 a 128. Alonso Pérez, Mariano, aunque en consideración muy genérica, ha roto una lanza por mi explicación del brocardo normativizado y contra la explicación costista del mismo. *Vid. La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico,* en el t. 2º de *Tratado de Derecho civil* dirigido por Joaquín Rams, 2014, pp. 307-308. La idea del "standum est chartae", tal y como la recoge hoy el Código foral, viene de una invención arbitraria y frívola de Costa de 1879, que durante casi 90 años, como aspiración política a convertirse en un principio legal, fracasó: tanto en el Congreso de 1880-1881 (sus conclusiones tenían una alusión que más era un rechazo que una aceptación) como en la realización del Apéndice de 1925. Las críticas al brocardo normativizado me las imputan algunos como si fueran solo mías frente a una pretendida opinión casi unánime. En realidad, todos los historiadores del Derecho aragonés (S. Minguijón; J. Lalinde; J. Morales Arrizabalaga; A. Pérez Martín) o personas con cultura jurídica seria (J. Moneva) nunca han tomado en serio ni seguido la teorización de Costa. El brocardo se trocó en principio legal en 1967, pero ello tiene en contra o fue desaconsejado por las valiosas opiniones de Antonio Maura; de F. De Castro; de Lalinde; de Alonso Pérez; y en cierta medida del magistrado Cazcarro Pérez. Además de por mi opinión, en una monografía de 2009 que ningún foralista ha discutido a fondo. La aplastante mayoría de los actuales juristas aragoneses teóricos y prácticos no han publicado nada sobre el "standum", así que no creo que exista una clara "opinión común". A los foralistas les suele mover la ideología más que la afición al difícil estudio histórico del Derecho.

rotundidad[126]. Todo ello muestra pues que, como afirmó Bartolomé Clavero y he recordado yo en varias ocasiones, el foralismo aragonés (Clavero lo afirmó de todos los Derechos forales) permanece en un "dorado aislamiento".

En otras ocasiones anteriores[127] he explicado las razones por las que cabe criticar el llamado Código foral (más bien un Texto Refundido) de Aragón de 2011, que mantiene todo su contenido reaccionario tradicional, lo que fue progresivamente más grave en 2011, que en 1967 o en 1925. Solo desde razones ideológicas discutibles se puede aceptar que se mantengan, contra la marcha de la Historia, instituciones como la sucesión legal troncal, el consorcio o fideicomiso foral, o el derecho de abolorio, o el derecho expectante de viudedad, etc. Supone ello un declive en la técnica jurídica y de la idea del sistema u organicidad tanto ideológicos (conviven las ideologías medievales momificadas con ideas de radical individualismo burgués, sobre todo considerada la aplicabilidad en Aragón del Derecho supletorio del Código civil español) como técnicos, por el mal o mejorable engarce de los institutos entre sí, y por el declive en el uso del castellano respecto del excelente que había usado la Compilación de 1967. Esta última se había adaptado antes a la CE, por fortuna, en una Ley aragonesa de 16 de mayo de 1985. Además se ha extendido mucho (cuadruplicado, al menos) este Código foral sin tener ideas nuevas de entidad relacionables con la tradición jurídica aragonesa, por el sistema de incorporar partes y preceptos del Código civil español, copiado por el legislador aragonés con pequeñas modificaciones. Esta copia en masa de artículos del Código civil contradijo una sensata jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la desaconsejaba (arg. STC del Pleno 150/1998, de 2 de julio, FJ núm. 4, RTC 1998, 150; y las otras SSTC previas allí citadas, que abarcan casi dos décadas). En ocasiones en las que se han introducido reformas radicales de alguna materia, como en legados, la legítima o la fiducia sucesoria, se ha empeorado claramente la regulación del Código español o de la Compilación de 1967. El vigente Código foral está además muy ideologizado, lo que perjudica su técnica, como he explicado en ocasiones anteriores, porque a veces tiende a relajar los controles o a exagerar las facultades del titular de

126 El libro, salvo en materia de fuentes del Derecho aragonés, donde busca el sólido cobijo de explicaciones del profesor Pérez Martín y de algún trabajo de Delgado, se desinteresa ampliamente de la historia del Derecho aragonés y creo que no elige bien, en general, las autoridades citadas. No se interesa apenas por el pensamiento de Joaquín Costa, que tanta huella (más bien nociva) dejó en el Derecho civil aragonés actual. Califica, sin dar razón alguna, de "mediocre" (p. 153) al Apéndice foral, pero el autor no ha trabajado nunca, que yo sepa, en 40 años, sobre este cuerpo legal y en su libro no llega a explicar con claridad ni qué instituciones aragonesas reguló. A mí solo me cita dos veces, y las dos veces señalando mis ideas, que presenta como solo mías y todas rechazables, pero sin recoger, ni aun muy resumidos, mis argumentos. El libro es mejorable en bastantes aspectos y no es lo que se espera metodológicamente de un consumado especialista en Derecho aragonés, como lo es el profesor Serrano.

127 *Vid.* "La codificación del Derecho civil aragonés y el Código de Derecho Foral de Aragón de 2011", *AHDE*, 2012, pp. 201 a 235. Y también "Una reflexión sobre el llamado Código de Derecho Foral de Aragón de 2011", en el Libro Homenaje a Miquel González, t. 2º, 2014, pp. 2043 a 2087. Roca Trías, E., en cambio, en mi opinión mal informada sobre el contenido del llamado Código foral aragonés, lo presenta en su trabajo de 2012 ya citado como un fenómeno muy interesante y que habría supuesto una importante innovación y profundización del Derecho civil vigente que teníamos en 1999, al inicio de la reforma legal.

un derecho o institución muy venerados, pero en perjuicio inevitable de otras personas; o porque ofrece regulaciones muy prolijas de instituciones que no se aplican prácticamente nada, como ocurre con los pactos sucesorios[128]. Creo que, aun habiendo sido él muy regionalista, para nada responde el actual Código foral de 2011 a lo que le gustaba al maestro Lacruz. Él había elogiado a García Goyena y otros juristas castellanos decimonónicos y al Código civil, recogiendo la opinión de De Castro; había propugnado en su manual en 1982 una interpretación moderada e historicista del art. 149-1º, 8º CE; y se había sentido siempre satisfecho de la brevedad y concisión y alto nivel técnico de la Compilación de 1967; sin que nunca pusiera por escrito, según creo, que se hubieran sentido presionados por el poder político de la época los que, bajo su dirección, elaboraron esa ley de Derecho aragonés de 1967. Es curioso que Lacruz Berdejo[129] nos había prevenido incluso a los aragoneses respecto de la Compilación de 1967 contra *los entusiastas de la reforma a todo trapo, del "cambio por el cambio"* . Hablé con él bastante del futuro del Derecho aragonés y creo que nunca, ni por asomo, había pasado por su cabeza que "su" Compilación pudiera en breve tiempo ser sustituida del todo por otras diversas (y peores en general, en mi opinión) leyes.

En suma, lo realizado por el joven profesor Lacruz para preparar la Compilación de 1967 y luego en los trabajos preparatorios de la Ley de 16 de mayo de 1985; lo mismo que lo realizado por el notario Merino Hernández para adaptar, sobre un trabajo de otros ya casi terminado, esa Compilación de 1967 a la Constitución en la Ley aragonesa de 16 de mayo de 1985; y también lo realizado por el veterano profesor Delgado, al frente de una Comisión técnica, para preparar el llamado Código foral de 2011, bien merecería, aunque con grados diferentes según los casos, la amistosa reconvención que Alonso Martínez formuló en la fase de elaboración del Código civil a Franco y López, acaso el mejor político y foralista aragonés del siglo XIX, indicándole que no confundiera las llamadas libertades aragonesas estamentales y medievales con el concepto moderno de libertad que surgió de la Revolución francesa de 1789[130]. Y aún cabría añadir que los tres civilistas

128 La Compilación de 1967 dedicó 11 artículos a los pactos sucesorios, mientras que el vigente Código foral les dedica 28 artículos. En una conferencia impartida en Zaragoza el 4 de noviembre de 2019, en el Foro de Derecho Aragonés, por el notario de Huesca Javier José Palazón Valentín aportó éste los datos sobre el número de pactos sucesorios que se hacen al año en Aragón y fijó la cifra entre 80 y 90, cifra que se mantiene estable desde hace mucho tiempo, lo que representa un pacto sucesorio por cada 140 testamentos. Y además explicó que existen un par de notarios entusiastas de la figura del pacto sucesorio, que al parecer actúan como verdaderos propagandistas del mismo. Acaso la mejor regulación de la institución que ha habido en Aragón fue la del Apéndice de 1925, que en su artículo 34 autorizaba la sucesión hereditaria "por contrato, señaladamente por capitulaciones matrimoniales" (o sea: autonomía de la voluntad y seguir la tradición, mientras pudiera durar, que iba a ser poco).

129 Recogí ese testimonio en mi libro sobre el "standum est chartae" de 2009, pg. 324.

130 *Vid. El Código civil en sus relaciones,* t. 1º, cit., pp. 125-126. Esta idea, que debiera parecernos obvia, no era tan fácil de encontrar en el siglo XIX. Insistió mucho en ella, en 1926, López de Haro, C., en su citado libro *La constitución y las libertades,* cit., pp. 493 y ss. ó 378-379; etc. La profesora Roca Trías E., defendió, en su citado trabajo de 2012 (pp. 197-198) que en la Ley de Bases de 1888 no hubo sino componendas políticas faltas de rigor y claridad, y que allí se dejó un embrión de federalismo. Ve con naturalidad que haya tres códigos civiles forales (el catalán, el aragonés y el navarro) y que a ello o a más conduciría un, en

mencionados nunca explicaron a sus lectores (s.e.u.o.) que la sociedad aragonesa del Antiguo Régimen fue una sociedad estamental atrasada respecto de Europa y de Castilla, en la que los señores laicos de vasallos pudieron en casos matar a esos vasallos hasta que se lo impidió, parece, en 1593, Felipe II. Aludo a grados en la posible confusión entre la libertad moderna y las libertades estamentales, porque la parcial confusión de Franco y López no fue rara en los juristas del siglo XIX y es más comprensible (distinguir en la sociedad en la que vivimos lo que va a ser nuevo de lo que quedará antiguo es difícil)[131], pero esa misma confusión resulta más difícil de entender sin alguna dosis de deformación ideológica de la realidad, para juristas del siglo XX que sin duda dan por descontado que la sociedad estamental fue suprimida el siglo anterior, pero prescinden al razonar, a veces, de este dato básico y esencial. Resulta curioso, al formular esta crítica, recordar que el Diccionario de la Lengua Española al explicar el término "estamento" pone el ejemplo de las Cortes de la Corona de Aragón, se supone que entendiéndolo como paradigmático de las viejas cortes del Antiguo Régimen. Y es curioso que algunos foralistas aragoneses muestran hoy prisas por sustituir el muy reformado ya Código civil español de 1889, invocando los cambios sociales ocurridos en nuestra sociedad desde esa fecha, y sin embargo son partidarios de mantener intactas instituciones aragonesas genuinamente medievales o feudales.

Estos años en que he escrito el presente trabajo (2019 y 2020), la maquinaria del Estado ha estado parada cuatro meses porque el Gobierno vasco se solidarizaba con el Gobierno catalán en rebelión desde septiembre-octubre de 2017, impidiendo aprobar los Presupuestos; y en otra etapa del 28 de abril al 10

su opinión, futuro y deseable federalismo. Veo discutible y algo ahistórica esa opinión. Leyendo a Alonso Martínez se ve bien que era persona de gran sagacidad, como ha afirmado Carlos Lasarte, y que estaba convencido de que los Derechos forales terminarían o se reducirían pronto por su carácter en gran parte anticuado. Difícilmente superable me parece la explicación sobre la valía y capacidad de Alonso Martínez realizada por José Luis De Los Mozos, por cierto, que citando reiteradamente a De Castro, en el prólogo de la obra colectiva de 1991 *Manuel Alonso Martínez, vida y obra,* pp. XI a XXII. Este autor llegó a afirmar que todavía no se ha hecho cabal justicia a Alonso Martínez ni al Código civil, su obra más preciada. Muy valiosas también las aportaciones en este libro colectivo de Carlos Rogel (destacaría la que dedica al padre del Código civil como abogado: pp. 95 a 134) y la de Carlos Vattier en el capítulo sobre la Codificación y la ciencia española del Derecho civil en el siglo XIX (pp. 453 a 544), trabajo este muy bien informado y con el valor de una auténtica monografía. Ambos autores coordinaron este importante y necesario libro. La obra de Alonso Martínez refleja abundantes lecturas de historia del Derecho y de filosofía del Derecho, aunque no deja de responder a las sólidas ideas burguesas (sobre la potestad marital, p.ej.) de su tiempo, con escasa sensibilidad social.

131 La cuestión conecta con la llamativa discrepancia entre el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812, que elogia las "libertades" medievales, entre ellas las aragonesas, y el texto normativo de esa Constitución, basado en principios revolucionarios. El Discurso Preliminar se atribuye a Argüelles, quien pudo redactarlo así en parte por táctica, pero lo cierto es que algunos ilustrados o liberales decimonónicos, como Jovellanos ó Martínez Marina, parece que veían los nuevos principios, con visión ingenua y mitificadora de lo medieval, como mera reforma o continuación de esas "libertades" medievales. *Vid.* Tomas y Valiente, F., *Manual de historia.,* cit., pp. 438-440. En fin, el Discurso Preliminar de Argüelles utiliza el concepto de "libertad civil", que gustó mucho a Joaquín Costa y lo utilizó, y tras él todo el foralismo, como si fuera un concepto muy antiguo y caracterizador del Antiguo Régimen. Ello supone un claro anacronismo. El concepto viene de la Ilustración, como nos muestra Artola, M., con citas y resumen de ideas de la Enciclopedia francesa (1751-1765) y de Rousseau. *Vid. Europa,* cit., p. 322. Rousseau había considerado la libertad civil, en sentido muy amplio, con contenidos de Derecho privado y público, y libertad que el hombre adquiría, por el "contrato social", al perder la libertad "natural". *Vid. El contrato social,* EDAF, Madrid, 1979, p. 45.

de noviembre de 2019 el Estado ha estado sin presupuestos y con Gobierno en funciones, y con bloqueo político difícil de superar, lo que solo se ha logrado con un Gobierno débil y peculiar el 7 de enero de 2020, y en el contexto preocupante de una cierta crisis de la UE. Los presidentes de las CCAA catalana y vasca han coincidido en protestar (con más énfasis el de Cataluña), alegando invasión de competencias autonómicas, frente al Decreto 643/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma dictado muy razonablemente por el Gobierno español del Presidente Sánchez frente a la pandemia del "coronavirus" o Covid-19.

En este difícil contexto político y social resulta especialmente lúcida la manera en que explicó De Castro[132] que la disparidad jurídica, dado el "carácter extremoso" del pueblo español, conllevaba peligro para la unidad nacional, y que las manipulaciones del separatismo intentarían, pese a su falta de base histórica seria, separar a los españoles resucitando las tachas de extranjería[133]. Acertó el civilista al explicar que las causas de la defensa de los Derechos forales y de los separatismos seducirían a personas que van desde los más revolucionarios al conservadurismo más extremo. Acaso en los ataques que está sufriendo nuestra nación y a la vez, por el mal funcionamiento del Estado en la producción y homogeneización del Derecho civil, podamos encontrar los españoles la ocasión, en tiempos convulsos y movedizos en todo el mundo, para reconducir, con el adecuado giro, más o menos brusco, y si se consiguiera llegar a reformar con acierto la CE, simultáneamente ambos problemas. Al menos, habrá que resistir, para empezar, las fuertes presiones disgregadoras que España está sufriendo, tras ya cuatro décadas de democracia. Las fuerzas disgregadoras de nuestra Nación se muestran crecientes y con mucha determinación, algunas incluso fanatizadas, y no cabe ya que los representantes de la mayoría sensata de los españoles sigan discutiendo si tales fuerzas son galgos o son podencos. Tras tres décadas de apacible democracia y "concordia", si aceptamos una terminología muy del gusto de Julián Marías, la política se está deslizando los últimos años hacia la "discordia", lo que era visto por aquel autor como la antesala del enfrentamiento civil. Si se concibió el Estado de las Autonomías para encauzar y atemperar las tensiones territoriales, este marco constitucional lo que ha conseguido es exacerbarlas. Necesitamos hoy, como en el viraje de 1812, juristas con cultura histórica y políticos estadistas capaces de defender y de hacer progresar nuestra libertad y nuestra igualdad. Y hoy contamos con el respaldo del marco de la UE, aun debilitada o dubitativa, y con la fuerza del Estado que entonces, tras elaborarse la CE de 1812, al principio

132 *Vid.* "La cuestión foral y el Derecho civil", cit., p. 521.

133 Juliá, S., recuerda que tanto la izquierda española llegado el momento de pactar la vigente Constitución, como los principales dirigentes nacionalistas, Javier Arzalluz y Jordi Pujol, fueron en 1978 muy claros al rechazar toda idea de autodeterminación y se comprometieron a ser leales a la Constitución. *Vid. Transición,* cit., pp. 489 a 492 y 494-495. Fueron los dos últimos, con el tiempo, desleales con una España generosa, como hoy podemos fácilmente comprobar.

al menos, faltó a los españoles, y con una población más culta (o menos inculta) que entonces.

Un hecho esperanzador, dentro del oscuro panorama, es que el Tribunal Constitucional haya frenado hace pocos años en seco el desarrollo de un Derecho foral valenciano que a muchos nos pareció siempre claramente inconstitucional. Véanse sobre ello, las SSTC 82/2016, 28 de abril; 110/2016, 9 junio; y 192/2016, 16 noviembre[134].

Sin embargo, ha supuesto un giro importante a favor de una amplísima concepción del Derecho civil catalán la STC 132 /2019, de 13 de noviembre (RTC 2019, 132), que no ha considerado inconstitucional la Ley catalana 3/2017, de 15 de febrero, que había regulado contratos como la compraventa, la permuta, el mandato y la gestión de negocios ajenos[135]. La STC tuvo cinco votos particulares discrepantes (o cuatro, pero uno firmado por dos magistrados). Se trata de una Sentencia difícil de aceptar y que parece, en principio, que es claramente contraria al art. 149-1-8º CE, como razonaron los cuatro votos particulares de cinco magistrados. Díez Picazo y Gullón han defendido, invocando la autoridad de Alonso Martínez, que los derechos forales no deberían romper la idea de un único orden público económico español. Hago mía también la afirmación, citada en este trabajo, de José Antonio Escudero, de que es lamentable que muchos (incluso desde el TC, añado) confundan toda ampliación de competencias de una Autonomía con una "profundización de la democracia". Aunque la STC 132/2019 tiene los votos de la mayoría de los magistrados del TC, acaso se pueda ver en esta importante Sentencia una especial influencia de la magistrada Encarna

134 Las tres sentencias del TC citadas en el texto han declarado inconstitucionales las leyes valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano; 5/2012, de 15 de octubre, sobre uniones de hecho formalizadas; y 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos y las hijas cuyos progenitores no conviven. Las competencias en materia civil de la Comunidad valenciana, vuelven por tanto a la doctrina de la STC 121/1992, de 28 de septiembre, sobre arrendamientos históricos valencianos, que las había limitado a aquellas materias que, al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, estuvieren reguladas por una costumbre probada y vigente en su ámbito territorial. *Vid.* sobre la materia las cuidadosas y convincentes argumentaciones de De Verda y Beamonte, J. R., quien, con importante aportación de doctrina civilista, aprueba la doctrina sentada por el TC y rebate los argumentos de los votos particulares que se opusieron a esa doctrina. También aporta una minuciosa y bien razonada explicación sobre las que el TC denomina alguna vez "situaciones consolidadas", materia de gran complejidad en la que se hace necesario descender al fondo de las muy diversas situaciones jurídicas y derechos subjetivos, en los que no siempre la solución mejor o preferible es la conservación como estaban o se adquirieron de tales situaciones o derechos tras la nueva jurisprudencia del TC. "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", en *Derecho privado y Constitución,* núm. 31, enero-diciembre, 2017, pp. 111 a 162, y, sobre todo, pp. 124 a 128. Y resumiendo el mencionado trabajo, también en "La situación del Derecho civil valenciano", en *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después,* 2019, pp. 179 a 206.

135 En el momento de terminar este trabajo, existe ya un comentario a la STC 132/2019, de la profesora García Rubio, M.P. Comentario más bien crítico, en lo esencial, y que atribuye confusionismo conceptual a la Sentencia; afirmando la autora, con apoyo en opinión ajena y creo que, con razón, que la doctrina sobre el art. 149-1-8º CE ha llegado a ser "caótica". *Vid.* "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil", en *Revista de Derecho civil,* vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre 2019), pp. 1 a 43. Y *vid.* una reseña sobre la Sentencia de Emilio Blanco Martínez, en *ADC*, T. 73, 2020, pp. 851 a 909.

Roca, a cuyas opiniones he hecho leve alusión en este trabajo, y que votó con la mayoría. Esta profesora ha demostrado en el TC, por lo demás, una firme lealtad a España, que merece la gratitud de quienes creemos en su unidad, al haber su voto contribuido a la unanimidad en abundantes resoluciones del TC frente a la rebelión (no en sentido penal, según el TS) independentista catalana que se inició a finales de 2012. Y por cierto que quien tenga un mínimo conocimiento de las importantes obras de grandes maestros catalanes del Derecho civil español como D. Ramón María Roca Sastre, D. José Puig Brutau; o D. Luis Puig Ferriol sabrá que tampoco a ellos les hubiera gustado (habrá gustado, respecto del tercero, recientemente fallecido) la actual política legislativa civil ni la actual política general del nacionalismo catalán.

Reflexionó también De Castro lúcidamente sobre la técnica de legislar[136], proponiendo criterios muy distintos de los adoptados para su Proyecto de 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC), Proyecto que presupone la ausencia de reforma constitucional, lo que acaso le quita valor y oportunidad, y que da definitivamente por buenos los sin necesidad engrosados Derechos forales actuales o los que las Autonomías forales puedan legislar en el futuro, como si no dificultara su expansión, para el Derecho privado, tanto nuestra vertebración nacional como la integración europea, como el ámbito creciente en dificultad e importancia del Derecho internacional e interregional privado. Mencionar este Proyecto de la APDC de 2018 en este trabajo tiene sentido, dado que alguno de los defensores más conspicuos del Proyecto han presentado una discutible idea sobre el profesor De Castro como alguien que fue destacado y brillante en su momento, pero sustancialmente superado en la actualidad[137].

136 *Vid.* "La función de los juristas en el Estado", *Estudios,* t. 1º, pp. 387 a 389. Entre muchas otras ideas, explicaba De Castro que la experiencia histórica, en cuanto al mejor modo práctico de proceder, en la elaboración de una ley, sería el que aunase la máxima amplitud de consultas y la unidad de responsabilidad y última decisión. Para una codificación o recodificación del conjunto del ordenamiento jurídico en la actualidad, afirma Pau Pedrón, A., suscribiendo una afirmación de Aurelio Menéndez, que lo ideal sería que pudiéramos hacer, como se hizo en el siglo XIX, unos códigos por sectores amplios del Derecho. Pero reconoce que el vector ideológico, entre otros, ha perdido importancia en la actualidad respecto de la codificación decimonónica y, sin recordar, supongo que por ello, el modelo de la Ley de Bases de Alonso Martínez, parece defender, tras aportar mucha valiosa información doctrinal y de experiencias recientes del Derecho comparado, un primer escalón modesto de codificación que denomina "de lege lata", que sería tarea más bien administrativa (de "pequeños juristas") de ordenación, sistematización y depuración del lenguaje, y codificación que aportaría una clarificación del fondo de nuestro complejísimo y muy mudable ordenamiento jurídico, lo que no dejaría de posibilitar o restar dificultades a una recodificación de segundo escalón y de pretensiones ya más reformadoras de las normativas así sistematizadas. Da también ideas para reformar la estructura actual de la Comisión General de Codificación de 1843, y para afrontar las relaciones entre el Derecho español y el europeo comunitario. *Vid.* "La recodificación como remedio", 2004, pp. 457 a 471.

137 Me refiero al profesor Delgado, quien omite por cierto el dato de que De Castro era Doctor en Filosofía y Letras. *Vid. Retos de la dogmática civil española,* 2011, pp. 16, 20 a 24; y 44-45. Y también afirma Delgado, más recientemente, que pueden darse por "arrumbados definitivamente" relatos como los de Castán Tobeñas y De Castro, en los trabajos de Lasso Gaite, Tomas y Valiente, y Bartolomé Clavero. No me parece convincente esta afirmación. *Vid.* de Delgado, para esa última afirmación, "Cincuenta años de la Compilación: presente y futuro", en las *Actas del Foro de Derecho Aragonés"* de los Vigesimoséptimos encuentros, 2018, p. 9.

He intentado mostrar en este trabajo que la historia de España que traza desde un punto de vista jurídico De Castro encaja bastante bien con la de la mejor historiografía existente desde finales del siglo XX. Y encaja bien incluso, ya que tanto defendió De Castro la Hispanidad, respecto a una crítica hoy revitalizada de la Leyenda Negra y una revisión o reivindicación del innegable valor civilizador del Imperio español. Por supuesto que la aspiración de De Castro a un Derecho común hispánico era ya en 1949 y es aún hoy desfasada e inconveniente, pero con un enfoque de Derecho comparado y dentro de la familia de ordenamientos "romano–germánica" (René David) no cabe duda que hay mucho también por hacer en buscar el mejor conocimiento mutuo y hasta el acercamiento de nuestro Derecho con el de las naciones latinoamericanas[138].

138 Mucho se ha hecho ya o se está haciendo en esa dirección. Por ejemplo, en el libro *Cortes de Cádiz y Constitución. 200 años* (dir. J.A. Escudero), de 2011, en su tomo 3°, se recogen siete trabajos para explicar la influencia de la Constitución de Cádiz en Europa (pp. 459 a 549) y doce trabajos para explicar su influencia en Latinoamérica (pp. 550 a 763). Y en el libro *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca,* coordinado por el profesor Eugenio Llamas Pombo, y editado en 2018 por Tirant lo Blanch y la Universidad de Salamanca, cuento 40 ponencias de autores latinoamericanos sobre un total de 130.

BIBLIOGRAFÍA:

AA.VV.: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* (dir. J.A. Escudero), Espasa, Madrid, 2011, 3 tomos.

AA.VV.: *España como nación,* Real Academia de la Historia, Ed. Planeta, 2000, 253 pp.

AA.VV.: *Fueros e instituciones de Aragón* (coord. G. Colás Latorre), Mira Editores, Zaragoza, 2013, 269 pp.

AA.VV.: *Historia de Aragón* (dir. E. Fernández Clemente), La Esfera de los libros, Madrid, 2008, 805 pp.

AA.VV.: *Historia de Zaragoza,* t. 1º, *Edades Antigua y Media,* 430 pp., y t. 2º, *Edad Moderna,* 363 pp., Ed. Ayuntamiento de Zaragoza, 1976.

AA.VV.: *Manuel Alonso Martínez, vida y obra* (coord., siendo ambos coautores, C. Rogel y C. Vattier), Prólogo de José Luis De Los Mozos, Tecnos y Caja de Ahorros de Burgos, 1991, 1331 pp.

AA.VV.: *Memoria de España* (dir. F. García de Cortázar), Ed. Aguilar, Madrid, 2004, 630 pp.

Abós Santabárbara, Á. L.: *La historia que nos enseñaron (1937-1975),* FOCA, 2003, 380 pp.

Alonso Martínez, M.: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales,* t. 1º, 1884, 284 pp.; t. 2º, 1885, 279 pp.; P. Núñez, Madrid.

Alonso Pérez, M.: "La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico", en *Tratado de Derecho civil* (J. Rams), t. II, Ed. Iustel, 2014, pp. 239 a 378.

Artola, M.: *Textos fundamentales para la Historia,* Alianza, 7ª ed., 1988, 638 pp.

Artola, M.: *Los afrancesados,* Ed. Alianza, 1989, 284 pp.

Artola, M.: *Europa,* Ed. Espasa, Grupo Eulen, 2008, 492 pp.

Bayod López, C.: "La competencia en materia de fuentes del Derecho civil foral o especial. Standum est chartae y Derecho supletorio. Una primera aproximación", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2019, pp. 91 a 128.

Costa, J: *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, vol. 2º, 1883, 536 pp.

Colas Latorre, G. y Salas Ausens, J. A.: *Aragón en el siglo XVI. Alteraciones sociales y conflictos políticos,* Departamento de Historia Moderna de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982, 664 pp.

De Castro y Bravo, F.: "La función de los juristas en el Estado", *Revista de Estudios Políticos*, 1942, pp. 193 a 242. Y *Estudios Jurídicos del profesor Federico De Castro*, Centro de Estudios Registrales, t. 1º, 1997, pp. 381 a 408.

De Castro y Bravo, F.: *Derecho civil de España,* Introducción Luis Díez Picazo, Civitas 1984 (t. 1º, 1949, 703 pp.; t. 2º, 1952, 596 pp.).

De Castro y Bravo, F.: "La cuestión foral y el Derecho civil", *ADC*, 1949, pp. 1003 a 1046; y *Estudios...,* cit., pp. 494 a 529.

De Castro y Bravo, F.: "Código Civil de España", Instituto de Cultura Hispánica, 1959, pp. 9 y ss.; y *Estudios*…, t. 1º, cit., pp. 855 a 872.

De Castro y Bravo, F.: Sobre "El pluralismo del profesor De Castro. Comentario a un comentario", *ADC*, 1973, pp. 1013 a 1025; y *Estudios*…, cit., t. 2º, pp. 1101 a 1113.

Delgado Echeverría, J.: "Comentario al artículo 1976 CC", en *Comentario del Código civil,* Ministerio de Justicia, t. II, 1993, pp. 2176 a 2180.

Delgado Echeverría, J.: "La reforma del Derecho civil aragonés: criterios de política legislativa", en *Actas del Foro de Derecho Aragonés,* Sextos Encuentros de 1996, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, pp. 107 a 140.

Delgado Echeverría, J.: *Manual de Derecho civil aragonés,* en el que es coautor y director, 4ª ed., Ibercaja y El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 35 a 108.

Delgado Echeverría, J.: "Cincuenta años de la Compilación: presente y futuro", en *Actas del Foro de Derecho Aragonés,* Vigesimoséptimos Encuentros de 2017, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2018, pp. 7 a 20.

Delgado Echeverría, J. y Rams Albesa, J.: *Retos de la dogmática civil española,* Fund. Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2011, pp. 6 a 119 y 121 a 288.

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, 2017, pp. 111 a 162.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La situación del Derecho civil valenciano", en *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. C. Bayod), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 179 a 206.

Díez Picazo y Ponce de León, L: "Reseña biográfica sobre D. Federico De Castro", en el *Diccionario Biográfico de la Real Academia de la Historia*. En Internet.

Díez Picazo y Ponce de León, L: "El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo", en AA.VV.: *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo,* Colegio de Registradores y de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997, pp. 11 a 19.

Durbán Martín, I.: *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 507 pp.

Escosura y Hevia, A.: *Juicio crítico del feudalismo en España y de su influencia en el estado social y político de la nación,* Real Academia de la Historia, Madrid, 1856, 125 pp.

Escudero, J. A.: "Introducción" y "Los Decretos de Nueva Planta en Aragón", en el libro colectivo coordinado por él, *Génesis territorial de España,* El Justicia de Aragón, 2007, pp. 950, y su contribución, pp. 41 a 89.

Fairén Guillén, V.: Prólogo a reimpresión en 2000 de *Instituciones de Derecho civil aragonés* de Franco y López y Guillén y Carabantes, 1841, 38 pp.

Fairén Guillén, V.: *Los procesos penales de Antonio Pérez,* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, 1035 pp.

Fatás Cabeza, G.: Presentación de reimpresión de *Estudios ibéricos (1891-1895),* de Joaquín Costa, LXVI pp., y 314 pp. el libro, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2011.

Fernández Álvarez, M.: *España, biografía de una nación,* Espasa, 2010, 562 pp.

Fernández Álvarez, M.: *Felipe II y su tiempo,* Ed. Espasa, Madrid, 2004, 984 pp.

Fusi, J. P.: *España. La evolución de la identidad nacional,* Temas de hoy, Historia, Madrid, 2000, 309 pp.

Garcés Sanagustín, Á.: *El Derecho de la historia: Memoria democrática y derechos históricos,* Ed. Iustel, 2020, 228 pp.

García Cantero, G.: *El maestro Castán,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998, 306 pp.

García Gallo, A.: *Curso de Historia del Derecho español,* t. 1º, Madrid, 2ª ed., 1947, 497 pp.

García Rubio, Mª P.: "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre materia civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre 2019), pp. 1 a 43.

Gómez de Valenzuela: *Esclavos en Aragón (siglos XV a XVII),* Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, 268 pp.

González Antón, L.: *España y las Españas. Nacionalismos y falsificación de la Historia,* 4ª ed., Alianza, Madrid, 2007, 635 pp.

González Antón, L.: *Las Cortes de Aragón,* Ed. Librería General, Zaragoza, 1978, 206 pp.

González Alonso, B.: "Nuevas consideraciones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en Castilla (1475-1598)", *AHDE*, núm. 67, 1997, pp. 693 a 706.

Heers, J.: *El clan familiar en la Edad Media,* Traducción de Carmina Escardó Carulla y Roberto Ortuño Soriano, Ed. Labor, Barcelona, 1978, 299 pp.

Heras Caballero, P. A.: *Educar en la mentira. Adoctrinamiento y manipulación en las aulas de Cataluña y el País Vasco,* Ed. Almuzara, 2019, 412 pp.

Juliá, S.: *Transición. Historia de una política española (1937-2017),* 2ª ed., Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2018, 651 pp.

Lacasta Zabalza, J. I.: "Voluntad, autonomía, lo público y lo privado: una perspectiva histórica", en *Autonomía privada y límites a su ejercicio,* (M.A. Parra Lucán), Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 1 a 23.

Lacruz Berdejo, J. L: "El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946", *Anuario de Derecho Civil,* 1948, pp. 145 a 155.

Lacruz Berdejo, J. L: "Objetivos y métodos de la Compilación aragonesa", *RCDI*, 1968, 285 y ss.

Lacruz Berdejo, J. L: *Elementos de Derecho civil,* vol. 1º, Introducción, Librería Bosch, Barcelona, 1982, pp. 86 a 123.

LACRUZ BERDEJO, J. L: "Comentario al art. 3", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. J. L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, 1988, pp. 229 a 298.

LALIENA CORBERA, C.: *Siervos medievales de Aragón y Navarra en los siglos XI-XIII,* Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2012, 525 pp.

LALINDE ABADÍA, J.: *Los fueros de Aragón,* 1ª ed., Librería General, Zaragoza, 1976, 174 pp.

LALINDE ABADÍA, J.: "Vida judicial y administrativa en el Aragón barroco", *AHDE*, 1981, pp. 419 a 521.

LALINDE ABADÍA, J.: "Derecho y Fuero", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (J. L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, 1988, pp. 11 a 88.

LASARTE, C.: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española,* Cuadernos Civitas, Madrid, 1980, 157 pp.

LLORENTE, J. A.: *Memoria Histórica de la Inquisición Española,* La Editorial Moderna, Madrid, 1902 (1811), 191 pp.

LÓPEZ de HARO, C.: *La constitución y libertades de Aragón y el Justicia Mayor,* Prólogo de Gabriel Maura y Gamazo, Madrid, Ed. Reus, 1926, 645 pp.

MACANAZ, M. de: *Regalías de los Señores Reyes de Aragón,* con una Noticia introductoria sobre la vida y escritos del autor por D. Joaquín Maldonado Macanaz, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1879, 278 pp.

MAGONI, C.: *Fueros y libertades. El mito de la constitución aragonesa en la Europa moderna,* traducción de Antonio Pérez Martín, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, 255 pp.

MANZANO MORENO, E.: "Épocas medievales", en la obra colectiva *Historia de España"* (dir. J. Fontana y R. Villares), vol. 2º, Ed. Crítica, Marcial Pons, 2015, 880 pp.

MARÍAS, J.: *España inteligible. Razón histórica de las Españas,* Alianza Editorial, 1985, 421 pp.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L.: "Presente y futuro del Derecho público aragonés", *Actas del Foro de Derecho Aragonés*, Jornadas de 2015, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, pp. 43 a 57.

MARTÍNEZ de ESPRONCEDA, G.: *Los Diputados aragoneses de la Gloriosa a la I República (1868-1874),* Cortes de Aragón, Zaragoza, 1997, 244 pp.

Minguijón Adrián, S.: *Historia del Derecho español*, 2ª ed., 1933, Ed. Labor, Barcelona Buenos Aires, 476 pp.

Morales Arrizabalaga, J.: *Fueros y libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis constitucional (1076-1800),* Rolde de Estudios Aragoneses, Zaragoza, 2007, 206 pp.

Moreu Ballonga, J.L.: "El político y jurista José Castán Tobeñas", en el *Libro Homenaje al profesor Cuadrado Iglesias*, t.1º, vol. 1º, Registradores de la Propiedad y Thomson Civitas, 2008, pp. 227 a 262.

Moreu Ballonga, J.L.: *Mito y realidad en el standum est chartae,* Prólogo Luis Díez Picazo, Civitas, Thomson, Reuters, 2009, 351 pp.

Moreu Ballonga, J.L.: "Codificación del Derecho civil aragonés y el Código de Derecho Foral de Aragón de 2011", *AHDE*, t. 82, 2012, pp. 201 a 235.

Moreu Ballonga, J.L.: "Una reflexión sobre el llamado Código de Derecho Foral de Aragón de 2011", en *Libro en Homenaje a Miquel González*, t. 2º, Madrid, 2014, pp. 2043 a 2087.

Moreu Ballonga, J.L.: "Contra la sucesión legal troncal aragonesa", en *Congreso Internacional de Derecho civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca* (coord. E. Llamas Pombo), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1433 a 1452.

Motis Dolader, M. Á.: *Los judíos en Aragón en la Edad Media (siglos XIII-XV),* Caja de Ahorros de la Inmaculada, Aragón, 1990, 193 pp.

Muñoz Machado, S.: *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI),* Ed. Iustel, 2006, 383 pp.

Muñoz Machado, S.: *Civilizar o exterminar a los bárbaros,* Ed. Crítica, Barcelona, 2019, 216 pp.

Orlandis, J.: *Historia de España. La España visigótica,* Ed. Gredos, Madrid, 1977, 331 pp.

Ourliac, P. : Études D'Histoire du Droit médiéval, Éditios A. et J. Picard, Paris, 1979, 636 pp.

Pau Pedrón, A.: "La recodificación como remedio", en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (dir. A. Menéndez Menéndez), Thomson Civitas, 2004, pp. 457 a 471.

PÉREZ MARTÍN, A.: *Legislación foral aragonesa. La Compilación romance de Huesca (1247/1300),* BOE, *Leyes históricas de España,* 641 pp. Estudio inicial del autor de antecedentes, pp. 7 a 38; y para la Compilación en sí, pp. 39 a 105.

PIDAL y CARNIEDO, P. J.: (marqués de PIDAL), *Historia de las alteraciones de Aragón en el reinado de Felipe II,* tres tomos, El Justicia de Aragón, Ed. facsímil de 2001 (1862 y 1863).

ROCA TRÍAS, E.: "La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta", *AHDE*, t. 82, 2012, pp. 175 a 199.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *La codificación civil en España en sus periodos de preparación y consumación,* Facsímil Anacleta Editorial, 2002, (Madrid, 1890), 127 pp.

SANCHO REBULLIDA, F.: "El proceso compilador en Aragón y Navarra", *RDCA*, 1996, T. II, vol. 1º, pp. 11 a 21.

SERRANO GARCÍA, J.A.: *El Derecho civil aragonés en el contexto español y europeo,* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2018, 582 pp.

TATJER PRAT, Mª T.: *La Audiencia Real en la Corona de Aragón. Orígenes y primera etapa de su actuación (S. XIII y XIV).* Prólogo de Josep M. Font y Rius, Universitat Pompeu Fabra, 2009, 263 pp.

TOMAS y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español,* Ed. Tecnos, Madrid, 1979, 629 pp.

VALLET de GOYTISOLO, J. B.: *Voluntarismo y formalismo en el Derecho. Joaquín COSTA, antípoda de KELSEN.* Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1986, 189 pp.

VICENTE y GUERRERO, G.: *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado,* El Justicia de Aragón, 2014, 407 pp.

TRASPLANTE Y FORMANTE: HERMANOS, PERO NO GEMELOS. HACIA UNA MEJOR COMPRENSIÓN DE LA METODOLOGÍA EN LA COMPARACIÓN JURÍDICA*

LEGAL TRANSPLANT AND LEGAL FORMANT: SIBLINGS BUT NOT TWINS. TOWARDS A BETTER UNDERSTANDING OF THE METHODOLOGY IN LEGAL COMPARISON

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 168-207

* La presente publicación se enmarca en el proyecto FONDECYT núm. 1201365 "El rol del Derecho comparado en la actual doctrina civil chilena", del cual el autor es investigador responsable.

Alfredo
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: La finalidad del presente trabajo es contribuir a una mejor comprensión de algunos de los instrumentos propios de la metodología comparada. En particular se analizan el trasplante y el formante jurídico profundizando sobre sus puntos en común y diferencias.

PALABRAS CLAVE: Derecho Comparado; trasplante; formante; Derecho extranjero; comparación jurídica, metodología de investigación.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to contribute to a better understanding of some of the instruments of comparative methodology. Specifically, the legal transplant and the legal formant are analyzed, delving into their commonalities and differences.*

KEY WORDS: *Comparative Law; Foreign Law; legal transplant; legal formants, legal comparison; research methodologies and methods.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÖN Y PLANTEAMIENTO.- II. DERECHO COMPARADO Y METODOLOGÍAS COMPARADAS.- III. ELECCIÓN DE LA(S) CORRECTA(S) METODOLOGÍA(S).- IV. FORMANTE Y TRASPLANTE: CONCEPTO.- V. ENFOQUE FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL Y SUS RELACIONES CON EL FORMANTE Y EL TRANSPLANTE.- 1. Multidisciplinariedad del funcionalismo y del estructuralismo.- 2. Incorporación a la ciencia jurídica.- 3. Subsunción de ambos fénomenos dentro del Derecho Comparado.- 4. Sacco y Watson y el estructuralismo.- VI. FORMANTE Y TRASPLANTE ENTRE PERAS, MANZANAS Y OTROS MÉTODOS.- 1. *Praesumptio similitudis* y disociación de los formantes.- 2. *Tertium comparationis* entre mínimo común múltiplo y máximo común divisor.- VII. FORMANTE Y TRASPLANTE, FAMILIAS Y EL ESTUDIO DE LOS HIJOS DE LOS *STEPPARENTS*.- VIII. TRASPLANTE Y FORMANTE COMO CONSOLIDACIÓN Y PROFUNDIZACIÓN DE UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO.- IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

Los escritos académicos de cualquier doctrina nacional, independientemente del país, suelen caracterizarse por la utilización de fuentes extranjeras y, por ello, por citas doctrinales, jurisprudenciales o de normativa extranjera. El flujo de los materiales académicos mediante internet[1] y las tecnologías telemáticas que recogen las bases de datos de materiales jurídicos contribuyen a esto. Los modernos sistemas de Open Access fomentados por las revistas contribuyen, aún más, al acercamiento de mayores datos jurídicos extranjeros. Además, la ulterior sistematización proporcionada por la inteligencia artificial ofrece al jurista un sin número de doctrina extranjera que sólo hace pocas décadas no hubiera tenido a su alcance inmediato. Sin embargo, su utilización no necesariamente significa un manejo conforme a una metodología comparada. Este fenómeno se incentiva aún más en algunos países de América Latina en que no existe una consolidada cultura sobre el Derecho comparado y que es atribuible también a un descuido de su impartición como asignatura en la malla universitaria de pregrado. Un claro

1 *Vid.* Perlingieri, P.: "Comparazione giuridica al tempo di internet", *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2019, vol. X, p. 987-991.

• Alfredo Ferrante
Professore associato di diritto comparato, Università di Pavia (Italia). Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it.

ejemplo ocurre en Chile[2] así que su enseñanza[3] queda relegada en cursos libres u optativos o a seminarios en contextos esencialmente de postgrado y doctorado[4].

Tomando como punto de referencia que el derecho extranjero y el derecho comparado no son sinónimos[5] y que hay que acercarse de manera cautelosa[6] hacia al primero - puesto que todo puede convertirse en relativo[7] - objetivo de este escrito es contribuir a la comprensión de este aspecto.

Con este propósito, este escrito se centra en aclarar qué es un trasplante jurídico y un formante, evidenciando también su correlación y diferencias[8]. En este sentido, los fenómenos del "trasplante jurídico" y el "formante" son particularmente adecuados para la referida tarea también por actuar como puntos de referencia en la doctrina comparatista internacional. Para esto será necesario también acercarse a la metodología funcional y estructural (*infra* sub V) y analizarse la interacción o complementariedad con otras metodologías o modus operandi del Derecho comparado (*infra* sub VI). Esto acercará a su manejo para ayudar a un uso o citación más apropriados de la doctrina y de la legislación extranjera.

II. DERECHO COMPARADO Y METODOLOGÍAS COMPARADAS.

Si se asumiese que el Derecho comparado es un "método de estudio del derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados"[9] debería llegarse a la conclusión que esta definición es indudablemente reductiva. Si bien el esfuerzo de la Real Académica es considerable por dar constancia de la relevancia

2 Así en la actualidad son muy pocas las universidades que cuentan con la impartición de una asignatura de derecho comparado en la malla obligatoria de pregrado, entre estas pocas cítese la Universidad Alberto Hurtado.

3 Estos aspectos se excluyen de este trabajo y se reservan para otra investigación en curso.

4 En Chile, por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica de Chile, La Universidad de Chile o la Universidad de los Andes contribuyen a la formación en este ámbito. Sin embargo, esto se focaliza en cursos de doctorado o postgrado.

5 Sobre el punto se reenvía a Ferrante, A.: "Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, núm. 2, p. 601-618; Gorla, G.: "Diritto comparato e diritto straniero", *Enciclopedia Giuridica*, XI, Treccani, Milano, 1980, *ad vocem*.

6 *Vid.* las reflexiones ejemplificadas de Legrand, P.: "What Is That, To Read Foreign Law?", *Journal of Comparative Law*, 2019, vol.14, núm. 2, p. 294-314.

7 Imprescindible la consulta de Legrand, P.: "Foreign Law: Understanding Understanding", *Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 6, núm. 2, p. 67-177. En ese sentido, por ejemplo, el autor afirma que "entender el derecho extranjero no es derecho extranjero" (cit. p. 158).

8 La temática no ha sido tratada con profundidad en Chile si bien algún acercamiento se ha realizado en otros países o en castellano: sobre el punto véase Saavedra Velazco, R.: "Sobre formantes, transplantes e irritaciones. Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica", *Ius et Veritas*, 2010, núm. 40, p. 85 y ss; Pegoraro, L.: "Estudio introductorio. Trasplantes, injetos, dialogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado", AA.VV.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos* (coord. E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García), Tirant lo Blanch, Mexico, 2013 p. 33 y ss.

9 Real Académia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, https://dpej.rae.es/lema/derecho-comparado

al Derecho Comparado en el "Diccionario panhispánico del español jurídico" se requiere matizar y produndizar esta definición recién ofrecida puesto que ésta posee una valencia endémica y no toma conciencia de que, en otras realidades, el Derecho Comparado ha asumido un papel autónomo e independiente como verdadero sector disciplinar del Derecho y que viene a ser separado, aunque relacionado, al Derecho Privado o Derecho Público[10].

La utilización de las fuentes extranjeras debe realizarse de manera apropiada según determinados patrones que también el jurista chileno y en general latinoamericano debiese manejar con propiedad ya que, salvo excepciones, no parecería estar familiarizado[11] conforme a la metodología requerida.

Por ello, debe asumirse que el Derecho comparado debe entenderse como una rama de la ciencia jurídica[12] que puede - si bien algunos sean más críticos[13] o contrario[14] al respecto - exteriorizarse en más métodos de comparación[15] a pesar de que algunos insten para querer asumir la primacia de un único método[16]. Para ser más precisos debería matizarse entre método y metodología. Así que si la palabra método iría en contraposición a ciencia – en relación a la esencia del Derecho comparado[17]-, aquella de metodología comparada, debería utilizarse

10 Así en Italia el Derecho Comparado es un sector disciplinar de la ciencia jurídica que se independiza metodologícamente y estructuralmente del Derecho Privado (Ius/01) y de las Instituciones de Derecho Público (Ius/09), clasificándose en dos subáreas de conocimientos, el IUS/02 "Derecho Privado Comparado" y el IUS/21, "Derecho público comparado" ambas incluída en el Macrosector de Derecho Comparado (12/E2). *Vid.* Decreto Ministeriale, de 4 de octubre de 2000, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca y sucesivas modificaciones e integraciones; Decreto Ministeriale núm. 855/2015, de 30 de octubre, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 271, de 20 de noviembre de 2015.

11 El estudio en concreto de la utilización de fuentes extranjeras por la doctrina queda reservado por otra investigación y queda fuera del análisis de este trabajo. Tampoco, salvo alguna específica referencia, se analizarán la finalidad o rol del Derecho comparado o de la comparación jurídica.

12 *V.gr.* Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019, p. 9; Kahn-Freund, O.: "Comparative Law As An Academic Subject", *Law Quarterly Review*, 1966, vol. 82, núm. 1, p. 41.

13 En este sentido crítico sobre la proliferación de los métodos apoyandose sobre razonamienos de filosofia y sociología: Glanert, S.: "Method?", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. Monateri), Edward Elgar, Cheltenham, IK, Northampton, MA, USA, 2012, p. 61 y ss.

14 En ese sentido hablar de método en el derecho comparado tendría "un efecto tan negativo y potencialmente impacto embrutecedor ("*stultifying impact*") sobre el derecho comparado como disciplina intelectual": Legrand, P.: "Beyond Method: Comparative Law As Perspective (Review at Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle de Denis-M- Philippe, Brusseles, Bruylant, 1986)", *American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, núm. 3 , p. 789.

15 Como destaca Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 9. En este sentido se afirma que no hay un método exclusivo, aunque cada método puede tener sus virtudes y defectos: Glenn, H. P.: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 7.

16 Así, abogando para el método funcional Zweigert, K.: "Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)", *Revue internationale de droit comparé*, enero-marzo, 1966, vol. 18 núm. 1, p. 7; contra quien afirma que no puede existir un único método: *v.gr.* Palmer V.: "From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", *Global Jurist Frontiers*, 2004, vol. 4, núm. 2, en particular p. 29; Andenas M., Fairgrieve, D.: "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. Monateri), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012, p. 35 y ss.

17 No se abordan aquí las discusiones que preocuparon los juristas si el Derecho comparado sea una ciencia o un método que caracterizaron, por ejemplo, el Congreso de Derecho Comparado de 1900. Así por ejemplo por Pollock "le droit comparé n'est pas une science propre, mais qu'il n'est que l'introduction de la méthode comparée dans le droit": Acta de la sesión de 1 de agosto, AA.VV.: *Congrès international de droit*

de manera complementar (y no contrapuesta) al Derecho como ciencia puesto que puede haber una o varias metodologías dentro del estudio de una ciencia jurídica[18]. En este escrito, sin embargo, se utilizarán como sinónimos para una mejor práticidad para el lector.

El comparatista, o en general el jurista que se acerca a la fuentes extranjeras, debe actuar mediante una precisa metodología - sea cual sea - y, si compatibles, utilizar más de una. El jurista no podría hacer una utilización inapropiada de fuentes extranjeras remitiendóse a ellas con sólo fines utilitarios y antojadizos; sea como sea, un método adecuado debe ser utilizarlo aunque haya flexibilidad en su elección[19]. En definitiva, además de una general medotología de investigación[20], y en específico jurídica[21], al Derecho comparado, debe asociarse una ulterior metodología ad hoc, incluso dependiendo del área del derecho que quiere investigarse, sea esta civil, constitucional o administrativa[22].

Ahora bien, el hecho de que la comparación se asocie a la ciencia jurídica no significa que no pertenezca también a otras ciencias[23]. Por ello, debe quedar claro que el comparatista, y las metodologías comparativas no se asocian necesariamente al Derecho, por ello el Derecho comparado se beneficia de metodologías que son inicialmente proprias de áreas ajenas al derecho como la métología funcional y estructural (veáse *infra* sub V).

comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 60. Sobre una sistematización del problema *vid.* también Constantinesco, L.J.: *Traité de Droit Comparé, Tome III, La science des droits comparés*, Económica, Paris, 1983, p. 18 y ss.

18 En ese sentido método podría utilizarse como sinónimo de metodología si se asumiera que viene identificado con una serie de técnicas: "La recherche doit être guidée par une méthode, et elle se coule dans des techniques" Carbonnier, J.: *Sociologie Juridique*, Quadridge, PUF, París, 1994, p. 153.

19 En ese sentido se afirma que el derecho comparado debe ser flexible y con unos métodos accesibles: Palmer V.: "From Lerotholi", cit., en particular p. 29.

20 *Vg.r. vid.* Bunge, M.: *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, Ariel, Barcelona, 1969; Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., Baptista Lucio, Mª del Pilar: *Metodología de la Investigación*, 6ª ed., Mc Grawhill, México, 2014.

21 *Vg.r. vid.* Scarpelli, U.: "Metodo giuridico", *Rivista di diritto processuale*, 1971, vol. XXVI, p. 533-574.

22 Se remite a una interesante tabla en que se asocian los principales métodos y compatibilidades dependiendo del área jurídica de referencia: Scarciglia, R.: *Metodi e comparazione giuridica*, 2ª ed., Cedam, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 115.

23 *V.gr. vid.* Piovani, J. I., Krawczyck, N.: "Los estudios comparativos: algunas notas históricas, epistemológicas y metodológicas", *Educação & Realidade*, 2017, vol. 42, pp. 821 y ss; Sartori, G.: "La politica comparata, premesse e problema", *Rivista italiana di scienza política*, 1971, núm. 1, p. 7 y ss.

III. ELECCIÓN DE LA(S) CORRECTA(S) METODOLOGÍA(S).

No pueden destacarse y analizarse aquí todas[24] las metodologías[25] asociadas al Derecho comparado[26]. Si bien parte se han clasificados subjetivamente en subgrupos[27] con afán sistematizador o esclarecedor, lo que es cierto es que coéxisten habiéndo una escala móvil metodológica[28] que toma como referencias varios factores o variables. Por ello, la elección necesariamente afecta de manera significativa el análisis comparativo[29] y ésta debe ponderarse por el jurista a la hora de asegurar la factibilidad y viabilidad de una investigación completa y adecuada. En este sentido, por ejemplo, se destaca[30] como sean imprescindibles los propósitos específicos de la investigación, las habilitades sujetivas del investigador y la valoración de los costes que esta comporta dependiendo del entorno de referencia. Así que es oportuno valorar opottunadamente la metodología ad hoc,

24 El perfil estructuralista de la comparación también se relaciona con la comparación sistemática de una determinada institución en varios ordenamientos: Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. XIII y p. 112.
Por ejemplo interesante es también el método cuantitativo: *vid. v.gr.* Parisi, F. y Luppi, B.: "Quantitative Methods in Comparative Law", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. Monateri), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012, p. 306 y ss; Kritzert, H., "The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 875 y ss; Epstein, L. & Martin A.: "Quantitative Approaches to Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 901 y ss.

25 No pueden aquí reflejarse todos los estudios clásicos que se han dedicado a las varias metodologías en su conjunto, por ejemplo, en ámbito italiano Scarciglia, R.: *Metodi*, cit.; también Somma, A.: *Temi e Problemi di Diritto Comparato, II. Tecniche e valori della ricerca comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 3-74. A nivel multidisciplinar: Resta, G., Somma, A., Zeno-Zencovich, V.: *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Fuochi Blu, Milano, 2020. Más en general *vid.* también Husa, J.: *A new Introduction to Comparative Law*, Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015. Una breve sistematización crítica de las metodologías se puede encontrar en Siems, M.: "The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare?", *American Journal of Comparative Law*, 2019, vol. 67, núm. 4, p. 861 y ss (en particular desde p. 877). El autor realiza un interesante estudio de la factibilidad de nuevos posibles ámbitos de estudios de la comparación jurídica y algunas de sus metodologías; artículo que se complementa con Siems, M.: "New Directions in Comparative Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 852 y ss.

26 Sin perjuicio de alguna referencia puntual, las referencias serán al Derecho comparado después del Congreso de Paris de 1900. Sobre la evolución del derecho comparado anterior *v.gr. vid.* Constantinesco, L.J.: *Traité de Droit Comparé, Tome I, Introduction au Droit Comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, p. 50 y ss; Donahue, Ch.: "Comparative Law before the Code Napoléon", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 3 y ss. Para la evolución en el siglo siguiente se remite a las actas del congreso *Centennial World Congress on Comparative Law* organizado por la *International Association of Legal Science (IALS)* publicadas en *Tulane Law Review*, 2001, vol. 75, núm. 4, p. 859-1245. Para un excurso sintético en italiano: Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 3-30.

27 Por ejemplo, se matiza entre elecciones metodológicas de naturaleza técnica y teórica que deben complementarse con otras de diferente naturaleza: *vid.* Husa, J.: *A new Introduction*, cit., p. 100, clasificación retomada por Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., pp. 42 y 114.

28 Esta expresión es de Palmer V.: "From Lerotholi", cit., p. 29.

29 En este sentido Lasser, M.: "The question of Understanding", en AA.VV.: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. Legrand and R. Munday), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 234.

30 Estas tres variables vienen destacadas por Palmer V.: "From Lerotholi", cit., p. 29. El autor afirma que la variabilidad de los costes dependen también si el contexto sea académico o más bien relativo al mundo práctico ya que la complejidad metodológica académica puede resultar impracticable en otros ámbitos como el del mundo práctico.

también porque, como afirmado[31], la utilización de una o más metodologías está directamente ligada a los objetivos que se quieren alcanzar.\

IV. FORMANTE Y TRASPLANTE: CONCEPTO.

Entre otros aspectos que caracterizan la comparación jurídica hay dos fenómenos, que al mismo tiempo son instrumentos metodológicos utiles. El primero es el llamado "trasplante jurídico" o legal transplant, reso célebre por Alan Watson[32], entendiéndose por tal "the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another[33]". Este concepto ha sido retomado por la doctrina comparada como punto de referencia, siendo objeto de análisis críticos[34], observándose a partir de nuevas y varias perspectivas[35], en el sentido de diferenciar entre traplante orgánico y mecánico[36], examinando sus efectos[37] e incluso, siendo parte de análisis sociológicos[38].

El segundo es el llamado "formante", creacción jurídica asociada con el nombre del profesor Rodolfo Sacco[39].

Si el primero tiene su origen metafórico de los trasplantes en la medicina[40] y su consagración en los años sesenta y setenta; el segundo lo hace de la fonética acústica[41] para indentificar la frequencia de los sonidos en función de su caja de

31 Así se expresa Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 116.

32 *V.gr.* Watson, A.: *Legal Transplants: an Approach to comparative Law*, 2ª ed. University of Georgia Press, Athens & London, 1993, p. 21, y también Watson, A.: "Aspects of reception of law", *American Journal of Comparative Law*, 1996, vol. 44, núm. 2, pp. 335 y ss.

33 Watson, A.: *Legal Transplants*, cit., p. 21.

34 Legrand, P.: "The impossibility of "legal transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, núm. 2, pp. 111 y ss, *cfr.* Watson, A.: "Legal Transplants and European Private Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4, núm. 4 en https://www.ejcl.org/44/art44-2.html.

35 *V.gr.* Grosheide, F.W.: "Legal borrowing and drafting international commercial contracts", en AA.VV.: *Some methodological reflections: comparability and evaluation essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou* (ed. K. Boele-Woelki), Springer, Dordrecht, 1994, p. 69 y ss; Graziadei, M.: "Transplant and Receptions", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 442 y ss.

36 Por ello se afirma que hay que diferenciar entre tipología de trasplantes, y diferente es trasplantar orgánicamente una córnea, una rodilla o el corazón, otra realizar una operación más mecánica, como mover un motor de un coche a otro y uno y otro caso diferentes aspectos deben tomarse en consideración: Kahn-Freud, O.: "Uses y misuses of comparative law", *Modern Law review*, 1974, vol. 37, núm. 1, en particular p. 5 y 6.

37 *V.gr.* Berkowitz D., Pistor, K., Richard, J.F.: "The transplant effect" en *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, núm. 1, pp. 163 y ss.

38 *V.gr.* Miller, J. M.: "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant", *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, núm. 4, pp. 839 y ss.

39 Sacco, R.: *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit* (coll. "Études juridiques comparatives", Economica, Paris, 1991; Sacco, R.: "Legal formants: A dynamic approach to comparative law", *American Journal of Comparative* Law, 1991, vol. 39, núm. 1, (Installment 1 of 2) p. 1-34, (Installment 2 of 2), p. 343-401.

40 Así *v.gr.* Kahn-Freud, O.: "Uses y misuses", cit., pp. 1 y ss, en particular pp. 5 y 6.

41 Como aclara el mismo Sacco, R.: "Legal formants", (Installment 1 of 2), cit., p. 21.

resonancia. Así como la consistencia del sonido depende de variables, también deberán tenerse en consideración diferentes componentes, es decir los formantes - "formanti"[42] - a la hora de analizar un aspecto jurídico. Por ello, habrá esencialmente algunos formantes como los relativos a la regla legal, a la regla doctrinal, a los ejemplos de la doctrina, a la regla que los tribunales enuncian o a la ratio decidendi que está en sus pronunciamientos[43]. Estos formantes no necesariamente serán coherentes entre sí y se podrán disociar, separar, diferenciar, tanto dentro del contexto nacional de referencia como en el contexto comparativo entre uno o varios ordenamientos. En ese sentido, deberá realizarse un estudio de coherencia entre los formantes que permitirá valorar el grado de dissociación entre ellos[44] (*infra* V).

Ahora bien, puede darse que éstos no sean necesariamente expresados de manera concientes y se produzcan con un cierto automatismo. Este tipo de formante implícito viene definito criptotipo ("crittotipo"), y - en este sentido - se matiza entre formante verbalizado ("verbalizzato") y formante no explicitado ("no verbalizzato")[45]. Ahora bien, la constatación de la presencia de un criptotipo – es decir de aquel formante "no verbalizzato" - puede realizarse muchas veces ex post, así "el descubrimimiento de un "crittotipo" por medio de la comparación será facilitado cuando (…) una noción implícita de un sistema se explicite expresamente en otro"[46]. La existencia de un criptotipo, en determinados casos, engloba contextos jurídicos más o menos amplio del propio, creándose lo que se ha definido una "sineddoche" juridica[47]. En este sentido se puede constatar una primera interrelación entre trasplante y formante puesto que un traslante podría evidenciar y expresar en un ordenamiento lo que ha sido un formante implícito en otro. Sólo tomando en consideración adecuadamente estos aspectos podrá llegarse a una comparación oportuna analizado adecuadamente las efectivas normas jurídicas aplicables y constantando el efectivo modus operandi relativo

42 Sobre una sintética descripción de los formantes y su operatividad *v.gr.* Somma, A.: *Introducción al Derecho Comparado* (trad. E. Conde Naranjo), Universidad Carlos III, Madrid, 2015 (1ª ed. italiana Laterza, Bari, 2014), p. 154 y ss; Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 100 y ss. Este último matiza en la operabilidad de los formantes en el derecho público y privado.

43 Así estos esencialmente los cincos formantes que identifica Sacco: Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 56-59. De todos modos debe destacarse más en general un pluralismo de formantes: Maniaci A. "I formanti "occulti", *Rivista critica di diritto privato*, 2017, vol. 35, núm. 1, p. 97-108.

44 Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 59-61.

45 *Vid.* Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 117-120.

46 Así: Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 118. Si la doctrina, por ejemplo es un formante verbalizzato, el crittotipo es uno no *verbalizzato*: como, dice Sacco, quién sabe ir en bicicletta si saber indicar cuál es la parte del propio peso que debe grabar sobre los pedales (op. cit., p. 117).

47 Como constata Monateri, en este caso se crearía una disociación entre regla declarada y regla operacional ya que la primera denota o especifica sólo una parte de la segunda *vid.* Monateri, P.: "Règles et techniques de la definition dans le Droit des Obligations et des contrats en France et en Allemagne: La synecdoque française", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1984, vol. 36, núm. 1, p. 7-57; Monateri, P.: *La sineddoche. Formule e regole del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffre, Milano, 1984. La expresión ha venido a tener importancia jurídica autónoma en el contexto jurídico italiano: Monateri , P.: "Sineddoche", *Digesto italiano, Discipline privatistiche* – Sez. civ., 5ª ed., vol.VIII, Utet, Torino, 1998, *ad vocem*.

a una norma jurídica o una istitución dentro del propio ordenamiento o en comparación con otros.

V. ENFOQUE FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL Y SUS RELACIONES CON EL FORMANTE Y EL TRANSPLANTE.

Al analizar el formante y el transplante, algunas reflexiones resultan necesarias tanto sobre la métodología[48] estructuralista, relacionada con éstos, como sobre aquella funcionalista por ser considerada en parte contrapuesta a la primera y también por jugar, este última, un rol predominante hasta el punto de ser definida el "epicentro del método comparativo[49]" y veniendo ubicada por algunos como "el principio metodológico básico de toda actividad comparativa[50]".

Puesto que ambos métodos no son inicialmente proprios ni del Derecho Comparado, ni de la ciencia jurídica, se les debe realizarse un acercamiento progresivo, viendo su origen y multidisciplinariedad.

1. Multidisciplinariedad del funcionalismo y del estructuralismo.

Antes de todo, hay que constatar que tanto funcionalismo como estructuralismo son métodos son multidispliplinares y proceden de otras ciencias.

El funcionalismo encuentra su gérmen en la sociología[51], así "de forma más o menos explícita, se ha reconocido que el núcleo central del pensamiento funcionalista nace a partir de la obra de Emile Durkheim[52], uno de los fundadores de la sociología [53]". Aquí debe prevalecer la función a la estructura, y se considera "que había un único requisito funcional, es decir, la necesidad de integración social[54]" y, por ello, se considera que el funcionalismo encuentra en él un "precedente remoto"[55]. Por otro lado, Herber Spencer, con su funcionalismo

48 Se recuerda que aquí se utilizará método y metodología como sinónimos.

49 Así Platsas, A. M.: "The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12.3, en http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf. En ese sentido, la doctrina considera que si bien debiese compatibilizarse con el método sistémico, El método comparativo funcional sigue siendo insuperable Zeno-Zencovich, V.: *Comparative Legal Systems. A short introduction*, Roma Tre-Press, Roma, 2017, p. 98.

50 Así expresamente Zweigert y Kötz que matizan que "de esta exigencia básica dimanan todos los demás principios que determinan la elección de leyes por comparar": Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción al Derecho comparado* (trad. A. Aparicio Vásquez) Oxford University Press, Mexico, 2002, p. 38.

51 *Cfr.* Somma, A.: *Temi*, cit., p. 21; Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 92.

52 Durkheim, E.: *The Rules of the Sociological Method,* New York, 1895, *Regole del metodo sociologico,* Edizioni di Comunità, Milano, 1979.

53 Somma, A.: *Temi*, cit., p. 21 y ss.

54 Así Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 92.

55 Así se afirma que "el funcionalismo encuentra un precedente remoto en el organicismo del siglo XIX y su raíz, más próxima e inmediata, en el pensamiento sociológico de Emile Durkheim (Las reglas del método sociológico, 1895)": Montoro Ballesteros, A.: "El funcionalismo en el Derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jackbs", *Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época,* 2007, vol. 8, p. 365. Del mismo modo lo asocia al

estructural, se refería a varios requisitos o necesidades funcionales en la teorización del sistema "super-organico"[56]. En este contexto, por lo tanto, la presencia de un sistema, relacionado con esta estructura, puede correlacionarse también a aspectos funcionales. Analogamente al funcionalismo, el estructuralismo nace de un contexto ajeno al Derecho; así que la lingüística ha sido su iniciadora y Ferdinand De Saussure puede ser considerado "un precursor del estructuralismo, como se desprende de su idea de un sistema"[57]; en este sentido "el método estructuralista se consolida[58]" con él y su obra. Sin embargo, debe constatarse que se ha desarrollado en otros campos como la antropologia, psicoanálisis, psicología, filosofía, semiología, entre otras[59].

2. Incorporación a la ciencia jurídica.

Progresivamente el funcionalismo se incorpora en la rama jurídica, por el acercamiento operado por el sociologo Niklas Luhmann, en ese sentido "la pretensión de Luhmann en su Systemtheorie es la continuación y actualización crítica del funcionalismo estructural de Talcott Parsons[60]", pretensión que se relaciona también con el Derecho puesto que se viene a observar la "función del Derecho como instrumento de reducción de la complejidad"[61] de la sociedad[62]. Posteriormente el concepto funcional introducido dentro del ambiente jurídico por un no jurista se consolida por parte de juristas. En ese sentido, Günther Jakobs destaca, en el contexto del Derecho penal, la conservación de la sociedad como función primaria del Derecho[63].

Lo que cierto es que también la idea del estructuralismo viene a relacionarse con el Derecho[64] y con un concepto de sistema y elementos claves. Así se empieza

funcionalismo: Michaels, R: "The Functional Method of Comparative Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 349, 350, 355-356, 359, 362.

56 Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 92.

57 Poggeschi, G.: "Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto", en AA.VV.: *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (ed. M. Brutti, Alessandro Somma), Max Planck Institute for European legal history, Frankfurt am Main, 2018, p. 433.

58 Somma, A.: *Temi*, cit., pp. 21 y ss.

59 En este sentido, como se ha constadado Scarciglia: Émile Benveniste, Roman Jacobsen, Noam Chomsky, (lingüística), Claude Lévi-Strauss (antropología), Jaques Lacan (psicoanálisis), Jean Piaget (psicologia) y Louis Althusser e Michel Foucault (filosofia), Ronald Barther (semiología): Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 99. También se relacionan Raymond Boudon Gilles (sociología) Gilles Deleuze (Filosofia): op. cit, p. 98.

60 Así Montoro Ballesteros, A.: "El funcionalismo", cit., p. 366.

61 Siempre en relación con el pensamiento de Niklas Luhmann: Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. XV.

62 En la teoría sistémica del Derecho Luhmann distingue tres nociones o categorías fundamentales: el sistema jurídico, los derechos fundamentales y la justicia". Montoro Ballesteros, A.: "El funcionalismo", cit., p. 369 y ss.

63 En la teoría sistémica del Derecho Luhmann distingue tres nociones o categorías fundamentales: el sistema jurídico, los derechos fundamentales y la justicia". Montoro Ballesteros, A.: "El funcionalismo", cit., p. 371 y ss.

64 Por todos se reenvía a Losano M.: *Sistema e struttura nel diritto*, 2ª ed., tres volumenes, Giuffrè, Milano, 2002. Esto no debe confundirse con la comparación sistemática, *systematic approach*, que viene definida por

a trazar una teoria del sistema jurídico que incluso se estructura en una jerarquía de normas[65] aunque debería irse más a la coordinación entre ellas[66]. Inicialmente ligado a la filosofía del Derecho, progresivamente el análisis estructural se consolida también en el Derecho en general[67] y en Derecho Comparado (*infra* V.3).

En este contexto asume una etapa clave superar la visión del Derecho exclusivamente pensado como normas, incluso jerarquizadas. Así Santi Romano viene a concebir el Derecho de manera diferente afirmando que "no es una suma aritmética de varias normas[68]" y, por ello, "la definición del Derecho no puede coincidir con la definición de las normas incluidas en el[69]". Esto contribuye, por mucho que hoy en día parezca obvio, a la creación del concepto de "ordenamiento jurídico"[70] afirmando que el término Derecho es "inadecuado e insuficiente[71]" y "hay que integrarlo con otros elementos, de los que normalmente no se tiene en cuenta y que sin embargo asumen un rol de esencial y característico[72]". Por ello, se empieza a asumir que existen elementos esenciales en el Derecho[73];

la doctrina, por ejemplo, como : *v.gr.* Husa, J.: *A new Introduction*, cit., p. 133.

65 En ese sentido *vid.* Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik* de 1934, presentación de Gregorio Robles, Trotta, Madrid, 2011; Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho* (trad. R. J. Vernengo de la 2ª ed. completada y ampliada de 1960), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979. Para algunos aspectos: Losano M.: "La teoría pura del Derecho del logicismo al irracionalismo", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 2, 1985, pp. 55-85; Rodilla González, M. Á.: "¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2009, núm. 32, pp. 255 y ss.

66 Sobre la complementariaedad del pensamiento de Kelsen con aquello de Herbert Lionel Adolphus Hart y y el de Joseph Haz: *v.gr.* Andaluz Vegacenteno, H.: "¿Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura sel sistema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, 2010, núm. 9, , pp. 32 y ss; Losano M.: "La teoría pura", cit., pp. 55 y ss; Tamayo Salmorán, R.: "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", *Boletín Mexícano de Derecho Comparado*, 1981, núm. 42, p. 1147 y ss.

67 En español, sobre el estudio del estructuralismo en el Derecho, interesantísimo y su génesis fuera de el, es el estudio de Montoro Ballesteros al cual se reenvía Montoro Ballesteros A.: "Análisis estructural y conocimiento jurídico (Notas sobre la significación, las posibilidades y los límites del estructuralismo en el pensamiento jurídico)", *Anales de Derecho*, 1982, núm. 3, en particular p. 7 y ss; *vid.* también Legaz y Lacambra, L.: "Estructuralismo en el Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1969, vol. 13, núm. 34-36, , p. 7 y ss; Alzamora Valdez, M.: "Estructuralismo y Derecho", *Derecho-PUCP*, 1974, núm. 32, p. 62 y ss; AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973.

68 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Sansoni, Firenze, 1946, p. 12.

69 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 14 y 15.

70 La referencia es a la obra *L'ordinamento giuridico*, que como el mismo autor indica en la *prefatio*, aparece la primera vez en dos fasciculos de los *Annali delle Università toscane* de 1917 y 1918 y contemporaneamente en un volumen publicado a Pisa en 1918. *Vid.* por ejemplo Fontanelli F.: "Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations", *Transnational Legal Theory*, 2011, vol. 2, núm 1, p- 67 y ss; García Miranda, C. Mª.: "La unidad en el concepto de Ordenamiento jurídico de Santi Romano", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, núm. 2, p. 287 y ss. En época posterior, otra obra interesante relativa a lo estructuralismo en derecho es la de Frosini, V.: *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962.

71 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 5

72 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 5

73 Esencialmente por Romano hay tres elemento esenciales relacionados con el derecho 1) debe reconducirse al concepto de sociedad (p. 25), 2) contener la idea de orden social (p. 26) y se considera que 3) "El derecho, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o una serie de relaciones sociales, es la organización, estructura, posición de la misma sociedad en la que se encuentra y que constituye como unidad, como entidad en sí misma" (p. 27): Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 25.

y que "el Derecho no conta solo de normas sino de otros elementos" [74]. Esta visión indudablemente puja hacia un concepto estructuralista en el derecho[75], que necesita estar conformado, valga la redundancia, por una especifica estructura.

Esto, además, rompiéndo las esferas nacionalistas debe ampliarse hacia una visión global y necesariamente constatar que, por un lado, no existe sólo un ordenamiento sino una pluralidad de ordenamientos y de correlativas relaciones[76] y que, por otro lado, un ordenamiento puede tener relevancia respecto a otro, siendo (o no siendo) una fuente de otro[77]. Si bien esta interdependencia es patente en el derecho internacional[78], esto contribuye a crear una visión diferente del Derecho.

Es por ello que cuanto delineado en el concepto de ordenamiento jurídico viene complementado por el mismo Santi Romano con el concepto de "realidad jurídica"[79]. Y aquí esta última a veces convive con la ficción jurídica que viene operada por la doctrina[80] o la jurisprudencia cuando a veces toma la realidad y "altera sus caracteristicas hasta el punto de crear la realidad ad imagen y semejanza de otra realidad a la cual el ordenamiento haya atribuido una calificación jurídica[81]". Aquí se ven como la jurisprudencia y la doctrina, si bien criticadas, asumen un rol claro en la estructural de la realidad jurídica y en el análisis mismo del Derecho y de su entendimiento.

3. Subsunción de ambos fénomenos dentro del Derecho Comparado.

Como se ha observado hasta ahora, tanto el estructuralismo con el funcionalismo nacen del contexto ajeno al Derecho, luego se incorporan a esto con carácter general para finalmente consolidarse en el específico contexto del Derecho Comparado, aunque a veces con afanes críticos al respectos.

Sin perjuicio de obras anteriores[82], el funcionalismo empieza a adquirir su autonomía en el contexto más bien del Derecho comparado con Ernst Rabel[83],

74 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, , cit., 1946, p. 21.

75 Asocian Santi Romano al estructuralismo Mora, F.: "Estructuralismo y derecho", *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1973, núm. 22, p. 175 Legaz y Lacambra, L.: "Estructuralismo en el Derecho", cit., p. 16 y ss.

76 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 104 y ss.

77 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 167 y 168.

78 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 180.

79 Esto lo vienne a reproducir en una obra prácticamente contemporanea a la segunda edición de la obra *L'ordinamiento giuridico*: en Romano, S.: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, voz "realtá giuridica", p. 204 y ss.

80 Romano, S.: *Frammenti*, cit., p. 206.

81 Romano, S.: *Frammenti*, cit., p. 217.

82 *V.gr.* Radbruch, G.: "*Uber die Methode der Rechtsvergleichung*", *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1905-1906, núm. 2.

83 Si bien el autor tuvo que emigrar a Estados Unidos, hay quien identifica el autor en las piezas claves para identificar la "época de oro" de la comparación en Alemania: Así Schwenzer, I.: "Development of

en la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, y toma su estandarte y consolidación con Zweigert[84] and Kötz[85].

Aunque el método funcional se ha definito como el que "que examina cómo se asegura la consecución de una necesidad jurídica de las partes o de un objetivo de orden público con la ayuda de las instituciones y los más variados conceptos jurídicos"[86], este métodología no sólo se ha criticado en aplicación al Derecho[87] sino se ha constatado su demasiada vaguedad o aspéctos lagunosos[88], puesto que la comparación no sólo debería asociarse con los aspectos similes sino también juegan un rol importante las diferencias[89], puesto que para el análisis funcionalista "problemas análogos se asocian con soluciones equivalentes"[90] (*vid.* sub VI.1).

Así con afán crítico el "método funcional" sería por varios aspectos una "bestia negra[91]" y sería una expresión que – al igual que la de "Derecho Comparado"

Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 60-62. *Vid. v.gr.* Rabel E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2ª ed., vol. I, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1945.

84 *V.gr. vid.* Zweigert, K: "Méthodologie du droit comparé" en Mélanges offerts a Jacques Maury, vol. I (*Droit international privé et public*), Dalloz y Sirey, Paris, 1960, p. 579 y ss; Zweigert, K: "Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)", *Revue internationale de droit comparé*, enero-marzo, 1966, vol. 18, núm. 1, pp. 5 y ss; Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., pp. 37 y ss. La primera edición de esta obra en alemán es del año 1969-1971.

85 Sobre el funcionalismo en Rabel: Gerber, D.: "Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the Facade of Language", en AA.VV.: *Rethinking the Masters of Comparative Law* (ed. A. Riles), Hart, Oxford, 2001, pp. 190-208. Sobre una evolución entre el funcionalismo en Rabel y Zweigert y Kotz: Husa, J.: "Comparative Law, Legal Linguistic and Methodology of Legal Doctrine", en AA.VV.: *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline* (ed. M. Van Hoecke), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2011, p. 209-228.

86 Zweigert, K: "Des solutions identiques", cit., p. 7; Zweigert, K: "Méthodologie du droit comparé", cit. pp. 579 y ss.

87 Así se ha constatado que más bien se relaciona con la sociología y que en relación con el derecho comparado puede considerarse come "una versión vulgar del funcionalismo sociológico": Frankemberg, G.: "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, núm. 2, p. 434.

88 Sobre algunas críticas *V.gr. vid.* De Los Mozos, J. L.: *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, p. 148 y ss; Graziadei, M.: "The Functionalist Heritage", en AA.VV.: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. Legrand and R. Munday), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 100-108; Marini, G.: "Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione", *Pòlemos*, 2000, núm. 1, p. 65 y ss; Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 97-98; Somma, A.:, *Introducción*, cit., p. 161;.

89 Dannemann, G. "Comparative Law: study of similarities or differences?", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 395.

90 Frankemberg, G.: "Critical Comparisons", cit., p. 425.

91 La expresión es de Michaels, R: "The Functional Method", cit., p. 346.

("Comparative Law") [92] – sería "equivocadada[93]" así observándose su generalidad y amplitud e intendando sistematizarla en varias subcategorias[94].

Además debe observarse que las referencias al método funcional no sólo no son homogéneas sino tampoco unívocas y esto contribuye a la realización de una visión caótica del panorama jurídico. Así por ejemplo se llega a afirmar, analizando una misma obra, que un autor es funcionalista y no funcionalista al mismo tiempo[95].

Lo que es cierto, y esto es factor que los acomuna, es que también el estructuralismo viene considerado un término demasiado vago[96], una "vaguedad metafórica"[97] dentro del Derecho que incluso no queda exenta de critícas. Por ello, se afirma[98] que debería conciliarse más con el rol de la história y se constata[99] que, aunque el estructuralismo se mueva tendencialmente en un concepto de derecho apolítico, sería imposible suprimir los aspectos ideológicos.

A parte la contribución al estructuralismo por parte de Sacco y Watson[100] hay que destacar que el estructuralismo viene a manifestarse también mediante la creación de las familias jurídicas[101] (*infra* V.5) ya que la micro comparación no

92 Legrand, P.: "Beyond Method", cit., p. 788.

93 Literalmente *misnomer.* Aquí la equivocación sobre *Functional method* sería triple puesto que no existe un único *functional method*, todos los métodos que se definen como tales no lo son propiamente y finalmente, algunos que quieren aderir a este no propiamente utilizan una verdadera metodología, así: Michaels, R.: "The Functional Method", cit., p. 347.

94 Esta tarea se realizar por Michaels, R.: "The Functional Method", cit., pp. 345 y ss. Sin detenerse sobre este punto, se reenvía (en idioma español o italiano) por ejemplo a Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., pp. 92 y ss; Saavedra Velazco, R.: "Sobre formantes", cit., p. 85 y ss.

95 Esto ocurre con Marc Ancel: si René David lo considera un funcionalista, Gerhard Danemann afirma lo contrario analizando el mismo texto del autor (Ancel, M.: *Utilité et méthodes de droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, citándose respectivamente la p. 95 y la p. 65): *cfr.* David, R., "M. Ancel, Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits", *Revue internationale de droit comparé*, 1971, vol. 23, núm. 4, pp. 935; Dannemann, G.: "Comparative Law: study", cit., p. 395. Así que David afirma que Ancel "enfatiza la conveniencia de utilizar, en muchos casos, un método "funcional", buscando ver cómo se trata un problema más que establecer concordancias entre las normas legales admitidas aquí y allá", mientras que para Dannemann observa en Ancel una crítica al funcionalismo y una enfasis sulle difference, aspecto que viene mostrado por Ancel en la noción de la *comparaison contrastée "in which more prominence is given to the opposition between legal sistem than to their possible convercence".*

96 Así se constata que "estructura y estructuralismo son términos que han trascendido el ámbito puramente cient´fiico y circulan profusamente sin un sentido y sin un alcance precisos": Montoro Ballesteros A.: "Análisis estructural", cit., p. 11.

97 En este sentido al referirse al término las estructuras en el Derecho Privado: Carbonnier, J.: "Les structures en droit privé", en AA.VV.: *Sens et usage du terme structure dans les sciences humaines et sociales* (ed. R. Bastinde), De Gruyter Mouton, The Hague, 1962, pp. 72 ss.

98 En relación con la ciencias histórica y datos históricos: confróntense Gambaro, A., Monateri, P.G. y Sacco, R.: "Comparazione giuridica", *Digesto delle discipline privatistiche-Sezione civile*, vol. 3, Utet, Torino, , 1988, p. 52, Somma, A.: *Introducción*, cit., pp. 154 y 155.

99 Con esta orientación crítica Denti, V.: "Diritto comparato e scienza del processo", *Rivista diritto processuale*, vol. XXXIV, 1979, p. 336-337 id. en AA.VV: *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica* (ed. R. Sacco), Giuffré, Milano, 1980, p. 211; en el mismo sentido Somma, A.: *Introducción*, cit., p. 155.

100 Sobre algunas críticas a Watson *vid. v.gr* Cairns, J. W.: "Watson, Walton, and the History of Legal Transplant", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2014, vol. 41, núm. 3, p. 640 y ss.

101 En este sentido el estudio y sistema de familias se relaciona con el estructuralismo: *v.gr.* Peces y Morate, J E..: "Estructuralismo y Derecho comparado", en AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973,

es por sí suficiente[102] requiriendo también una visión macro comparada que conlleva la necesidad de una determinada estructura que se basa sobre elementos determinantes y fungibles, así como propuso Constantinesco[103].

4. Sacco y Watson y el estructuralismo.

Deteniédose en particular en el trasplante y el formante, identificados respectivamente con Watson y Sacco, debe destacarse que se asocian más bien al método estructural; por ello se ha definido a Waston, como antinfucionalista[104] puesto que efectivamente éste constaba que este método partíendo de la comparabilidad de problemas y no de leyes, más bien se asociabacon la sociología[105]

También se evidencia como "Rodolfo Sacco a partir de la lingüística que recurre al método estructuralista[106]" y el formante viene asociado espresamente con el estructuralismo[107]. Sin embargo, debido a la generalidad ya evidenciada arriba (*supra* V.3) tanto del funcionalismo como del estructuralismo, hace que, si bien la teoría de los formantes se asocia al enfoque estructuralista, hay quien afirma que la contribución de Sacco es "a cavallo[108]" entre el funcionalismo y el estructuralismo; hasta observarse que la teoría de los formantes y de los "criptotipos" sería una "alternativa y un suplemento al enfoque funcional[109]".

Ahora bien, aunque Waston y Sacco, mediante la elaboración del trasplante y de los formantes se alejan del método funcional; el funcionalismo y el estructuralismo pueden llegar a las mismas conclusiones y por ello no necesariamente son incompatibles[110]; ambos métodos no son necesariamente antíteticos sino opcionales.

pp. 173 y ss.

102 En este sentido Constantinesco, L. J.: *Traité*, cit., tomo III, p. 161.

103 *Vid.* Constantinesco, L. J.: *Traité*, cit., tomo III, pp. 228 y ss.

104 Así expresamente Michaels, R: "The Functional Method", cit., p. 358; *vid.* también Graziadei, M.: "The Functionalist Heritage", cit., p. 121.

105 Watson, *Legal Transplants*, cit., p. 5.

106 . Somma, A.: *Introducción*, cit., p. 154.

107 Como se observa claramente incluso en la conformación de los títulos de algunos epígrafes o estructuras de textos: Somma, A.: *Introducción*, cit., p. 152; Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 99.

108 En este sentido, Scarciglia, R.: "Strutturalismo, formanti legali e diritto pubblico comparato", *Diritto Pubblico comparato e Europeo*, 2017, núm. 3, p. 656, id. Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 99.

109 "The theory of legal formants and cryptotypes developed by Rodolfo Sacco is both an alternative and a supplement to the functional approach adopted nowadays by a number of comparatists": Graziadei, M.: "The Functionalist Heritage", cit., p. 125.

110 Somma, A.: *Introducción*, cit., p. 163.

VI. FORMANTE Y TRASPLANTE ENTRE PERAS, MANZANAS Y OTROS MÉTODOS.

Para que la frase "no es posible comparar cosas incomparables[111]" no se convierta en una frase meramente tautológica, es oportuno elegir no sólo una correcta metodología, sino sopesar la importancia de la posible compatibilidad entre lo que se compara y de los varios métodos.

Si la frase recién afirmada correspondiera al dicho de que no pueden compararse o sumarse "pera con manzanas" o "manzanas con naranjas" debería llegarse a la conclusión que estamos en presencia de una paradoja puesto que como se ha destacado "la conclusión de que dos objetos son incomparables, por si mismo se basa sobre una comparación[112]".

Ahora bien, toda comparación tiene siempre una cierta dosis de subjetividad, y en ese sentido manzanas y peras (o naranjas) [113] podrían compararse desde un punto de vista micro- per sé- o macro – como categorías de fruta. Esto dependerá también de la finalidad u objeto que la comparación tiene, puesto que elementos discordantes pueden incluso crear nuevas fenómenos autónomos e independientes, así como manzanas, peras y naranjas pueden dar lugar a una exquisita ensalada de fruta.

Lo que es cierto es que la tendencial homogeneidad de los objetos de comparación o su compatibilidad dentro del contexto de análisis indudablemente puede facilitar la tarea y - retomando el ejemplo - la comparabilidad de dos frutos iguales es más objetiva que aquella de dos frutos diferentes[114], pero no impide la segunda.

Seguidamente se verán algunas interacciones y/o compatibilidades que el formante y el trasplante pueden tener como otros mécanismos comparativos como la presumptio similitudis y el tertium comparationis.

111 Así afirman Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., p. 38.

112 Estas son las agudas observaciones de Chodosh H.: "Comparing Comparisons: In Search of Methodology", *Iowa Law Review*, 1998-1999, vol. 84, núm. 5, p. 1061. El autor más ampliamente trata criticamente esta metafora: *vid.* pp. 1061-1063, 1066, 1121-1123.

113 La doctrina ha realizado otros ejemplos basándose sobre el mismo concepto de metáfora así se ha afirmado por ejemplo que, si bien una comparación de la tiza con el queso, debe necesariamente resaltar la cuestión de la comestibilidad, una comparación de la tiza con los rotuladores se centrará en la legibilidad: *vid.*: Huxley, A.: "Golden Yoke, Silken Text", *Yale Law Journal*, 1997, vol. 106, núm. 6, p. 1924 y 1925 y los comentarios de Chodosh H.: "Comparing Comparisons", cit., p. 1065.

114 En este sentido Rogers, C.: "Gulliver's Troubled Travels, or the Conundrum of Comparative Law", *George Washington Law Review*, 1998, vol. 67, núm. 2, p. 155.

1. *Praesumptio similitudis* y disociación de los formantes.

Ahora bien, algunas reflexiones deben hacerse en relación con la praesumptio similitudis, es decir el partir de la presunción de que los resultados son semejantes[115]. Si desde el punto de vista funcional esta hipótesis esencialmente debe confirmarse, bajo el punto de vista ligado al análisis de Sacco y sus formantes, el presupuesto podría ser antitético ya que podría partirse del presupuesto que los formantes son disociados y ver si efectivamente coinciden (y, por ello, no necesariamente se asumiría la presunción como punto de partida). Si en el funcionalismo de Zweigert y Kotz la praesumptio es un punto de partida y de llegada al mismo tiempo ya que "lo único que puede compararse en el derecho son las cosas que cumplen con una misma función[116]" y la finalidad es encontrar en el derecho extranjero "un equivalente o análogo de la solución que persigue el estudioso"[117]; el punto de vista del estudio del formante es diferente. En este segundo enfoque metodologíco deberán verse las diferencias (y también consecuentemente las similitudes) y sobre esto traer conclusiones. Si el funcionalismo parte de una homogeneidad de análisis, en cambio el sistema estructural parte de una homogeneidad de estructuras, que se mueven desde una base de familias o de elementos (los formantes) con la clara toma de conciencia que estos últimos pueden no coincidir en su contenido.

Si, por un lado, se parte del presupuesto de una "equivalencia funcional[118]", por otro lado, en el caso de Sacco, es fundamental el estudio de la disociación de los elementos[119] analizados y su comportamiento, aspecto que puede conducir a una diferenciación o incluso a la asimilación de modelos contrapuestos[120].

Si el estudio mediante el formante puede conducir a diferenciaciones o similitudes, el estudio funcionalista si no conduce a resultados idénticos[121] significa que no se ha realizado debidamente ya que el descubrimiento de diferencias significativas se asume como error metodológico y no como resultado[122]. En el funcionalismo parece que la praesumptio similitudis no sólo se asume como una especie de presunción iuris et de iure sino que, además de ser invencible, parece

115 En el sentido, por ejemplo, afirmado por Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., p. 45.

116 Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., pp. 38 y 39.

117 Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., p. 40.

118 En este sentido: hay que "encontrar en un sistema extranjero los principios que guardan na equivalencia funcional con las reglas que le interesan en su proprio derecho": Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., p. 41.

119 *V.gr.* Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 69 y 70.

120 *V.gr.* Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 70 y 71.

121 Así se afirma que "el comparatista deberá darse por bien servido cuando sus investigaciones en los materiales relevantes lo lleven a la conclusión que los sistemas comparados obtienen resultados idénticos o similares": Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., p. 45.

122 En ese sentido se afirma que el comparatista "si descubre que hay diferencias significativas, o de hecho, resultados puestos, deberá tomar esto como una advertencia, por lo que habrá de comprobar si los términos en los que planeo la pregunta original eran funcionales y, si, en efecto, ha extendió la red de sus investigaciones suficientemente lejos": Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., p. 45.

elevarse casi a dogma. Por ello, una de las mayores críticas al funcionalismo es que hay que moverse también en estudio de las diferencias[123], aunque más bien es necesario analizar tanto los puntos en comunes como las diferencias[124]. El estudio de los formantes no se conforma a priori con una verdad, aunque se observan rasgos estructurales comunes que permiten realizar la tarea comparatista. La presunción parece ser dada por las estructuras no por sus contenidos. Por ello se afirma que "el comparatista como no tiene preferencias para un ordenamiento más que otro, no tiene tampoco preferencia para uno y otro formante de un determinado sistema [125]".

2. *Tertium comparationis* entre mínimo común múltiplo y máximo común divisor.

¿Puede procederse directamente a la comparación simultánea de más de dos términos o factores? Si se contestara de manera negativa[126] debería necesariamente acudir al concepto de tertium comparationis, frente a dos anteriores elementos, definidos comparatum y comparandum[127]. Ahora bien, debe constatarse que este aspecto, dentro de la realidad de la comparación jurídica, se interpreta en maneras diferentes.

Así que, si bien el tertium comparationis y el mínimo común múltiplo se han utilizado como sinónimos[128], hay que ir más allá y - al margen de constatarse una actividad homogeneizadora[129] - debe valorarse si efectivamente esto debe identificarse como un tercer elemento superior (en este caso si podría identificarse el tertium comparationis con un mínimo común múltiplo) o simplemente un elemento que destaca factores comunes, de manera más bien neutral.

Es, en este sentido, que pueden contraponerse dos visiones antitéticas. Bajo una primera vertiente, el tertium comparations efectivamente sería una "noción común superior[130]", bajo otra perspectiva, en cambio el tertium comparationis sirve para una comparación más bien sistemática y "los elementos comunes

123 Por ello "se deberían abandona las analoígas y presunciones de similitud ha favor de una rigurosa experiencia realtivas a distancias y diferencias": Frankemberg, G.: "Critical Comparisons", cit., p. 453.

124 En este último sentido más abarcador Eörsi G.: "Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine du droit civil", *Revue internationale de droit comparé*, 1967, vol. 19, núm. 2, p. 418.

125 Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 59-61, en particular p. 60.

126 La genesis de este planteamiento se debe a Radbruch, G.: "*Uber die Methode der Rechtsvergleichung"*, cit., p. 423-425; sobre el punto Constantinesco, L. J.: *Traité de Droit Comparé, Tome II, La méthode comparative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, pp. 34 y ss.

127 Por todos Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 123.

128 En este sentido Örücü, E. y Nelken D.: *Comparative Law. A Handbook*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 48.

129 Así esto conduce a un "grado mínimo de homogeneidad": Langrong, G.: "Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en sciencie jurídique", *Revue Internationale de Droit comparé*, 1957, vol. 9, núm. 2, p. 365.

130 Esta visión puede verse en Knapp por el cual "la condition primordiale de tout comparaison raisonnable consiste à pouvoir dégafer des deux notions comparée , une notion commun supérieru, le tertium comparationis": Knapp, V.: "Quelque problèmes méthodologiques dans la science du droit compare", *Revue*

así identificados no constituyen nociones comunes superiores, sino elementos comunes a dos o más ordenamientos jurídicos[131]", siendo – siguiendo con el ejemplo matemático, más que un mínimo común múltiplo, un máximo común divisor[132].

Esta segunda interpretación ayuda a desmontar la primera afirmación realizada al inicio de esta sección, y permite una tarea comparativa que no necesariamente conduce a un tercer elemento (superior), sino constata comparativamente los rasgos comunes y por lo tanto permite la comparación directa también de sólo dos factores (y claramente también de más de ellos).

Ahora bien dentro del funcionalismo esto asume su peculiaridad puesto que aquí se considera que el tertium comparationis[133] es la función en sí (del método funcionalista).

La actividad comparatista que está a la base del análisis del formante podría acercarse a la segunda vertiente analizada, la del máximo común divisor. Aquí, si se asume que los contrarios se tocan y que para identificar correctamente lo que es dulce debe conocerse adecuadamente también lo que es salado, para identificar cuáles son los elementos comunes, necesariamente deben haberse precisado también las diferencias. Siguiendo este hilo argumentativo se observa, por lo tanto, que la identificación del análisis de los formantes y su disociación presupone una actividad similar a un tertium comparationis neutral que quiere evidenciar no sólo las diferencias sino también los puntos en común.

Por todo ello puede verse que también el tertium comparationis puede vincularse tanto al funcionalismo como al estructuralismo, siendo incluso actividad metodológica independiente. En este último caso por ejemplo se asumirá como referente un (tercer) elemento (ordenamiento, institución) considerado "superior" (al comparatum y comparandum) y se buscarán cuáles son los puntos en común que otros dos elementos (ordenamientos, instituciones) poseen con el primero.

Ahora por muy neutral que pueda la actividad que conduce al tertium, esta neutralidad será aparente[134]. Al no ser la ciencia jurídica una ciencia exácta, implicitamente se carácteriza por el pensamiento y formación subjetivo del mismo comparatista. Por ello, la búsqueda de un análisis estructuralista tendencialmente

roumaine des sciences sociales, Série des sciences juridiques, 1968, núm. 12, p. 77. Sigue por ejemplo esta postura por ejemplo Husa, J.: *A new Introduction*, cit., p. 148.

131 Esta es la postura y las palabras de Constantinesco, L.J.: *Traité*, cit., tomo II, p. 79.

132 Así Legrand, P.: "Beyond Method", cit., p. 791.

133 Por todos: Michaels, R.: "The Functional Method", cit., pp. 372-375; también Marini, G., "Diritto e politica", cit., p. 65; Platsas A.: "The Functional", cit., pp. 10 y 15.

134 Frankemberg, aunque puja hacia la neutralidad del *tertium comparationis* neutral (p. 432) constata que esta sería engañosa ("misleading"): Frankemberg, G.: "Critical Comparisons", cit., p. 415.

objetiva – puesto que no quiere focalizarse sólo en los elementos comunes sino tomando en consideración también las diferencias - viene contaminada por una subjetividad intrínseca.

VII. FORMANTE Y TRASPLANTE, FAMILIAS Y EL ESTUDIO DE LOS HIJOS DE LOS *STEPPARENTS*.

Se ha visto que un estudio de compatibilidad es un factor proclive al análisis comparado, por ello, siguendo la connotación metafórica que catácteriza al Derecho comparado, se estimó conveniente desde inicio siglo XX "calificar las legislaciones (o las costumbres) de los diferentes pueblos, enumerándolos en una serie de familias o grupos, cada uno de los cuales representa un ordenamiento jurídico originario[135]" privilegiando una comparación entre sistemas homogéneos; entre manzanas y manzanas.

Sin embargo, la conformación legislativa, política y económica ha cambiado desde aquel entonces y, por ello, la realidad debe hacer replantearse algunos aspectos. El cambio de las estructuras políticas de algunos países socialistas[136] o el flujo de la economía y la globalización han producido una implosión de esta tipología de familias del derecho[137] y su progresiva reestructuración en una óptica menguante[138].

Por ello, si bien se ha dado una inicial expansión clasificatoria respecto a la original planteada[139], posteriormente se ha asistido al fenómeno contrario y de

135 Primordial aquí es Esmein, A.: "Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport présenté", en AA.VV.: *Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 451.

136 También sujeta a revisión crítica es la clasificación de David que considera, al igual de la de Zweigert y Kötz, los sistemas socialistas. David esencialmente se refiere a la familias romano-germánica, derechos socialistas, *common law* y la relativa a derecho religiosos o tradicionales, en ese sentido comprende derecho musulmán, indio, Chino, japonés, Africano y de Madagascar: David, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964; David, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains* (mise a jour par C. Jauffret-Spinosi et M. Gore, 12ª ed, Dalloz, Paris, 2015. Lo mismo en relación con las tres tradiciones legales evidenciada por: civil law Merryman (America Latina y Europa, *Common Law* y el derecho relativo a países socialistas: Merryman, J. H.: *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1989, p. 15 y ss.

137 Para una panorámica sobre algunas de las familias: *v.gr. vid.* Ajani, Gm.: *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*, versión ampliada por Anderson, M., Arroyo i Amayuelas, E., Pasa, B. (de Sistemi giuridici comparati: Lezioni e materiali, Giappichelli, Torino, 2006), Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011 p. 29 y ss.

138 Incluso ha habido una clasificación en base a las razas: derechos de los arios, semitas, mongoles y bárbaros (africanos y melanesios): Sauser-Hall G.: *Fonction et méthode du droit comparé*, Imp. A. Kündig, Genève, 1913.

139 Inicialmente se consideraba que la existencia de cuatro grupos (latino, germánico, anglosajón y eslavo): Esmein, A.: "Le droit comparé", cit., p. 451.

una categorización basada en ocho[140] familias, se ha pasado a siete[141] y así de paso restructurándose[142]. Hasta hay quien[143] se ha preguntado si debiese realizarse un réquiem a la clasificación de las familias, que, sin embargo, ha conducido más bien a un cambio de criterios clasificatorios.

Por ello, algunos criterios ceden el paso a otros, obsérvandose que debe valorarse cuál de estás tres reglas prevalece en cada país: rule of professional law, rule of political law o la rule of traditional law[144]. Esta nueva clasificación no sólo sirve para abandonar la criticada visión eurocentríca[145] sino también para abandonar el criterio estático de la clasificación. Por ello, siendo conciente que cada pais puede carácterizarse por más de uno de estos factores (o reglas), tendrá que ubicarse en la categoría en que este resulta prevalente[146]. Aunque se aprecia un dinamismo que puja a una mayor circulación de modelos, se ha constatado[147] que desde un perfil didáctico se seguirá apuntando a la construcción de familias legales, aunque a esto debería añadirse un estudio de las genealogías ya que la circulación de modelos se mueve desde premisas diferentes.

La realidad permite constatar una difuminación de los deslindes de los sistemas que produce una mayor borrosidad clasificatoria; así nuevamente el Derecho Comparado hace propio un término de otra disciplina, el concepto fuzzy[148] –

140 1) familia Romanista, 2) familia germánica, 3) familia escandinava, 4) familia de derecho consuetudinario, 5) familia socialista, 6) familia oriental, 7) familia islámica, 8) familia hindú: Zweigert, K.; Kötz, H.: *Introducción*, cit., p. 71 y ss. La primar edición alemana de la obra es de 1969-1971.

141 Francés, alemana, escadinava, inglesa, rusa, islamica, indú: Arminjon, P., Nolde, B., Wolff, M.: *Traité de Droit Comparé*, tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 49 y ss.

142 Tradición jurídica occidental y su tendencial contraposición con el *Common Law*, Derecho de los países islámicos, Derecho indiano, Derecho del Asia oriental, y aquello del Africa subsahariana: Gambaro, A., Sacco, R.: *Sistemi Giuridici Comparati*, 4ª ed., Utet Giuridica, Wolters Kluwers, Milano, 2018.
Sobre una evolución o tentativos de clasificación en familias más ampliamente *vid.* Constantinesco, L.J.: *Traité*, cit., tomo III, p. 80 y ss.

143 Si bien es óptimamente crítico: Husa, J.: "Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, vol. 56, núm. 1, p. 11 y ss, en particular p. 31. Esta problemática se relaciona también a la expansión o no de los sistemas mixtos: *vid. Örücü,* E.: "What Is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion The Boundaries of Unity: Mixed Systems in Action", *Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 3, núm. 1, p. 34 y ss.

144 La capacidad de los abogados en tener más o menos técnicismo o valorar si los marcos filosóficos políticos y económicos son los mismos en los paises de referencias eran, por ejemplo, criterios utilizados por David para la clasificación en familias, así como destaca: Tunc, A.: "R. David, Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)", *Revue internationale de Droit Comparé*, 1965, vol. 17, núm. 1, p. 255.

145 De allí el título: Mattei, U.: "Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici", en AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 775-797, version previa a la que luego se publicará en el *American Journal of Comparative Law*, *vid.* nota siguente.

146 Mattei, U.: "Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems", *American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, núm. 3, p. 5 y ss. EN la p. 44 el autor hace un mapa sistematizado en relación con algunos ordenamientos.

147 Somma, A.: "Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy", *American Journal of Comparative Law*, 2019, vol. 66, núm. 4, p. 751 y ss.

148 Sobre el punto *vid.* Baldin, S.: "Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà", *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2012, vol. 10, pp. 1 y ss.

borroso – relativo a la teoria matematica de los sistemas[149]. Lo que al fin y al cabo se hace no es otra cosa que potenciar una de las importantes premisas de quien fue uno de los primeros propulsores de este sistema clasificatorio[150], tomándose conciencia que no hay compartimentos estancos ya que más de una familia puede ser influenciada por mismos factores.

A esta borrosidad, debe añadirse la presencia de sistemas mixtos[151] o hibridos[152] que necesariamente presuponen una clasificación previa en familias[153].

Si bien las interacciones suelen normalmente centrarse en los sistemas de civil law y common law[154], el panorama es mucho más amplio y complicado y podría ser una revolución copernicana[155] el desentrañar la totalidad de los sistemas mixtos.

La intrafusión entre mecanismos, instituciones o instrumentos jurídicos no sólo de common law y civil law[156], sino entre mismos sistemas de civil o common law[157], abre las puertas al comparatista para un análisis que es más hondo. La visión de los sistemas mixtos – obra más bien de macro comparación - abre paso a otra

149 Cuyo creador es Zadeh: *vid.* Zadeh, L. A.: "Fuzzy sets", *Information and Control*, 1965, vol. 8, núm. 3, p. 338 y ss., complementado por Zadeh, L. A.: "Probability measures of fuzzy events", *Journal of Mathematical Analysis and Applications*, 1968, núm. 23, p. 421 y ss. Sobre el punto se remite *v.gr.* a Lameda Monteroa, C. y Torres Cruz E.: "Lotfi Zadeh: el genio creador de la lógica borrosa", *Publicaciones en Ciencias y Tecnología*, 2018, vol.12, núm. 2, p, 127 y ss.

150 Así que ya afirmaba que como premisa de su clasificación que el Derecho romano y canónico podían ser común a más de uno de los grupos: Esmein, A.: "Le droit comparé", cit., p. 451.

151 Veáse su primordial identificación terminológica en las expresiones de Smith, Th.: "The Common Law Cuckoo: Problems of a 'Mixed' Legal System with Special Reference to Restrictive Interpretations in the Scots Law of Obligations", *Butterworths Sud African Law Review*, 1956, núm. 1, p. 147 y ss; Smith, Th.: "The Preservation of the Civilian Tradition in "Mixed Jurisdictions"", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1966, vol. 35, núm. 2, pp. 263 y ss.

152 En este sentido "esta categoría incluye entidades políticas donde dos o más sistemas se aplican de forma acumulativa o interactiva, pero también entidades donde hay una yuxtaposición de sistemas como resultado de campos de aplicación más o menos claramente definidos": Palmer V., "Two Rival Theories of Mixed Legal Systems", *Electronic Journal of Comparative Law*, may 2008, vol. 12, núm.1, p. 24.

153 Así, por ejemplo, se proporcionan diez categorizaciones de estos sistemas, dependiendo de cómo interaccionen entre sí *civil law*, *common law*, derecho musulmán y derecho consuetudinario: Mariani N. y Fuentes, G..: *World Legal Systems. Les systèmes juridiques dans le monde*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2000, p. 16 y 17 reproducida también por Palmer V., "Two Rival Theories", cit., pp. 24-28. *Vid.* también Palmer V.: *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2ª. Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Para otra clasificación *vid.* Örücü, E., "What Is", cit., pp. 51 y 52.

154 *Vid.* Tetley, W.: "Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified)", *Lousiana Law Review*, 2000, vol. 60, núm. 3, p. 678-738. Sobre las interacciones de *common law* y *civil law* en Sud Africa y Escocia de referencia obligada: Zimmermann, R. and Visser, D.: *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Clarendon Press, 1997; Zimmermann, R. and Visser, D., and Reid K.: *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2005; Zimmermann, R. and Reid K.: *History of Private Law in Scotland*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

155 Ésta es la expresión utilizada por Palmer V., "Two Rival Theories", cit., p. 23.

156 Sobre el punto *v.gr. vid.* Gordley, J.: "Common Law e Civil Law: una distinzione che sta scomparendo", en AA.VV.: *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 559 y ss;Vvaa: *Due Iceberg a confronto: le Derive di Common law e Civil Law*, Giuffré, Milano, 2009.

157 Para la interacción entre los dos sistemas en el contexto del *Commonwealth*: Amos M., "The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations" en *Harvard Law Review*, 1937, vol. 50, n. 8, p. 1273.

tarea - la micro comparativa – que es intimamente relacionada con la primera[158]. Es en este contexto y con estas premisas que el análisis mediante el formante y el trasplante asumen un rol fundamental aún más si se considera que alrededor del 60%[159] de los sistemas pueden considerarse mixtos.

Es así que - más en detalle de ulteriores panoramas borrosos - puede constatarse la creación y presencia actual de verdaderas stepfamilies o familias jurídicas recompuestas incluso a nivel micro. Estas generan hijos que son productos jurídicos que necesariamente se han nutrido de culturas jurídicas distintas y que, aunque, tengan características o sesgos de los progenitores jurídicos, tienen o tendrán su propia autonomía que viene a consolidarse con el paso del tiempo.

Esos hijos de padrastros jurídicos pueden detectarse y analizarse apropiadamente mediante el trasplante y el formante. Ambos son factores claves para poder entender su conformación mediante un recorrido adecuado.

Así que la borrosidad de las macro familias, incluso en los sistemas que no son mixtos, conduce a una micro óptica de familias recompuestas que pueden generan fenómenos o aspectos jurídicos que sólo una adecuada metodología puede desentrañar para comprender su funcionamiento. Jurídicamente el adagio talis pater, tal filius[160] viene en este contexto a disgregarse debiéndose asumir una visión y análisis comparado que, en un aspecto continuamente dinámico, se caracteriza por un sin número de padrastros, madrastas y hermanastros aun más a nivel de microcomparación y en virtud de los fenómenos de reformas codificadoras ya no estancadas necesariamente a los patrones clásicos. Así podría decirse que, si el trasplante estudia juridicamente el hijo adoptivo, u adoptando/adoptado por otro núcleo jurídico, en una especie de visión paterna o vertical, en línea recta; el formante lo analiza en relación con sus hermanastros, en una óptica horizontal, en línea colateral[161].

158 Así se ha afirmado que "la microcomparación requiere la macro comparación": Zeno-Zencovich, V.: *Comparative Legal Systems*, cit., cit., p. 161.

159 Como observado en Mariani N. y Fuentes, G.: *World Legal Systems*, cit., p. 35.

160 De elementos formantes relativos a una especie de parentesco jurídico ya hablaba Constantinesco, L.J.: *Traité*, cit., tomo III, pp. 389 y ss., en particular p. 403 y ss.

161 Otras veces se ha hablado de circulación horizontal o vertical de formantes jurisprudenciales, en una diferente acepción, entendiéndose como circulación vertical la entre órganos judiciales supranacionales y órganos judiciales estatales (y también dentro de ellos, si los Estados son federales o regionales) y como comparación horizontal aquella entre órganos judiciales supranacionales, estatales o descentralizados: así tomando como refernetes el derecho nacional, internacional y europeo: Pegoraro, L.: "Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: La circulación horizontal y vertical entre formantes", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2013, núm. 17, p. 257-286.
En un sentido esencialmente análogo, se habla de comparación horizontal como aquella entre "sistemas jurídicas que se encuentran en in mismo nivel" – asocia a más viene a la comparación entre ordenamientos, familias o instituciones- y vertical como aquella que tiene en consideración de fenómenos de carácter global y transnacional: Scarciglia, R.: *Metodi*, cit., p. 85.

Puesto que el dinamismo del Derecho produce una circulación de modelos que generan influencias, incluso recíprocas, o imitaciones[162], el formante y el trasplante asumen en este sentido un importante rol estructural al tener justamente en consideración las posibles diversidades o evoluciones que una norma o una institución puede sufrir. Una comparación que no tuviera en consideración estos fenómenos, quedándose a una visión estática, sería patológica. El análisis basado sobre el formante y el trasplante se mueve de la constatación que la comparación puede realizarse no necesariamente entre dos manzanas, o a sabiendas que, hay varias categorías o especies de manzanas o incluso que lo que puede parecer una manzana, en realidad no lo es, ya que la compatibilidad u homogeneidad pueden ser dos conceptos relativos. (*vid. supra* VI).

VIII. TRASPLANTE Y FORMANTE COMO CONSOLIDACIÓN Y PROFUNDIZACIÓN DE UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO.

El mérito de Sacco y Watson es indudable en haber consolidado e influenciado la profundización - incluso con verdaderas escuelas[163] - de algunos conceptos que eran presentes ya anteriormente en el tejido jurídico si bien de forma embrionaria.

Como, en el ámbito del Derecho Comparado y del funcionalismo, hay una asociación entre Rabel y Zweigert; si quisiera utilizarse una proporción, podría decirse que Sacco está a Pound como Watson está a Bentham.

Por un lado; el embrión del trasplante se encuentra así ya en el siglo XIX en la obra de Bentham[164]. El trasplante, en su acepción de recepción legislativa, ya venia analizado vehementemente desde el congreso de Paris de 1900, hablándose críticamente de un método de transposition[165] y su importancia queda patente

162 Así Sacco: "el derecho no es estático. Sus soluciones circulan, se difunden, generan imitaciones": Sacco, R.: "Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho", *Anuario de Derecho Civil,* 2008, tomo LXI, fasc. 2, p. 450.

163 Piénsese a la verdadera escuela creada por Rodolfo Sacco y cuyo botón puede verse en la "Tesi di Trento", aquel "Manifesto" de la comparación jurídica, del cual uno de los propulsores fue Sacco y su escuela y que identifica los rasgos caracterizadores de la comparación jurídica, creado durante el Convegno de 1987 de la Associazione Italiana di Diritto Comparato y complementado en el año 2001: sobre el punto *v.gr.* Ajani, Gm., Francavilla, D., Pasa, B., *Diritto Comparato. Lezioni e Materiali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 5 y ss ; Gambaro, A., Monateri, P.G. y Sacco, R., "Comparazione giuridica", cit., p. 52 y ss; Monateri, P. G.:"Comparazione, critica civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1998, núm. 16, p. 453 y ss.

164 Interesantísimo el estudio de Huxley, A.: "Bentham on Legal Transplants", *Journal of Comparative Law*, 2007, 2, p. 177 y ss. Para el autor esta asociación se basaría sobre el contenido de la obra *Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation (Time and Place)* publicada en 1802 y cuyo primo borrador es de 1782. Su primer capítulo efectivamente se titulaba "Principles to be Followed in Transplanting Laws".

165 Efectivamente Esmein utiliza esta expresión para rechazarla desde el punto de vista metodologico: "el derecho comparado se utiliza de forma eficaz para identificar y aclarar la naturaleza jurídica de las instituciones (y aquí la enseñanza debe dar un buen ejemplo), no debemos utilizar lo que se puede llamar el método de transposición"": Esmein, A.: "Le droit comparé", cit., p. 452.

incluso anteriormente sin desde la creación de la Société de législation comparée fundada en 1869[166].

El estudio de la incorporación normativa tiene sus exponentes en varios paises, piénsese por ejemplo al estudio sobre la recepción del derecho francés[167] en otros ordenamientos o de aquello alemán[168] y la temática se ha desarrollado constantemente en los años, teniendo sus bases anteriormente a la obra de Watson[169]. Esto no quita que la verdadera consolidación se deba a las consideraciones de Watson quien ha tenido el importante mérito de influenciar a los comparatistas posteriores con un verdadero estilo metodológico. Así la teoría se ha ido perfeccionando, asociándola al análisis económico[170] o generando visiones en partes contrapuestas[171] incluso sobre la finalidad comparativa; afirmándose que ésta no sólo puede centrarse en un método educativo o de estudio sino en un método que contribuye a la reforma legislativa[172].

Por otro lado, pueden observarse claras similitudes entre el concepto de formante (anteriormente ya llamado "componente[173]") y aquello relativo a la diferenciación law in action, en contraposición con la law in the books, predispuesto por Pound puesto que se observa que el Derecho en su predisposición teórica viene claramente a diferenciarse de su aplicación práctica[174]. Ahora bien también esto debe introducirse en un fénomeno más amplio que mueve sus

166 Se remite a su página web: https://www.legiscompare.fr/web/?lang=fr.

167 *V.gr.* Arminjon, P., Nolde, B., Wolff, M.: *Traité de Droit Comparé*, cit., tomo I, p. 136 y ss.

168 *V.gr.* Arminjon, P.: Nolde, B.: Wolff, M.: *Traité de Droit Comparé*, cit., tomo II, p 189 y ss.

169 Como destaca Graziadei el Congreso de la *Académie internationale de droit comparé* de 1970 se dedicó a la "recepción global del derecho extranjero". Se remite al autor para un análisis más detallado de otros encuentros temáticos anteriores y posteriores a el escrito de Watson: Graziadei, M.: "Transplant and Receptions", cit., p. 443 y ss.

170 En este sentido Watson considera las observaciones realizadas por Mattei, U.: "Efficiency in Legal transplant. An essay in comparative Law and Economics", *International Review of Law and economics*, vol. 14, núm. 1, 1994, p. 3 y ss. *Vid.* Watson, A.: "Aspects of reception", pp. 335 y ss. En definitiva un sistema basado en los trasplantes rebaja los costes de información e investigación. Ejemplificativa es la afirmación por la cual: "sería un despilfarro reinventar en cada país el televisor o la rueda, siendo mucho más eficiente emular la invención ajena": Mattei, U. y Monateri, P.: *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, p. 118.

171 Así se destaca que alguna vez el trasplante puede generar "irritaciones": *vid.* Teubner, G.: "Legal Irritans: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *Modern Law Review*, 1998, vol. 61, núm. 1, p. 11 y ss.

172 Así Kahn-Freud afirmaba que "mi preocupación no es con el derecho comparado como herramienta de investigación o como herramienta de educación, sino con el derecho comparado como herramienta de reforma legal": Kahn-Freud, O.: "Uses y misuses", cit., p. 1. Sobre el análisis del debate entre Kahn-Freud y Watson, que sin embargo se observa que puede dar lugar a posiciones conciliables entre sí se reenvía Stein E.: "Uses, Misuses-And Nonuses of Comparative Law", *Northwest University Law Review*, 1977, vol. 72, núm. 2, p. 199 y ss; Ahora bien se observa también que Watson era historiador en contraposición con la visión más bien sociológica de Kahn-Freund: Chodosh H.: "Comparing Comparisons", cit., p. 1074 y ss.

173 Se utiliza esta expresión en Sacco, R.: "Le buts et les méthodes de la comparaison du droit", en AA.VV.: *Rapport nationaux itáliens au IX Congrès Inter-national de Droit Comparé* (ed. Associazione Italiana di Diritto Comparato), Giuffrè, Milano, 1974, pp. 113 y ss; Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione*, cit., p. 57.

174 Pound, R.: "Law in Books and law in Action", *American Law Review*, 1910, vol. 44, núm. 12, p. 12 y ss. Sobre el punto *vid.* por ejemplo Halpérin, J.-L., "Law in books and law in action: The Problem of Legal Change", *Maine Law Review*, 2011, vol. 64, núm. 1, p. 45-76.

premisas desde el Congreso de Paris puesto que desde este momento se viene progresivamente a otorgar menos importancia al estudio exegético[175] abogándose a un rol más preponderante de la interpretación doctrinal. En ese sentido el rol de la interpretación doctrinal – y por lo tanto mutatis mutandis de lo que definiría Sacco como formante doctrinal - se eleva a punto de referencia y brillantemente se observa como "la invención del derecho comparado moderno a principios del siglo XX se convirtió así en un instrumento para la toma del poder doctrinal[176]". Este pasaje clave se cristaliza también con la importancia del jurista comparatista en sí, cuya expresión máxima se encuentra en la creación, en 1924, de la Académie internationale de droit comparé (International academy of comparative Law)[177]. Por ello puede verse como dos de las instituciones comparatistas más prestigiosas esconden en sì reflejos indirectos de la importancia de determinados aspectos metodológicos. Las anteriores visiones y estudios no quitan méritos a la teoría de los formantes ya gracias a Sacco viene a tomarse conciencias de que varios elementos, no sólo legislativos, sino doctrinales y jurisprudenciales deben necesariamente tomarse en consideración y ver cómo estas variables juegan entre sí tanto a nivel nacional como con respecto a otros ordenamientos o instituciones.

Por ello, tanto trasplante como formante se han convertido en instrumentos metodológicos que contribuyen al desarrollo de aquella visión del Derecho comparado cuya raíces venían instauradas alrededor del inicio del siglo XX.

IX. CONCLUSIONES.

La comparación jurídica conlleva el estudio y el manejo no sólo de fuentes internas sino extranjeras, éstas deben utilizarse según una (o más) metodologías conforme a los estándares que la disciplina del Derecho comparado impone. La vaguedad y amplitud de los conceptos utilizados (por ejemplo, el funcionalismo) muchas veces otorga márgenes de acción muy amplios que, sin embargo, no pueden hacer perder de vista el correcto hilo comparativo y metodológico.

El hecho de que la comparación jurídica incorpore instrumentos de análisis o metodologías pluridisciplinares conduces a una utilización metafórica de algunas terminologías, entre las cuales el trasplante y el formante y otras evidenciadas en este escrito. Esto muestra la complejidad de la metodología comparada que requiere un preciso recorrido aplicativo y no puede dejarse al azar.

175 En ese sentido se observa como tanto Lambert y Saleilles en dicha ocasión producen críticas al método exegético: Jamin, Ch.: "Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos ducentenaire du Congrès international de droit comparé de Paris", *Revue internationale de droit comparé*, octubre-diciembre 2000, vol. 52 núm. 4, p. 733.

176 Jamin, Ch.: "Le vieux rêve", cit., p. 733.

177 Se remite a su página web: https://aidc-iacl.org/

En este panorama se insertan el trasplante y formante jurídicos; hijos del Derecho Comparado y de la comparación jurídica siendo instrumentos de referencia en el estudio de la doctrina extranjera y nacional. Se caracterizan tanto para tener una correlación entre sí como por otros aspectos que los diferencian; así, por ejemplo, ambos interactúan en modo parcialmente diferente con la praesumtio similitudis y el tertium comparationis. De todos modos, ambos cumplen con misma finalidad, la de contribuir a una correcta utilización e entendimiento del Derecho nacional y extranjero. Por ello, no puede procederse a una utilización de éstos último dos sin criterio alguno, sino que debe comprenderse y utilizarse según una adecuada metodología.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: "Centennial World Congress on Comparative Law organized by the International Association of Legal Science (IALS)", *Tulane Law Review*, 2001, vol. 75, núm. 4.

AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973.

Ajani, Gm.: *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*, versión ampliada por Anderson, M., Arroyo i Amayuelas, E., Pasa, B. (de *Sistemi giuridici comparati: Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2006), Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.

Ajani, Gm., Francavilla, D., Pasa, B.: *Diritto Comparato. Lezioni e Materiali*, Giappichelli, Torino, 2018.

Alzamora Valdez, M.: "Estructuralismo y Derecho", *Derecho-PUCP*, 1974, núm. 32.

Amos M., "The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations", *Harvard Law Review*, 1937, vol. 50, núm. 8.

Ancel, M.: *Utilité et méthodes de droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971.

Andaluz Vegacenteno, H.: "¿Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura sel sistema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 9, 2010.

Andenas M., Fairgrieve, D.: "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. Monateri), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012.

Arminjon, P., Nolde, B., Wolff, M.: *Traité de Droit Comparé*, tomo I y tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.

Baldin, S.: "Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà", *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2012, vol. 10.

Berkowitz D., Pistor, K., Richard, J. F.: "The transplant effect", American Journal of Comparative Law, 2003, vol. 51, núm. 1.

Bunge, M.: La investigación científica. Su estrategia y su filosofía, Ariel, Barcelona, 1969.

Cairns, J. W.: "Watson, Walton, and the History of Legal Transplant", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2014, vol. 41, núm. 3.

Carbonnier, J.: "Les structures en droit privé", en AA.VV.: *Sens et usage du terme structure dans les sciences humaines et sociales* (ed. R. Bastinde), De Gruyter Mouton, The Hague, 1962.

Carbonnier, J.: *Sociologie Juridique*, Quadridge, PUF, París, 1994.

Chodosh H.: "Comparing Comparisons: In Search of Methodology", *Iowa Law Review*, 1998-1999, vol. 84, núm. 5.

Constantinesco, L. J.: *Traité de Droit Comparé*, Tome I, *Introduction au Droit Comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972.

Constantinesco, L. J.: *Traité de Droit Comparé*, Tome II, *La méthode comparative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974.

Constantinesco, L. J.: *Traité de Droit Comparé*, Tome III, *La science des droits comparés*, Económica, Paris, 1983.

Dannemann, G. "Comparative Law: study of similarities or differences?", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

David, R.: "M. Ancel, Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits", *Revue internationale de droit comparé*, 1971, vol. 23, núm. 4.

David, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964.

David, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains* (mise a jour par C. Jauffret-Spinosi et M. Gore, 12ª ed, Dalloz, Paris, 2015.

De Los Mozos, J. L.: *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

Denti, V.: "Diritto comparato e scienza del processo", *Rivista diritto processuale*, vol. XXXIV, 1979, id. en AA.VV: L'apporto della comparazione alla scienza giuridica (ed. R. Sacco), Giuffré, Milano, 1980.

Donahue, Ch.: "Comparative Law before the Code Napoléon", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

Durkheim, E.: *The Rules of the Sociological Method*, New York, 1895, *Regole del metodo sociologico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1979.

Eörsi G.: "Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine du droit civil", *Revue internationale de droit comparé*, 1967, vol. 19, núm. 2.

Epstein, L. & Martin A.: "Quantitative Approaches to Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

Esmein, A.: "Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport présenté", en AA.VV.: *Congrès international de droit comparé*, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905.

Ferrante, A.: "Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, núm.2.

Fontanelli F.: "Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations", *Transnational Legal Theory*, 2011, vol. 2, núm 1.

Frankemberg, G.: "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, núm. 2.

Frosini, V.: *La struttura del diritto,* Giuffrè, Milano, 1962.

Gambaro, A., Monateri, P.G. y Sacco, R.: "Comparazione giuridica", *Digesto delle discipline privatistiche-Sezione civile,* vol. 3, Utet, Torino, 1988.

Gambaro, A., Sacco, R.: *Sistemi Giuridici Comparati*, 4ª ed., Utet Giuridica, Wolters Kluwers, Milano, 2018.

García Miranda, C. Mª.: "La unidad en el concepto de Ordenamiento jurídico de Santi Romano", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, núm. 2.

Gerber, D.: "Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the Facade of Language", en AA.VV.: *Rethinking the Masters of Comparative Law* (ed. A. Riles), Hart, Oxford, 2001.

Glanert, S.: "Method?", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. Monateri,), Edward Elgar, Cheltenham, IK, Northampton, MA, USA, 2012.

Glenn, H. Patrick: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

Gorla, G.: "Diritto comparato e diritto straniero", *Enciclopedia Giuridica*, XI, Treccani, Milano, 1980, ad vocem.

Graziadei, M.: "The Functionalist Heritage", en AA.VV.: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. Legrand and R. Munday), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Graziadei, M.: "Transplant and Receptions", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

Grosheide, F.W.: "Legal borrowing and drafting international commercial contracts", en AA.VV.: *Some methodological reflections: comparability and evaluation essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration in honor of Dimitra Kokkini-Iatridou* (ed. K. Boele-Woelki), Springer, Dordrecht, 1994.

Halpérin, J.-L., "Law in books and law in action: The Problem of Legal Change", *Maine Law Review*, 2011, vol. 64, núm. 1.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., Baptista Lucio, Mª del Pilar: *Metodología de la Investigación*, 6ª ed., Mc Grawhill, México, 2014.

Husa, J.: "Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, vol. 56, núm. 1.

Husa, J.: "Comparative Law, Legal Linguistic and Methodology of Legal Doctrine", en AA.VV.: *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline* (ed. M. Van Hoecke), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2011.

Husa, J.: *A new Introduction to Comparative Law,* Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015.

HUXLEY, A.: "Bentham on Legal Transplants", *Journal of Comparative Law*, 2007, vol. 2, 2007.

HUXLEY, A.: "Golden Yoke, Silken Text", *Yale Law Journal*, 1997, vol. 106, núm. 6.

JAMIN, Ch.: "Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos ducentenaire du Congrès international de droit comparé de Paris", *Revue internationale de droit comparé*, octubre-diciembre 2000, vol. 52 núm. 4.

KAHN-FREUD, O.: "Uses y misuses of comparative law", *Modern Law review*, 1974, vol. 37, núm. 1.

KAHN-FREUD, O.: "Comparative Law As An Academic Subject", *Law Quarterly Review*, 1966, vol. 82, núm. 1.

KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho* (trad. R. J. VERNENGO, de la 2ª ed. completada y ampliada de 1960), Universidad Nacional Autónonoma de México, México, 1979.

KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica, traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik de 1934,* presentación de Gregorio ROBLES, Trotta, Madrid, 2011.

KNAPP, V.: "Quelque problèmes méthodologiques dans la science du droit compare", *Revue roumaine des sciences sociales, Série des sciences juridiques*, 1968, núm. 12.

KRITZERT, H., "The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

LAMEDA MONTEROA, C. y TORRES CRUZ E.: "Lotfi Zadeh: el genio creador de la lógica borrosa", *Publicaciones en Ciencias y Tecnología*, 2018, vol.12, núm. 2.

LANGRONG, G.: "Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en sciencie jurídique", *Revue Internationale de Droit comparé*, 1957, vol. 9, núm. 2.

LASSER, M.: "The question of Understanding", en AA.VV.: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. LEGRAND and R. MUNDAY), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

LEGAZ Y LACAMBRA, L.: "Estructuralismo en el Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1969, vol. 13, núm. 34-36.

LEGRAND, P.: "The impossibility of "legal transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, núm. 2.

LEGRAND, P.: "Beyond Method: Comparative Law As Perspective (Review at Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle de Denis-M- Philippe, Brusseles, Bruylant, 1986)", *American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, núm. 3.

LEGRAND, P.: "Foreign Law: Understanding Understanding", *Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 6, núm.2.

LEGRAND, P.: "What Is That, To Read Foreign Law?", *Journal of Comparative Law*, 2019, vol.14, núm. 2.

TAMAYO SALMORÁN, R.: "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", *Boletín Mexícano de Derecho Comparado*, 1981, núm. 42.

LOSANO, M.: "La teoría pura del Derecho del logicismo al irracionalismo", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 2, 1985, pp. 55-85.

LOSANO, M.: *Sistema e struttura nel diritto,* 2ª ed., tres volumenes, Giuffrè, Milano, 2002.

MANIACI, A.: "I formanti "occulti", *Rivista critica di diritto privato*, 2017, vol. 35, núm. 1

MARIANI N. y FUENTES, G..: *World Legal Systems. Les systèmes juridiques dans le monde*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2000.

MARINI, G.: "Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione", *Pòlemos*, 2000, núm. 1.

MATTEI, U.: "Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems", *American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, núm. 3.

MATTEI, U.: "Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici", en AA.VV.: *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984.

MATTEI, U. y MONATERI, P.: *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997.

MERRYMAN, J. H.: *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1989.

Michaels, R: "The Functional Method of Comparative Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford, 2019.

Miller, J. M.: "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant", *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, núm. 4.

Monateri, P. G.: "Règles et techniques de la definition dans le Droit des Obligations et des contrats en France et en Allemagne: La synecdoque française", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1984, vol. 36, núm. 1.

Monateri, P. G.: *La sineddoche*. Formule e regole del diritto delle obbligazioni e dei contratti, Giuffre, Milano, 1984.

Monateri, P. G.: "Sineddoche", *Digesto italiano, Discipline privatistiche* – Sez. civ., 5ª ed., vol.VIII, Utet, Torino, 1998, ad vocem.

Monateri, P. G.: "Comparazione, critica civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1998, núm. 16.

Montoro Ballesteros A.: "Análisis estructural y conocimiento jurídico (Notas sobre la significación, las posibilidades y los límites del estructuralismo en el pensamiento jurídico)", *Anales de Derecho*, 1982, núm. 3.

Montoro Ballesteros A.: "El funcionalismo en el Derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jackbs", *Anuario de Derecho Humanos*. Nueva Época, 2007, vol. 8, p. 365.

Mora, F.: "Estructuralismo y derecho", *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1973, núm. 22.

Örücü, E., "What Is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion The Boundaries of Unity: Mixed Systems in Action", *Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 3, núm. 1.

Örücü, E. y Nelken D.: *Comparative Law. A Handbook*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

Palmer V.: "From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", *Global Jurist Frontiers*, 2004, vol. 4, núm. 2.

Palmer V.: "Two Rival Theories of Mixed Legal Systems", *Electronic Journal of Comparative Law*, may 2008, vol. 12, núm. 1.

Palmer V.: *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2ª. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Parisi, F. y Luppi, B.: "Quantitative Methods in Comparative Law", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. Monateri), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012.

Peces y Morate, J E..: "Estructuralismo y Derecho comparado", en AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973.

Pegoraro, L.: "Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: La circulación horizontal y vertical entre formantes", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2013, núm. 17.

Pegoraro, L.: "Estudio introductorio. Trasplantes, injetos, dialogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado", en AA.VV.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos* (coord. E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García), Tirant lo Blanch, Mexico, 2013.

Perlingieri, P.: "Comparazione giuridica al tempo di internet", *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2019, vol. X, p. 987-991.

Piovani, J. I., Krawczyck, N.: "Los estudios comparativos: algunas notas históricas, epistemológicas y metodológicas", *Educação & Realidade*, 2017, vol. 42.

Platsas, A. M.: "The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12.3, en http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf.

Poggeschi, G.: "Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto", en AA.VV.: *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (ed. M. Brutti, Alessandro Somma), Max Planck Institute for European legal history, Frankfurt am Main, 2018.

Pollock, P.: "Discurso en Acta de la sesión de 1 de agosto", en AA.VV.: *Congrès international de droit comparé*, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905.

Pound, R.: "Law in Books and law in Action", *American Law Review*, 1910, vol. 44, núm. 12.

Rabel E.: *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2ª ed., vol. I, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1945.

Radbruch, G. "Uber die Methode der Rechtsvergleichung", *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1905-1906, núm. 2.

Real Académia Española: *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, https://dpej.rae.es/lema/derecho-comparado

Resta, G., Somma, A., Zeno-Zencovich, V.: *Comparare*. Una riflessione tra le discipline, Mimesis, Fuochi Blu, Milano, 2020.

Rodilla González, M. Á.: "¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2009, núm. 32.

Rogers, C.: "Gulliver's Troubled Travels, or the Conundrum of Comparative Law", *George Washington Law Review*, 1998, vol. 67, núm. 2.

Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Sansoni, Firenze, 1946 (para la primera edición véase también *Annali delle Università toscane* de 1917 y 1918 y contemporaneamente en un volumen publicado a Pisa en 1918).

Romano, S.: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947.

Saavedra Velazco, R.: "Sobre formantes, transplantes e irritaciones. Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica", *Ius et Veritas*, 2010, núm. 40.

Sacco, R.: "Le buts et les méthodes de la comparaison du droit", en AA.VV.: *Rapport nationaux itáliens au IX Congrès Inter-national de Droit Comparé* (ed. Associazione Italiana di Diritto Comparato), Giuffrè, Milano, 1974.

Sacco, R.: "Legal formants: A dynamic approach to comparative law" (Installment 1 of 2), *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, núm. 1.

Sacco, R.: "Legal formants: A dynamic approach to comparative law", (Installment 2 of 2), *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, núm. 1.

Sacco, R.: *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit* (coll. "Études juridiques comparatives", Economica, Paris, 1991.

Sacco, R.: "Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, 2008, tomo LXI, fasc. 2.

Sacco, R. y Rossi, P.: *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019.

Sartori, G.: "La politica comparata, premesse e problema", *Rivista italiana di scienza política*, 1971, núm. 1.

Sauser-Hall G.: *Fonction et méthode du droit comparé*, Imp. A. Kündig, Genève, 1913.

Scarciglia, R.: "Strutturalismo, formanti legali e diritto pubblico comparato", *Diritto Pubblico comparato e Europeo*, 2017, núm. 3.

Scarciglia, R.: *Metodi e comparazione giuridica*, 2ª ed., Cedam, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

Scarpelli, U.: "Metodo giuridico", *Rivista di diritto processuale*, 1971, vol. XXVI.

Schwenzer, I.: "Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

Siems, M.: "New Directions in Comparative Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. Reinmann & R. Zimmermann), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

Siems, M.: "The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare?", *American Journal of Comparative Law*, 2019, vol. 67, núm. 4.

Smith, Th.: "The Common Law Cuckoo: Problems of a 'Mixed' Legal System with Special Reference to Restrictive Interpretations in the Scots Law of Obligations", *Butterworths Sud African* Law *Review*, 1956, núm. 1.

Smith, Th.: "The Preservation of the Civilian Tradition in "Mixed Jurisdictions"", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1966, vol. 35, núm. 2.

Somma, A.: *Introducción al Derecho Comparado* (trad. E. Conde Naranjo), Universidad Carlos III, Madrid, 2015 (1ª ed. italiana Laterza, Bari, 2014).

Somma, A.: *Temi e Problemi di Diritto Comparato*, II. *Tecniche e valori della ricerca comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2005.

Somma, A.: "Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy", *American Journal of Comparative Law,* 2019, vol. 66, núm. 4.

Stein E.: "Uses, Misuses-And Nonuses of Comparative Law", *Northwest University Law Review*, 1977, vol., 72, núm. 2.

Tetley, W.: "Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified)", *Lousiana Law Review*, 2000, vol. 60, núm. 3.

Teubner, G.: "Legal Irritans: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *Modern Law Review*, 1998, vol. 61, núm. 1.

Tunc, A.: "R. David, Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)", *Revue internationale de Droit Comparé*, 1965, vol. 17, núm. 1.

Watson, A.: *Legal Transplants: an Approach to comparative Law*, 2ª ed. University of Georgia Press, Athens & London, 1993.

Watson, A.: "Aspects of reception of law", *American Journal of Comparative Law*, 1996, vol. 44, núm. 2.

Watson, A.: "Legal Transplants and European Private Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4, núm. 4 en https://www.ejcl.org/44/art44-2.html.

Zadeh, L. A.: "Fuzzy sets", *Information and Control*, 1965, vol. 8, núm. 3.

Zadeh, L. A.: "Probability measures of fuzzy events", *Journal of Mathematical Analysis and Applications*, 1968, núm. 23.

Zeno-Zencovich, V.: *Comparative Legal Systems. A short introduction*, Roma Tre-Press, Roma, 2017.

Zimmermann, R. and Reid K.: *History of Private Law in Scotland*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Zimmermann, R. and Visser, D.: *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Clarendon Press, 1997.

Zimmermann, R. and Visser, D., and Reid K.: *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Zweigert, K: "Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)", *Revue internationale de droit comparé*, enero-marzo, 1966, vol. 18 núm. 1.

ZWEIGERT, K: "Méthodologie du droit comparé" en *Mélanges offerts a Jacques Maury*, vol. 1 *(Droit international privé et public*), Dalloz y Sirey, Paris, 1960.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción al Derecho comparado* (trad. A. APARICIO VÁSQUEZ), Oxford University Press, Mexico, 2002 (primera edición en alemán: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2 tomos, Mohr, Tübingen, 1969-1971).

DIRITTI E SOSTENIBILITÀ. UNA RICOSTRUZIONE PER IMMAGINI*

LAW AND SUSTAINABILITY. A RECONSTRUCTION BY IMAGES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 208-253

* Questo saggio è destinato al volume che raccoglie gli Scritti in onore di Raffaele De Giorgi.

Carlo MIGNONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Lo sviluppo sostenibile è un concetto in sé ambiguo. Nell'argomentazione giuridica, esso appare talvolta nelle vesti di un autonomo principio, altre volte come clausola generale, canone ermeneutico, criterio di bilanciamento, standard valutativo. È compito dell'interprete riportare nell'alveo dei diritti fondamentali un "marchio della conoscenza" dotato di intrinseca normatività, con la consapevolezza che senza riferimento al dato sistematico, ai valori-guida dell'ordinamento, tutto diventa sostenibile. Questo saggio propone una lettura del "principio di sostenibilità" che muove dal basso. Non dalle norme e dai dogmi, bensì dai fatti; passando cioè attraverso casi giurisprudenziali ove affiorano le matrici regolative e gli interessi coinvolti, ma anche le tecnologie di potere che sono all'opera alle spalle dell'immaginario della sostenibilità.

PALABRAS CLAVE: Sostenibilità; sviluppo sostenibile; knowledge brand; diritti sociali; diritti fondamentali; beni comuni; smart cities; capitale naturale; servizi ecosistemici.

ABSTRACT: *Sustainable development is an ambiguous concept in itself: within the legal reasoning, it sometimes appears as an autonomous principle, or even as a general clause, a hermeneutic canon, a criterion of balance, an evaluation standard. It is the task of the interpreter to bring back into the fundamental rights a "knowledge brand" endowed with intrinsic normativity, with the awareness that without reference to systematic data, i.e. to the guiding values of the legal system, everything becomes sustainable. This essay proposes a reading of the "principle of sustainability" that starts from the bottom. Not from norms and dogmas, but from facts; that is, passing through jurisprudential cases where not only regulatory matrices and interests involved emerge, but also power technologies working behind the imaginary of sustainability.*

KEY WORDS: *Sustainability; sustainable development; knowledge brand; social rights; fundamental rights; commons; smart city; natural capital; ecosistemic services.*

SUMARIO.- I. TERRA FLUMATA.- 1. Sostenibilità come *knowledge brand* tra diritti (valore in senso assiologico) e denaro (valore-misura).- 2. Finanziarizzazione dei diritti sociali e ambiente civile.- 3. Beni comuni e strutture partecipative: dallo statuto del bene ai rapporti tra gli uomini che se ne prendono cura.- II. L'ALBERO LIBERO.- 1. Natura come spazio dell'agire razionale e oggettivazione di alterità.- 2. Natura in numeri. Finanziarizzazione dei servizi ecosistemici e ambiente naturale.- 3. Emersione di pratiche costituenti e forme di giuridificazione del rapporto uomo/natura.- III. L'ISOLA CHE NON C'È.- 1. Un diritto insostenibile.

I. TERRA FLUMATA.

Fiumata è un borgo minuscolo che si affaccia sulle rive meridionali del Lago del Salto, in provincia di Rieti. Le origini di questo nugolo di casette si intrecciano con la storia della chiesa di Sant'Angelo[1]. Una delle più antiche del territorio, realizzata forse nel V-VI secolo usando materiale di spoglio proveniente da un sito di epoca romana, nel solco dell'opera di evangelizzazione di queste terre attribuita a un martire discepolo di San Paolo. Nel 1561 il rettore della chiesa, a motivo della sua continua assenza, costrinse la popolazione a recarsi presso il vicino abitato di Mareri per fruire del servizio della messa. Un disagio che si protrasse per lunghi anni, finché sotto Papa Benedetto XIV – il bolognese Prospero Lambertini, detto il "buon uomo" per la premura che dimostrava verso i suoi fedeli – la chiesa di Fiumata fu riunita alla diocesi di Rieti.

Nel terzo millennio Fiumata sta ancóra lì e conta grossomodo lo stesso numero di abitanti[2]. Circa centocinquanta anime. Con le quali però non è stata altrettanto buona la società Poste Italiane S.p.a., quando nel 2015 ha deciso di lasciare questa piccola comunità orfana del servizio postale[3], sulla base di un piano

1 Sulla chiesa di Sant'Angelo *in flumine vid.* Staffa, A.R.: "L'assetto territoriale della Valle del Salto fra la tarda antichità ed il medioevo", *Xenia – Rivista semestrale di antichità*, 1987, 13, p. 45 ss.; Giovanelli, T.: "Il gualdo di S. Angelo in Flumine", in AA.VV.: *Antiche e recenti infrastrutture della valle del salto* (a cura di R. Pagano e C. Silvi), Roma, 2014, p. 23 ss.

2 La formazione artificiale dell'invaso del Salto, intervenuta nel 1940, rende oggi impossibile la ricognizione del sito del gualdo di Sant'Angelo. Le acque dell'attuale lago hanno sommerso l'originario centro medievale, sì che il borgo moderno di Fiumata altro non è che la ricostruzione del vecchio centro più a monte; la stessa chiesa è stata ricostruita in un sito diverso, pur mantenendo l'originaria dedicazione al culto dell'Arcangelo. Nei mesi estivi, quando il livello delle acque del lago scende sensibilmente, è ancóra possibile osservare il campanile e gli edifici più alti del vecchio paese (Giovanelli, T.: "Il gualdo", cit., p. 24, testo e nota 7).

3 Ne è scaturito un ampio contenzioso amministrativo, originato dal ricorso degli enti locali colpiti dal piano di razionalizzazione, culminato nelle decisioni di Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 287, *Foro amm.*, 2016, p. 60 ss.; Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2140, *Foro amm.*, 2017, p. 1058 ss.

• Carlo Mignone
Ricercatore senior di diritto privato, Università del Salento. E-mail: carlo.mignone@unisalento.it

di razionalizzazione che prevedeva la chiusura delle attività di sportello nelle aree dove le stesse risultavano antieconomiche[4].

Fin qui la vicenda non esprime nulla di diverso dalle molte altre immagini che popolano la cosiddetta giurisprudenza della crisi[5]. La corrispondenza è libera e segreta, e così "ogni altra forma di comunicazione" che ricade sotto la protezione del diritto "inviolabile" riconosciuto dall'art. 15 cost.; eppure, se non vi fossero servizi (postali, telefonici o telematici) universalmente accessibili, la libertà costituzionale e la sua declamata inviolabilità si ridurrebbero a ben poca cosa[6].

Più in generale, tutti i diritti costano[7], nel senso che presuppongono organizzazioni e strutture realizzabili a mezzo di investimenti selettivi di risorse scarse. Salute, ambiente, istruzione, abitazione, conoscenza, lavoro: sguarniti della loro "base materiale"[8], un tempo assicurata dagli apparati pubblici, i diritti fondamentali che orientano il concetto di sviluppo sostenibile[9] sono condannati a restare lettera morta.

---

4 Ricorda Filanci, F.: "La bolzetta vien dalla campagna. Storia non filatelica delle collettorie postali", Accademia Italiana di Filatelia e Storia Postale, *storiediposta.it*., come le attuali privatizzazioni del servizio postale siano in realtà "un ritorno all'antico". Fino alla metà del XIX secolo e oltre, i servizi postali, anche quando erano gestiti direttamente dallo Stato, continuarono a risentire delle "logiche privatistiche" dominanti fino a tutto il XVII secolo: "realizzazione di utili a favore dell'erario o della classe dirigente (sovente per finanziare guerre), e quindi garanzia di servizio solo per chi poteva pagare o assicurare la redditività di un ufficio di posta, in pratica la ricca borghesia dei centri urbani, più animati dal commercio. Tutti gli altri, abitanti in campagna o in centri situati fuori dalle rotte postali, per il cui collegamento alla rete era prevedibile una spesa superiore agli introiti, si dovevano arrangiare".

5 Nulla di diverso dalla scuola che individua la misura del sostegno allo studente disabile in base alle risorse disponibili, anziché alle specifiche esigenze educative: Cass., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, *Foro it*., 2015, c. 962. Nulla di diverso, ancóra, dalla legge che stabiliva un tetto massimo inderogabile per gli insegnanti di sostegno, dichiarata illegittima da Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, *Giur. cost*., 2010, p. 879. Sul tema del dissidio tra diritti sociali e vincoli finanziari, nella letteratura civilistica *vid.* Rodotà, S.: "Crescita e benessere", in AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, *Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C*., Esi, Napoli, 2015, p. 18 s.; Vettori, G.: "Il tempo dei diritti", *Persona e mercato*, 2013, 3, p. 179 ss. Più ampiamente, in dottrina, *vid.* Spadaro, A.: "I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)", *Rivista AIC*, 2011, 4, p. 1 ss.; Salazar, C.: "Crisi economica e diritti fondamentali", *ivi*, 2013, 4, p. 1 ss.

6 Anche il godimento delle libertà passa per la disponibilità di beni, strumenti e prestazioni, come dimostra Perfetti, L.R.: "I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità", *Dir. pubb*., 2013, spec. p. 116, nota 143.

7 L'argomento è ripreso da Holmes, C. e Sunstein, C.R.: *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, New York, 1999.

8 Il benessere necessita della sua "base materiale", così Rodotà, S.: "Crescita e benessere", cit., p. 15 ss.

9 Perlingieri, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", in Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, p. 73 ss. Dal punto di vista dogmatico, lo sviluppo sostenibile è un concetto "in sé ambiguo" (*ivi*, p. 73), vago nei contenuti e polimorfo quanto alle modalità d'impiego nell'argomentazione. Nella sostenibilità la dottrina sembra vedere, a seconda del metodo, dell'angolo di osservazione e dei problemi osservati: *a)* un autonomo principio, formalizzato nel diritto europeo e desumibile, nel diritto interno, in via d'interpretazione evolutiva, a partire dal combinato disposto di molteplici norme costituzionali [Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi 'ecologica' del contratto", *Pers. merc*., 2015, p. 40; Bifulco, R. e D'Aloia, A.: "Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale", in AA.VV.: *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, p. IX ss., spec., p. XXVI]; *b)* una sorta di "canone supremo", che una volta "depurato dal suo caratteristico rapporto con un 'intorno', la natura", si eleverebbe "al di sopra degli altri princìpi presenti nell'ordinamento", proiettando il loro significato normativo lungo un orizzonte temporale che vincola il decisore pubblico alla garanzia degli interessi delle generazioni future (Fracchia, F.: "Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future", *Riv.*

Morale: l'insostenibilità economica porta con sé l'ineffettività della tutela e,

quad. dir. amb., 2010, p. 41, "non è escluso che quello testé indicato sia l'esito conclusivo e finale dell'evoluzione del principio dello sviluppo sostenibile"); *c)* una formula ammodernata per indicare il "tradizionale criterio dell'uso razionale delle risorse naturali", che "regola da secoli (con leggi e con consuetudini) l'uso delle acque, la caccia, la pesca, le foreste ecc." [così Libertini, M.: "La responsabilità d'impresa e l'ambiente", in *La responsabilità dell'impresa*, Giuffré, Milano, 2006, pp. 202, 217]; *d)* un criterio ermeneutico, che deve assistere l'operatività di tutti gli istituti giuridici "al fine di assicurare il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, nonché la preminenza della funzione personalista su quella mercantile e patrimonialista" [così Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Foro nap*., 2020, p. 101 ss., il quale avverte che, diversamente, ossia senza riferimento al dato sistematico e teleologico, "tutto diventa sostenibile"; nella segnata prospettiva *vid.* anche Pennasilico, M.: "Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche", in AA.VV.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, p. 34 ss.]; *e)* una clausola generale [per Caterini, E.: "Status personae, status civitatis e minimo vitale quale misura di inclusione sociale nell'ordinamento italo-europeo", in AA.VV.: *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi* (a cura di M. Francesca e C. Mignone), Esi, Napoli, 2020, p. 130, la sostenibilità "è l'astrolabio dell'interprete il quale, unitamente alle altre clausole generali, ai canoni ermeneutici, ai princìpi e valori del sistema nazionale-europeo, darà la decisione al caso concreto nella prospettiva della dimensione sociale del diritto"; sulla distinzione tra principi e clausole generali *vid.* Femia, P.: "Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali", in AA.VV.: *Fonti, metodi e interpretazioni. Primo incontro di studi dell'Associazione dei dottorati di diritto privato* (a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio), Esi, Napoli, 2017, p. 209 ss.]; *f)* una modalità di dialogo e di interrelazione tra principi giuridici e norme etico-sociali [per Napolitano, C.: "Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità: profili di diritto amministrativo", *federalismi.it* (26 settembre 2018), p. 6, lo sviluppo sostenibile "rappresenta il fertile campo d'incontro tra diritto ed etica, dove i due ambiti precettivi cooperano sopperendo in modo scambievole e reciproco ai limiti strutturali e funzionali dell'altro", ed *ivi* per ulteriori riferimenti]; *g)* un parametro di bilanciamento tra due principi, quello dell'ambiente e quello dello sviluppo economico: la regola che scaturisce all'esito del bilanciamento "è ragionevole tutte le volte in cui il perseguimento di interessi correlati allo sviluppo economico abbia luogo in termini *sostenibili* sul piano dell'impatto ambientale" [così Porena, D.: "Il rango del principio di sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione", *federalismi.it*, n. 15/2016, p. 16; per una applicazione nel contesto dell'agricoltura *vid.* Jannarelli, A.: "Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità", *Riv. dir. agr*., 2013, p. 13]; da questa modalità di impiego si differenzia l'opinione che ravvisa nella sostenibilità: *h)* uno schema di soluzione del conflitto, tra interessi ambientali, sociali ed economici, "non componibile con strategie di bilanciamento", costruito sulla scorta delle teorie dei *planetary boundaries* affermatesi negli studi ambientali [secondo Monteduro, M. e Tommasi, S.: "Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 194, la "geometria del principio di sostenibilità" si traduce in una "gerarchizzazione a cerchi concentrici", fondata su un rapporto di "priorità/presupposizione/continenza"; nel caso concreto, prevale l'interesse "*alla difesa della vita nella dimensione ecologica*, in quanto si tratta della precondizione indefettibile per la *perpetuazione della vita nella dimensione sociale* (il collasso delle condizioni naturali che garantiscono la vita umana in senso bio-ecologico determinerebbe infatti il collasso di qualsiasi società), così come la salvaguardia dell'esistenza e la promozione dello sviluppo dei sistemi sociali sarebbe presupposto, causa e fine dello *sviluppo delle relazioni economiche* che sono inscritte all'interno dei sistemi sociali"]; *i)* un concetto indeterminato, che necessita di contestualizzazione per il tramite di particolari regole di dettaglio, idonee a fungere da strumenti di misurazione della sostenibilità nei differenti contesti di azione: il riferimento, in questo caso, è ad una normazione di tenore eminentemente tecnico, che recepisce *standard*, indicatori e metodologie di stampo econometrico, permettendo così di "quantificare gli effetti sull'ambiente di determinate pratiche al fine di qualificarle come ecosostenibili perché rispondenti a determinati indici ambientali" (Landini, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", *Dir. pubbl*., 2015, p. 611 ss., spec. p. 613, per la quale si tratta, in questo caso, "di riempire di contenuti quantitativi il termine sostenibilità", al fine di governare i problemi giuridici); in questa linea di pensiero, sembra potersi collocare anche l'opinione che perviene ad una "più congruente definizione del principio di sostenibilità", a partire dal rilievo normativo che assumono le differenti metodologie per misurare gli effetti prodotti sugli ecosistemi dalle attività antropiche (così Lalli, A.: "I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale", *Studi parlam*., 2017, p. 39 ss., spec. p. 62 ss., secondo il quale "non si può chiedere, in nome di un interesse ambientale ipostatizzato a idea assoluta, l'emissione di uno sforzo che ecceda o comunque non sia congruente con lo specifico *vulnus* recato all'ecosistema dall'attività per la quale si chiede l'autorizzazione o che sia stata posta in essere"); *l)* infine, in dottrina v'è anche chi, opportunamente, sceglie di interrogarsi sulla sostenibilità del "peso in sé delle regole", ponendosi nell'ottica di valutare il costo, sociale oltre che economico, della tendenza verso una iper-normatività che porta a "circondare pressoché ogni attività, e i più disparati momenti dell'esperienza esistenziale della persona, di sempre nuove incombenze e nuovi divieti" [Caccavale, C.: *Per un diritto sostenibile*, in AA.VV.: *Crisi della legge e produzione privata del diritto* (a cura di G. Conte e M. Palazzo), *Bibl. fond. it. not*., 2018, 2, p. 241 ss.].

con essa, l'esclusione giuridica[10]. Ne sanno qualcosa in questa piccola comunità dove torna a suonare la campana della chiesa, ma non suona più il campanello del postino.

Questa volta, a salvare gli abitanti di Fiumata ci ha pensato il TAR del Lazio. Accogliendo il ricorso col quale l'ente locale interessato lamentava che la misura era stata disposta "avuto riguardo al solo profilo economico e gestionale"[11], senza alcuna valutazione sui tratti specifici del territorio: "zona montana, con caratteristiche geomorfologiche molto difformi, popolazione diffusa su un esteso territorio e in 14 frazioni, con temperature rigide nel periodo invernale; in particolare, la frazione di Fiumata […] non avrebbe adeguati collegamenti, distando 7,9 km dalla più vicina frazione, in cui sarebbe presente un ufficio postale aperto solo 2 giorni a settimana".

1. Sostenibilità come *knowledge brand* tra diritti (valore in senso assiologico) e denaro (valore-misura).

Riconosciuto il ruolo che il servizio postale svolge per il perseguimento degli obiettivi di coesione economica e sociale, il giudice amministrativo annulla il provvedimento di chiusura.

"[S]e è vero che gli uffici postali c.dd. marginali rappresentano verosimilmente un costo elevato per Poste italiane, è vero anche che il loro ridimensionamento, ovvero la loro razionalizzazione, non può avvenire seguendo una logica solamente di tipo economico e senza prevedere valide alternative. […] Ne discende che sul piano procedimentale la determinazione di chiusura di un ufficio postale presuppone un'accurata istruttoria, comprensiva anche della fase di necessaria interlocuzione con gli enti locali interessati, e richiede una motivazione idonea a dar conto […] delle specificità della situazione locale, risultando a tal fine insufficiente un rinvio generico e standardizzato ad atti quali il piano di intervento (o di riorganizzazione o di razionalizzazione ed efficientamento)"[12].

Non rappresenta una valida alternativa alla chiusura dell'ufficio postale neppure l'offerta di servizi "innovativi", quali l'attivazione del progetto "postino telematico"[13].

10 Secondo Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento", cit., p. 116, la sostenibilità delle situazioni giuridiche soggettive "è il presupposto logico ed ontologico della loro effettività". Equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito (artt. 81 e 97 cost.) sono funzionali alla tutela degli interessi delle generazioni future e perciò costituiscono "un presupposto necessario dello sviluppo sostenibile": così Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità", cit., p. 41; analogamente, Fracchia, F.: "Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte", in AA.VV.: *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile* (a cura di G.F. Cartei), Giappichelli, Torino, 2013, p. 27.

11 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 6713, *Foro amm.*, 2016, p. 1593 ss.

12 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 giugno 2016, cit., p. 1597 s.

13 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 giugno 2016, cit., p. 1599.

Il giudice non si lascia ammaliare dall'immaginario *smart city*[14]; con buona pace delle politiche urbanistiche europee e nazionali, che appaiono proiettate verso la graduale esportazione, anche ai contesti rurali, del paradigma tecnologico della "comunità intelligente"[15] tipico delle realtà metropolitane. Una visione olistica, inglobante e onnicomprensiva, che virtualmente sembra in grado di sussumere nel *knowledge brand*[16] della crescita "intelligente, sostenibile e inclusiva"[17], autentico marchio distintivo dell'agenda europea sullo sviluppo[18], ogni possibile comunità e ogni possibile finalità dell'azione pubblica.

14 Il modello della *smart city* è presentato come una ricetta adattabile pressoché ad ogni luogo, contesto o situazione (si parla, in proposito, di *smart lands*, *smart buildings*, *smart grids*, ecc.). Secondo D'Albergo, E.: "Azione pubblica, imprese ed egemonia in una politica neoliberista: l'Agenda urbana italiana e il paradigma smart city", in AA.VV.: *Neoliberismi e azione pubblica. Il caso italiano* (a cura di G. Moini), Ediesse, Roma, 2015, p. 154 ss., ciò è coerente con la funzione commerciale di un "marchio della conoscenza" (per il concetto di *knowledge brand vid.* Jessop, B. e Sum, N.-L.: *Towards a Cultural Political Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013) che, per sua natura, si presta ad essere ripreso, trasmesso e tradotto, da "dettaglianti imprenditoriali" – soprattutto grandi imprese nel settore delle ITC – in metodologie per l'azione pubblica.

15 La letteratura sul tema è divenuta, in breve tempo, pressoché sterminata. Per una lettura prudente e disincantata dei rapporti tra tecnologia, qualità dei servizi ed effettività dei diritti universali *vid.* Recinto, G.: "Habitat urbano, tecnologia e qualità del servizio universale", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 303 ss. Anche Fracchia, F. e Pantalone, P.: "Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)", *federalismi.it* (25 novembre 2015), p. 25, invitano a non trascurare il rischio di escludere "chi non aderisce a quel 'paradigma'. Chi non è *smart* (o, peggio, chi non è così riconosciuto dagli altri), chi non usa tecnologie, chi non segue l'idea della condivisione corre il pericolo di restare fuori dal perimetro di quella comunità intelligente, che tende a imporsi come modello generalizzato".

16 "[S]uch brands offer stable but flexible templates that can be developed and recontextualized to changing global, regional, national and local conditions"; "[l]ike commercial brands, knowledge brands address the rational and irrational aspects of human nature. Emotionally, it addresses pride, anxieties, threats, and social tensions linked to growth or decline, development, and the intense pressures of economic restructuring in globalized information age. These rational and irrational effects shape struggles to make a brand hegemonic": Sum, N.-L.: "The production of hegemonic policy discourses: 'competitiveness' as a knowledge brand and its (re)contextualizations", *Crit. pol. studies*, 2009, pp. 184 ss., 191. Concetti quali 'competitività', 'coesione sociale', e appunto 'sostenibilità', sono declinabili in due direzioni, apparentemente contradditorie. Da un lato, l'astrazione, caratterizzante insiemi semiotici (dai confini non strettamente definiti) che danno senso alle esperienze che i soggetti fanno di un mondo complesso e guidano le scelte collettive rispetto a quel mondo [Jessop B.: "Recovered Imaginaries, Imagined Recoveries. A Cultural Political Economy of Crisis Construals and Crisis Management in the North Atlantic Financial Crisis", in AA.VV.: *Before and beyond the Global Economic Crisis* (a cura di M. Benner), Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 236]. Dall'altro lato, la progressiva cristallizzazione, promossa da "guru-accademici-consulenti di fama mondiale" che traducono il marchio della conoscenza sotto forma di "ricette e cassette degli attrezzi" di *policy* transnazionali, che affrontano tensioni sociali, contraddizioni e dilemmi relativi alla riorganizzazione del sistema socioeconomico (Sum, N.-L: "The production", cit., p. 191). Queste cassette degli attrezzi includono indicatori, parametri, strumenti di *benchmarking*, *standard* valutativi, e simili tecnologie di potere che servono a ricontestualizzare il marchio della conoscenza (*ivi*, p. 185), mediante tecniche che lo rendano quantificabile, misurabile, sempre traducibile in unità fisiche o monetarie. Ciò cui si assiste, in definitiva, è una continua dialettica di auto-mutuo adattamento, tra dimensione semiotica e dimensione materiale del *knowledge brand*. L'intrinseca normatività del linguaggio e delle metodologie di valutazione sarà discussa più avanti, nel testo (*infra*, spec. §§ II.2, III.1).

17 *Vid.* la comunicazione della Commissione europea COM(2010), n. 2020 del 3 marzo 2010, "*Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*".

18 Con specifico riferimento all'*acquis* urbano europeo *vid.* Napoli, C.: "La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane", *Le Regioni*, 2019, p. 445 ss. ed Carloni, E.: "Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città", *Munus*, 2016, p. 235 ss.; nonché, per le azioni innovative nella politica di coesione *post* 2020 *vid.* Favaro, T.: "Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana", *Riv. giur. edil.*, 2020, II, p. 104 ss.

In realtà, alle spalle di questa visione *smart*[19] e della sua applicazione alle più svariate infrastrutture della convivenza civile, vi sono progetti urbanistici e ricette di *policy* che remunerano interessi particolari[20] e, soprattutto, non sono quasi mai neutrali rispetto all'interesse pubblico specifico delle singole comunità[21].

"A fronte delle precise contestazioni del Comune ricorrente, Poste si è limitata a replicare con le argomentazioni innanzi riportate, aventi carattere generico e dunque non in grado di contestualizzare il dato fisico con altri fattori, dal bacino e composizione di popolazione alle condizioni di accessibilità. Sicché […] appare evidente il *vulnus*, sia istruttorio che motivazionale, che inficia la determinazione impugnata […] essendo state le ragioni della chiusura affidate a locuzioni neutre e tautologiche, praticamente valide 'in ogni occasione', e comunque basate solo sull'esigenza di far fronte ai diminuiti finanziamenti, con nessun riferimento all'interesse pubblico specifico della collettività"[22].

Tale interesse non è soltanto quello traducibile nella omologante aspirazione a rendere più efficiente il tessuto urbano: un obiettivo, questo, che si assume come adattabile ad ogni contesto, sebbene resti declinabile quasi esclusivamente nella dimensione dei rapporti di produzione e consumo di beni patrimoniali. Vero è, piuttosto, che il benessere, individuale e collettivo, dipende anche dalla fruizione e dalla conservazione, attraverso il tempo, di beni relazionali, ambientali e sociali[23]. Risorse non immediatamente traducibili in termini monetari[24] e tuttavia espressive

19 Per D'Albergo, E.: "Azione pubblica", cit., p. 156, tale visione non è altro che una replica isomorfica dell'approccio dominante dell'Unione Europea, funzionale a far sì che i prodotti della conoscenza possano trovare "un ventaglio più largo di possibili compratori".

20 D'Albergo, E.: "Azione pubblica", cit., p. 154. Ponendosi nell'ottica di una "accezione costituzionalmente orientata" delle *smart city*, Gaspari, F.: "Città intelligenti e intervento pubblico", *Dir. econ.*, 2019, p. 107, considera necessario "predisporre un quadro normativo che impedisca che gli amministratori urbani siano incentivati a trasformare le città in spazi di profittabilità per imprese e imprenditori spinti dall'esclusivo fine del profitto".

21 Si parla, a tal proposito, di *local-scale externalities*, per indicare la concentrazione degli effetti negativi prodotti dall'economia digitale su particolari segmenti della popolazione o su specifiche aree urbane: Smorto, G.: "Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale", *Ist. fed.*, 2019, p. 902 ss.; Davidson, N.M. e Infranca, J.J.: "The Sharing Economy as an Urban Phenomenon", 34 *Yale L. & Pol. Rev.*, 2016, p. 215 ss.

22 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 6713, cit., p. 1600.

23 Sui quali si concentrano Amorosino, S.: "Smart cities come human cities. Tre variazioni sul tema: beni culturali, paesaggio e settore alimentare", *Riv. giur. urb.*, 2019, p. 29 ss. e Musella M.: "Produzione e valore non patrimoniale: beni ambientali e culturali. Brevi riflessioni di un economista", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 23 ss.

24 Sul rapporto tra benessere e beni non monetari *vid.* Riccardi, N.: "Sviluppo economico e ricadute sociali: paradigmi di sviluppo oltre la crescita", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. XXIII: "[i]l nuovo approccio conserva la relazione ineludibile tra crescita economica e benessere individuale, ma relativizza l'approccio monodimensionale, richiamando l'importanza per i *policy-maker* di adoperarsi nella gestione lungimirante di una serie di risorse e di attività non monetarie, come pure nella distribuzione di tali risorse all'interno delle diverse comunità, aspetto, quest'ultimo, estraneo alla metrica del PIL, ma capace di aprire un fecondo collegamento con il concetto di *sviluppo umano integrale*".

di un patrimonio immateriale, di tipo sociale, culturale e identitario, che trova piena copertura al livello dei principi generali del sistema italo-europeo[25].

Un patrimonio culturale qual è, appunto, quello dei borghi rurali[26], l'identità dei quali rischia di essere sommersa dalla rivoluzione digitale che sta investendo i mercati[27] e le metodologie dell'azione pubblica[28]; o quantomeno normalizzata, per effetto della coazione a ripetere e trapiantare, pressoché ovunque, un immaginario di città intelligente che si mostra incoerente, sotto molti aspetti, con la specificità di determinati mondi vitali (diversi sì, ma non per questo meno "intelligenti"); con i valori, gli ideali e stili di vita di cui le comunità rurali sono concretamente e storicamente portatrici[29].

È ben visibile, alla base di questa decisione, il capovolgimento del presupposto inziale. Le scelte di allocazione delle risorse e di efficientamento dei contesti urbani non sono un *prius* insindacabile, ma rientrano anch'esse nella tavola complessiva dei principi costituzionali che le medesime risorse sono destinate a realizzare.

Da un lato, il decisore pubblico non è onnipotente: una volta che sia stato normativamente identificato il minimo vitale[30] dello *status personae*, sarà "la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"[31].

25 Per una compiuta analisi *vid.* De Giorgi Cezzi, G.: "La ciudad como lugar de cohesiòn econòmica, social y cultural en las politicas comunitarias", in AA.VV.: *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés* (a cura di J. Gifreu Font, M. Bassols Coma e A. Menendez Raxach), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, p. 267 ss.

26 Sulla copertura costituzionale di valori quali la dimensione culturale del paesaggio e degli antichi mestieri rurali, di cibo, prassi, conoscenze, *know-how*, nonché di strumenti, oggetti, manufatti e luoghi associati agli stessi *vid.* Denuzzo A.: "The constitutional dimension of traditional rural skills: protection and promotion", in AA.VV.: *Law and Agroecology: a transdisciplinary dialogue* (a cura di M. Monteduro, P. Buongiorno, S. Di Benedetto e A. Isoni), Springer, Heidelberg, 2015, p. 471 ss.

27 Ricostruiscono gli effetti della "Rivoluzione digitale" sui mercati e ne propongono una prima sistematizzazione attraverso le categorie del diritto privato: Quarta, A. e Smorto, G.: *Diritto privato dei mercati digitali*, Feltrinelli, Firenze, 2020, *passim*.

28 Ragiona sulle contrapposte esigenze di politiche ritagliate sulle specificità locali e, al contempo, di regole omogenee per il mercato: Smorto, G.: "Autonomie locali", cit., p. 891 ss.

29 Per una messa a fuoco del modo in cui il mondo delle emozioni, dei valori etici e dell'immaginario umano (*inner world*) co-evolve insieme all'*outer world* ecologico e sociale, *vid.* Manuel-Navarrete D., Kay J.J. e Dolderman, D.: "Ecological Integrity Discourses: Linking Ecology with Cultural Transformation", *Human Ecology Rev.*, 2004, 3, p. 215 ss.

30 Caterini, E.: "Status personae", cit., p. 120, identifica il minimo vitale in "quei diritti-doveri che sono consustanziali alla vita libera e dignitosa e allo *status personae*".

31 Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, *Giur. cost.*, 2016, pp. 2330 ss., 2336 (con note di Carlassare, L.: "Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore"; Lucarelli, A.: "Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati"). La questione di legittimità costituzionale – per violazione dell'art. 38 cost. – riguardava una disposizione della legge finanziaria regionale dell'Abruzzo che circoscriveva il contributo per il trasporto degli studenti disabili "nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio". La Consulta ha chiarito che il fatto di subordinare il finanziamento a indefinite previsioni di bilancio realizza una "situazione di aleatorietà ed incertezza, dipendente da scelte finanziarie che la Regione può svolgere con semplici operazioni numeriche, senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio stesso si intende sorreggere" (p. 2337). In tal modo la disposizione impugnata consentirebbe al legislatore

Dall'altro lato, cade anche la mitologia liberista del mercato concepito come una realtà naturale che si regola da sé[32], in assenza di un bene comune sovraordinato al benessere economico[33].

Per dirla con le parole del giudice "salvatore" di Fiumata, l'annullamento del provvedimento oggetto del giudizio "non pregiudic[a] l'autonomia imprenditoriale di Poste, essendo invece diretto ad assicurare che […] tali scelte siano frutto di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra il dato economico e le esigenze degli utenti, specie di quanti si trovano in condizioni più disagiate, a tutela della coesione sociale e territoriale"[34].

Morale: sostenibile è soltanto lo sviluppo che ottimizza il benessere inteso come valore finale, misura della qualità della vita, anziché come mera sintesi di valori economici che sono semmai a ciò strumentali.

In tal senso, la sostenibilità permea il complessivo progetto di convivenza che, al vertice, riferisce il concetto di *pieno sviluppo* alla "persona umana" (art. 3, comma 2, cost.) e discorre non di mera crescita, bensì di "progresso materiale o spirituale della società" (art. 4 cost.)[35]; concepisce il benessere in una valenza relazionale e solidaristica, che si esprime nell'*effettiva partecipazione* dei cittadini alla vita (economica ma anche) "politica e sociale del Paese" (art. 3, comma 2, cost.). La persona, dunque, non come semplice interfaccia[36], tecnicamente separabile, di transazioni rette dal puro calcolo egoistico, ma quale pietra angolare di un

di destinare le risorse disponibili a "spese facoltative", anziché al finanziamento dei servizi afferenti a "diritti meritevoli di particolare tutela" (p. 2335).

32 Mitologia costruita sul celebre passo di Smith, A.: *The Theory of Moral Sentiments*, trad. it. di S. di Pietro, *Teoria dei sentimenti morali*, Rizzoli, Milano, 2009, dove si osserva che i ricchi, "a dispetto del loro naturale egoismo e della loro naturale rapacità […] sono condotti da una mano invisibile a fare quasi la stessa distribuzione delle cose necessarie alla vita che sarebbe stata fatta se la terra fosse stata divisa in parti uguali tra tutti i suoi abitanti, e così, senza volerlo, senza saperlo, fanno progredire l'interesse della società". In realtà spesso si trascura di considerare come l'etica smithiana elevasse l'attività d'impresa a testimone di un interesse non soltanto individuale (dell'imprenditore che si arricchisce) ma anche collettivo e sociale. I postulati della dottrina della mano invisibile, più che al pensiero autenticamente smithiano, sono ascrivibili al pensiero liberista sviluppatosi negli Stati Uniti nei primi anni del XX secolo. Al tale riguardo, Luciani, M.: "Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana", *associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 22 ss. mette in luce come "quell'idea sarebbe stata del tutto incoerente (oltre che con la qualificazione della nuova scienza sociale come economia politica) con l'impianto complessivo dell'opera smithiana, che incorporava una forte normatività, connessa all'identificazione di robusti presupposti etici del mercato".

33 Lavoro, proprietà, impresa, obbligazioni, contratto, diventano "sostenibili" laddove assicurino a tutti il minimo vitale dello *status personae*, così Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, p. 26.

34 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 6713, cit., p. 1597.

35 "[S]ì che lo sviluppo deve essere "sostenibile" in modo da introdurre nella valutazione anche elementi qualitativi e non solo quantitativo-patrimoniali", così Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento", cit., p. 106; in senso analogo Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 98.

36 Denozza, F.: "Il sociale come bene comune", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, p. 1 ss. denuncia la "sistematica demolizione della socialità" ad opera dei postulati dello "stile giuridico qualificabile come neo (o tardo) liberale": in questa "estremizzata visione atomistica della società come semplice insieme di interrelazioni, l'intervento del diritto viene focalizzato al livello della 'transazione', intesa […] come qualsiasi trasferimento di risorse tra due interfacce tecnicamente separabili".

ordinamento che include nel proprio orizzonte di razionalità[37] anche l'agire di colui che si attiva a favore di "ciò che potrebbe apparire altro da sé"[38] (culture diverse da quella dominante, future generazioni, natura, altre specie viventi). Il valore-persona, ancóra, come vertice di un sistema che, alla base, afferma la *funzione sociale* della proprietà e l'*utilità sociale* dell'impresa (artt. 41, 42 cost.), intesi non come limiti esterni ma quali principi che tendono a conformare, dall'interno, lo statuto delle istituzioni del diritto civile patrimoniale, orientandolo all'attuazione della dignità umana[39].

2. Finanziarizzazione dei diritti sociali e ambiente civile.

La vicenda esprime qualcosa in più se la si osserva dal punto di vista del "soggetto"[40] che esercita un'attività di prestazione di servizi idonei a realizzare diritti sociali.

Com'è noto, Poste Italiane s.p.a. è il risultato di una prima trasformazione: quella dell'operatore storico da azienda pubblica in società per azioni controllata dallo Stato[41] (il 65% del capitale sociale è detenuto dal MEF e da Cassa depositi e

37 "La ragione, che è *il sé*, non tollera la simultanea presenza dell'altro. Una volta inventata la ragione, l'altra parte diventa un problema": De Giorgi, R.: "Por Uma Ecologia Dos Direitos Humanos", *R. Opin. Jur. Fortaleza*, 2017, 20, p. 324 ss. L'invenzione del "soggetto razionale" svolge una funzione a un tempo inclusiva ("tutti possono essere titolari di diritto, a condizione che ciascuno sia capace di accedere al diritto") ed escludente ("solo i soggetti razionali sono capaci di esercitare il diritto"): si comprende perciò in che modo l'invenzione del soggetto razionale, all'origine del diritto moderno, serva in definitiva a "*tenere l'altro a distanza*".

38 "Il messaggio è per una solidarietà che abbracci la specie umana e sappia persino trascenderla, spingendosi sino alla solidarietà interspecifica", così Portaluri, P.: "Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?", *Riv. giur. ed.*, 2020, p. 1256, nel quadro di una lettura pleromatica della solidarietà, da concepire oltre che quale oggetto di un dovere anche come contenuto di un vero e proprio diritto. Anche per Napolitano, C.: "Sicurezza alimentare", cit., p. 6, il principio di sostenibilità è da leggersi "nel prisma del principio solidaristico *ex* art. 2 Cost. e da regolare *secondo criteri etici*", sì da ampliare al massimo l'orizzonte di manovra possibile: "non solo spaziale, ma anche temporale, tale cioè da disporsi verso la tutela anche d'interessi *nondum nati*".

39 In una stagione lontana dal "benecomunismo", *vid.* le riflessioni di Perlingieri, P.: "Proprietà, impresa e funzione sociale", *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 208 ss., spec. pp. 216, 218.

40 Il termine soggetto è usato per alludere alle regole di organizzazione dei poteri dispositivi e alle modalità tecniche di imputazione dell'esercizio dell'attività d'impresa. Per questa impostazione *vid.* Di Raimo, R.: "Postulati logici e soggettività degli enti che esercitano l'impresa", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Esi, Napoli, 2006, p. 330 ss.; Id.: "Impresa, profitto e categorie dello spirito", *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 603 ss.

41 La vicenda rievoca la difficoltà di conciliare l'interesse pubblico, perseguito dallo Stato azionista, con lo schema causale societario – disegnato dall'art. 2247 c.c. – che identifica un'operazione di investimento collettivo avente ad epicentro il risultato di aumentare il patrimonio investito (cioè la produzione di lucro). Il ventaglio delle opinioni è assai noto. Da quella che reputava i fini pubblici puramente estranei a tale schema (Ascarelli, T.: "Il negozio indiretto", in Id.: *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 52 ss.), all'idea del tramonto dello scopo lucrativo e della conseguente compatibilità dell'interesse pubblico con una struttura ritenuta capace di sostenere qualunque tipo di causa (Santini, G.: "Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali", *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.). Per i differenti tentativi di rinvenire una qualche conciliazione pratica tra interesse all'efficienza produttiva, lucratività e scopi sociali, *vid.* la ricostruzione di Di Raimo, R.: "Il «diritto privato delle funzioni pubbliche»: note sui più recenti sviluppi di una tendenza", in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, I, Esi, Napoli, 2003, p. 688 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici.

prestiti, la restante parte è flottante nelle mani di investitori privati)[42]. A tanto si giunge negli anni '90 del secolo scorso, quando il disavanzo di bilancio dell'azienda postale era endemico, i costi del personale assorbivano la quasi totalità delle entrate e un pacco impiegava il triplo del tempo ad arrivare rispetto all'omologo servizio tedesco. Non restava che appellarsi alle virtù taumaturgiche del libero mercato o almeno all'idea di riprodurre, in seno all'impresa pubblica, i modelli di gestione propri di quella privata, in nome di un'efficienza priva di attributi[43].

A questa prima trasformazione ne è seguita un'altra, più recente. L'azienda postale è stata di fatto convertita in un'impresa finanziaria da un *management* premiato in funzione del valore per l'azionista (secondo dati di bilancio aziendali, dal 2004 al 2016, la quota di ricavi derivanti dal servizio postale si è ridotta di un quarto, mentre i servizi assicurativi e di risparmio gestito sono praticamente raddoppiati). Non è questa la sede per domandarsi se gli squilibri nella gestione del servizio universale siano dovuti all'avvento degli strumenti digitali, dell'*e-commerce* e al conseguente cambiamento nelle abitudini degli utenti, oppure se siano anche in parte riconducibili al processo di finanziarizzazione dei servizi. Sta di fatto che il "*business* postale" è stato portato ad alti tassi di redditività commercializzando attività finanziarie, sulla base di un'infrastruttura capillare e, soprattutto, avvalendosi di un *brand* di affidabilità ereditati entrambi proprio dalla storica gestione del servizio postale universale.

La valorizzazione del capitale finanziario, secondo il criterio-guida del maggiore guadagno, col minore rischio e nel più breve tempo, investe oggi beni e servizi essenziali che un tempo, nel corso del Novecento, erano regolati in stretta aderenza ai bisogni della collettività[44]. Sotto questa lente, il caso di Fiumata rappresenta un tassello di quel "monopolio sociale della finanza"[45] che, sviluppatosi sulla base della logica individualistica propria del neoliberalismo economico, sta sgretolando di fatto l'ambiente civile nel quale dovrebbe trovare collocazione l'idea stessa di benessere individuale.

42 In tempi più recenti, con l'abolizione delle riserve legali riconosciute in capo a Poste Italiane (da ultimo sono venute meno anche le c.dd. esclusive di ordine pubblico, come la notifica degli atti giudiziari), il cerchio si è chiuso intorno ad un'ampia apertura alla concorrenza nel settore postale. Una ricostruzione del quadro normativo vigente, alla luce dell'evoluzione del contesto economico, si può leggere in Avanzini, G.: "La sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indisponibili degli utenti", *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, 1, p. 136 ss.

43 Sul rilievo che assume l'utilità sociale, all'interno dei processi di privatizzazione di servizi idonei a realizzare interessi generali *vid.* Francesca, M.: "Privatizzazione strutturale e funzione pubblica", in AA.VV.: *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale* (a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto), Esi, Napoli, 2006, p. 173 ss.

44 *Vid.* l'ampia e particolareggiata analisi di Salento, A.: "Finanziarizzazione dell'economia, disconnessione delle imprese e disuguaglianze. Il ruolo dell'economia fondamentale", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 173 ss.

45 De Giorgi, R.: "Por Uma Ecologia", cit., p. 336.

"[U]niverso del valore che non ha valore, ma che permette di trasformare tutto in valore"[46], il capitale finanziario estrae la socialità dalle infrastrutture relazionali della vita quotidiana, ed esternalizza scorie che saranno bisognose di ulteriore trattamento normativo. La finanziarizzazione dei servizi essenziali altera la struttura delle disuguaglianze: crea nuove periferie, modifica il paesaggio urbano, espelle coloro che un tempo erano inclusi[47], pone a rischio di estinzione le comunità più piccole e fragili.

Il regolatore, dal canto suo, corre dietro alle conseguenze. Una volta dislocato all'interno del sistema[48], il problema è reso risolvibile entro l'arco di possibilità delimitato dal sistema stesso. Vengono istituite aree speciali da "proteggere", ma sempre facendo impiego di concetti e di strumenti che presuppongono, recepiscono e stabilizzano le diseguaglianze di fatto che sono all'origine del medesimo fabbisogno di protezione. In altre parole, la risposta del diritto è tutta nella creazione di "alterità artificiali"[49], costruite a livello normativo quali contingenze meritevoli di misure di inclusione condizionata. Le comunità marginalizzate divengono così destinatarie di speciali programmi di sovvenzioni e finanziamenti. Per avervi accesso, debbono chiedere il riconoscimento nell'elenco delle c.dd. aree interne[50], qualificate come tali proprio in ragione della distanza fisica[51] che le separa dai centri di produzione e offerta di beni e servizi essenziali.

3. Beni comuni e strutture partecipative: dallo statuto del bene ai rapporti tra gli uomini che se ne prendono cura.

Da tutto ciò appare decisamente lontana la compiuta realizzazione di quel disegno di sviluppo – umano e sociale – pensato in origine dal Costituente. Sicché

46 "O universo das finanças é o universo do valor que não tem valor, mas, que permite transformar tudo em valor" (De Giorgi, R.: *o.l.u.c.*).

47 Profonda lettura del fenomeno in Francesca, M.: "Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 211 ss.

48 Sul concetto di "dislocazione del problema", come strategia sociale utilizzata per tradurre la complessità dell'ambiente in complessità interna al sistema, *vid.* De Giorgi, R.: *Scienza del diritto e legittimazione*, Pensa Multimedia, Lecce, 1998, p. 225.

49 "Coloro che costruiscono la città, coloro che, per costruire, utilizzano le mani, si differenziano da coloro che, per costruire, utilizzano la finanza. Questa differenza centralizza alcuni e periferizza altri. Rispetto al centro, la periferia è una eccedenza, la periferia è alterità che deve restare fuori, ma può essere oggetto di trattamento, cioè di inclusione condizionata", così De Giorgi, R.: "Por Uma Ecologia", cit., p. 331.

50 Si veda in proposito AA.VV.: *Strategia nazionale per le aree interne: definizione, obiettivi, strumenti e governance* (a cura di F. Barca, P. Casavola e S. Lucatelli), Materiali UVAL, n. 31/2014, disponibile nel sito *dps.gov.it.*

51 Per un differente approccio *vid.* Napolitano, C.: "Un terzo paesaggio per le periferie: abbandono, rammendo, pianificazione", *Nuove auton.*, 2020, p. 503 ss., ove l'idea che "la collocazione del centro e della periferia in luoghi fisicamente "distinti e distanti" è di per sé neutra, ininfluente; è invece la dimensione per così dire assiologica dell'assetto territoriale a far oscillare le "corde ordinamentali" (p. 507 s.); qui risiedono, peraltro, le ragioni del fallimento delle politiche urbanistiche incentrate "su bisogni teorizzati dall'alto, immaginati da un legislatore lontano e, soprattutto, sottratti al divenire sociale e relazionale" (p. 511).

da tempo e da più parti ormai si avverte l'esigenza di recuperarne i principi generali, nella prospettiva di una assai più decisa e radicale "inversione di rotta"[52].

Non è difficile scorgere, nelle linee del vasto e poliedrico dibattito sui beni comuni[53], il senso nucleare di un processo sociale di "autovalorizzazione"[54] che nasce dal basso. Non si tratta del più volte auspicato ritorno alla titolarità pubblica delle risorse, né di limitarsi a formalizzare un vincolo di godimento non-esclusivo in vista della "realizzazione di interessi sociali, cui questi beni sarebbero ontologicamente proiettati"[55]. Il regime giuridico del comune richiede (ed è un tutt'uno con) la sperimentazione di assetti organizzativi, tecniche gestionali e strumenti di finanziamento[56], coi quali la comunità si riappropria del potere di regolare il ciclo di produzione, conservazione e distribuzione di utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali. Parliamo quindi di "strutture partecipative"[57] che consentano di ovviare agli effetti collaterali propri tanto di una gestione pubblica dei beni d'interesse comunitario, quanto di una loro gestione imprenditoriale in forma tipicamente capitalistica[58]. In questo senso, non bisogna dimenticare che alla visione binaria di una proprietà che "è pubblica o privata" (art. 42 cost.), già nel disegno costituzionale si affiancano, in modo non casuale, l'ipotesi di affidare "a comunità di lavoratori e utenti" quelle imprese che "si riferiscano a servizi pubblici essenziali" (art. 43 cost.) e le norme che riconoscono il valore della cooperazione mutualistica, presa a modello di una organizzazione/gestione delle risorse libera dalle pressioni della "speculazione privata" (artt. 45, 46 cost.).

Ora è vero che queste prospettive non sono state adeguatamente valorizzate dal riformatore degli ultimi decenni, prigioniero di un modello fossilizzato sulla

52 Il riferimento è al volume di Mattei U., Reviglio, E. e Rodotà, S.: *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007, col quale in Italia si è aperta la stagione della Commissione Rodotà e dunque dei beni comuni.

53 Per una ricostruzione delle linee essenziali del dibattitto, senza pretese di esaustività: Carapezza Figlia, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Esi, Napoli, 2008, spec. pp. 155 ss., 180 ss.; Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari, 2011, spec. pp. 47 ss. 100 ss.; Rodotà S.: "Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide", in AA.VV.: *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni* (a cura di M.R. Marella), Ombre Corte, Verona, 2012, p. 311 ss.; Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, cont. da Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2013; Quarta, A.: *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Esi, Napoli, 2016, spec. pp. 113 ss., 279 ss., 282 ss.

54 Femia, P.: "Il civile senso dell'autonomia", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, p. 4.

55 Così, in termini critici, Francesca, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in Perlinglieri, G. e Fachechi, A.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Esi, Napoli, 2017, pp. 473 ss., 489.

56 La causa della scarsa diffusione degli strumenti di finanziamento alternativi è anche da ricercare in una regolamentazione frutto di interventi normativi disorganici, che rendono il *social lending* e il *crowd-funding* – in particolare quello per le imprese sociali – meccanismi assai difficili da comporre a sistema e da mettere in pratica: è quanto emerge dalla lucidissima analisi che ne offrono Blandini, A.: "L'equity crowd-funding per le imprese sociali", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 311 ss. e Fachechi A.: "Strumenti di finanziamento alternativi. Il Social lending", *ivi*, p. 287 ss.

57 Francesca, M.: "Beni comuni e razionalità", cit., p. 489.

58 Pone in primo piano il tema della gestione Perlingieri, P.: "La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale", in Mattei U., Reviglio, E. e Rodotà, S.: *Invertire la rotta*, cit., p. 90 ss.

privatizzazione etica, prima ancóra che economica, di valori e rapporti. Ciò non toglie che un'alternativa possa essere costruita, anzitutto, sondando gli schemi di diritto positivo, alla ricerca dell'istituzione privatistica maggiormente idonea a conciliare entrambe le esigenze: *a)* ripristinare il controllo dei cittadini/utenti sulla gestione dei servizi d'interesse pubblico; *b)* finanziare l'ammodernamento delle relative infrastrutture senza pesare sulla fiscalità generale[59]. In questo solco si inscrivono, ad esempio, i risultati ottenuti dai recenti studi che prospettano l'applicazione della cooperativa di utenti *multi-stakeholders* alla gestione dell'acqua-bene comune (*rectius*, la gestione del sistema idrico integrato). Siffatto modello – se opportunamente calibrato[60] – permetterebbe, in prima battuta, di coinvolgere lavoratori e utenti nelle scelte di governo e nel controllo dell'attività; in secondo luogo, aprirebbe anche alla ulteriore possibilità di strutturare forme di prestito sociale che garantiscano la massima trasparenza nell'attuazione del vincolo destinatorio impresso al denaro raccolto[61].

In senso più ampio, se lo scopo ultimo del discorso sulla sostenibilità è garantire l'accesso a ciò che si reputa essenziale per lo sviluppo della persona, e la sua salvaguardia anche a beneficio delle generazioni future[62], allora un problema centrale è individuare le strutture partecipative intorno alle quali possano coagularsi quelle attività capaci di rendere effettiva tale garanzia. Enti non lucrativi, imprese sociali, reti di solidarietà, gruppi informali. La pratica del bene comune suppone forme organizzative che siano adeguate al piano degli interessi (e dei

59 In questo fenomeno di "impetuosa restituzione al diritto civile dei servizi pubblici", Carapezza Figlia, G.: *Regolazione partecipativa e autonomia negoziale nei servizi pubblici locali*, in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 134 scorge l'occasione per una lettura diversa e più moderna del governo dell'economia. In controtendenza rispetto all'orientamento che in tale processo ravvisa una dimostrazione della inattualità del disegno costituzionale, l'A. propone di reinterpretare lo statuto normativo dei rapporti di utenza "come una ipotesi di forte "giuridificazione" del mercato che, pur ampliando gli spazi dell'iniziativa privata, espande correlativamente sui comportamenti economici programmi e controlli, ispirati […] ai valori del personalismo e del solidarismo".

60 Alcuni problemi applicativi sono discussi da Denozza, F.: "La società cooperativa e il problema degli strumenti istituzionali per la gestione dei beni comuni", in AA.VV.: *Beni comuni e cooperazione* (a cura di L. Sacconi e S. Ottone), Il Mulino, Bologna, 2015, p. 245 ss.

61 Non mancano in dottrina proposte di notevole inventiva, come quella di verificare il possibile utilizzo della tecnologia delle criptovalute in funzione di trasparenza: Quarta, F.: Gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico. Il finanziamento alla prova di blockchain e criptovalute, *Riv. dir. bancario*, 2019, p. 341 ss.

62 La nozione di beni comuni è formalizzata nell'art. 1, comma 3, lett. *c*, dello schema di disegno di legge delega formulato dalla Commissione Rodotà il 14 giugno 2007: "cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future". Il concetto è confluito in numerosissimi statuti, regolamenti regionali e di enti locali, oltre a trovare approdo in non trascurabile giurisprudenza. Tra le altre *vid.* Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 524, con nota di Carapezza Figlia, G.: "il solo aspetto della "demanialità" non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo, […] l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità".

conflitti) coinvolti[63]. Ha provato a codificarle, di recente, il legislatore della riforma del terzo settore dell'economia.

V'è però anche da considerare, senza sottovalutarla, la giuridica rilevanza del movimento che procede nel verso opposto. L'autonomia sociale – la storica matrice cooperativa del "diritto dei privati"[64] – produce risposte immediate a bisogni comuni. Inventa legami sospesi tra pubblico e privato[65], lucro e idealità[66], scambio e comunione di scopo[67]. Decostruisce e ricostruisce i parametri della convivenza, della giustizia e del benessere[68]; e così facendo stimola il sistema giuridico a rinnovarsi, a trarre spunto dalla tipicità sociale per modificare il proprio assetto categoriale consolidato[69].

63 "Anche a partire dai beni comuni si pone, dunque, un problema fondamentale di procedimenti e di legittimazione", così Barcellona, M.: "A proposito dei "beni comuni": tra diritto, politica e crisi della democrazia", *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 630.

64 Disseppellita e messa in chiara luce già da Cesarini Sforza, W.: *Il diritto dei privati* (1929), rist. a cura e con un saggio di M. Spanò, Quodlibet, Roma, 2018.

65 Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass, dir. civ.*, 2016, p. 698, vede nell'autonomia "un potere di iniziativa che si integra con altri poteri e confluisce – come parte ora attuativa, ora conformativa, ora creativa e costitutiva – nell'ordinamento complessivo, quale insieme di principi e di regole predisposto e attuato con la funzione, appunto, di ordinare la società".

66 Si interroga sulla tendenza del sistema verso una 'ibridazione' causale dei modelli organizzativi: D'Ambrosio, M.: "Scopo ideale e lucratività: frammenti di una questione aperta", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 255 ss.; Id.: "Reform of Non-Profit Organisations in Italy: Strengths and Weaknesses", *Italian L. J.*, 2018, p. 547 ss.

67 Secondo Di Sabato, D.: "Diritto privato, rapporti economici, sostenibilità ecologica", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, p. 4, l'intento di realizzare un risparmio di spesa non è l'unico che ispira queste transazioni, significativo è anche l'intento "di evitare gli sprechi, della lenta presa di coscienza dell'emergenza ecologica". Nei contratti della c.d. economia collaborativa, l'aera dello scambio si lascia contaminare da accentuati profili di cooperazione e di cointeressenza. Donde la difficoltà a inquadrare, partendo dall'archetipo della compravendita, una serie di accordi in cui le parti "collaborano per raggiungere uno scopo condiviso (come per esempio accade per i contratti associativi), senza una dinamica antagonista", così Quarta, A.: "Il diritto privato nell'era della sharing economy", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 239 ss. L'idea del riavvicinamento tra scambio e comunione di scopo è presente già nel pensiero di Domenico Rubino, (*Le associazioni non riconosciut*e, 1ª ed., Milano, 1940), ove si osservava che "per i contratti associativi, nella fase di esecuzione, non si ha uno scopo comune (con riguardo allo scopo principale di ciascuna parte): si hanno pur sempre altrettanti scopi e risultati pratici utili e distinti solo che si tratta di scopi e di risultati qualitativamente uguali, che vengono raggiunti con la ripartizione di un unico tipo di risultato". Auspica un approccio che dia valenza decisiva alla diversità funzionale fra le due figure, guardando al piano degli interessi incisi: Perlingieri, P.: "L'interesse e la funzione nell'ermeneutica di Domenico Rubino", in AA.VV.: *Domenico Rubino*, vol. I, *Interesse e rapporti giuridici* (a cura di P. Perlingieri e S. Polidori), Esi, Napoli, 2009, p. 9 ss.

68 Blecher, M.: "Diritto in Movimento. Verso un Nuovo Diritto Comune", *uninomade.org* (9 febbraio 2011): "[i] movimenti sociali e il diritto in movimento puntano e devono puntare ad un 'atto costituzionale' permanente che è necessario per de- e ri-costruire i parametri della vita in comune, della giustizia, del benessere", sicché la giustizia si trova "nel conflitto continuo per la realizzazione di soluzioni reciproche o comuni sostenibili: *seditio sive jus*".

69 Secondo Femia, P.: "Il giorno prima. Comune, insorgenza dei diritti, sovversione infrasistemica", in AA.VV.: *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti* (a cura di S. Chignola), Ombre Corte, Verona, 2012, § 4, è questa la premessa per un "diritto del comune": "concepire la produzione normativa quale frutto di contraddizioni discorsive e conflitti pratici, che non concede a nessun assetto categoriale consolidato (la scienza del diritto positivo) la possibilità di bloccare la creazione continua".

In questo modo, seguendo il filo del discorso sui beni comuni, ci si avvede che esso trascende la descrizione del bene in sé[70]. Fino a toccare l'auto-rappresentazione degli uomini che se ne prendono cura.

II. L'ALBERO LIBERO.

La seconda immagine è un albero. Non si tratta di un albero qualunque, ma dell'albero del *neem*. In India è venerato come sacro. L'utilizzo di questa pianta in campo medico e agricolo, come rimedio contro funghi e parassiti, risale a più di duemila anni fa. Il nome scientifico (*azadirachta indica*) deriva dal persiano, significa l'*albero libero*. E in effetti tale è rimasto il *neem* per secoli, fintanto che le conoscenze e le pratiche dei medici e dei contadini indiani sono state ignorate, o considerate con supponenza, dai colonialisti inglesi, francesi e portoghesi[71]. Tutto è cambiato però all'inizio del nuovo millennio, quando il mercato globale ha scoperto lo straordinario *selling power* dei prodotti "biologici". Com'è facile intuire, ne è scaturita una folle corsa al brevetto, inaugurata dal gigante dell'industria agrochimica americana W.R. Grace & co., società che per prima ha ottenuto il diritto di esclusiva per produrre una linea di bio-pesticidi agricoli derivati dalla pianta.

L'impatto sociale del brevetto sulle popolazioni indigene si è rivelato ben presto drammatico[72]. Il pesticida non può essere prodotto senza semi originali della pianta curativa, perciò il monopolio commerciale ha comportato subito un aumento enorme della domanda di semi. Tutti i semi raccolti sono stati acquistati dall'impresa produttrice. Perfino l'olio di *neem*, utilizzato dalle comunità locali per alimentare le lampade, è divenuto quasi irreperibile. Alla fine della fiera, ampie fasce di popolazione, specialmente quelle più povere, non hanno più avuto accesso a una risorsa vitale, prima disponibile in modo gratuito o a prezzi socialmente desiderabili.

Nonostante l'energica resistenza incontrata nella popolazione locale, la corsa al brevetto è proseguita senza battute d'arresto fino al 2001, quando la *Opposition Division* dell'Ufficio Europeo Brevetti (EPO) decide di accogliere il ricorso presentato da alcune organizzazioni ambientaliste contro il brevetto europeo n. 0436257, avente ad oggetto un metodo agricolo antifungino a base di olio estratto dall'albero del *neem*. Ad esito di una estenuante battaglia legale, il brevetto viene

70 "[I]l primo e più importante "*commons*" di cui il diritto neoliberale ci depriva non è un bene, ma un'idea. È l'idea che la persona umana fiorisce solo nella società e nel rapporto con le altre persone", così Denozza, F.: "Il sociale", cit., p. 2.

71 La storia del caso dell'albero del *neem* si può leggere in Shiva, V.: *Protect or Plunder* (Zed Books, London, 2011), trad. it. *Il mondo sotto brevetto*, Feltrinelli, Milano, 2ª ed., 2003, p. 57 ss.; Shiva, V. e Holla-Bhar, R.: "Piracy by Patent: The Case of the Neem Tree", in AA.VV.: *The Case Against the Global Economy and For a Turn Toward the Local* (a cura di J. Mander e E. Goldsmith), Sierra Club Books, San Francisco, 1996, p. 146 ss.

72 Ne offre un resoconto Shiva, V.: *Il mondo sotto brevetto*, cit., p. 58.

revocato[73] per mancanza della novità dell'invenzione – allo stato delle conoscenze tecniche disponibili sia in forma scritta che orale – e dell'attività inventiva (requisiti previsti dagli artt. 52, 54 e 56 della Convenzione europea sui brevetti).

"The opposition division considered the public prior use to be proven […]. An unlimited number of local farmers could take note of said treatment. […] The skilled person faced with the problem defined above knows that she or he has to put in contact the fungi with formulations containing neem oil in some concentration. This is an obvious requirement of the known methods of controlling fungi on plants. […] Consequently, the subject-matter […] lacks an inventive step since it was obvious to try to use formulations such as those defined in the claim"[74].

La pronuncia di annullamento, confermata nel marzo del 2005 dal *Board of Appeal* dell'EPO, rappresenta una pietra miliare in materia di contrasto al fenomeno della c.d. bio-pirateria[75]. Di là dagli argomenti messi in campo sul piano squisitamente tecnico[76], ad essa va il merito di avere posto in discussione i limiti entro i quali porzioni del mondo naturale e conoscenze tradizionali sui loro modi d'uso possono formare oggetto di appropriazione esclusiva da parte di imprese transnazionali.

1. Natura come spazio dell'agire razionale e oggettivazione di alterità.

Oltre al senso evidente di una reciproca interdipendenza tra equità sociale e giustizia ecologica[77], in questa vicenda v'è anche la raffigurazione di un rapporto uomo/natura non più catturabile nello schema del potere attribuito al soggetto per soddisfare un interesse che cade sui corpi del mondo esterno[78].

73 EPO, decisione di annullamento, 13 febbraio 2001, n. 90250319.2, Brevetto n. 0436257; il ricorso contro questa decisione è stato rigettato dal Board of Appeal con decisione 8 marzo 2005, T 0416/01 – 3.3.02 (la decisione d'appello, dalla quale sono tratti i passi virgolettati di séguito nel testo, è consultabile su *epo.org*).

74 *Ibidem*.

75 Con diversità di metodo, *vid.* Ghidini, G.: "«Equitable Sharing» of Benefits of Biodiversity-Based Innovation: Some Reflections Under the Shadow of a Neem Tree", in AA.VV.: *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (a cura di K.E. Maskus, e J.H. Reichman), Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005, p. 695 ss.; Ho, C.M.: "Biopiracy and Beyond. A Consideration of Socio-Cultural Conflicts with Global Patent Policies", 39 *Univ. Michigan J. L. Ref.*, 2006, p. 433 ss.; Daes, E.-I.: "Intellectual Property and Indigenous Peoples", 95 *Proceedings of ASIL Annual Meeting*, 2001, p. 143 ss.; Germanò, A.: "Traditional Knowledge tra biopirateria e protezione", *Riv. dir. agr.*, 2016, p. 366 ss. Per l'impatto della bio-pirateria sul patrimonio genetico e sulle comunità tradizionali in Brasile *vid.* Leme Machado, P.A.: "Il patrimonio genetico in Brasile, il bene ad uso comune del popolo e la Convenzione sulla diversità biologica", *Riv. giur. amb.*, 2016, p. 571 ss.

76 Sia la *Opposition Division* che il *Board of Appeal* hanno respinto le argomentazioni fondate sull'art. 53, lett. *a*, secondo cui il brevetto sarebbe stato immorale in quanto legittimava uno sfruttamento inaccettabile delle conoscenze tradizionali del popolo indiano.

77 "[L]'ambiente (inteso nella sua globalità) è infatti soltanto un aspetto dello sviluppo sostenibile", così Perlingieri P.: "I diritti umani", cit., p. 77.

78 Superando la celebre allegoria sostenuta da Jhering nel *Geist des römischen Rechts*, Femia P.: "Transsubjektive (gegen-)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen", in AA.VV.: *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts* (a cura di A. Fischer-Lescano, H. Franzki e J. Horst), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 343 ss., riconosce la precisa necessità (*Notwendigkeit*) di "chiudere le nuvole in un sacco" (*die*

La forma più rigorosa dei rapporti civili, essendo basata sulla capacità di determinazione dell'oggetto della pretesa, sottende una distinzione fondamentale tra interno ed esterno. Alle spalle di questa costruzione c'è la vita che cade al di fuori del rapporto tra soggetti giuridici. Essa diviene natura, "spazio dell'agire razionale"[79] artificialmente costruito come *altro da sé* e quindi conteso da una molteplicità di istituzioni, discorsi e progetti regolativi che minacciano la stabilità degli ecosistemi[80]. Le razionalità parziali della politica, dell'economia, della scienza, della tecnologia, della religione[81] aspirano ad accedere alle risorse naturali, ma anche a precludere l'ulteriore accesso da parte di altri[82]. Quando sono all'opera questi conflitti, non c'è alcuna ontologia differenziante in forza della quale l'uomo godrebbe di una naturale posizione di privilegio o di immunità rispetto a ogni altro ente della Terra. Ed infatti, nel medesimo destino oggettivante sono fatalmente attratte le stesse popolazioni indigene[83], depositarie di un sapere tradizionale sviluppato a partire dal lavoro di generazioni di anonimi sperimentatori. Anche queste collettività (umane) sono costruite dal diritto come alterità culturale[84], nel

Wolken in einen Sack zu fangen), ossia di andare oltre la forma più rigorosa dei rapporti giuridici basata sulla determinatezza dell'oggetto della pretesa.

79 Fino a quando l'Amazzonia "era natura, era foresta, essa costituiva solo una fonte di produzione di ossigeno per tutto il globo terrestre"; quando l'Amazzonia "viene trattata come spazio civilizzato dalla politica, dal diritto e dall'economia, allora la terra diventa proprietà, acquista valore, diventa spazio dell'agire razionale" (De Giorgi, R.: "Por Uma Ecologia", cit., p. 330 s.).

80 Secondo Teubner, G.: "La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo", *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 9 ss., l'integrità dei sistemi ecologici è minacciata non dall'azione di individui o enti collettivi, bensì da "processi comunicativi autonomizzati" e non personificabili.

81 Si pensi alla costruzione di una strada in una foresta nazionale sacra al culto dei morti di una tribù indiana: il caso è stato deciso dalla Corte Suprema [*Lyang v. Northwest Indian Cementary Protective Assn.*, 485 U.S. (1988), p. 483 ss.] che si è pronunciata per la liceità della costruzione poiché non avrebbe forzato i singoli individui *into violtating their religious belief* (p. 449); su tale controversia *vid.* Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, p. 628, nota 981 (bisogna fare attenzione a "che la credenza religiosa non sia considerata nella sola espressione puramente individuale […] ma sia intesa nel suo aspetto comunitario, come pratica condivisa").

82 Il caso del *neem* è discusso in questa chiave soprattutto negli scritti di Teubner, G. e Fischer-Lescano, A.: "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?", in AA.VV.: *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment* (a cura di C.B. Graber e M. Burri-Nenova), Edward Elgar, Cheltenham, 2008, p. 17 ss.; Teubner, G.: "Le due forme del pluralismo giuridico: conflitti normative nella doppia frammentazione della società mondiale", in AA.VV.: *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti. Atti del 4° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Esi, Napoli, 2010, p. 14 ss.

83 Anche gli *indios* "sono natura, sono ambiente esterno alla società", così De Giorgi, R.: "Por Uma Ecologia", cit., p. 330. Soltanto attraverso il riconoscimento, essi diventeranno "alterità costruita dalla ragione occidentale: la ragione del diritto, la ragione dell'economia; la ragione della politica". Solo allora essi "avranno una cultura", potranno essere "oggetto di tutela"; ma per tutto questo ci vorranno almeno due secoli, "durante i quali gli *indios*, come natura, saranno decimati, come alberi che sono abbattuti per motivi commerciali, come terre deforestate".

84 Come fa notare Nuzzo, L.: "Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica", in *Autonomia, unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, II, 2014, p. 651 ss., persino la Carta delle Nazioni Unite parla di "territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government" (art. 73). Artefatti collettivi, presentati dal diritto come "incapaci di autogovernarsi", bisognosi di "controllo, tutela, protezione": l'alterità che connota questi territori "segna indelebilmente le popolazioni che li abitano, producendo allo stesso tempo anche una loro alterità culturale. Inclusi in un'altra spazialità, essi sono antropologicamente e culturalmente differenti dai cittadini metropolitani". In prospettiva storica, Id.: *Lawyers, Space and Subjects. Historical Perspectives on the Western Legal Tradition*, Pensa Multimedia, Lecce, 2020, *passim*, torna sulle origini del diritto occidentale, svelando i paradossi della sua costruzione come "unità di misura del mondo civilizzato" e come dispositivo per riassemblare la distinzione tra "noi e gli altri".

quadro di una interpretazione della proprietà intellettuale che considera, appunto, "razionale" il fatto di trattare la cultura locale alla stregua di una qualsiasi utilità, liberamente sradicabile dal particolare mondo vitale che l'ha generata.

2. Natura in numeri. Finanziarizzazione dei servizi ecosistemici e ambiente naturale.

A ben vedere, perfino le più evolute espressioni della politica ecologista ridefiniscono il campo semantico della materia regolata secondo il linguaggio dominante della ragione utilitaria. Gli stessi principi che, in nome dell'equilibrio ecologico, orientano le scelte dei soggetti pubblici e degli operatori economici, informandole a un regime "non-proprietario" della natura[85], al contempo paiono veicolare all'interno del discorso giuridico gli stilemi dello scambio di mercato. Come l'uomo diventa "capitale umano", così la natura viene ridefinita come "*capitale* naturale"[86]. I suoi elementi diventano "*risorse* naturali"[87]. La diversità culturale, e perfino il codice ereditario fondamentale degli organismi viventi (il patrimonio genetico), entrano a far parte del "*patrimonio* comune dell'umanità"[88].

Alla base di questa evoluzione normativa, vi sono categorie forgiate nell'àmbito delle scienze ecologiche, che transitano, pressoché senza mediazione, nel formante

85 Per le implicazioni delle moderne concezioni ecologiche sui regimi di appartenenza dei beni *vid.* Lalli, A.: "I servizi ecosistemici", cit., p. 39 ss., spec. 72 ss., ove si osserva che "l'idea stessa di una proprietà individuale ed esclusiva, secondo l'archetipo moderno occidentale, se riferita agli elementi costituenti gli ecosistemi, perde di legittimità".

86 La locuzione "capitale naturale" è stata sviluppata dai fondatori della *ecological economics*, nel quadro di una critica globale all'economia convenzionale: sulla sua genesi *vid.* Costanza, R. e Daly, H.E.: "Natural Capital and Sustainable Developement", *Conservation Biology*, 1992, 6, 1, p. 37 ss. Il concetto fa la sua apparizione nell'art. 67, l. 28 dicembre 2015, n. 221 (Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali), che prevede la costituzione di un Comitato per il Capitale Naturale (CCN, poi istituito con d.p.c.m. n. 1486 del 18 aprile 2016, presso il Ministero dell'ambiente). Tra i cómpiti del Comitato vi è quello di redigere annualmente un Rapporto sullo Stato del Capitale Naturale in Italia, recante una mappatura degli ecosistemi presenti nel territorio nazionale e un'analisi dello stato dei corrispondenti flussi ecosistemici. Nel primo rapporto del CCN, il capitale naturale è definito come "l'intero *stock* di *asset* naturali – organismi viventi, aria, acqua, suolo e risorse geologiche – che contribuiscono a fornire beni e servizi di valore, diretto o indiretto, per l'uomo e che sono necessari per la sopravvivenza dell'ambiente da cui sono generati" (il testo si trova su *minambiente.it*). A livello europeo, *vid.* la comunicazione della Commissione COM(2011), 3 maggio 2011, n. 244 ("La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020").

87 Le "risorse naturali" sono definite dall'articolo 302, comma 10, c.a., come "le specie e *habitat* naturali protetti, acqua e terreno"; l'utilizzazione "accorta e razionale" di queste risorse è indicata dalla legge quale strumento per "la promozione dei livelli di qualità della vita umana" (art. 2 c.a.). Lo stesso codice dell'ambiente definisce i "servizi delle risorse naturali" come le "funzioni svolte da una risorsa naturale a favore di altre risorse naturali e/o del pubblico" (art. 302, comma 9, c.a.). Di recente, il concetto di "risorsa naturale eco-sistemica" ha fatto ingresso anche nella giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 16 luglio 2019, n. 179, in *Giur. cost*., 2019, p. 2074 ss. (il suolo è definito come una "risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale"); la nozione è stata successivamente ripresa da Corte cost., 24 aprile, 2020, n. 71, in *Foro it.*, 2020, I, c. 1833 ss.

88 Medesima scelta lessicale, a ben vedere, si ritrova nell'art. 9 cost., secondo cui la Repubblica "tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione"; ma come sottolinea Denuzzo, A.: "Patrimonio culturale e ambientale: materialità, relazionalità e valorizzazione", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 481 ss., il termine patrimonio qui non deve essere inteso come una categoria economica, in quanto esso "è letteralmente il retaggio dei padri, l'eredità delle generazioni che ci hanno preceduti".

legislativo e giurisprudenziale[89]. L'obiettivo dichiarato è *misurare* l'impatto prodotto sugli ecosistemi, al fine di tenerne conto nell'esercizio di funzioni e attività, pubbliche e private, che possano avere effetti su di essi[90]. Eppure, di là da ogni buona intenzione, i concetti evocati poc'anzi comunicano altrettanti malintesi creativi. Essi rendono sì visibili, al decisore umano, gli effetti che le sue scelte producono sul "mondo esterno", ma all'evidente prezzo di forzare elementi eterogenei entro una struttura cognitiva pensata per disciplinare tutt'altra tipologia di rapporti[91]. In parole semplici: se esistono risorse naturali, il problema sarà sempre e soltanto identificarle, commisurarle, e poi stabilire con quale criterio esse debbano essere ripartite tra gli uomini. Allo stesso modo, se esiste un capitale naturale occorrerà soltanto comprendere con quali modalità, cioè fornendo quali servizi, questo capitale si riproduce[92].

È precisamente a partire dall'idea di introiettare la razionalità utilitaria all'interno delle diverse matrici regolative che il discorso sulla protezione giuridica dell'ambiente è andato viepiù polarizzandosi ed appiattendosi, a tutti i livelli, sulle tecniche di misurazione della sostenibilità secondo criteri quantitativi (indicatori, *benchmark*, *standard* e connessi sistemi di certificazione)[93]. In tal modo, uno per volta gli anelli che compongono la catena del valore – risorse naturali (*input*), servizi ecosistemici[94] (*output*) e obiettivi d'impatto (*outcome*) – hanno subìto una drastica riduzione in chiave econometrica[95]. Ciò è stato reso possibile grazie al lavoro di un'articolata rete di sapere esperto[96], proveniente dapprima dal campo delle scienze

89 Una ricostruzione puntuale in Lalli, A.: "I servizi ecosistemici", cit., p. 40 ss.; Cafagno, M.: "Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica", *Dir. proc. amm*., 2018, p. 713 ss.

90 Oltre alla classica VIA, alcuni esempi di indicatori di sostenibilità ambientale sperimentati nel settore pubblico e privato in Pozzo, B.: "Le nuove regole dello sviluppo. Dal diritto pubblico al diritto privato", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 85 ss.; Francario, L.: "Uso collettivo di beni deperibili ed esauribili e sostenibilità", *ivi*, p. 151 ss.; Salanitro, U.: "Impatto ambientale dell'impresa e regole economiche della responsabilità", *ivi*, p. 216 ss.

91 La patrimonializzazione di beni, valori, utilità, non è mai un'operazione neutrale, a prescindere dall'immissione lecita del bene in un circuito mercantile esistente e/o rilevante: una compiuta dimostrazione si deve al lavoro di La Rocca, D.: *Diritto e denaro. Il valore della patrimonialità*, Giuffrè, Milano, 2006, spec. pp. 174 ss., 180 ss. Configura la suscettibilità di valutazione economica (art. 1174 c.c.) come una valutazione oggettiva, desumibile dal giudice *ex communi hominum sensu* e alla stregua dei valori, non solo di tipo economico, espressi dall'ordinamento, Ferroni, L.: "Patrimonialità della prestazione fra evoluzione del sistema sociale e princípi di ordine pubblico costituzionale", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi*, cit., p. 627 ss.

92 Le reali implicazioni di questo processo sulla distribuzione del potere, economico e sociale, sono al centro dell'analisi di Caselli, D.: *Esperti. Come studiarli e perché*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 146 ss.

93 Sicché il problema diviene comprendere come tali logiche quantitative "si relazionano con il piano valoriale che ordina i rapporti tra privati", così Landini, S.: "Clausole di sostenibilità", cit., p. 611 ss., spec. p. 627 ss.

94 A grandi linee, i servizi ecosistemici possono essere definiti come "i benefici che la natura spontaneamente reca al genere umano, come ad esempio l'assorbimento di anidride carbonica, la produzione di ossigeno, la purificazione delle acque, l'impollinazione ad opera degli insetti, la regolazione del clima", così Lalli, A.: "I servizi ecosistemici", cit., p. 39.

95 In quest'ottica, ad esempio, i rapporti annuali del Comitato per il Capitale Naturale (istituito *ex* art. 67, l. n. 221 del 2015) forniscono informazioni ambientali espresse in unità fisiche e monetarie, dando conto dell'emersione di nuovi *standard* e indicatori per misurare il livello di sostenibilità ambientale.

96 Scienziati esperti di biodiversità, di cambiamenti climatici, di energie rinnovabili e via dicendo. È essenziale cogliere la dimensione normativa di questa *expertise*, che non si limita a fotografare la realtà (sociale o naturale), bensì orienta il comportamento dei singoli e dei gruppi in alcune direzioni e verso alcuni fini, escludendone altri (sulla normatività della funzione esperta *vid.* Caselli, D.: *Esperti*, cit., pp. 128 ss., 133). È

ecologiche e poi da quello degli esperti della finanza, pubblica e privata. È stato questo lavoro di quantificazione e monetizzazione della natura (trasformazione di qualità in quantità + attribuzione di valore economico-finanziario)[97] che ha permesso di ridefinire il concetto di rischio ambientale. Presentandolo, alla fine, come una minaccia al futuro rendimento degli *impact investors* e, perciò stesso, come un possibile oggetto di speculazione.

Si assiste così alla crescente proliferazione di schemi contrattuali associati al finanziamento, e alla gestione, di attività connesse ai servizi ecosistemici (erogazione di energie rinnovabili, tecnologie per la riduzione delle emissioni, gestione dei rifiuti e delle risorse idriche, tutela della biodiversità, efficienza energetica, ecc.). Differenti tipologie di operazioni, situate lungo un arco che va dagli appalti verdi, ai contratti di rendimento energetico[98], passando per il mercato dei *tradable pollution rights*[99] e per gli accordi di pagamento dei servizi ecosistemici (PSE)[100]; fino ad arrivare ai *green bond*, ai *debt-for-nature swap* negoziati nei mercati internazionali, e alla più recente sperimentazione di strumenti e fondi di *climate impact investing*[101]. Man mano che si allenta il nesso con le sottostanti attività erogative, aumenta correlativamente il peso che può assumere la componente

comune l'idea che la scienza debba dire al potere "come stanno le cose", che alla politica dei valori e degli interessi si contrapponga una "politica dei fatti" capace di compiere scelte efficienti, in base a dati non controversi: si tratta di un'idea ingenua del rapporto tra sapere esperto e controversie ecologiche, sul quale *vid.* Pellizzoni, L.: "La politica dei fatti", in AA.VV.: *Conflitti ambientali. Esperti, politica, istituzioni nelle controversie ecologiche* (a cura di L. Pellizzoni), Il Mulino, Bologna, 2011, p. 24, ove si osserva che "più si mira alla scientizzazione della politica e più la scienza si politicizza, diventando sovrabbondante, controversa e incapace di legittimare le decisioni".

97 Ad esempio, il valore di un paesaggio può essere misurato in base al prezzo aggiuntivo, richiesto sul mercato immobiliare, per l'acquisto di una casa in prossimità di un'area verde, oppure ai costi di soggiorno in quelle zone paesaggistiche ove è possibile svolgere attività ricreative all'aria aperta. Il valore di un bosco può essere misurato col costo di un servizio artificiale di purificazione delle acque sotterranee, del quale vi sarebbe bisogno qualora il bosco fosse tagliato. Sulle metodologie utilizzate per valutare economicamente i servizi ecosistemici e il capitale naturale *vid.* Lalli, A.: "I servizi ecosistemici", cit., p. 44 ss.

98 Pennasilico, M.: "Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)", in AA.VV.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 242 ss.; Id.: "Contratto e uso responsabile delle risorse naturali", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss.; Id.: "Sviluppo sostenibile e contratto ecologico: un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1291.

99 Classico il caso dei c.dd. *carbon markets*, ossia della negoziazione in permessi di emissione di gas serra o in crediti guadagnati non emettendoli. Per un verso, v'è chi reputa che il mercato dei *tradable pollution rights* possa essere utilizzato per allocare una risorsa scarsa, ovvero la capacità dell'ambiente di assorbire inquinanti, in modo efficiente (Pozzo, B.: "Le nuove regole", cit., p. 94 ss.); per altro verso, proprio un'analisi approfondita dei processi di valutazione, commisurazione e monetizzazione alla base di questi mercati, solleva molteplici interrogativi circa l'effettivo orientamento al risultato di abbattere il livello di emissioni (*vid.* MacKenzie, D.: "Making Things the Same. Gases, Emission Right and the Politics of Carbon Markets", *Accounting, Organizations and Society*, 2009, 34, p. 440 ss).

100 Il Parlamento ha dato mandato al Governo di predisporre "sistemi di remunerazione dei servizi ecosistemici", prima nell'art. 70 della l. 221 del 2015 e, successivamente, nel disegno di legge per la riforma della disciplina delle aree protette. Si tratta di un modello negoziale già sperimentato in Italia, cenni in Lalli A.: "I servizi ecosistemici", cit., p. 54, testo e nota 20; storica l'operazione di questo tipo conclusa tra l'Autorità delle acque di New York City e i proprietari dei fondi situati nell'area dove si trovano le falde acquifere da cui deriva l'approvvigionamento idrico della città (un compiuto resoconto si può leggere in Landell-Mills, N. e Porras, I.T.: *Silver bullet or fools' gold? A global review of markets for forest environmental services and their impact on the poor*, International Institute for Environment and Development, London, 2002, p. 152).

101 In argomento *vid.* Perra, G. e Venturi, P.: *Impact investing for climate change*, 2017, disponibile su *aiccon.it/en/pubblicazione/impact-investing-for-climate-change*.

speculativa nella causa dell'operazione economica[102]. In parallelo, cresce e si fa più rigorosa anche l'esigenza di controllare la meritevolezza[103] della causa dei contratti di "finanza sostenibile"[104], specie laddove la redditività dell'investimento venga convenzionalmente agganciata alla misurazione, e al conseguente andamento, di prestabilite variabili socio-ambientali[105].

È perlomeno dubbio che la trasformazione della natura in numeri – e di questi numeri in liquidità monetaria – sortisca sempre l'effetto auspicato di preservare l'ambiente contro le tendenze assolutistiche del sistema economico. Di sicuro, tutto ciò prepara il terreno per strutturare nuovi mercati finanziari e renderli appetibili verso un'ampia gamma di investitori.

3. Emersione di pratiche costituenti e forme di giuridificazione del rapporto uomo/natura.

Per estrarre valore dalla natura[106] non è più necessario trasferire in mani private la proprietà o il controllo delle aree in cui insistono le risorse. Riducendo costi, responsabilità (anche politiche) e rischi operativi, il "lavoro della finanziarizzazione"[107] si è aperto la via per intercettare selettivamente i flussi ecosistemici. Così la finanza promette di rendere ancóra più efficiente, e meno trasparente, un modello di sviluppo (e di predominio) che patrimonializza la vita in tutte le sue espressioni ed i suoi aspetti[108]. Si comprende, pertanto, come l'antidoto non sia mantenere

102 Un'analisi delle caratteristiche funzionali e dei rischi associati ai contratti della c.d. finanza d'impatto ambientale si può leggere in Ottombrino, F.: "Paradigmi di contratto ad impatto ambientale. Primi appunti", *Foro nap.*, 2020, p. 389 ss.

103 Sul modo in cui la sostenibilità assurge a parametro di meritevolezza degli interessi perseguiti *vid.* Caterini, E.: *Sostenibilità* e *ordinamento civile*, cit., spec. pp. 35 ss., 137 ss.; più in generale, in merito alle differenti modalità di ricorso ai principi, sottese al controllo sugli atti di autonomia *vid.* Polidori, P.: "Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale", in AA.VV.: *Fonti, metodi*, cit., p. 391 ss.

104 Alcune applicazioni già in Di Raimo, R. e Mignone, C.: "Strumenti di finanziamento al Terzo settore e politiche di intervento locale nella «società inclusiva» europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)", *Giust. civ.*, 2017, p. 139 ss.

105 "[A]i fini del sindacato di meritevolezza, centrale è l'adeguatezza delle metriche, le quali devono tendere verso un impatto sociale che sia effettivo, e non soltanto di facciata": così Polidori, P.: "Il controllo di meritevolezza", cit., p. 404 ss., al quale si rinvia per alcune esemplificazioni in tema di *impact investing*. Il tema è trattato diffusamente in Mignone, C.: "Investimento a impatto sociale. Etica, tecnica e rischio finanziario", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 924 ss.; Id.: "Meritevolezza dell'iniziativa, monetizzazione del benessere e nuovi modelli di welfare sussidiario", *ivi*, 2017, p. 115 ss.; nonché, per i profili di diritto amministrativo, *vid.* Napolitano, C.: "Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto", *Nuove auton.*, 2018, p. 565 ss.

106 Sul concetto di "proprietà privante" e sulle forme contemporanee del "capitalismo estrattivo" *vid.* Mattei, U.: *«Senza proprietà non c'è libertà» (Falso!)*, Laterza, Bari, 2014, spec. pp. 25 ss., 49 ss.

107 Chiapello, E.: "The work of Financialization", in Chambost I., Lenglet, M. e Tadjeddine, Y. (eds.): *The Making of Finance. Perspectives from the Social Sciences*, Routledge, London, 2019, p. 192 ss.

108 Per un esempio pratico può risultare utile un *focus* sulla sperimentazione dei c.dd. *Debt for Nature Swap* nei mercati internazionali (in argomento, nella letteratura italiana, *vid.* Meli, M.: "Ambiente e mercati finanziari: i Debt-for-Nature Swaps", *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 79 ss.). Si parla di accordi coi quali una quota del debito dei Paesi in via di sviluppo viene acquistata nel mercato secondario, per un prezzo inferiore al suo valore nominale, da ONG internazionali che la rinegoziano con lo Stato debitore in cambio di impegni di spesa, in moneta locale, da destinare al finanziamento di progetti di conservazione della natura. Il primo DNS è stato sperimentato in Bolivia, nel 1987: una ONG statunitense ha acquistato 650.000 dollari di

riserve culturali o biologiche nel loro stato attuale[109], né proteggere i gruppi e le specie che abitano un dato territorio attraverso speciali divieti di sfruttamento o di brevettazione[110]. Ancor meno la soluzione può essere rinvenuta nella semplice riqualificazione delle risorse naturali come "beni comuni", utilità caratterizzate da un godimento necessariamente collettivo[111].

debito al prezzo di 100.000 dollari, usufruendo della somma messa a disposizione da una fondazione privata. Il debito è stato restituito allo Stato debitore in cambio dello stanziamento di una somma in moneta locale, corrispondente a 250.000 dollari, destinata a un fondo appositamente creato per gestire una riserva naturale (*Beni Biosphere Reserve*). Pur senza comportare alcun trasferimento in mani private della proprietà delle aree in cui insiste la riserva naturale, un'operazione di questo tipo può determinare una forte ingerenza nelle politiche ambientali dello Stato indebitato. Non è un caso che l'operazione abbia incontrato resistenze in una parte dell'opinione pubblica boliviana, che nell'accordo intravedeva, di là da ogni buona intenzione, "l'imposizione di un modello di parco naturale americano, senza nemmeno il consenso delle popolazioni indigene, costrette a subire quelle scelte e a rivedere i propri tradizionali metodi di sfruttamento" (Meli M.: *o.u.c.*, p. 82). Accordi di questo tipo, promossi da grandi ONG internazionali come WWF e supportati finanziariamente da USAID (*United States Agency for International Development*), hanno cominciato a proliferare e dall'America latina (Brasile, Messico, Repubblica Dominicana, Guatemala, Giamaica) si sono spostati verso altre zone povere del mondo, prevalentemente africane (Zambia, Madagascar, Ghana, Nigeria). Nel dibattito pubblico e scientifico il DNS è presentato il più delle volte come un tipico modello economico *win-win*, dal quale tutti gli attori possono ricavare un risultato positivo: *a)* i Paesi indebitati ottengono una riduzione del debito; *b)* le associazioni ambientaliste ricevono fondi per il perseguimento dei loro obiettivi; *c)* le comunità locali beneficiano di infrastrutture e di servizi ecologici altrimenti irrealizzabili. Esiste però un "lato oscuro" dei DNS, che è stato messo in luce in occasione di un convegno, organizzato nel 1991, dal *Brazilian Institute for Economic and Social Analysis* (IBASE). In quella sede è emerso che l'imposizione dall'alto di progetti di tutela e valorizzazione ambientale spesso non riesce a produrre i benefici sperati. Quanto poi alle ricadute finanziarie, il *foreign debt bond* si trasformerebbe in *internal debt bond*, riducendo la perdita per i Paesi creditori, ma lasciando sostanzialmente invariata la pressione sui Paesi in via di sviluppo. Nel 1990 il coordinamento delle organizzazioni attive nel campo della difesa delle comunità indigene nei Paesi dell'America Latina (COICA) ha denunciato pubblicamente gli effetti prodotti dai *debt-for-nature swaps* sull'autodeterminazione delle comunità indigene. In una lettera aperta alla comunità ambientalista mondiale, il COICA ha avanzato una proposta alternativa che consiste nella sperimentazione di un *debt-for-Indian-stewardship swap*, ossia di uno strumento nel quale il debito viene scambiato in cambio del finanziamento di progetti che "favoriscono la restituzione delle aree della foresta pluviale amazzonica alle nostre cure e al nostro controllo" ("[p]roponiamo di concludere accordi con quei soggetti della comunità ambientalista mondiale che riconoscono il nostro ruolo storico di custodi del bacino amazzonico; di sostenere i nostri sforzi per rivendicare e difendere i territori tradizionali; di accettare le nostre organizzazioni come partner legittimi e alla pari": il testo della proposta è ripreso da Knicley, J.E.: "Debt, Nature, and Indigenous Rights: Twenty-five years of Debt-for-Nature Evolution", 36 *Harvard Envir. L. Rev.*, 2012, p. 120 ss.). Secondo alcuni osservatori, saremmo al cospetto di una nuova forma di *green imperialism* (Kessel, A.: "Debt-for-Nature Swaps: A Critical Approach", *malcaster.edu*; Mahony, R.: "Debt-for-Nature Swaps. Who Really Benefits?", *The Ecologist*, 22, 1992, p. 97 ss.), rispondente a una più generale strategia per convertire il debito e riaffermare la superiorità di un modello di sviluppo che patrimonializza la vita in tutti i suoi aspetti. Per le più recenti evoluzioni dello strumento *vid.* Freeland, S. e Buckley, R.P.: "Debt-for-Development Exchanges: Using External Debt to Mitigate Environmental damage in Developing Countries", *West-Nordwest J. Envir. L.*, 2010, 16, p. 77 ss.; Von Moltke, K.: "Debt-for-Nature: The Second Generation", *Hastings Int. & Comp. L.*, 1990, 14, p. 973 ss.

109 È la logica delle c.dd. aree protette, di cui fornisce una interpretazione "ecologicamente orientata" Monteduro, M.: "Per una nuova alleanza tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le aree naturali protette", *giustamm.it*, n. 6/2014.

110 "Sarebbe insoddisfacente una politica di protezione delle diverse specie, poiché avrebbe quale obiettivo semplicemente l'autonomia strutturale e non l'autonomia procedurale", così Teubner, G.: "Le due forme", cit., p. 42, per il quale invece si tratta di creare spazi per rendere possibile la partecipazione dei gruppi epistemici ai processi decisionali che toccano, insieme, la natura e i modi di uso del sapere tradizionale.

111 V'è infatti da considerare il rischio – opportunamente evidenziato da Monteduro, M. e Tommasi, S.: "Paradigmi giuridici", cit., p. 171 – che tale strategia di rioggettivazione giuridica delle risorse naturali come beni comuni si risolva alfine in un ampliamento della "platea dei soggetti umani titolati di diritti sui beni (qualificati come) comuni, senza introdurre guarentigie sufficienti di salvaguardia dei sistemi ecologici dal pericolo di collasso o di degradazione per sovrasfruttamento".

A venire in discussione, in apice, sono gli stessi schemi ricostruttivi del rapporto uomo/natura ereditati dalla tradizione.

È noto come, sulle orme delle esperienze di giustizia costituzionale latino-americana, vi sia già chi propone di fare leva sulla soggettivazione di specifiche porzioni del mondo esterno. Fiumi, laghi, foreste e altri *natural objects* sarebbero titolari di una posizione protetta dall'ordinamento a prescindere da eventuali ripercussioni dell'attività dannosa su un interesse umano particolare[112]. Al fine di rendere effettiva questa protezione, si mostra in ogni caso essenziale l'intervento di attori "intermedi" (enti territoriali, associazioni ambientaliste, comunità indigene, movimenti verdi e singoli cittadini) che sono ammessi, in qualità di *guardians*, a esercitare l'azione processuale (*standing*) per la cura di un interesse altrui[113].

Senza scivolare nello schermo della soggettività giuridica[114], in dottrina sono state gettate le basi per superare a piè pari il problema della imputazione formale di una titolarità riferibile a "valenze collettive che ciascuno può attivare, ma delle quali nessuno può diventare il signore"[115]. In breve, non tutela un interesse proprio la persona umana che agisce in difesa della natura, né perciò solo quest'ultima diviene soggetto di diritto[116]. Semplicemente si tratta di accettare l'esistenza di situazioni giuridiche ("controdiritti trans-soggettivi")[117] caratterizzate dal fatto che l'azione, legittimata come contenuto dell'interesse protetto, non serve a procurare un vantaggio a colui che agisce, bensì unicamente a contrastare le derive sistemiche[118] che minacciano l'integrità degli equilibri ecologici[119].

112 In merito all'introduzione del c.d. danno ecologico puro nell'esperienza francese *vid.* Míguez Núnez, R.: "Natura, danno, soggetti. Riflessioni in tema di giustizia ecologica", *Corti supreme e salute*, 2019, 2, p. 379 ss. (secondo l'A., la condizione della natura "vittima" permetterebbe di affermare l'avvio di uno *status* "di transito", "di passaggio" verso la soggettivizzazione giuridica).

113 Si adopera qui la terminologia del celebre saggio di Stone, C.D.: "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects", *South. Cal. L. Rev.*, 1972, 45, pp. 450–501.

114 Condivisibili le notazioni critiche avanzate da Monteduro, M. e Tommasi, S.: "Paradigmi giuridici", cit., p. 184: "[l]a finzione della personalità giuridica si giustifica quale soluzione a un potenziale conflitto tra singolo e gruppi all'interno del sistema delle relazioni umane; diviene invece del tutto inutile (ed insincera, se non ipocrita) rispetto al problema del rapporto tra soggetti di vita umani e non umani".

115 Femia P.: "Il civile senso", cit., p. 9.

116 In termini testuali, Portaluri, P.: "Lupus lupo non homo. Diritto umano per l'ethos degli "animali"?", *Dir. econ.*, 2018, p. 673.

117 Femia, P.: "Transsubjektive (gegen-)Rechte", cit., p. 343 ss.

118 Questa idea affonda le radici nella concezione sociologica dei diritti fondamentali come istituzioni entro un ordine sociale differenziato, che si deve al pensiero di Luhmann, N.: *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, trad. it. di S. Magnolo, *I diritti fondamentali come istituzione*, Ed. Dedalo, Bari, 2002, spec. p. 275 ss., secondo cui "il senso dei diritti fondamentali non deve essere compreso a partire dagli interessi dell'individuo idealizzato, né da quelli dello stato e nemmeno da un nesso dialettico dei due" (*ivi*, p. 290).

119 Nella teoria dei sistemi, le minacce ecologiche rappresentano fenomeni esclusivamente interni alla società, che non hanno alcuna rilevanza sociale finché non vengono comunicati: "che diminuiscano le scorte di petrolio, i fiumi diventino caldi, i boschi muoiano, il cielo si offuschi ed i laghi si inquinino. Che tutto ciò avvenga o non avvenga, in quanto stato di fatto solo fisico, chimico o biologico, non produce alcuna risonanza sociale fino a quando non si comunichi su di esso. […] La società è certo un sistema sensibile, ma operativamente chiuso. Osserva solo attraverso comunicazioni. Non può in altro modo comunicare significativamente e regolare questa comunicazione che attraverso la comunicazione. Si può quindi solo

Per tornare al caso del *neem*, è vero che la decisione di annullare il brevetto non ha avuto alcun impatto su decine di altri brevetti correlati che seguitano ad essere protetti in Europa, così come sui brevetti di contenuto quasi identico considerati validi negli Stati Uniti e in altri ordinamenti giuridici. Ciò nondimeno, questa azione giudiziaria, promossa da una fondazione di ricerca indiana e da una eurodeputata del gruppo dei verdi, ha sortito un effetto "sistemico" di più ampia portata. L'insperato successo, ottenuto davanti all'EPO, ha contribuito a collocare al centro dell'agenda politica internazionale un differente modello di governo della biodiversità, fondato sui principi di autodeterminazione e di equa condivisione dei benefici scaturenti dall'utilizzazione delle risorse biologiche[120].

A prima vista, si direbbe che non siamo troppo distanti dallo schema dell'ente esponenziale (*ideological plaintiff*) che porta in giudizio un interesse diffuso, volendo con ciò far uso di concetti già esistenti, coniati proprio per designare una posizione soggettiva: *a)* recepita dal potere pubblico come spettante a una collettività *a priori* indeterminabile di persone; *b)* avente ad oggetto un bene a godimento plurimo; *c)* nella quale l'utilità non sia riservata soltanto a chi agisca per ottenere tutela[121].

Vero è, tuttavia, che sarebbe riduttivo passare queste "insorgenze infrasistemiche"[122] al setaccio di costruzioni formali confinate da tempo entro un perimetro applicativo incerto e periferico[123]. Per rendersene conto, è sufficiente osservare quanto sia ampio, nella prassi giurisprudenziale, il fronte di tutela lasciato incustodito dalla nozione di interesse diffuso. Da un lato, si preclude l'accesso al giudice da parte dei gruppi informali e dei soggetti *uti cives*. Dall'altro lato, la verifica della rappresentatività dell'ente collettivo è generalmente subordinata all'accertamento di una *vicinitas* intesa ancóra in senso fisico-territoriale; ciò a fronte di pregiudizi i cui effetti possono materialmente propagarsi su comunità

minacciare da sola" (Luhmann, N.: *Comunicazione ecologica. Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?*, Franco Angeli, Milano, 1986, p. 86).

120 Per una panoramica complessiva *vid.* Ghidini, G.: "«Equitable Sharing»", cit., p. 695 ss. Il 23 giugno 2011 è stato sottoscritto dall'Unione Europea e dalla maggior parte dei suoi stati membri, inclusa l'Italia, il Protocollo di Nagoya alla Convenzione sulla diversità biologica relativa all'accesso alle risorse genetiche e alla equa ripartizione dei benefici. Si tratta di strumenti che forniscono una struttura di *enforcement* basata sul principio del previo consenso informato, con l'ovvio limite di lasciare l'applicazione degli impegni di ripartizione dei benefici al libero gioco dei rapporti di forza tra fornitori e utenti (notazioni critiche in Stazi, A.: "Organismi geneticamente modificati e sviluppo sostenibile: circolazione dei modelli, accesso alle risorse e tracciabilità", *Riv. dir. ind.*, 2019, 4, p. 320).

121 Perlingieri, P. e Femia, P., in Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017, p. 89, con la precisazione che "[n]el vigente sistema la salute e l'ambiente (32 e 9 cost.) non sono interessi diffusi, bensì valori da attuare nel massimo grado possibile".

122 "I diritti non sono quindi fuori (rivendicare) né dentro (argomentare); essi sono insorgenze infrasistemiche, punti di rottura del sistema che il sistema stesso non contiene né può governare *ex ante*": Femia P.: "Il giorno prima", cit., § 9.

123 Cfr. le puntuali analisi di Delsignore, M.: "La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense", *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 734 ss.; De Lucia, L.: "Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto", in Cerulli Irelli, V.: *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 99 ss.

ed ecosistemi anche molto distanti rispetto al luogo ove si è verificato l'evento scatenante[124].

In ogni caso, non sembra appropriato filtrare l'agire dell'*homo ecologicus* entro categorie che, storicamente, erompono dal medesimo processo legislativo protagonista, nel nostro Paese, della dismissione e della finanziarizzazione dei beni culturali e ambientali[125]. A quel processo, in ultima analisi, sono riconducibili sia l'affievolimento dell'originario carattere pubblicistico della tutela, sia la perdurante inclinazione a vestire il mondo esterno di forme giuridiche che implicano una ridefinizione degli interessi retrostanti in chiave cripticamente "individualistica"[126] e "soggettivata"[127].

Seguitando per questa strada, si ottiene semmai il risultato di occultare, imbrigliare o reprimere le espressioni di partecipazione e di protesta[128], anziché tradurle nel linguaggio delle situazioni giuridiche in modo da favorire la loro emersione pacifica e democratica.

Più coerente con le premesse, ma anche con le finalità meta-soggettive della giustizia ecologica, è riconoscere che la ragionevolezza costituzionale abbraccia in realtà un ampio ventaglio di ragioni per agire[129]. Tra queste ve ne sono alcune che hanno a che vedere con la realizzazione di un bisogno sociale di partecipazione,

124 Mette in luce l'esistenza di questi "punti di scopertura" della tutela Portaluri, P.: "Spunti su diritto", cit., p. 1263 ss.

125 Coglie nitidamente questo passaggio Lucarelli, F.: "I beni culturali nell'età del cinismo. La tutela ambientale", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi*, cit., p. 461 ss. Ma *vid.* specialmente Id.: "Nuove tecnologie e nuovi beni", *ivi*, p. 1032 s.: "[c]ausa principale può essere rinvenuta nell'influenza impressa dall'adozione legislativa di strumenti di finanziarizzazione dell'economia […] che vengono adoperati dal legislatore per attuare cambi […] nella gestione di beni tradizionalmente individuati come "beni di appartenenza pubblica". […] L'interesse sotteso al bene demaniale non può più definirsi pubblico, per le modalità dettate dal legislatore in tema di gestione, controllo e valorizzazione: l'interesse è diffuso, e tale diffusione determina l'ampliamento dell'area di competenza privatistica".

126 All'interno degli interessi diffusi è sempre possibile riscontrare "una componente individualistica, dal momento che sono la somma di una indefinita serie di interessi singolari": Alpa, G.: "Pubblico e privato nel danno ambientale", *Contr. impr.*, 1987, p. 685.

127 L'interesse diffuso è "adespota, perché non è qualificato sulla base dei requisiti di appartenenza al gruppo, né trae forza dal gruppo: solo nel gruppo però si può individuare, che altrimenti sarebbe stemperato o nell'interesse semplice o confuso con i diritti individuali", così Alpa, G.: "Interessi diffusi", *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, IV, Torino, 1993, p. 610. Per trovare attuazione, l'interesse diffuso ha bisogno di essere soggettivato nell'interesse collettivo, subendo la "mutazione genetica" di cui parla Nigro, M.: "Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza", *Foro it.*, 1987, c. 7 ss. Da ultimo, questo quadro teorico è uscito confermato da Cons. St., Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, *Foro amm.*, 2020, p. 224 ss., secondo cui il fondamento della "entificazione" dell'interesse diffuso risiede nella "individuazione di interessi che sono riferibili ad una collettività o a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell'ambiente, consumatori, utenti, ecc.)"; ed ancóra, gli interessi diffusi "vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarni".

128 A partire da un caso paradigmatico (il movimento ecologista di opposizione a TAP, in Puglia), Punzi, C.: "Ecologia della protesta. Come il diritto osserva la disobbedienza", *Nómadas. Rev. Crít. Ciencias Sociales y Jurìdicas*, n. 4/2018, discute le forme di disciplinamento giuridico-amministrativo del conflitto e le tecniche di immunizzazione della protesta.

129 Sul concetto di interesse come ragione per agire *vid.* Femia, P.: "Interessi e conflitti", cit., spec. pp. 286 ss., 315 ss., 330 ss.

rispetto al quale non ha senso tracciare un confine tra "interno" ed "esterno"[130]. Un interesse che eccede il doveroso adempimento di prestazioni di solidarietà nei confronti di altri soggetti[131], ma non per questo necessita di essere riconosciuto dal legislatore come materia di intervento pubblico[132].

Tutelare l'ambiente come valore in sé richiede allora un "nuovo diritto"[133], pensato per favorire l'emersione di questi interessi nella società civile e il loro concretizzarsi in pratiche costituenti[134] che toccano la natura, i modi di vita e le culture che con essa interagiscono.

III. L'ISOLA CHE NON C'È.

Siamo così all'ultima immagine. L'oggetto del contendere, stavolta, riguarda le sorti dell'isola di Poveglia, nella laguna di Venezia. Un bene del demanio accidentale dello Stato che ospita estese zone di verde, numerosi edifici, tra i quali un ospedale militare che ha smesso di funzionare nel 1968, la casa del custode e alcuni terreni agricoli in uso fino agli anni Ottanta del secolo scorso. Da allora, l'isola versa in

130 "[F]inché si cerca un confine tra interno ed esterno, fin quando si vogliano produrre parti e terzi, effetti, internalità ed esternalità, imputabilità, resteremo sempre soggiogati alla strategia politica della depoliticizzazione, che smentisce il valore costituzionale", così Femia P.: "Il civile senso", cit., p. 10.

131 Per Tondi della Mura, V.: "La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca", *Rivista AIC*, 2010, 4, p. 3, oltre la forma del dovere giuridico residua "una sfera dove operano quei comportamenti individuali o associati, spontanei e liberali, non pressati dalla minaccia di una sanzione giuridica o etica e, nondimeno, essenziali per la piena e infungibile soddisfazione del bisogno"; talsì che "l'insistenza sulla partecipazione solidale del singolo pone in risalto (non più solo la *domanda* del titolare del diritto sociale, bensì anche) l'*offerta* della prestazione sociale. Questa, di conseguenza, è ora ricollegabile, per un verso, (non più tanto al *dovere*, ma anche) al *diritto* di esercitare la solidarietà" (*ivi*, p. 12). Queste riflessioni sono riprese da Portaluri, P.: "Lupus lupo", cit., p. 669, il quale osserva: "[d]ovrebbe essere maturo il tempo di attivare in Italia un costrutto di pensiero costituzionale con questo tenore che – tradotto sul piano concreto del rapporto fra esseri (umani e non) – attribuirebbe a chiunque (oso l'inosabile parola) la legittimazione, il diritto di agire a difesa delle creature non umane".

132 Rodotà, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 36, pone l'accento sull'emersione di un "*ecological citizen*", non condizionato nel suo agire dal riferimento esclusivo a interessi egoistici o logiche di mercato, "ma necessariamente coinvolto in processi collettivi, dove si manifesta una ulteriore connessione – quella tra solidarietà e partecipazione – che fa riemergere la solidarietà come virtù repubblicana". Il nesso tra solidarietà e partecipazione è sviluppato da Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e solidarietà ambientale", in AA.VV.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 52 s.

133 Menke, C.: *Kritik der Rechte*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2015, p. 309 ss. In *Kritik der Rechte*, Christoph Menke ribalta il punto di vista comune sulla forma dei diritti soggettivi. Non pensiamo l'ordine liberale in funzione della garanzia della libertà e della volontà dell'individuo, ma pensiamo noi stessi come soggetti individuali in virtù dell'ordine giuridico liberale. L'autonomo, individuale ed egoista, soggetto del diritto è un artefatto prodotto dal primato dei diritti soggettivi. Nel regno dove la volontà individuale non deve giustificare sé stessa, la politica, intesa come processo di giustificazione delle ragioni, è tagliata fuori dalla società civile. La società borghese appare quindi come una società "depoliticizzata", ove la forma dei diritti soggettivi diviene l'autoriflessione del diritto nel modo della sua negazione. L'ultimo capitolo della monografia di Menke è dedicato a sviluppare un concetto antitetico alla depoliticizzazione: la proposta è costruire un nuovo diritto (*Neues Recht*), basato sulla partecipazione, nel quale i diritti sono trasformati in contro-diritti (*Gegenrechte*).

134 "Il potere costituente non precede, ma succede alla costituzione" e "in essa continua", così Femia P.: "Il giorno prima", cit., § 10, testo e nota 113. *Vid.* anche Id.: "Segni di valore", *civilistica.com*, n. 1/2014, p. 14: "[i] valori non riposano in un'organizzazione di formule rassicuranti, ma sono tensione perenne, dolore dell'indeterminato, una luterana disperazione piena di speranza. Piuttosto che essere inglobati nella normatività, devono liberarsi in potenza costituente". Contro la scissione tra potere costituente e potere costituito: Negri, A.: *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, 2ª ed., Manifestolibri, Roma, 2002, spec. p. 384 ss.

totale stato di abbandono. Per gli amministratori pubblici, che avrebbero dovuto prendersene cura, Poveglia è divenuta una sorta di soprammobile che si è stanchi di guardare. Tanto che a un certo punto viene avviata una procedura di gara finalizzata ad assegnare il bene in concessione, per novantanove anni, con base d'asta fissata a zero euro.

I cittadini, invece, continuano a frequentare e vivere l'isola come un luogo della città: per loro Poveglia è quella delle domeniche in barca, delle grigliate con gli amici e delle tappe di voga.

"Se chiunque può comprare Poveglia" – questo pensano i cittadini lagunari – "allora la compriamo noi"[135]. Costituiscono un'associazione ("Poveglia per tutti") e raccolgono contributi in denaro, utili a raggiungere la somma stabilita per la cauzione. Ma soprattutto cominciano a lavorare alla definizione di un progetto di recupero dell'isola per destinarla all'uso collettivo. Questi i principi che fanno da "carta costituzionale del progetto"[136]: *a)* la parte verde dell'isola sarà dedicata a parco pubblico liberamente accessibile e gratuito, e ad orti urbani; *b)* la parte edificata, che può produrre utili, servirà a ripagare i costi di gestione della parte pubblica; *c)* la gestione dell'isola sarà "*non-profit* ed eco-sostenibile"[137]: tutti gli utili saranno reinvestiti sull'isola stessa; *d)* la quota sottoscritta darà diritto a partecipare alle decisioni sulle sorti di Poveglia, ma non attribuisce un diritto agli utili né costituisce fonte di privilegio per nessun associato.

L'iniziativa raccoglie un numero elevatissimo di adesioni e raggiunge lo scopo di partecipare alla procedura di gara che, oltre all'associazione, conta anche l'offerta di una società lucrativa. Entrambe le offerte non sono giudicate congrue, sicché la gara si conclude con un nulla di fatto. L'associazione però non si dà per vinta e nel 2015 decide di battere un'altra strada, presentando all'Agenzia del demanio un'istanza di concessione a canone agevolato "per finalità di interesse pubblico o di particolare rilevanza sociale" *ex* artt. 9 e 11, lett. *g*, del d.P.R. n. 296 del 2005 (regolamento concernente i criteri e le modalità di concessione in uso e in locazione dei beni immobili appartenenti allo Stato). Il procedimento in parola permette di dare in concessione i beni immobili demaniali in favore di istituzioni, fondazioni e associazioni non aventi scopo di lucro, che svolgono la loro attività nel campo della cultura, dell'ambiente, della salute e della ricerca, "per finalità di interesse pubblico connesse all'effettiva rilevanza degli scopi sociali perseguiti, in funzione e nel rispetto delle esigenze primarie della collettività e in ragione dei principi fondamentali costituzionalmente garantiti" (art. 11, comma 1, d.P.R. n. 296

135 La storia di questa associazione, nata per difendere un'isola pubblica e pensarne una nuova forma di gestione partecipata, è raccontata in un documento dal titolo *Poveglia per tutti. Da sogno a realtà, da utopia a progetto* (disponibile sul sito web *povegliapertutti.org*).

136 *Ibidem.*

137 *Ibidem.*

del 2005). L'ente assegnatario, oltre ad assumere tutti gli oneri di manutenzione, si impegna ad utilizzare i beni di proprietà statale "perseguendo, ove compatibili con i propri scopi, l'ottimizzazione e la valorizzazione dei medesimi, garantendo altresì l'effettiva fruibilità degli stessi da parte della collettività" (art 11, comma 1, lett. *g*, n. 4, d.P.R. n. 296 del 2005).

Per la durata di sei anni e gratuitamente, l'associazione "Poveglia per tutti" si offre di assumere gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria di una porzione dell'isola, comprensiva del verde, di cui l'associazione già si prende cura occasionalmente, e di due edifici, impegnandosi a investire negli interventi da realizzare la somma complessiva di € 389.722,62 (già disponibile nel proprio bilancio) e a garantire la fruibilità collettiva grazie al lavoro gratuito dei propri associati.

L'istanza viene respinta dall'Agenzia del Demanio adducendo non meglio precisate manifestazioni di interesse che sarebbero frattanto pervenute "a vario titolo", sulla base di un parere della Direzione Generale col quale si rappresentava la necessità di valutare, "di concerto con l'Amministrazione Comunale recentemente insediatasi, il più proficuo percorso da avviare nell'interesse del territorio e del bene stesso".

Servirà ancóra una sentenza del TAR Veneto[138] per affermare il principio di diritto secondo cui, in assenza di interessi concorrenti e di effettivi profili di incompatibilità con ulteriori decisioni circa la futura destinazione dell'isola di Poveglia, non v'è alcun motivo ragionevole per soprassedere a fronte di una richiesta di concessione temporanea connotata da finalità di indubbia rilevanza sociale e collettiva.

Date queste condizioni, prendere tempo equivale a "preferire l'incuria e l'abbandono all'uso collettivo e alla cura"[139].

"[A] fronte della presentazione dell'istanza di concessione da parte dell'associazione deducente, l'Agenzia del Demanio […] si è limitata a prendere tempo sulla questione, rinviando ogni decisione all'esito di una concertazione con il Comune che consentisse di assumere più precisi indirizzi circa la destinazione del bene; - tenuto conto, tuttavia, del carattere temporaneo (sei anni) della concessione richiesta e delle finalità espresse dall'Associazione nell'istanza presentata (provvedere a rendere accessibile e fruibile alla collettività in breve tempo, con interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, la parte "a

138 TAR Veneto, 8 marzo 2018, n. 273, *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 933 ss. (con nota di Quarta, A.: "Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale").

139 Sintetizza in questi termini il principio di diritto desumibile dalla decisione in commento: Quarta, A.: "Beni comuni", cit., p. 937.

verde" dell'isola ed i due edifici denominati "casa del custode" e "cavana" […], una mera presa di tempo da parte della p.a. […] non può in alcun modo costituire motivazione idonea a giustificare il rigetto dell'istanza in discorso. - in particolare, l'Agenzia del Demanio non ha in alcun modo evidenziato profili di incompatibilità tra l'istanza presentata dall'Associazione e le eventuali ulteriori decisioni circa la futura destinazione dell'isola di Poveglia, atteso che dette decisioni, sia che si traducano nell'alienazione dell'isola, sia che si traducano nella sua messa a bando per il rilascio della relativa concessione, richiederebbero, per la loro concretizzazione, lunghe e complesse procedure concorsuali. In altre parole, non si comprende come tali scelte – allo stato, peraltro, del tutto eventuali […] possano ostare alla concessione temporanea di una porzione dell'isola, per le finalità di indubbia rilevanza sociale e collettiva delineate nell'istanza della deducente".

Sulla base di questi rilievi, il Tribunale ha annullato il provvedimento di diniego e ha imposto all'Agenzia del Demanio di riesaminare l'istanza di rilascio della concessione secondo i principi di diritto desumibili dalla decisione stessa. La decisione del TAR Veneto non comporta un obbligo di accogliere l'istanza, dato che il riesame è rimesso all'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

1. Un diritto insostenibile.

"Stiamo attendendo risposta da 1951 giorni, 15 ore, 40 minuti…". Al momento in cui si scrive, entrando nella *homepage* del sito *web* dell'associazione "Poveglia per tutti", si viene accolti da un contatore che scandisce impietosamente (in giorni-ore-minuti-secondi) il tempo trascorso dall'inziale "offerta di concessione"[140]. Non sono bastati oltre cinque anni per accogliere – o foss'anche per rifiutare con congrua motivazione – la richiesta proveniente da una comunità di cittadini interessati a gestire un'isola abbandonata, per un breve periodo di tempo, e popolarla di attività ecocompatibili in un contesto non lucrativo.

Quel contatore misura idealmente il grado di insostenibilità di un diritto[141] trasfigurato nel mondo fittizio di una "scienza burocratica"[142].

140 Si utilizza il termine suggerito sul sito *web* dell'associazione: "Noi amiamo piuttosto chiamarla la nostra "offerta di concessione" per chiarire che non stiamo chiedendo ci sia concesso qualcosa ma, inversamente, siamo quella comunità che offre un'alternativa praticabile all'attuale stato di abbandono dell'isola di Poveglia".

141 Sul punto *vid.* Perlingieri G.: "«Sostenibilità», ordinamento", cit., pp. 102, 114 s. e Caccavale, C.: "Per un diritto sostenibile", cit., p. 241 ss. Insostenibile è la tendenza del legislatore a fare eccessivo ricorso a regole di dettaglio, "nel reticolo delle quali i declamati principi restano gravemente imbrigliati". Oggetto di critica è quindi una iper-normatività che non produce gli esiti virtuosi della "regolamentazione flessibile e aperta alla sapiente opera di implementazione di principi e valori da parte della giurisprudenza e della dottrina"; al contrario, essa impedisce "il ritorno del diritto alla sua più autentica vocazione", rendendolo strumento «non di salvaguardia e promozione dell'autodeterminazione delle persone, ma di costringimento e appesantimento delle loro vite" (*ivi*, p. 254).

142 Un diritto ridotto ad "arnese nelle mani di dotti ciarlatani": utilizza queste espressioni Caterini, E.: "Status personae", cit., p. 132, riprendendole da due carteggi di Labriola con Spaventa e Croce (entrambi in Ajello, R.: *Dalla metafisica alla socialità. La rivoluzione moderna e le ambiguità italiane*, Napoli, 2015, pp. 204 s., 209).

È il tempo della legalità interrotta, del monismo culturale, del non-giudizio. Lo stallo parossistico di un ordinamento che si vorrebbe sempre più omogeneo e calcolabile. Un reticolato di norme che inseguono la realtà sociale, convalidate, a monte, sulla base di evidenze scientifiche ed applicate, a valle, in maniera quasi automatica sulla base di parametri quantitativi[143]. Una sorta di un diritto-macchina[144], prodotto sotto la supervisione degli "esperti"[145] e amministrato appoggiandosi su schemi di giudizio sussuntivi, di fronte al quale "l'esperienza privata viene tendenzialmente "privata" della possibilità di divenire pubblica, per essere riconosciuta socialmente solo attraverso diagnosi e prognosi standardizzate"[146].

In questo regno, intessuto di razionalità formale e di prevedibilità giuridica[147], così tanto funzionali al moderno capitalismo[148], l'autonomia sociale ed i principi alla base dello sviluppo sostenibile sono un'isola che non c'è. Un'evenienza immaginabile dal diritto, ma condannata a restare prigioniera della fattispecie astratta. Sospesa in quel "futuro giuridico"[149] che attende – chissà per quanto ancóra – un interprete

143 La crescente tendenza a sostituire il giudizio secondo "leggi giuste" con un'ideale normativo di *governance* globale, potenziato dalle tecnologie dell'informazione e orientato verso il raggiungimento di obiettivi misurabili, fa tornare in auge l'antico sogno occidentale di costruire un'armonia sociale basata sui numeri: Supiot, A.: *Le gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France*, Fayard, Paris, 2015 (più di recente Id.: *Governance by Numbers: The Making of a Legal Model of Allegiance*, Oxford, 2020).

144 Il capitalismo ha bisogno di un diritto "che si possa calcolare in modo simile a una macchina", così Irti, N.: "Un diritto incalcolabile", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 20, citando Max Weber (*Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, 1919-1922, trad. it. Roma, 1993, p. 298).

145 "[I] cittadini eleggono rappresentanti che controllano e supervisionano gli 'esperti' che formulano e amministrano le politiche autonomamente, a partire dai loro bastioni regolatori", così Caselli, D.: *Esperti*, cit., p. 129.

146 La "funzione esperta" determina un processo di depoliticizzazione sociale e discorsiva che è messo in chiara luce nel lavoro di Caselli, D.: *Esperti*, cit., p. 133.

147 "[M]eglio un diritto più incerto ma che tende alla sostenibilità, alla proporzionalità e alla ragionevolezza piuttosto che un diritto certamente ingiusto, intriso di sole deduzioni logiche", così Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento", cit., p. 108. La tendenza a sovrapporre prevedibilità delle decisioni e giustizia sostanziale (*certus facit iudicium*) incrocia il problema relativo alle modalità di impiego dell'intelligenza artificiale nella giustizia civile. Da ultimo, di intelligenza artificiale sostenibile discorre Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Esi, Napoli, 2020, *passim*. Secondo l'A., l'intelligenza artificiale "muta il paradigma ontologico del diritto e della sostenibilità" (*ivi*, p. 32 ss.), chiamando in causa un processo di responsabilizzazione che induce ad impedire che l'AI divenga un momento di fuga dall'ordinamento; un mezzo per sospendere il primato del diritto sulla tecnica e disattendere la speranza di una "ideologia imperativa" fondata sui principi.

148 "Questo calarsi e realizzarsi dei valori – che non può certo dirsi, al modo antico, 'applicazione' di una fattispecie astratta – è del tutto incalcolabile, sfugge a qualsiasi previsione", così Irti, N.: "Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 989; sicché ci si domanda "come e perché il capitalismo possa disfarsi del diritto formale, o non sollevare ostacoli e ritardi al suo tramonto. La perdita della calcolabilità impedisce al capitalista di far conto su ciò che verrà, ossia di considerare il futuro giuridico fra le ragioni delle proprie scelte", così Id.: "Un diritto incalcolabile", cit., p. 20. V., però, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 42: "[e]ntrambi (legislatore e giudice) devono […] adeguare, nel rispetto del principio di legalità, le loro soluzioni non già alla lettera di una singola norma ma alla gerarchia dei principi e dei valori normativi, i quali non sono fuori dal sistema, ma sono 'la più alta manifestazione di diritto positivo' e possono trovare applicazione in via diretta senza la necessaria intermediazione di una regola".

149 "[L]a fattispecie, come schema di eventi tipici e generali, guarda al futuro", così Irti N.: "Un diritto incalcolabile", cit., p. 20. Ma sulla fattispecie astratta quale risultato della combinazione di regole e principi che va ricostruita soltanto nel momento applicativo cfr. Perlingieri, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018, spec. pp. 42 ss., 68 ss.

che spieghi perché, in base a quei principi, la domanda è pensabile e la risposta è inevitabile[150].

150 In termini testuali, Perlingieri, G.: *Profili applicativi*, cit., p. 30 ss., ove di legge: "il giurista deve sempre indicare quali sono le norme che assume vigenti (quale sia la fonte e il modo di ricostruire tali norme) e spiegare e motivare nel modo più convincente e completo possibile perché in base a quelle disposizioni la domanda è pensabile e la risposta è inevitabile".

BIBLIOGRAFIA

Alpa, G.: "Interessi diffusi", *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, IV, Torino, 1993, p. 609 ss.

Alpa, G.: "Pubblico e privato nel danno ambientale", *Contr. impr.*, 1987, p. 685 ss.

Amorosino, S.: "Smart cities come human cities. Tre variazioni sul tema: beni culturali, paesaggio e settore alimentare", *Riv. giur. urb.*, 2019, p. 29 ss.

Ascarelli, T.: "Il negozio indiretto", in Id.: *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 52 ss.

Avanzini, G.: "La sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indisponibili degli utenti", *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, 1, p. 136 ss.

Barcellona, M.: "A proposito dei "beni comuni": tra diritto, politica e crisi della democrazia", *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 617 ss.

Bifulco, R. e D'Aloia, A.: "Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale", in AA.VV.: *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, p. IX ss.

Blandini, A.: "L'equity crowd-funding per le imprese sociali", in AA.VV.: *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi* (a cura di M. Francesca e C. Mignone), Esi, Napoli, 2020, p. 311 ss.

Blecher, M.: "Diritto in Movimento. Verso un Nuovo Diritto Comune", *uninomade.org* (9 febbraio 2011).

Caccavale, C.: *Per un diritto sostenibile*, in AA.VV.: *Crisi della legge e produzione privata del diritto* (a cura di G. Conte e M. Palazzo), *Bibl. fond. it. not.*, 2018, 2, p. 241 ss.

Carapezza Figlia, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Esi, Napoli, 2008.

Carapezza Figlia, G.: *Regolazione partecipativa e autonomia negoziale nei servizi pubblici locali*, in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 133 ss.

Caselli, D.: *Esperti. Come studiarli e perché*, Il Mulino, Bologna, 2020.

Caterini, E.: "Status personae, status civitatis e minimo vitale quale misura di inclusione sociale nell'ordinamento italo-europeo", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 111 ss.

Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Esi, Napoli, 2020.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018.

Cesarini Sforza, W.: *Il diritto dei privati* (1929), rist. a cura e con un saggio di M. Spanò, Quodlibet, Roma, 2018.

Chiapello, E.: "The work of Financialization", in Chambost I., Lenglet, M. e Tadjeddine, Y. (eds.): *The Making of Finance. Perspectives from the Social Sciences*, Routledge, London, 2019, p. 192 ss.

Costanza, R. e Daly, H.E.: "Natural Capital and Sustainable Developement", *Conservation Biology*, 1992, 6, p. 37 ss.

D'Albergo, E.: "Azione pubblica, imprese ed egemonia in una politica neoliberista: l'Agenda urbana italiana e il paradigma smart city", in AA.VV.: *Neoliberismi e azione pubblica. Il caso italiano* (a cura di G. Moini), Ediesse, Roma, 2015, p. 147 ss.

D'Ambrosio, M.: "Reform of Non-Profit Organisations in Italy: Strengths and Weaknesses", *Italian L. J.*, 2018, p. 547 ss.

D'Ambrosio, M.: "Scopo ideale e lucratività: frammenti di una questione aperta", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 255 ss.

Daes, E.-I.: "Intellectual Property and Indigenous Peoples", 95 *Proceedings of ASIL Annual Meeting*, 2001, p. 143 ss.

Davidson, N.M. e Infranca, J.J.: "The Sharing Economy as an Urban Phenomenon", 34 *Yale L. & Pol. Rev.*, 2016, p. 215 ss.

De Giorgi Cezzi, G.: "La ciudad como lugar de cohesiòn econòmica, social y cultural en las politicas comunitarias", in AA.VV.: *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés* (a cura di J. Gifreu Font, M. Bassols Coma e A. Menendez Raxach), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, p. 267 ss.

De Giorgi, R.: "Por Uma Ecologia Dos Direitos Humanos", *R. Opin. Jur. Fortaleza*, 2017, 20, p. 324 ss.

De Giorgi, R.: *Scienza del diritto e legittimazione*, Pensa Multimedia, Lecce, 1998.

De Lucia, L.: "Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto", in Cerulli Irelli, V.: *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 99 ss.

Delsignore, M.: "La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense", *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 734 ss.

Denozza, F.: "Il sociale come bene comune", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, p. 1 ss.

Denozza, F.: "La società cooperativa e il problema degli strumenti istituzionali per la gestione dei beni comuni", in AA.VV.: *Beni comuni e cooperazione* (a cura di L. Sacconi e S. Ottone), Il Mulino, Bologna, 2015, p. 245 ss.

Denuzzo A.: "The constitutional dimension of traditional rural skills: protection and promotion", in AA.VV.: *Law and Agroecology: a transdisciplinary dialogue* (a cura di M. Monteduro, P. Buongiorno, S. Di Benedetto e A. Isoni), Springer, Heidelberg, 2015, p. 471 ss.

Denuzzo, A.: "Patrimonio culturale e ambientale: materialità, relazionalità e valorizzazione", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 481 ss.

Di Raimo, R. e Mignone, C.: "Strumenti di finanziamento al Terzo settore e politiche di intervento locale nella «società inclusiva» europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)", *Giust. civ.*, 2017, p. 157 ss.

Di Raimo, R.: "Il «diritto privato delle funzioni pubbliche»: note sui più recenti sviluppi di una tendenza", in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, I, Esi, Napoli, 2003, p. 688 ss.

Di Raimo, R.: "Postulati logici e soggettività degli enti che esercitano l'impresa", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Esi, Napoli, 2006, p. 330 ss.

Di Raimo, R..: "Impresa, profitto e categorie dello spirito", *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 603 ss.

Di Sabato, D.: "Diritto privato, rapporti economici, sostenibilità ecologica", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, p. 1 ss.

Fachechi A.: "Strumenti di finanziamento alternativi. Il Social lending", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 287 ss.

Favaro, T.: "Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana", *Riv. giur. edil.*, 2020, II, p. 87 ss.

Femia P.: "Segni di valore", *civilistica.com*, n. 1/2014.

Femia P.: "Transsubjektive (gegen-)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen", in AA.VV.: *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts* (a cura di A. Fischer-Lescano, H. Franzki e J. Horst), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 343 ss.

Femia, P.: "Il giorno prima. Comune, insorgenza dei diritti, sovversione infrasistemica", in AA.VV.: *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti* (a cura di S. Chignola), Ombre Corte, Verona, 2012.

Femia, P.: "Il civile senso dell'autonomia", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, p. 1 ss.

Femia, P.: "Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali", in AA.VV.: *Fonti, metodi e interpretazioni. Primo incontro di studi dell'Associazione dei dottorati di diritto privato* (a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio), Esi, Napoli, 2017, p. 209 ss.

Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996.

Ferroni, L.: "Patrimonialità della prestazione fra evoluzione del sistema sociale e princípi di ordine pubblico costituzionale", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi*, cit., p. 627 ss.

Filanci, F.: "La bolzetta vien dalla campagna. Storia non filatelica delle collettorie postali", Accademia Italiana di Filatelia e Storia Postale, *storiediposta.it*.

Fracchia, F. e Pantalone, P.: "Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)", *federalismi.it*, n. 22/2015.

Fracchia, F.: "Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte", in AA.VV.: *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile* (a cura di G.F. Cartei), Giappichelli, Torino, 2013, p. 13 ss.

Fracchia, F.: "Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future", *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, p. 13 ss.

Francario, L.: "Uso collettivo di beni deperibili ed esauribili e sostenibilità", in AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, *Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Esi, Napoli, 2015, p. 123 ss.

Francesca, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in Perlinglieri, G. e Fachechi, A.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Esi, Napoli, 2017, p. 473 ss.

Francesca, M.: "Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 211 ss.

Francesca, M.: "Privatizzazione strutturale e funzione pubblica", in AA.VV.: *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale* (a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto), Esi, Napoli, 2006, p. 173 ss.

Freeland, S. e Buckley, R.P.: "Debt-for-Development Exchanges: Using External Debt to Mitigate Environmental damage in Developing Countries", *West-Nordwest J. Envir. L.*, 2010, 16, p. 77 ss.

Gaspari, F.: "Città intelligenti e intervento pubblico", *Dir. econ.*, 2019, p. 71 ss.

Germanò, A.: "Traditional Knowledge tra biopirateria e protezione", *Riv. dir. agr.*, 2016, p. 366 ss.

Ghidini, G.: "«Equitable Sharing» of Benefits of Biodiversity-Based Innovation: Some Reflections Under the Shadow of a Neem Tree", in AA.VV.: *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (a cura di K.E. Maskus e J.H. Reichman), Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005, p. 695 ss.

Giovanelli, T.: "Il gualdo di S. Angelo in Flumine", in AA.VV.: *Antiche e recenti infrastrutture della valle del salto* (a cura di R. Pagano e C. Silvi), Roma, 2014, p. 23 ss.

Ho, C.M.: "Biopiracy and Beyond. A Consideration of Socio-Cultural Conflicts with Global Patent Policies", 39 *Univ. Michigan J. L. Ref.*, 2006, p. 433 ss.

Holmes, C. e Sunstein, C.R.: *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, New York, 1999

Irti, N.: "Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.

Irti, N.: "Un diritto incalcolabile", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.

Jannarelli, A.: "Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità", *Riv. dir. agr.*, 2013, p. 11 ss.

Jessop B.: "Recovered Imaginaries, Imagined Recoveries. A Cultural Political Economy of Crisis Construals and Crisis Management in the North Atlantic Financial Crisis", in AA.VV.: *Before and beyond the Global Economic Crisis* (a cura di M. Benner), Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

Jessop, B. e Sum, N.-L.: *Towards a Cultural Political Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

Kessel, A.: "Debt-for-Nature Swaps: A Critical Approach", *malcaster.edu*;

Knicley, J.E.: "Debt, Nature, and Indigenous Rights: Twenty-five years of Debt-for-Nature Evolution", 36 *Harvard Envir. L. Rev.*, 2012, p. 120 ss.

La Rocca, D.: *Diritto e denaro. Il valore della patrimonialità*, Giuffrè, Milano, 2006.

Lalli, A.: "I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale", *Studi parlam.*, 2017, p. 39 ss.

Landell-Mills, N. e Porras, I.T.: *Silver bullet or fools' gold? A global review of markets for forest environmental services and their impact on the poor*, International Institute for Environment and Development, London, 2002.

Landini, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", *Dir. pubbl.*, 2015, p. 611 ss.

Leme Machado, P.A.: "Il patrimonio genetico in Brasile, il bene ad uso comune del popolo e la Convenzione sulla diversità biologica", *Riv. giur. amb.*, 2016, p. 571 ss.

Libertini, M.: "La responsabilità d'impresa e l'ambiente", in *La responsabilità dell'impresa*, Giuffré, Milano, 2006, p. 199 ss.

Lucarelli, F.: "I beni culturali nell'età del cinismo. La tutela ambientale", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi*, cit., p. 461 ss.

Lucarelli, F.: "Nuove tecnologie e nuovi beni", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi*, cit., p. 1031 ss.

Luhmann, N.: *Comunicazione ecologica. Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?*, Franco Angeli, Milano, 1986.

Luhmann, N.: *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, trad. it. di S. Magnolo, *I diritti fondamentali come istituzione*, Ed. Dedalo, Bari, 2002.

MacKenzie, D.: "Making Things the Same. Gases, Emission Right and the Politics of Carbon Markets", *Accounting, Organizations and Society*, 2009, 34, p. 440 ss.

Mahony, R.: "Debt-for-Nature Swaps. Who Really Benefits?", *The Ecologist*, 22, 1992, p. 97 ss.

Manuel-Navarrete D., Kay J.J. e Dolderman, D.: "Ecological Integrity Discourses: Linking Ecology with Cultural Transformation", *Human Ecology Rev.*, 2004, 3, p. 215 ss.

Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm*. Cicu, Messineo e Mengoni, cont. da Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2013; Quarta, A.: *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Esi, Napoli, 2016.

Mattei U., Reviglio, E. e Rodotà, S.: *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Mattei, U.: *«Senza proprietà non c'è libertà» (Falso!)*, Laterza, Bari, 2014.

Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari, 2011.

Meli, M.: "Ambiente e mercati finanziari: i Debt-for-Nature Swaps", *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 79 ss.

Menke, C.: *Kritik der Rechte*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2015.

Mignone, C.: "Investimento a impatto sociale. Etica, tecnica e rischio finanziario", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 924 ss.

Míguez Nùnez, R.: "Natura, danno, soggetti. Riflessioni in tema di giustizia ecologica", *Corti supreme e salute*, 2019, 2, p. 368 ss.

Monteduro, M. e Tommasi, S.: "Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 161 ss.

Monteduro, M.: "Per una nuova alleanza tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le aree naturali protette", *giustamm.it*, n. 6/2014

Musella M.: "Produzione e valore non patrimoniale: beni ambientali e culturali. Brevi riflessioni di un economista", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 23 ss.

Napoli, C.: "La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane", *Le Regioni*, 2019, p. 446 ss.

Napolitano, C.: "Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto", *Nuove auton.*, 2018, p. 565 ss.

Napolitano, C.: "Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità: profili di diritto amministrativo", *federalismi.it*, n. 18/2018.

Napolitano, C.: "Un terzo paesaggio per le periferie: abbandono, rammendo, pianificazione", *Nuove auton.*, 2020, p. 503 ss.

Negri, A.: *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, 2ª ed., Manifestolibri, Roma, 2002.

Nigro, M.: "Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza", *Foro it.*, 1987, c. 7 ss.

Nuzzo, L.: "Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica", in *Autonomia, unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, II, 2014, p. 651 ss.

Nuzzo, L.: *Lawyers, Space and Subjects. Historical Perspectives on the Western Legal Tradition*, Pensa Multimedia, Lecce, 2020.

Ottombrino, F.: "Paradigmi di contratto ad impatto ambientale. Primi appunti", *Foro nap.*, 2020, p. 389 ss.

Pennasilico, M.: "Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche", in AA.VV.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, p. 34 ss.

Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e contratto ecologico: un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1291 ss.

Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e solidarietà ambientale", in AA.VV.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 49 ss.

Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi 'ecologica' del contratto", *Pers. merc.*, 2015, p. 37 ss.

Perfetti, L.R.: "I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità", *Dir. pubb.*, 2013, p. 61 ss.

Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.

Perlingieri, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015.

Perlingieri, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", in Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, p. 71 ss.

Perlingieri, P.: "L'interesse e la funzione nell'ermeneutica di Domenico Rubino", in AA.VV.: *Domenico Rubino*, vol. I, *Interesse e rapporti giuridici* (a cura di P. Perlingieri e S. Polidori), Esi, Napoli, 2009, p. 9 ss.

Perlingieri, P.: "La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale", in Mattei U., Reviglio, E. e Rodotà, S.: *Invertire la rotta*, cit., p. 90 ss.

Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass, dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.

Perlingieri, P.: "Proprietà, impresa e funzione sociale", *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 2017 ss.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017.

Perra, G. e Venturi, P.: *Impact investing for climate change*, 2017, disponibile su *aiccon.it/en/pubblicazione/impact-investing-for-climate-change*.

Polidori, P.: "Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale", in AA.VV.: *Fonti, metodi e interpretazioni. Primo incontro di studi dell'Associazione dei dottorati di diritto privato* (a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio), Esi, Napoli, 2017, p. 391 ss.

Porena, D.: "Il rango del principio di sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione", *federalismi.it*, n. 15/2016.

PORTALURI, P.: "Lupus lupo non homo. Diritto umano per l'ethos degli "animali"?", *Dir. econ.*, 2018, p. 659 ss.

PORTALURI, P.: "Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?", *Riv. giur. ed.*, 2020, p. 1244 ss.

POZZO, B.: "Le nuove regole dello sviluppo. Dal diritto pubblico al diritto privato", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 71 ss.

PUNZI, C.: "Ecologia della protesta. Come il diritto osserva la disobbedienza", *Nómadas. Rev. Crít. Ciencias Sociales y Jurìdicas*, n. 4/2018.

QUARTA, A. e SMORTO, G.: *Diritto privato dei mercati digitali*, Feltrinelli, Firenze, 2020.

QUARTA, A.: "Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 933 ss.

QUARTA, A.: "Il diritto privato nell'era della sharing economy", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 239 ss.

QUARTA, F.: Gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico. Il finanziamento alla prova di blockchain e criptovalute, *Riv. dir. bancario*, 2019, p. 341 ss.

RECINTO, G.: "Habitat urbano, tecnologia e qualità del servizio universale", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 303 ss.

RICCARDI, N.: "Sviluppo economico e ricadute sociali: paradigmi di sviluppo oltre la crescita", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. XVII ss.

RODOTÀ S.: "Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide", in AA.VV.: *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni* (a cura di M.R. MARELLA), Ombre Corte, Verona, 2012, p. 311 ss.

RODOTÀ, S.: "Crescita e benessere", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 15 ss.

RODOTÀ, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

SALANITRO, U.: "Impatto ambientale dell'impresa e regole economiche della responsabilità", in AA.VV.: *Benessere e regole*, cit., p. 203 ss.

SALAZAR, C.: "Crisi economica e diritti fondamentali", *Rivista AIC*, 2013, 4, p. 1 ss.

SALENTO, A.: "Finanziarizzazione dell'economia, disconnessione delle imprese e disuguaglianze. Il ruolo dell'economia fondamentale", in AA.VV.: *Finanza di impatto*, cit., p. 173 ss.

SANTINI, G.: "Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali", *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.

SHIVA, V. e HOLLA-BHAR, R.: "Piracy by Patent: The Case of the Neem Tree", in AA.VV.: *The Case Against the Global Economy and For a Turn Toward the Local* (a cura di J. MANDER e E. GOLDSMITH), Sierra Club Books, San Francisco, 1996, p. 146 ss.

SHIVA, V.: *Protect or Plunder* (Zed Books, London, 2011), trad. it. *Il mondo sotto brevetto*, Feltrinelli, Milano, 2ª ed., 2003.

SMITH, A.: *The Theory of Moral Sentiments*, trad. it. di S. di Pietro, *Teoria dei sentimenti morali*, Rizzoli, Milano, 2009.

SMORTO, G.: "Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale", *Ist. fed.*, 2019, p. 902 ss.;

SPADARO, A.: "I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)", *Rivista AIC*, 2011, 4, p. 1 ss.

STAFFA, A.R.: "L'assetto territoriale della Valle del Salto fra la tarda antichità ed il medioevo", *Xenia – Rivista semestrale di antichità*, 1987, 13, p. 45 ss.

STAZI, A.: "Organismi geneticamente modificati e sviluppo sostenibile: circolazione dei modelli, accesso alle risorse e tracciabilità", *Riv. dir. ind.*, 2019, 4, p. 320 ss.

STONE, C.D.: "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects", *South. Cal. L. Rev.*, 1972, 45, p. 450 ss.

SUM, N.-L.: "The production of hegemonic policy discourses: 'competitiveness' as a knowledge brand and its (re)contextualizations", *Crit. pol. studies*, 2009, p. 184 ss.

SUPIOT, A.: *Le gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France*, Fayard, Paris, 2015 (più di recente ID.: *Governance by Numbers: The Making of a Legal Model of Allegiance*, Oxford, 2020).

TEUBNER, G. e FISCHER-LESCANO, A.: "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?", in AA.VV.: *Intellectual Property and*

Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment (a cura di C.B. Graber e M. Burri-Nenova), Edward Elgar, Cheltenham, 2008, p. 17 ss.

Teubner, G.: "La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo", *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 9 ss.

Teubner, G.: "Le due forme del pluralismo giuridico: conflitti normative nella doppia frammentazione della società mondiale", in AA.VV.: *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti. Atti del 4° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Esi, Napoli, 2010, p. 14 ss.

Tondi della Mura, V.: "La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca", *Rivista AIC*, 2010, 4, p. 1 ss.

Vettori, G.: "Il tempo dei diritti", *Persona e mercato*, 2013, 3, p. 179 ss.

Von Moltke, K.: "Debt-for-Nature: The Second Generation", *Hastings Int. & Comp. L.*, 1990, 14, p. 973 ss.

RILEGGENDO LE SEZIONI UNITE DI SAN MARTINO A DODICI ANNI DI DISTANZA: PREMESSE PER UNA DISCUSSIONE

REREADING THE UNITED SECTIONS OF SAN MARTINO TWELVE YEARS LATER: PREMISES FOR A DISCUSSION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 254-293

Luca OLIVERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Lo scritto si sofferma, a distanza di dodici anni, su di una importante pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione del novembre 2008 riguardante il danno di tipo non patrimoniale, offrendone una rilettura alla luce dei successivi sviluppi giurisprudenziali. In tale ottica, si è cercato di individuare i passaggi chiave della sentenza utili per procedere ad una ricostruzione non tanto della nozione, quanto del contenuto (vero punto problematico) delle diverse tipologie di danno non patrimoniale. Inoltre, si è cercato di analizzare la questione, oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, delle relazioni tra le differenti tipologie di pregiudizio non patrimoniale, onde evitare che il risarcimento di quest'ultimo possa risultare sproporzionato (all'eccesso) proprio a causa di una erronea visione di tali relazioni.

PALABRAS CLAVE: Danno non patrimoniale; danno morale; danno biologico; danno esistenziale; quantificazione; componenti; categorie; nomofilachia.

ABSTRACT: *The paper dwells, twelve years later, on an important judgement of the "Sezioni Unite" of the Italian Supreme Court of Cassation (hold on November 2008) on non-pecuniary losses, offering a reinterpretation in the light of subsequent developments within the Italian case-law. In this perspective, we tried to identify the key passages of the ruling, proceeding to a reconstruction not of the notion per se, but of the content (that is the main point of the decision) of the different types of non-pecuniary loss. Moreover, an attempt is made to analyse the question (a matter of an extensive both doctrinal and judicial debate) focused on the relationships between the different types of non-pecuniary loss, avoiding a disproportionate compensation.*

KEY WORDS: *Non-pecuniary loss; moral damage; biological damage; existential damage; quantification; components; categories; nomophilachia.*

SUMARIO.- I. L'IRRISOLTO (E IRRISOLVIBILE) "PROBLEMA" DEL DANNO ALLA PERSONA. – II. LA "CURA VIOLENTA D'INTERPRETAZIONE": IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA. – III. LE SEZIONI UNITE DEL NOVEMBRE 2008 E LA NOMOFILACHIA. – IV. CATEGORIE? MEGLIO DI NO. – V. I DIFFICILI RAPPORTI TRA LE TIPOLOGIE DI DANNO: FINO A QUANDO? – VI. (SEGUE) IL DANNO BIOLOGICO: QUANDO LA PREVEDIBILITÀ È VISTA COME UN LIMITE. – VII. UNA RIFLESSIONE CONCLUSIVA.

I. L'IRRISOLTO (E IRRISOLVIBILE) "PROBLEMA" DEL DANNO ALLA PERSONA.

"Così è: dopo tante indagini faticose, tormentose talvolta anche pei testi di legge assoggettati ad una cura violenta d'interpretazione, il dibattito su l'entità e quindi sul rifacimento del «danno morale» è sempre aperto: e quel che più sorprende è la incertezza onde paiono addirittura avvolte certe decisioni […] quando dopo accolta la separazione netta fra le due maniere di danno compongono poi il danno *morale* di elementi del tutto patrimoniali"[1].

Leggendo l'introduzione di questa nota del Chironi a due sentenze, si potrebbe essere indotti a pensare – anche in considerazione del periodo in cui essa fu redatta – che l'ampio «problema»[2] relativo a quella complessa figura del danno alla persona (preso in considerazione, dal nostro autore, sotto la sola specie del danno c.d. morale) sia sempre consistito nell'ineliminabile polimorfismo di quest'ultimo, da cui una difficoltà di individuazione della fattispecie destinata ad impegnare i giuristi di ogni epoca.

Si tratta di una difficoltà che produce nel giurista anche un senso di disagio, dovuto alla consapevolezza di trovarsi di fronte a qualcosa che esorbita dalle sue ordinarie capacità e competenze: sebbene, infatti, il diritto sia un costrutto umano predisposto funzionalmente al soddisfacimento di esigenze altrettanto umane, non riesce poi – in questo settore – a superare quella barriera sì da poter comunicare con l'Uomo nel momento in cui quest'ultimo subisca un pregiudizio alla propria

1 Chironi, G. P.: "Del danno morale", in Id.: *Studi e questioni di diritto civile. Vol. II. Parte speciale*, Milano-Torino-Roma, 1914, p. 383 (cors. orig.).

2 Il termine è stato utilizzato volutamente per richiamare la classica opera di Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967 (rist. inalterata).-

• Luca Oliveri
Dottorando di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza. E-mail: luca.oliveri@edu.unige.it

sfera personale[3]. Una barriera costituita, principalmente, dalla diversità della logica (patrimoniale e non patrimoniale) dei sistemi di riferimento, o meglio, del linguaggio stesso che le due realtà, i due sistemi utilizzano[4].

È auspicabile, tuttavia, che il giurista superi questa sua sensazione di quasi impotenza e si prodighi, con sobrietà e discrezione, per cercare di assicurare il suo apporto – che si va ad aggiungere a quello delle altre scienze coinvolte nell'ambito in questione – per una ricostruzione razionale[5] di un sistema che, se lasciato al dominio esclusivo del sentimento, rischia di subire una dilatazione eccessiva, con conseguenti negative ripercussioni sulla tenuta stessa di esso[6].

Un giurista, dunque, che non deve cedere alla forte, ma non irresistibile, tentazione di utilizzare l'istituto della responsabilità civile in una maniera debordante e – è davvero il caso di dirlo – irresponsabile. Di contro, non si può nemmeno pensare che gli sforzi profusi, pur se caratterizzati da encomiabile costanza e intensità, si traducano automaticamente nella completa e definitiva risoluzione del "problema".

II. LA "CURA VIOLENTA D'INTERPRETAZIONE": IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA.

Se la tematica del danno alla persona non risulta di agevole trattazione a causa della sua intrinseca complessità e sfuggevolezza, vi è un ulteriore fattore che incrementa tale situazione: il ruolo svolto dal legislatore.

3 "Per gli oggetti del mondo esteriore l'espressione quantitativa, la misura, è fornita, secondo economia, dal denaro (*pecunia*): orbene, proprio questo denaro appare inefficace a stimare i beni interiori alla persona […]": così De Cupis, A.: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile. Vol. I*, Milano, 1979, pp. 354-355.

4 "Si dice dagli avversari della risarcibilità del *danno morale puro*, secondo va definito quello che non ha ripercussione sul patrimonio, inteso anche come danno *non patrimoniale*, che il dolore non può tradursi in danaro, ed al contrario assunto, che il danaro sia mezzo per procurarsi sensazioni piacevoli le quali servano di compenso alle sensazioni spiacevoli provate, si risponde che tale rilievo potrà portare alla conclusione di stabilire una riparazione, ma non vale a dimostrare la risarcibilità del danno morale puro: danaro e dolore rimangono sempre due termini non paragonabili": Brasiello, T.: *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959, p. 392. Ma, allora, alla luce di questa citazione, la differenza di linguaggio può più propriamente essere riferita a quella intercorrente tra il lessico tipico della responsabilità civile e quello del danno c.d. morale, in quanto il linguaggio della prima è stato, per lungo tempo, aduso al solo danno patrimoniale, mentre cosa diversa è il danno c.d. morale.

5 Si vedano le mirabili parole di Mengoni, L.: *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 28: "La crisi della metodologica in cui si dibatte la scienza giuridica, e in particolare la scienza del diritto privato, pone fondamentalmente due problemi tra loro connessi: a) elaborare un modello di argomentazione giuridica che renda esplicite le valutazioni dell'interprete, per loro natura non verificabili con certezza, e le assoggetti ad un controllo razionale in modo da garantirne l'oggettività e quindi la plausibilità sociale; b) definire il rapporto di questo metodo con la dogmatica giuridica, cioè col pensiero sistematico".

6 Giova richiamare, anche qui, alcune parole di Chironi, G. P.: "Del danno morale", cit., p. 385: "Quindi, non più si disse essere questa cosa [il pregiudizio non patrimoniale] *inestimabile* perché fuor dalle transazioni giuridicamente possibili: si pensò che fosse solo difficilmente estimabile […] e si lasciò al giudice un'ampia facoltà estimatrice nel determinare la misura dell'indennità. […] E la prima conseguenza che s'ebbe dalla nuova concezione […] fu la esagerazione nel dedurre in ogni domanda, in ogni giudizio di liquidazione di danni, anche il danno morale. Perché infatti non pretenderla?" (cors. orig.).

Un illustre Autore sopra citato aveva a suo tempo rilevato come "ardui ed amplissimi problemi" fossero stati racchiusi dal legislatore in un "ristretto gruppo di norme costituito dagli articoli 2043-2059"[7]: la forza di queste norme è pacificamente riconducibile al fatto di essere "scarne, ma vivissime, perché la loro permanente vitalità è stata assicurata da un sapiente dosaggio di clausole generali che […] hanno saputo garantire la sopravvivenza e l'adattamento delle regole codicistiche"[8] ad una pluralità di mutamenti giuridici, economici e sociali che, nell'epoca contemporanea, hanno assunto dimensioni notevolissime[9].

Un ruolo defilato e tendenzialmente remissivo del legislatore, dunque, che – salvo rare eccezioni – non sembra essere stato smentito[10].

Pertanto, nell'ottica della nota teoria dei formanti dell'ordinamento giuridico[11], il ruolo principe in tale campo è stato giocoforza ceduto agli altri due attori fondamentali: la dottrina e la giurisprudenza[12]. La dottrina, sollecitata in particolare dall'opera di Rodotà, ha indubbiamente conosciuto un'epoca di grande espansione e, nei decenni passati, ha finalmente recuperato l'arretratezza che la attanagliava

7 Rodotà, S.: *Il problema*, cit., p. 48.

8 Benedetti, A. M.: "Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 226. L'Autore evidenzia come queste caratteristiche abbiano consentito al codice di rimanere un importante punto di riferimento all'interno del panorama legislativo, nonostante le possibili contrastanti impressioni che si potrebbero avere a riguardo (*ibidem*). Da ultimo, nello stesso senso, Pardolesi, R.: "Orgogliosi di quel che è stato. E fiduciosi di far meglio nel futuro", *Danno resp.*, 2020, p. 295.

9 Non si è in presenza solo di un aumento delle occasioni di danno determinato dallo sviluppo della società e delle tecniche produttive, ma anche di una diversa disposizione d'animo dei consociati di fronte al verificarsi di questi pregiudizi (cfr. Rodotà, S.: *Il problema*, cit., pp. 23-24). A tal proposito, emblematica – e quindi da richiamare – la fattispecie del danno che oggi chiameremmo "morale", anche in relazione ad un caso concreto di diffamazione giornalistica subita da un colonnello desideroso di promozione (a suo dire irrimediabilmente compromessa proprio dalla pubblicazione dell'articolo di giornale incriminato), caso che portò alla formulazione, da parte del Chironi di un parere *pro veritate* (Chironi, G. P.: "Il concetto economico e giuridico del danno risarcibile e in ispecie 'del danno morale' ", in Id.: *Studi e questioni di diritto civile*, cit., p. 378): "Nel caso, il fatto diffamatorio consisteva in ciò: che un giornalista dava una smentita a meriti che all'or appellante erano già stati ampiamente e pubblicamente riconosciuti […]. Ora, dopo tale dichiarazione, dopo tal giudizio dei soli competenti, fatto solenne e pubblico, qual *diminuzione della personalità*, considerata qui quale cagione produttiva di danno morale […], può essere stata cagionata da un giornalista che abbia scritto dando una smentita, o ponendo in dubbio quei fatti già accertati e valutati? Fra la dichiarazione ufficiale del merito personale, e l'insinuazione e il dubbio lanciato in un articolo di giornale può mai ragionevolmente esitare l'apprezzamento, il giudizio, la stima del pubblico? No, certo" (cors. orig.). Un altro inciso contribuisce a rendere ancor meglio l'idea: "Dirà l'appellante dei suoi patemi d'animo, dirà che chiede i danni morali come *pecunia doloris*? Sia: ma il dolore in tal caso deve essere ragionevole, e non è da uomo di giudizio, non è da militare l'addolorarsi con patemi d'animo per una ingiuria che sa meschina ed impotente di fronte ad una dichiarazione ufficiale ed alta di merito […]" (*ivi*, p. 379).

10 Il già citato "sapiente dosaggio delle clausole generali" ha fatto sì che questo piccolo gruppo di norme potesse (e possa tutt'ora) godere di una duttilità che "spiega perché, in questo settore, si registra una minore importanza (con conseguente minore forza erosiva) della legislazione speciale": così Benedetti, A. M.: "Sanzionare compensando?", cit., p. 226. Si veda, infatti, Castronovo, C.: "La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio", *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 123: "La disciplina del codice rappresenta il corpo normativo di gran lunga più importante, certo, ma per ciò non ormai con quella quasi esclusività che la caratterizzò fino alla seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso".

11 Cfr. Gambaro, A.; Sacco, R.: *Sistemi giuridici comparati*, in Trattato di diritto comparato (a cura di R. Sacco), Torino, 1996, p. 4.

12 "In presenza di un dato normativo che non vanta quindi caratteri di novità e di originalità, dottrina e giurisprudenza hanno dovuto assolvere un compito tra i più delicati e difficili […]": Alpa, G.: *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 13.

irrimediabilmente[13]; di contro, nell'ultimo periodo, e cioè quello il cui *terminus a quo* può essere – *grosso modo* – collocato a cavallo tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo millennio, la giurisprudenza, una volta assimilate le riflessioni dottrinali in campo, ha finito con il muoversi in maniera sempre più autonoma[14], incoraggiata dal noto fronte «esistenzialista»; del resto, a tale situazione ha certamente contribuito l'eccezionale fiuto del ceto forense, che ha saputo intercettare assai bene l'ovvio interesse dei consociati all'ottenimento di somme a titolo di ristoro di danni (veri o solo presunti che siano), da cui un altrettanto ovvio aumento del contenzioso[15].

Lo sviluppo esponenziale delle occasioni in cui gli organi giudicanti – e in special modo i giudici di merito – sono stati chiamati ad esprimersi produsse una quantità assai considerevole di pronunce[16] che, però, a causa dei fisiologici (o patologici?) tempi della giustizia civile, non potevano (ancora) giovarsi dell'importante ruolo

13 "Nel campo della responsabilità civile, anzi, l'opera di quest'ultima [la giurisprudenza] sopravanza quella della dottrina, originando così una situazione che ha ben poche analogie nell'ambito dei nostri studi giuridici, al progresso dei quali la giurisprudenza ha dato apporti limitati e non sempre elevati": così Rodotà, S.: *Il problema*, cit., pp. 29-30. E infatti, "il diritto vivente, come categoria oramai scevra di velleità puramente teoriche, […] mai come nella responsabilità civile mette in evidenza il suo esserci e la sua ragione di essere. Nessuna disciplina quanto la responsabilità civile si rende visibile a occhio nudo per una esuberanza rispetto alla normativa di fonte legislativa pur quando di questa, e in particolare di quella contenuta nel codice, si faccia o si dica di fare applicazione": così Castronovo, C.: "La responsabilità civile in Italia", cit., p. 124.

14 Non possono essere taciuti gli importanti contributi forniti, per il danno c.d. biologico, dai Tribunali di Genova e di Pisa. Si rinvia, inoltre, a Alpa, G.: *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 2003; nonché a Scognamiglio, C.: "Il danno biologico: una categoria italiana del danno alla persona", *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 259 e a Franzoni, M.: *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, p. 394 ss. Di contro, bisogna sempre prestare attenzione al fatto che tale (condivisibile) autonomia non sfoci poi in quegli innegabili "casi di giurisprudenza evidentemente debordante" (Castronovo, C.: "La responsabilità civile in Italia", cit., p. 124). Interessante il rilievo di Libertini, M.: "Il vincolo del diritto positivo per il giurista", *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, pp. 145-146: "C'è oggi, invece, una diffusa e non critica tendenza alla *autolegittimazione della giurisprudenza*: essa si coglie nella diffusione, già ricordata, di motivazioni autoreferenziali nelle sentenze o nella legittimazione dottrinale di criteri di soluzione che si rifanno alla prassi giurisprudenziale in quanto tale" (cors. orig.).

15 Per una suddivisione in "fasi" dell'evoluzione dei percorsi della responsabilità civile, si vedano AA.VV.: *Il "nuovo" danno non patrimoniale* (a cura di G. Ponzanelli), Padova, 2004 (in particolare pp. 7-50) e Busnelli, F. D.: "Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori", in AA. VV.: *Il danno risarcibile* (a cura di L. Vacca), Napoli, 2011, p. 283.

16 Il repertorio giurisprudenziale circa il risarcimento del danno esistenziale, nelle più disparate situazioni, è molto ricco. Si rinvia, pertanto, a Cassano, G.: *La giurisprudenza del danno esistenziale. Raccolta completa delle sentenze per esteso*, Padova, 2007. Un importante dibattito sul danno c.d. esistenziale tra gli studiosi del diritto civile è contenuto in AA. VV.: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile* (a cura di P. Cendon, P. Ziviz), Milano, 2000. Cendon, P.: "Danni non patrimoniali: verso dove stiamo andando", in AA. VV.: *La nuova disciplina del danno non patrimoniale* (a cura di U. Dal Lago, R. Bordon), Milano, 2005, pp. 70-71, rileva: "Gli *antiesistenzialisti* parlano, come fanno in continuazione, di danni (da qualificarsi) immaginari o esagerati, comunque di pregiudizi insignificanti per qualità e quantità, spesso in agguato nelle cause civili di oggigiorno? […] È facile avvedersi come non siano quelli, in materia, gli esempi davvero eponimi, portanti […]". Orbene, il nostro Autore ha certamente ragione nella parte in cui afferma che i casi citati non sono *portanti*, ma, al contempo, neppure esclude che tali casi si verifichino (e, tra l'altro, la pratica ha rivelato come la loro incidenza sia nient'affatto trascurabile), limitandosi a definirli, appunto, come *non portanti*. Ecco, dunque, che si manifesta, in tutto il suo concreto pericolo, la mancanza di una ricostruzione sistematica, anche in termini contenutistici delle pretese nuove categorie: invero, in casi come quello del danno c.d. esistenziale (in relazione al quale la costituzione ha senza dubbio contribuito alla *riscrittura del diritto civile*), pare necessaria una forma di "sobrietà del pensiero giuridico come manifestazione tangibile della responsabilità del giurista, [che] dovrebbe suggerire linee di ricomposizione del sistema: perché una regola rimessa al caso è una contraddizione ma, anzitutto, perde la sua funzione ordinante, che è la prima ragione del diritto" (Castronovo, C.: *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 9-10).

nomofilattico svolto dalla Corte di cassazione[17]. In tal modo, quindi, si è assistito a quel fenomeno per cui, in seguito ad una rapida evoluzione (e, dunque, in mancanza di una significativamente apprezzabile sedimentazione), ciò che risulta maggiormente vulnerato è proprio la qualità (scientifica[18]) delle basi su cui poggiano un'idea o un'interpretazione.

Inoltre, non si può non rilevare come le riflessioni sulla (e le evoluzioni della) responsabilità civile – ma il discorso vale per qualsiasi istituto giuridico – scontino la presenza di una fisiologica dose di precomprensione degli interpreti[19].

È in questo peculiare contesto che si colloca la nostra sentenza; una pronuncia in cui si riponevano molte aspettative a causa dello stato in cui si trovava il panorama giurisprudenziale dell'epoca: la forte esigenza sottesa all'intervento dello Sezioni Unite era la necessità di far chiarezza all'interno di un panorama ormai così caotico[20], che, se non si fosse corso ai ripari, sarebbe probabilmente precipitato in un baratro[21].

17 Va peraltro osservato che la Corte costituzionale, nel cercare di salvare dalla declaratoria di illegittimità costituzionale l'art. 2059 c.c., oggetto di numerosi *attacchi* da parte di giudici di merito, si è soprattutto concentrata su questioni definitorie e classificatorie, senza cogliere l'occasione per poter procedere – magari sotto forma di sparuti, ma efficaci, *obiter dicta* – al suggerimento di una lettura dell'articolo in questione maggiormente conforme al dettato costituzionale. I casi, notissimi, a cui si fa riferimento sono Corte cost. 14-7-1986, n. 184, *Foro it.*, 1986, I, c. 2053, con nota di Ponzanelli, G.: "La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute", e Corte cost. 27-10- 1994, n. 372, *Foro it.*, 1994, I, c. 3297, sempre con nota di Ponzanelli, G.: "La Corte costituzionale e il danno da morte". Sul punto, si veda, inoltre, Astone, M.: *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in Comm. Schlesinger, Milano, 2012, pp. 81-94.

18 Ponzanelli, G.: "La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale", in AA.VV.: *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 681: "il quadro di riferimento è sempre meno dominato da una sensibilità scientifica e sempre più è alterato da tentazioni ideologiche-culturali".

19 Per un riferimento al concetto di precomprensione, il rinvio d'obbligo è a Esser, J.: *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983 (trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria).

20 Ne sono incontestabili esempi, tra gli altri, i risarcimenti (solitamente di entità pecuniaria assai contenuta, nell'ordine di poche centinaia di euro) attribuiti da Giud. pace Bari, 22-12-2003, *Danno resp.*, 2004, p. 880, con note di Caputi, L.: "Liti bagatellari, dal paradosso al parossismo: il danno da disappunto per illegittima introduzione di volantini pubblicitari nelle cassette della posta", e di Catalano, G.: "Di cassette per la corrispondenza piene e danno *esistenziale* derivante"; e da Giud. pace Casoria, 13-7-2005, n. 2781, *ivi*, 2006, p. 54 ("Le "pericolose" frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da *black-out* elettrico"), con commento di Ponzanelli, G. il quale formula (p. 57) un rilievo interessante, poiché avanzato, come si suol dire, in tempi non sospetti: "Bisogna accertare un *contra jus* di rango costituzionale: non si può attribuire rilevanza *tout court* al danno non patrimoniale in quanto tale". Difficile non riscontrare, specie nel testo della prima decisione (in particolare, 881), quella "sovrabbondanza costituzionale […] unita a concettualizzazioni verbose che facilmente finiscono in confusione" (Castronovo, C.: *Eclissi*, cit., p. 103).

21 Potrebbe essere sufficiente guardare a questi risultati concreti per fornire una risposta agli interrogativi che Cendon, P.: "Non di sola salute vive l'uomo", *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 573, aveva formulato, con tono retorico (e fors'anco velatamente canzonatorio), qualche anno prima: "non saranno proprio i frutti di stagione (i pro e contro delle opportunità riparatorie che si affacciano) a valere come la miglior prova del nove? A fornire in definitiva, ben più di ogni attestato alla memoria, responsi precisi circa la felicità dell'ispirazione iniziale?".

III. LE SEZIONI UNITE DEL NOVEMBRE 2008 E LA NOMOFILACHIA.

Grandi aspettative[22], dunque, dovute alla continua proliferazione di nuove (e varie figure) di danno a cui i giudici di merito concedevano uno spazio (in termini non solo di ammissibilità concettuale, ma anche risarcitoria) vieppiù crescente[23].

Il compito affidato al massimo organo della giurisdizione civile era, quindi, molto delicato[24].

Nonostante non sia unanime il giudizio circa il (positivo, o per lo meno non negativo) risultato[25] raggiunto dalle pronunce in questione, penso si possa ritenere, di contro, che l'obiettivo che era stato loro affidato sia stato compiutamente conseguito.

Esigenze di ordine, di sistematizzazione, di razionalizzazione[26] di tutte quelle, appunto, varie e nuove figure che il ceto forense e i giudicanti avevano «forgiato» e

22 Il generale clima di attesa delle sentenze nell'ambito della responsabilità civile era già stato efficacemente evidenziato, per quanto concerne le cc.dd. sentenze gemelle (Cass. 31-5-2003, nn. 8827 e 8828, *Foro it.*, 2003, I, c. 2272, con nota di Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente"), da Ponzanelli, G.: "Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive", *Danno resp.*, 2004, p. 6: "Quasi quasi si trattava di un clima agonistico: i verdetti, piuttosto che dichiarare quale fosse la soluzione più adeguata e corretta in termini giuridici, avrebbero dovuto assegnare la *vittoria* alla posizione dottrinale di maggiore risonanza pubblica". È stato assai condivisibilmente notato (Castronovo, C.: "Danno esistenziale: il lungo addio", *Danno resp.*, 2009, p. 5) come la Terza sezione avesse impresso all'ordinanza di rimessione (Cass. 25-2-2008, n. 4712, *Foro it.*, 2008, I, c. 1447) "il tono delle interrogative retoriche, evidentemente ormai convinta che le magnifiche sorti e progressive del danno esistenziale non dessero scampo a soluzioni pacate e non disposte a subire il ricatto delle mode frivole"; Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale", *Contr. impr.*, 2009, p. 590, parla di "abbandono dei toni dell'ordinanza di rimessione […] dalla quale trapela una certa insofferenza per lo scetticismo che ampi settori della dottrina hanno continuato a nutrire nei confronti del quadro delineato dalle due sentenze gemelle del 2003 e dalla successiva sentenza della Corte costituzionale […]".

23 "Trattasi, poi, di una sentenza che potremmo definire (in senso buono) *politica*, perché è palpabile tra i suoi motivi ispiratori quello di dar risposta, fattiva ed efficace, all'esigenza di contrasto degli effetti perversi (ingolfamento ulteriore della giustizia, incontrollata proliferazione delle cc.dd. liti bagatellari, moltiplicazione indebita dei risarcimenti, ecc.) da molti addebitati all'ascesa del danno esistenziale": Grisi, G.: "Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia *creativa* delle Sezioni Unite", *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 381. Nello stesso senso, Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale", *Danno resp.*, 2009, p. 33.

24 Infatti, le già richiamate sentenze gemelle, per quanto (tendenzialmente) apprezzabili, non avevano delineato un quadro compiuto: esse, "nell'innescare il volano del cambiamento, […] hanno lasciato aperto lo spazio per successivi interventi giurisprudenziali […]": così Ziviz, P.: "Adelante…ma con giudizio! (Due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale)", *Danno resp.*, 2006, pp. 762-763. Grisi, G.: "Il danno (di tipo) esistenziale", cit., p. 388, rileva: "Fornita su un piatto d'argento la ghiotta opportunità di porre, nella materia, un punto fermo, le s.u. non hanno esitato a coglierla".

25 All'interno di una smisurata dottrina, si vedano (oltre a quanto precedentemente citato): l'ampio volume collettaneo dedicato al tema AA.VV.: *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009; Busnelli, F. D.: "Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale", *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 97; Scognamiglio, C.: "Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite", *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261; Ziviz, P.: "La "questione morale"", *ibidem*, p. 1785; Cendon, P.: "L'urlo e la furia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 71; Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", *ibidem*, p. 81; Ponzanelli, G.: "La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona", *ibidem*, p. 90.

26 Le esigenze di razionalizzazione avevano trovato, precedentemente, una prima (ancorché incompleta) risposta nelle sentenze cc.dd. gemelle: lo rileva Franzoni, M.: "Il nuovo danno non patrimoniale", in AA.

che, a dire di alcuni, avevano trovato esplicito riconoscimento in alcune pronunce[27] basate sulla nuova lettura, costituzionalmente orientata, dell'art. 2059 c.c.[28]

Le problematiche più volte sopra menzionate non erano certo sconosciute alla Suprema Corte e, leggendo il testo della sentenza, possono essere ravvisati importanti indizi di questa contezza: si potrebbe dire, pacificamente, che i veri fari che hanno guidato i passi del collegio siano stati proprio quelli di affrontare – con apprezzabile *souplesse*[29] – una tematica spinosa e variegata, al contempo evitando ingiuste restrizioni o, peggio ancora, la banalizzazione dell'argomento.

VV.: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Vol. IV*, Milano, 2006, pp. 457-458.

27 Il riferimento è a Cass. s.u. 24-3-2006, n. 6572, *Foro it*., 2006, I, c. 1344. "Quest'ultima in verità non aveva ad oggetto proprio la figura nuova, bensì l'latra questione che pure in questi anni ha agitato il danno alla persona: se sia da considerare danno *in re ipsa* […] o, invece, […] perdita, che ai fini del risarcimento abbisogna di essere provata […]": così Castronovo, C.: "Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale", *Eur. dir. priv*., 2008, p. 343 (l'Autore lo aveva già rilevato all'indomani della pronuncia: "Danno alla persona nel rapporto di lavoro", *Eur. dir. priv*., 2006, p. 1347); nello stesso senso Busnelli, F.D.: "Il danno alla persona", cit., p. 288. In ogni caso, è assai interessante notare come la limitata rilevanza della pronuncia in questione sia stata (quasi) correttamente intesa dalla stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (ma, forse, tale atteggiamento è stato adottato *pro domo sua*): si legge *ivi*, infatti, che l'architettura dell'illecito ha trovato conferma nella pronuncia a Sezioni Unite del 2006, "sia pure in relazione ad una specifica e peculiare vicenda come quella del demansionamento" e "a livello di *obiter dictum*" (Cass. 25-2-2008, n. 4712, cit., c. 1455); di contro, in alcune sentenze successive alla "delusione" del novembre del 2008, la pronuncia in questione è stata all'uopo riesumata (più o meno esplicitamente) e più volte richiamata (cfr., *ex multis*, Cass. 20-11-2012, n. 20292, *Corr. giur*., 2013, p. 315; Cass. 3-10-2013, n. 22585, *Danno resp*., 2014, p. 55; Cass. 17-1-2018, n. 901, *ivi*, 2018, p. 463; Cass. 13-4-2018, n. 9196, *Foro it.,* 2018, I, c. 2038; Cass. 31-1-2019, n. 2788, *Nuova giur. civ. comm*., 2019, I, p. 279 [tra l'altro, evidente il refuso per cui la sentenza in questione è stata *ivi* citata con il numero 6276, anziché con il corretto 6572]; Cass. 17-10-2019, n. 26304, dejure) quale elemento fondante su cui basare il nuovo corso (demolitorio e riottoso nei confronti della pronuncia delle Sezioni Unite del 2008).

28 Il riferimento, ovviamente, è al celeberrimo passaggio di Cass. 31-5-2003, n. 8828, cit., c. 2287: "Ritiene il collegio che la tradizionale restrittiva lettura dell'art. 2059, in relazione all'art. 185 c.p., come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell'animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato […], non può essere ulteriormente condivisa. Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione – che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo –, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona". Tuttavia, questo (non ulteriormente specificato) riferimento all'art. 2 cost. ha finito col produrre una paradossale situazione, nella quale "si *scopre* e si dà un nome al diritto costituzionale leso solo dopo che l'interprete si è deciso per altre vie alla risarcibilità di quella situazione" (così, recentemente, Pellegrini, T.: "Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica", *Eur. dir. priv*., 2016, p. 471). Ma, allora, si veda di nuovo, Castronovo, C.: "La responsabilità civile in Italia", cit., p. 127: "La Cassazione, la quale sempre più in questi anni ha inteso l'ingiustizia come clausola generale, sul piano formale l'ha però individuata nella lesione di diritti, nominati come se fossero già riconosciuti dall'ordinamento, mentre in realtà essi venivano di volta in volta ad esistenza proprio nel momento in cui venivano nominati"; nonché Navarretta, E.: "Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza", *Danno resp*., 2002, p. 869: "il contrasto con l'art. 2 Cost. sussiste, innanzitutto, se vi è una lesione di diritti inviolabili seria in un duplice significato: quello di una corretta identificazione del diritto leso, che deve preesistere all'illecito e non essere elaborato *a posteriori* in funzione della tutela risarcitoria […]" (cors. orig.). In generale, per una lettura critica delle sentenze in oggetto, si veda Scognamiglio, R.: "Danni alla persona e danno morale", *Riv. dir. priv*., 2008, p. 463 [ma allora è d'obbligo il rinvio a Id.: "Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)", *Riv. dir. civ*., 1957, I, p. 277]. In ogni caso, la duplice *ratio* ispiratrice delle pronunce non è passata inosservata: "Queste ultime da un lato furono ispirate dalla necessità di estendere la risarcibilità del danno non patrimoniale, dall'altro dalla consapevolezza che la linea di confine costituita dai *casi determinati dalla legge*, secondo la previsione dell'art. 2059, non è valicabile impunemente né dalla dottrina né dalla giurisprudenza" (Castronovo, C.: "Del non risarcibile aquiliano", cit., p. 345).

29 E senza ricorrere a "rimaneggiamenti" logico-argomentativi, tanto utili nel singolo caso, quanto estremamente inopportuni da un punto di vista sistematico (*sub specie* dell'intrinseca coerenza e della tenuta delle motivazioni addotte). Sul punto, anche in parziale integrazione di quanto precedentemente

Un primo punto degno di nota può essere allora ravvisato già nell'*incipit* della sentenza: infatti, dopo essersi brevemente dato atto della lettura che dell'art. 2059 c.c. avevano fornito le cc.dd. «sentenze gemelle», ci si imbatte in un'affermazione che, anche stilisticamente, denota l'encomiabile atteggiamento che la Corte ha scelto di adottare. E cioè: il *modus procedendi* non pare essere consistito – come ci si sarebbe anche potuto aspettare – in una *pars destruens* e in una *pars construens*[30] (per lo meno, strettamente intese), cioè in un azzeramento dei risultati raggiunti per poter procedere alla ri-costruzione di un nuovo sistema; tutt'altro. Infatti, leggere che "le Sezioni Unite condividono e fanno propria la lettura, costituzionalmente orientata, data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003"[31], non può che contribuire a rassicurare il lettore circa la presa di posizione del giudicante. Questo atteggiamento si estende anche all'inciso immediatamente seguente ("e la completano nei seguenti termini"): non attività demolitoria, ma attività di completamento, di precisazione e di perfezionamento[32].

Il passaggio citato, lungi dal rimanere una mera dichiarazione d'intenti, permea effettivamente le trame motivazionali della sentenza, costituendone tanto la colonna portante, quanto la sensibile e capillare nervatura.

---

riferito circa la sentenza delle Sezioni Unite del 2006, sia consentito rilevare quanto segue. Nella più volte menzionata ordinanza di rimessione del febbraio del 2008, subito dopo il già citato riferimento al (presunto) dirimente passaggio circa il danno c.d. esistenziale della sentenza delle Sezioni Unite del 2006, è dato leggere: "L'armonia dell'*iter* ricostruttivo della fattispecie così come ipotizzato dalle sezioni unite nel marzo del 2006 si dissolve bruscamente per effetto di due successive sentenze di questa stessa sezione (Cass. 12 luglio 2006, n. 15760, *id*., Rep. 2006, voce cit., n. 252; 9 novembre 2006, n. 23918, *id*., 2007, I, 71), fortemente idiosincratiche, già sul piano strettamente lessicale, rispetto al sintagma *danno esistenziale*" (Cass. 25-2-2008, n. 4712, cit., c. 1455). Orbene, in tutta franchezza, non è dato comprendere come il medesimo fatto storico – e cioè lo stato della giurisprudenza sul danno c.d. esistenziale nell'anno 2006 – possa essere stato interpretato, nelle sentenze successive alle pronunce di San Martino (e, per di più, dalla stessa persona – il consigliere Travaglino, allora estensore), quale "*indiscusso* e *indiscutibile* formante giurisprudenziale di un *altrettanto indiscutibile diritto vivente*, così come predicato ai suoi massimi livelli, […] sino a tutto l'anno 2006 […] univocamente indirizzato nel senso della netta separazione, concettuale e funzionale, del danno biologico, del danno morale, del danno derivante dalla lesione di altri interessi costituzionalmente protetti": così, Cass. 20-11-2012, n. 20292, cit., p. 318, e Cass. 3-10-2013, n. 22585, cit., p. 60 (cors. agg.). Sia altresì consentito rilevare come, assecondando il desiderio di rapido consolidamento di quel nuovo orientamento in chiaro (ma non apertamente manifestato) dissenso con le Sezioni Unite del 2008, non ci si sia neanche preoccupati di cambiare, nella parte motiva, il toponimo della Corte d'appello (invero, solo nel primo caso "lucana", mentre, nel secondo, sarebbe dovuta essere "palermitana": cfr., rispettivamente, p. 320 e p. 61). E allora, delle due l'una: o l'orientamento era stato "bruscamente dissolto", o era "indiscusso e indiscutibile"; come già detto, non è consentito di variamente rimodulare, a seconda delle necessità, la lettura della realtà storica dei fatti, specie nel caso in cui essi coincidano integralmente: il *vulnus* logico-argomentativo che ne deriva in termini di coerenza è grave e manifesto. Infine, pare utile riportare, a beneficio del lettore (e per amor di chiarezza), un passo di una sentenza (Cass. 9-11-2006, n. 23918, *Giur. it*., 2007, p. 1110) citata nell'ordinanza di rimessione: "Pertanto il risarcimento del danno non patrimoniale, fuori dalla ipotesi di cui all'art. 185 c.p. e delle altre minori ipotesi legislativamente previste, attiene solo all'ipotesi specifiche di valori costituzionalmente garantiti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero, ecc.) ma in questo caso non vi è un generico danno non patrimoniale *esistenziale*, ma un danno da lesione di quello specifico valore di cui ad un individuato referente costituzionale (in questi termini anche Cass. 19.5.2006, n. 11761)" (*ivi*, p. 1111).

30 *Contra*, espressamente, Busnelli, F. D.: "Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale", cit., pp. 98-99 e 101.

31 Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, *Nuova giur. civ. comm*., 2009, I, p. 106.

32 "L'impostazione della Corte consente, dunque, di rispondere alla varietà di quesiti che si erano venuti via via delineando nell'esegesi delle sentenze del 2003": così Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", cit., p. 84.

Il secondo punto degno di nota riguarda ancora la tecnica di redazione della sentenza, ma questa volta in chiave più in generale. Mi riferisco, cioè, alla sapiente modalità espositiva adottata dal Collegio[33], la quale – almeno a parere di chi scrive – appare basata sullo schema – tipicamente narrativo – della c.d. *ring composition*.

Infatti, dopo una sommaria disamina dei vari pregiudizi di tipo non patrimoniale – preceduti da una scarna ma efficace[34] definizione di cosa debba essere inteso per "danno non patrimoniale"[35] –, la Corte prosegue soffermandosi su di essi in maniera (tendenzialmente) analitica e, nella parte conclusiva, illustrando nuovamente le (non poi così rinnovate) figure del danno alla persona.

Il riferimento a questi due punti di interesse «redazionale» [36] – lungi dal voler sminuire il contenuto sostanziale della pronuncia, sul quale ci si soffermerà a breve – è dovuto alla convinzione circa la loro positiva incidenza nella valorizzazione del ruolo nomofilattico della Suprema Corte (e delle Sezioni Unite in particolar modo): l'atteggiamento non è quello di un soggetto istituzionale che corregge austeramente gli errori altrui, ma quello di colui che, in autentico spirito di

33 Sul punto, si veda Franzoni, M.: "Il danno non patrimoniale del diritto vivente", in AA. VV.: *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 199: "[L]'andamento della sentenza è del tipo ricognitivo dello stato dell'arte, senza eccedere in un inutile storicismo; poiché intende legare con il passato, presenta un carattere ricostruttivo; nella parte finale manifesta un carattere propriamente costruttivo".

34 Di parere opposto Busnelli, F. D.: "Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio", *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 130, il quale la definisce una "fumosa categoria di danno non patrimoniale".

35 Già con riferimento a questo aspetto si può intravedere un primo elemento di continuità tra le sentenze gemelle ("Si deve quindi ritenere ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione della nozione di *danno non patrimoniale*, inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona, e non più solo come *danno morale soggettivo*", Cass. 31-5-2003, n. 8828, cit., c. 2288) e quanto contenuto in Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 106 ("Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi la persona non connotati da rilevanza economica"). In tempi successivi a entrambe le pronunce, si veda di Majo, A.: "Sopravvive il danno morale?", *Corr. giur.*, 2012, p. 56: "Il fatto che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., ad opera delle sentenze gemelle n. 8827 e 8828/2003, confermata da Cass. 26972/2008, ha ormai dato vita ad un diritto *vivente*, secondo cui a soddisfare alla prescrizione di legge è sufficiente la lesione di un diritto inviolabile della persona, ha tolto al *danno morale* gran parte del suo spazio vitale, ove visto in connessione con l'ipotesi di reato (art. 185 c.p.)".

36 Non ne apprezza invece il lessico Cendon, P.: "L'urlo e la furia", cit., p. 75: "È palese l'inanità – anzitutto – di aggiramenti e forzature tentate in chiave prettamente linguistica, di nomenclatura o di curia; imposizioni cioè sul terreno lessicale: *pregiudizi* invece che *danni*, *sottovoci* al posto di *categorie*, *criteri ordinatori* di ripercussioni in luogo di *sub-lemmi*, *descrizioni* invece che *insiemi*, etc.". Tuttavia, e a ben vedere, ciò che risulta palese dal testo della sentenza in riferimento ai termini citati dall'Autore, è proprio l'esigenza di utilizzare – motivatamente – proprio *quei* termini specifici, e *non altri*: il risultato, solo perché sfavorevole, non può condurre ad una aprioristica critica, specie se proveniente appunto da chi, in passato (Cendon, P.: "Non di sola salute vive l'uomo", cit., p. 580), aveva avvertito come – all'interno di quella che era stata definita, quasi spregiativamente, una *cornice al negativo* – "non vengano invece fornite indicazione [*sic*] apprezzabili: né rispetto al profilo dell'*an* (incontriamo una formula di semplice rinvio, *vaga come più non si potrebbe*) né in ordine al *quantum respondeatur* (qui il silenzio è addirittura assoluto)" (cors. agg.). Ecco che viene allora fatto di domandarsi come la precisione (perfino chirurgica) della Corte nella scelta dei sintagmi possa apparire non apprezzabile in un settore così delicato e, per stessa ammissione dei critici, necessitante, per l'appunto, di talune precisazioni. Ma la delusione dei critici non sfocia certo in desistenza (e già qui si possono intravedere i primi rancorosi segnali del successivo corso): "La storia di ciò che i regimi autoritari tentano, di solito, lungo le zone di confine parla abbastanza chiaro. Cambiano momentaneamente i nomi dei villaggi, delle strade […]. L'onda successiva rimetterà tutto a posto" (Cendon, P.: "L'urlo e la furia", cit., pp. 75-76).

collaborazione e di cooperazione giurisdizionale, aiuta a capire come e dove migliorare un'interpretazione che si era già posta sulla corretta via.

Purtroppo, com'è noto, i suggerimenti migliorativi non sempre vengono accettati con la giusta disposizione d'animo[37] (e forse in special modo proprio da chi li ha sollecitati[38]). Ecco, dunque, il motivo per cui, di qui in avanti, si cercherà di analizzare – singolarmente – ogni tipo di pregiudizio ricompreso nell'art. 2059 c.c. sulla base dell'interpretazione fornitane dalle Sezioni Unite e, parallelamente, di individuare i vari passaggi attraverso i quali la Terza sezione della Corte Suprema si è, a poco a poco, discostata da questo insegnamento, per approdare (quasi) agli stessi risultati cui era giunta la giurisprudenza di legittimità nella situazione antecedente le pronunce in questione[39].

IV. CATEGORIE? MEGLIO DI NO.

Come già accennato, la Corte, nell'ambito della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., analizza assiologicamente l'istituto della responsabilità civile in punto di danni non patrimoniali[40] – analisi che costituisce la premessa

37 A questo riguardo, vanno riferite alla lettera alcune non recenti parole di Cendon, P.: "Non di sola salute vive l'uomo", cit., che – alla luce di quanto già precedentemente detto (in particolare, cfr., *supra*, § 3 e nota 29, nonché di quanto si dirà *infra*) e del concreto sviluppo degli eventi – non si capisce se debbano ritenersi rivolte ai contestati o, forse più propriamente, proprio agli stessi contestatori: "Ognuno che dal lessico del codice civile, o dalle leggi speciali, o dalle pronunce della Corte Costituzionale, o dai documenti di bioetica, o dal diritto comparato, prende via via ciò che più gli conviene – abbandonandosi all'istinto del momento, con un senso di invulnerabilità alle critiche" (p. 568); ancora: "Il *tortman* con cui fare i conti […] è questa volta una specie di patriota, di pioniere della materia; qualcuno che, a torto o a ragione, rivendica a se stesso meriti storici precisi: aver partecipato alle prime fasi della battaglia per il danno alla persona – aver contribuito in misura maggiore o minore al suo successo. Altri, oggigiorno, vorrebbero spadroneggiare in argomento? Non è possibile, non è roba loro, non hanno titolo per farlo" (p. 573).

38 Richiamo un passo – da leggere con i dovuti e imprescindibili adeguamenti per porlo in relazione al nostro caso – di Calamandrei, P.: *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 96: "Anche a noi avvocati può accadere, quando il giudice ci dà torto, di trovare nella motivazione della sua sentenza argomenti, ai quali prima non avevamo pensato, che ci rendon consapevoli della erroneità della tesi da noi prima sostenuta: e perdere una causa accorgendoci di averla giustamente perduta diventa allora quasi altrettanto rasserenante quanto riuscire a farsi dar ragione quando si è convinti di averla".

39 In questo frangente, si potrebbe pensare (e non si sbaglierebbe) che il valore della nomofilachia delle Sezioni Unite sia stato invocato dall'estensore dell'ordinanza di rimessione – come già detto – in previsione di un positivo risultato (cfr., inoltre, Ponzanelli, G.: "La prevista esclusione del danno esistenziale", cit., p. 91); all'esito degli eventi, però, la nomofilachia, da elemento positivo è divenuto elemento negativo, visto ormai quale ostacolo (concreto e non più solo potenziale) all'attuazione di quel disegno volto ad aumentare il *quantum* risarcitorio.

40 "La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria" (così Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 107). Si veda anche Ponzanelli, G.: "La prevista esclusione del danno esistenziale", cit., p. 91: gli esistenzialisti, "in termini di funzione generale dell'illecito civile, hanno proposto un modello, che formalmente è di responsabilità civile, ma che sostanzialmente è di sicurezza sociale […]". Il rilievo non può che essere condiviso, specie in considerazione degli interrogativi (retorici) formulati da Cendon, P.: "Non di sola salute vive l'uomo", cit., p. 574: "Possibile, anzitutto, sia proprio quella *esistenziale non biologica* (pur così contenuta, per se stessa [!]) la goccia in grado di far traboccare il vaso?". Invero, ed anche in via generale (e, quindi astraendo dal caso concreto), ciò che non pare condivisibile, è proprio la modalità con cui si procede: sarebbe meglio procedere *prius* alla corretta ed analitica elaborazione di un concetto, e solo *posterius* alla valutazione dei

logico-metodologica per poter meglio interpretare lo scarno dettato normativo –, affermando nuovamente il carattere bipolare del sistema delineato dal codice civile.

Subito dopo, l'attenzione si sposta sulla tradizionale figura del danno morale soggettivo, tradizionalmente definito come sofferenza contingente e turbamento dell'animo transeunte.

Un primo aspetto – e su questo può essere registrata una sostanziale continuità tra le sentenze gemelle e le pronunce in questione – riguarda la corretta identificazione delle ipotesi in cui è ammessa la risarcibilità del pregiudizio di tipo non patrimoniale: infatti, l'insostenibilità dell'originaria limitazione alle sole ipotesi in cui l'illecito costituisse anche reato[41] contrastava con evidenti dati normativi che, nel tempo, avevano ampliato la gamma dei pregiudizi alla persona suscettibili di risarcimento[42].

Un secondo aspetto, invece, riguarda la connotazione temporale della sofferenza. La definizione sopra riportata dà giustamente atto della sedimentata interpretazione secondo cui il patimento doveva essere caratterizzato dalla transitorietà: interpretazione che la Cassazione non aveva ripudiato nelle sentenze gemelle[43]. Sono le Sezioni Unite, dunque, a procedere con questo ulteriore passaggio, indicando come tale limitazione avesse "fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 c.c., né l'art. 185 c.p., parlano di danno morale, e

suoi concreti effetti applicativi; di contro, facendo riferimento ad un concetto non ancora puntualmente definito e traendo dalla sua (solo presunta) non eccessiva incisività negativa sul sistema risarcitorio nel suo complesso un argomento a sostegno della sua ammissibilità, si finisce col confondere indistintamente – dal punto di vista logico – l'antecedente con il conseguente, con il rischio che non si saprebbe con precisione a quale dei due elementi ascrivere le (eventuali) criticità applicative manifestatesi.

41 Invero, ciò era già stato notato da De Cupis, A.: "Tradizione e innovamento nella responsabilità civile", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 322. Cfr., inoltre, quanto citato *supra*, nella prima parte della nota 28.

42 "L'art. 2059 c.c. è norma di rinvio. Il rinvio è alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale […]. Si tratta, in primo luogo, dell'art. 185 c.p. […]. Altri casi di risarcimento anche dei danni non patrimoniali sono previsti da leggi ordinarie in relazione alla compromissione di valori personali" (Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 106). Le Sezioni Unite hanno riconosciuto che, in questi altri casi determinati dalla legge, "la selezione degli interessi è già compiuta dal legislatore", a cui non è precluso "ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria" (*ivi*, 108). Precedentemente, Cass., 31-5-2003, n. 8827, cit., c. 2288: "Nella legislazione successiva al codice si rinviene un cospicuo ampliamento dei casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell'ipotesi di reato, in relazione alla compromissione di valori personali […]". Sul punto, cfr. Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente", cit., c. 2277. Le situazioni prese in considerazione dalle nuove disposizioni sono differenti tra loro, così da non poter rintracciare una comune matrice, se non quella della tutela dei diritti inviolabili (si veda Busnelli, F. D.: "Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale", cit., p. 113).

43 "Il danno in questione deve quindi essere allegato e provato. Trattandosi tuttavia di *pregiudizio* che si *proietta nel futuro* (*diversamente* dal danno morale soggettivo *contingente*), dovendosi aver riguardo al *periodo di tempo* nel quale si sarebbe presumibilmente esplicato il godimento del congiunto che l'illecito ha invece reso impossibile, sarà consentito il ricorso a valutazioni prognostiche […]": Cass., 31-5-2003, n. 8828, cit., c. 2291 (cors. agg.). Basti qui questa citazione, pur essendo molti i passi della pronuncia in cui si fa riferimento alla *contingenza* della sofferenza.

tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, […] ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo […]'[44].

La scarna definizione di danno non patrimoniale di cui si diceva poc'anzi – della quale, allora, si può cogliere pienamente l'utilità – guida anche la riflessione sugli ulteriori pregiudizi non connotati da rilevanza economica e non previsti da specifiche disposizioni legislative: stiamo parlando, com'è noto, della lesione di diritti costituzionalmente protetti. Tra questi, nei tempi passati, il primo ad ottenere una qualche forma di tutela è stato il danno biologico[45].

Sebbene tale figura non sia stata oggetto, nelle pronunce del 2008, di una puntuale disamina[46], pare opportuno soffermarsi, ancorché brevemente, su alcuni tratti fondamentali della stessa.

In primo luogo, e anche in questo caso, la strada che ha portato al riconoscimento di tale figura non è stata per nulla priva di ostacoli, primo tra tutti l'errata concezione, in termini di assolutezza, del principio di tipicità di cui all'art. 2059 c.c.[47] (leggasi, nei soli casi in cui l'illecito costituisce anche reato).

Ma, una volta risolta la questione del corretto inquadramento del danno alla salute[48] e dopo aver, quest'ultimo, tratto sicuro giovamento dalla definizione

44 Cfr., Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 107. Inoltre (*ivi*, p. 116): "Definitivamente accantonata la figura del c.d. danno morale soggettivo, la sofferenza morale, *senza ulteriori connotazioni in termini di durata*, integra pregiudizio non patrimoniale" (cors. agg.). Cfr. Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite", cit., p. 35: "Affermazione, questa, del tutto evidente, ma che serve a sgomberare il campo da una figura controversa che, soprattutto, aveva esaurito le finalità per le quali era stata pensata". Mutuando la metafora di un Autore più volte citato, si potrebbe dire, circa questa tipologia di pregiudizio, che l'eclissi della limitazione temporale dovrebbe ritenersi (pacificamente) terminata.

45 Cfr., *supra*, nota 14.

46 *Contra*, ovviamente, Cendon, P.: "Il corpo, l'esistenza, il dolore", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2432, il quale parla di "versioni *panmedicaliste* dell'istituto aquiliano". Orbene, anche qui – in ragione di quanto si è già visto circa la corretta area di operatività del danno c.d. morale, nonché di quanto si vedrà circa quella del danno c.d. esistenziale – non si capisce da quali elementi siano tratte siffatte conclusioni, avendo la Corte – come detto – trattato solo di sfuggita il tema (per di più *sub specie* dei rapporti con le altre tipologie di pregiudizio): a ben vedere, il danno c.d. biologico nulla guadagna in termini di terreno conquistato a scapito degli altri pregiudizi, in quanto si è solamente proceduto a chiarirne il *contenuto*, senza far transitare in esso pregiudizi ascrivibili alle altre due tipologie di danno non patrimoniale.

47 Ovviamente, il riferimento è a Corte cost. 14-7-1986, n. 184, cit., c. 2059: "[l]o stesso articolo [2059] si applica soltanto quando all'illecito civile, costituente anche reato, consegue un danno morale subiettivo". Donde, al fine di evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale, la ricostruzione basata sul combinato disposto tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 cost.

48 Cfr., Cass. 31-5-2003, n. 8828, cit., c. 2288, nella parte in cui rileva che l'art. 2059 c.c. costituisce la "norma nel cui ambito [il danno biologico] ben avrebbe potuto trovare collocazione, e nella quale, peraltro, una successiva sentenza della Corte costituzionale, la n. 372 del 1994, *id.*, 1994, I, 3297, ha ricondotto il danno biologico fisico o psichico sofferto dal congiunto della vittima primaria". Il rischio di questa lettura *personalistica* dell'art. 2043 c.c. – concepita, "nella costruzione giurisprudenziale", "in funzione della risarcibilità del solo danno biologico" – è quello di un'apertura della "tutela aquiliana non solo al danno biologico ma a qualsiasi specie di pregiudizio. E fa temere, perciò una proliferazione incontrollabile delle azioni di danno ed un'espansione indiscriminata della responsabilità civile": così Barcellona, M.: *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 25. E perciò "questi svolgimenti hanno richiesto l'elaborazione di concezioni del danno extracontrattuale profondamente innovative e tali da influenzare anche settori della riflessione in materia aquiliana da essi, a prima vista, assai lontani" (Scognamiglio, C.: "Il danno morale soggettivo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 239).

legislativamente fornita[49], il problema maggiore riguardava i rapporti intercorrenti tra danno alla salute, danno morale, nella sua nuova accezione (cioè non temporalmente limitata), e/o danno c.d. esistenziale (del quale si dirà a breve).

In secondo luogo, ma sempre in stretta connessione con la problematica precedente, bisogna considerare come il danno biologico, tra la pluralità e varietà delle lesioni di tipo non patrimoniale, sia quello maggiormente suscettibile di oggettivo accertamento: il riferimento, come si può intuire, è alla formulazione delle tabelle per la quantificazione del danno biologico.

L'interrelazione tra le due tematiche è data dal fatto che non è possibile comprendere appieno, e quindi apprezzare, l'effettiva portata del sistema tabellare, se non dopo aver risolto la preliminare questione circa i rapporti tra i diversi tipi di danno alla persona: infatti, una errata visione di questi ultimi[50] comporta una negativa influenza sulla (ma sarebbe meglio dire, un pregiudizio nei confronti della) entità del corrispettivo monetario che si vorrebbe attribuire, in sede di quantificazione, al soggetto leso a titolo di risarcimento[51].

Prima di vedere in che termini le sentenze gemelle, quelle di San Martino e la giurisprudenza ad esse successiva hanno affrontato la questione, rimane da esaminare un ultimo punto fondamentale, il vero motivo che aveva spinto la Terza sezione a chiedere al Primo Presidente l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite: la possibilità di considerare il già evocato danno esistenziale come categoria *autonoma* di danno.

La situazione precedente – con specifico riferimento alle sentenze gemelle – era connotata da una forte incertezza concettuale sul punto: infatti, non avendo ancora superato la concezione temporalmente limitata del danno morale, quest'ultimo era visto come pregiudizio limitato ai patimenti transitori, i quali – solo potenzialmente – erano suscettibili di creare anche uno sconvolgimento della vita futura del soggetto sofferente – e cioè il danno c.d. esistenziale[52] – oppure sfociare in lesioni dell'integrità psico-fisica.

Una differenziazione tra le due tipologie di pregiudizio, dunque, basata sull'elemento temporale, in una sorta di visione in cui sarebbe addirittura possibile individuare nitidamente un punto di passaggio, una mutazione della sofferenza e

49 V. art. 5, l. 5-3-2001 n. 57; art. 23, l. 12-12-2002 n. 273 e, da ultimo, artt. 138-139, d.lgs. 7-9-2005 n. 209.

50 Una visione, in sostanza, che si allontana dalla consapevolezza di aver a che fare con la complessa figura della persona e che è invece indotta a suddividere l'essere umano in *compartimenti stagni* singolarmente danneggiabili e individuabili in relazione alle differenti voci giuridiche di danno, per poi procedere alla quantificazione monetaria – effettuata mediante sommatoria – dell'ammontare dei vari pregiudizi.

51 Di talché, ne deriverebbe una continua insoddisfazione nei confronti dei meccanismi di calcolo eventualmente predisposti da un soggetto che non ha adottato lo stesso punto di vista sistematico di colui che ha ricostruito in diversa maniera i rapporti tra le diverse tipologie di pregiudizi.

52 Cfr., *supra*, nota 43.

delle sue conseguenze sull'esistenza umana (e dunque qualificabile in termini di danno c.d. esistenziale).

Ma procediamo con ordine. La prima vera questione – quella su cui le Sezioni Unite erano state direttamente interrogate – riguardava l'ammissibilità di una autonoma (nuova) categoria di danno[53]. La risposta – decisa[54] – fu di segno negativo[55].

Infatti, la Corte non negò la possibilità per i giudici di risarcire pregiudizi diversi da quello biologico o dal «nuovo» danno morale, ma precisò come tale risarcimento dovesse essere ricondotto (o meglio, ricompreso) nella più generale categoria del danno non patrimoniale: una nuova (dico «nuova» in ragione del nuovo riferimento normativo, e cioè la Costituzione) tipologia di danni risarcibili, dunque, che però non è configurabile quale autonoma figura all'interno del panorama giuridico[56]. L'atteggiamento che si scelse di adottare fu, quindi, di prudenza, in quanto il terreno su cui era stato richiesto alla Corte di muoversi si presentava – e si presenta tutt'ora – particolarmente sdrucciolevole.

53 "Articolati, approfonditi (e non sempre benevoli) furono i commenti riservati a questa sentenza [Corte cost. 11-7-2003, n. 233, *Foro it.*, 2003, I, c. 2201, con nota di Navarretta, E.: "La Corte costituzionale e il danno alla persona *in fieri*"] dai molti commentatori specializzati (e *non*) nella materia dell'illecito civile. In realtà, la trasformazione dell'art. 2059 (operata da questa stessa corte e della Corte costituzionale) in un vero e proprio art. 2059 *bis* c.c. era parso ai più *indiscutibilmente* funzionale, al di là di *questioni ormai meramente terminologiche*, all'individuazione di una terza (sotto) categoria di danno non patrimoniale, la cui esistenza e la cui autonomia appariva orami *poco seriamente contestabile*, al di là degli *apparenti ostacoli* (in realtà, di carattere *soltanto lessicale*) posti dalla sentenza n. 8827 del 2003, cit. […]", Cass. 25-2-2008, n. 4712, cit., c. 1453 (cors. agg.). Più che nei quesiti finali (cfr. *ivi*, c. 1456 e c. 1458), il tono univocamente orientato (e forse anche un poco indisponente) si manifesta proprio in questo inciso. Sovvengono, *ex multis*, le parole di Ponzanelli, G.: "La responsabilità civile e la perdita di scientificità", cit., p. 684: "Si rendono palesi i limiti strutturali dei giudici nel proporsi quasi alla stregua di legislatori che elaborino ed applichino regole, o quali *scienziati del diritto*" (cors. agg.). Sul punto, più di recente, si vedano Castronovo, C.: *Eclissi*, cit., pp. 87-88; Pardolesi, R.: "Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi", *Diritto & questioni pubbliche*, 2019, pp. 55-56; e Sassani, B.: "La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici", *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 60.

54 E, invero, una risposta forte era richiesta anche in relazione alle problematicità logiche contenute nell'ordinanza di rimessione: "Parlare perciò di un *tertium genus* del danno non patrimoniale *onde evitare illegittime duplicazioni di poste risarcitorie*, come fa l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, si rivela una contraddizione" (così Castronovo, C.: "Del non risarcibile aquiliano", cit., p. 347). Si veda anche Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite", cit., p. 45.

55 Cfr. i "due rilievi di ordine tecnico-giuridico del tutto condivisibili" individuati da Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., pp. 592-593.

56 Cfr. Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., pp. 110-111: "In assenza di reato, e al di fuori di casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona. […]. In questo caso, vengono in considerazione pregiudizi che, in quanto attengono all'esistenza della persona, per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti come esistenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno". Guardando ad alcune sentenze recenti, vanno richiamate le previsioni (il cui avveramento tutti si sarebbero dovuti ragionevolmente attendere) di Ponzanelli, G.: "La prevista esclusione del danno esistenziale", cit., p. 94: "Immagino, però, che i fautori di un tale orientamento [esistenzialista] non si rassegneranno facilmente alla scelta interpretativa accolta dalle sezioni unite […]". Cfr., inoltre, Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 609: "È facile profezia ritenere, infatti, che i sostenitori del danno esistenziale avranno buon gioco nel riportare lo spirito della sentenza al motto gattopardesco: *se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*".

Orbene, come si è avuto modo di meglio precisare in precedenza, in mancanza di un preciso e sicuro riferimento normativo di tipo primario a cui ricondurre il rinvio contenuto nell'art. 2059 c.c. (oltre a quelli legislativamente già previsti), l'operatore giuridico – al fine di estendere ulteriormente le occasioni risarcitorie – deve poter contare su un appoggio (rinvenibile in una fonte di rango superiore) che non si riveli fragile o – cosa ancor più importante – contestabile nel merito.

In tale ottica, la Costituzione – in virtù della sua concezione spiccatamente antropocentrica[57] – finisce con il costituire l'immediato appiglio di stampo integrativo a cui ricorrere per poter ovviare al summenzionato problema[58], così da poter ampliare le occasioni di tutela della persona e, al contempo, soddisfare il requisito del rinvio ad uno di quei "casi determinati dalla legge". Tuttavia, senza tralasciare gli indubbi pregi ascrivibili al dettato della Carta fondamentale, non si può non riconoscere che le disposizioni in quest'ultima contenute sono connotate, specialmente per la parte riguardante i diritti inviolabili della persona, da una non trascurabile genericità[59]. Ecco, allora, un nuovo punto che si aggiunge e si interseca con un altro già posto in evidenza: definire i contorni e il contenuto della nuova tipologia di pregiudizi non patrimoniali in relazione a norme generali e, in un secondo momento, analizzare e porre ordine nei rapporti tra quest'ultima e le tipologie cc.dd. «classiche» di danni non connotati da rilevanza economica.

In apertura si è fatto cenno alla discrezione e all'attenzione che il giurista deve adottare nel momento in cui è chiamato ad utilizzare – quasi in termini di immediata applicazione – le norme generali, i principi contenuti nella Costituzione, onde evitare di adottare un approccio operativo che finirebbe col risultare debordante.

Infatti, in tale frangente, non vengono in rilievo – com'è noto – solo i diritti inviolabili cristallizzati nei primi articoli della Parte I della Carta, ma assume una precipua importanza il generale (e, dunque, atipico) riconoscimento dei diritti inviolabili della persona contenuto nell'art. 2 cost. Ecco, quindi, il nodo cruciale, dalla cui concreta modalità di risoluzione sarebbe dipesa la successiva configurazione del sistema della responsabilità civile *sub specie* del danno non patrimoniale.

57 "È comprensibile, peraltro, che una Costituzione come quella italiana, da tutti riconosciuta a base personalistica, trovi facile invocazione ogni volta che ne vada della sorte delle persone": Castronovo, C.: *Eclissi*, cit., p. 95, il quale richiama un suo precedente lavoro (*Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. 1). Inoltre, cfr. sul punto, Busnelli, F. D.: "Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale", cit., p. 104.

58 Cfr., *supra*, note 29 e 46. *Contra*, Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 603, il quale ritiene che "la soluzione più adeguata al problema del risarcimento del danno non patrimoniale […] avrebbe dovuto essere l'abrogazione o la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2059 c.c.", in quanto "il rinvio operato dall'art. 2059 c.c. si indirizza sempre in via diretta alla sola legislazione ordinaria e soltanto in via indiretta alle disposizioni della Carta fondamentale" (*ivi*, p. 606).

59 Si veda Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 615: "La formulazione aperta della norma costituzionale comporta – a voler adoprare il canone ebraico – la possibilità per l'interprete di agire come ammonisce *Ben Bag Bag* nell'accostarsi alla Torah: *girala e poi rigirala, perché in essa si trova tutto*".

La Corte si orientò nel senso di un ragionevole compromesso.

La ragione potrebbe essere ravvisata nell'esigenza – segnalata, e di cui si è debitamente tenuto conto – di non procedere, per via giurisprudenziale, ad un vero e proprio «scardinamento» dell'impostazione normativa: difatti, qualora si fosse optato per un rinvio puro e semplice all'art. 2 cost. senza alcun tipo di limitazione, la natura tipica del risarcimento del danno *ex* art. 2059 c.c. sarebbe stata platealmente contraddetta (e la disposizione in parola surrettiziamente abrogata[60]).

Pertanto, non si contestò l'opportunità del rinvio ad una clausola generale, ma si posero due *caveat*: il primo, consistente nell'effettiva inviolabilità del diritto che si assume, per l'appunto, violato[61]; il secondo, consistente nella particolare serietà e gravità dell'offesa subita[62]. Così facendo, vengono attenuate, allo stesso tempo, tanto la atipicità contenuta nella formula che riconosce tutti i diritti inviolabili della persona (la quale, potenzialmente, potrebbe anche non conoscere limite), quanto la rigida (e, anche qui potenzialmente, insuperabile) tipicità dell'art. 2059 c.c.[63]: con l'ausilio di tali avvertenze, dunque, la relazione tra le due disposizioni può considerarsi orientata ad una reciproca convergenza, la quale, inoltre, si dimostra certamente aperta al progressivo riconoscimento (giurisprudenziale) di ulteriori situazioni meritevoli di tutela anche in considerazione del mutare del sentire comune, ma, di contro e apprezzabilmente, non conduce l'attività giurisdizionale fino al punto di adottare atteggiamenti che potrebbero essere assimilabili all'attività

60 Si veda, ancora, Busnelli, F. D.: "Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale", cit., p. 105: "Due sono, a mio avviso, i punti di partenza irrinunciabili per questo tentativo di approfondimento: l'imprescindibile esigenza di non stravolgere l'identità originaria della norma, che nasce con una chiara finalità selettiva dei danni non patrimoniali risarcibili; e l'esigenza, altrettanto imprescindibile, di estendere coerentemente la rilettura costituzionale della norma a tutti i suoi ambiti di operatività, esplicitamente definiti o implicitamente desumibili mediante interpretazione evolutiva".

61 Rileva Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", cit., p. 84: "Le sezioni unite del 2008, senza più alcuna incertezza, incentrano l'interpretazione adeguatrice alla Costituzione non solo dell'art. 2059 cod. civ., ma anche degli artt. 1223 e 1218 cod. civ., sulla categoria dei diritti inviolabili".

62 "Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui si sia superato il livello di tollerabilità e il pregiudizio non sia futile": Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 113. Sul punto, Grisi, G.: "Il danno (di tipo) esistenziale", cit., p. 445: "Notiamo che il principio di solidarietà, in passato per lo più valorizzato per ampliare il novero degli interessi atti a concretare in caso di lesione un danno ingiusto, si mostra ora funzionale alla delimitazione dei danni risarcibili" (condivide l'applicazione del principio di tolleranza Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 599, e, criticandone la limitazione ai soli pregiudizi di tipo non patrimoniale, ne auspica – con intento deflattivo – l'estensione anche ai danni di tipo patrimoniale); nonché, in un momento precedente tali pronunce, Navarretta, E.: "Art. 2059 c.c. e valori costituzionali", cit., p. 873. Cfr. allora la riflessione di Castronovo, C.: *Eclissi*, cit., pp. 42-43. Scognamiglio, C.: "Il sistema del danno non patrimoniale", cit., p. 268, discorre, con riferimento ad un contesto caratterizzato dalla scarsità di risorse, di una loro razionale allocazione, "al fine di porre rimedio alle lesioni veramente serie e di riparare i danni davvero apprezzabili e gravi".

63 "Parlare di un principio di tipicità dei danni non patrimoniali significa, dunque, evocare – e valorizzare – un processo di *tipizzazione*, ad opera del *diritto vivente* prima ancora che del *diritto vigente*, di alcuni modelli di danno non patrimoniale che le *sentenze gemelle*, e ancor più decisamente la Corte costituzionale, avevano provveduto a enucleare […]": così Busnelli, F. D.: "Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale", cit., p. 107.

legislativa *tout court* (ché, se così davvero fosse, l'attività giurisdizionale risulterebbe essere illegittima *in radice*).

Ed è proprio alla luce di questo passaggio motivazionale di natura schiettamente ermeneutica che le Sezioni Unite ribadiscono l'assoluta impossibilità di procedere ad una dissezione dell'unica categoria del danno non patrimoniale in "sottocategorie variamente etichettate"[64]: il rinvio contenuto nella norma codicistica può ritenersi soddisfatto anche mediante il (doveroso e non più rinnegabile) riferimento a disposizioni di tipo costituzionale, con l'avvertenza, però, che l'allentamento del vincolo della tipicità che ne deriva non può (e non deve) spingersi oltre il risultato interpretativo già raggiunto e poco sopra esposto (l'effettiva esistenza di un diritto inviolabile, nonché la serietà e la gravità della lesione) – cosa che, di contro, si verificherebbe qualora si ritenesse concettualmente ammissibile una nuova (e generica) categoria autonoma di danno.

V. I DIFFICILI RAPPORTI TRA LE TIPOLOGIE DI DANNO: FINO A QUANDO?

L'altra importante questione affrontata dal Supremo Collegio ebbe ad oggetto i rapporti intercorrenti tra le differenti tipologie di danno non patrimoniale riscontrabili in seguito ad una lesione[65], e ciò in quanto le difficoltà maggiori – com'è facilmente intuibile – si presentano proprio in tutti quei casi (invero la maggior parte, per non dire la quasi totalità) in cui l'azione lesiva abbia inciso non già (o non solo) su un preciso aspetto della vita del danneggiato, ma, invero, su una pluralità. Ecco perché la Cassazione, pur se non interrogata direttamente sul punto[66], si dimostrò ben consapevole dell'urgenza[67] di procedere alla trattazione (seppur non analitica – questo va riconosciuto) della questione.

64 Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 113. Scognamiglio, C.: "Il danno morale soggettivo", cit., p. 247, ritiene questa operazione interpretativa la "più coerente con la premessa teorica del valore giuridico e del rilievo normativo unitario della persona umana, affidati alla norma fondamentale dell'art. 2 Cost. […]".

65 Sul punto, e con riferimento alle *categorie* di danno, in senso moderatamente critico, Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", cit., p. 86: "le sezioni unite imputano le medesime [categorie tradizionali] a distinte fattispecie e conferiscono loro un contenuto tanto esteso da assorbire l'integralità del pregiudizio risarcibile […]". Si veda altresì Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 610: "alla proclamata unitarietà del danno alla persona e al suggello dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. non fa il paio la capacità del Supremo collegio di accantonare le categorie ricevute dalla fase precedente del dibattito sulla tutela aquiliana della persona […]".

66 Come già ricordato, i quesiti rivolti alle Sezioni Unite sono rinvenibili nella parte finale dell'ordinanza di rimessione (Cass. 25-2-2008, n. 4712, cit., cc. 1456-1458).

67 E ciò in ragione delle imprecisioni (non solo lessicali, ma anche concettuali) contenute in Cass. 31-5-2003, n. 8828, cit., c. 2291: "Ed è appena il caso di notare che il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, in quanto ontologicamente diverso dal danno morale soggettivo contingente, può essere riconosciuto a favore dei congiunti unitamente a quest'ultimo, senza che possa ravvisarsi una duplicazione di risarcimento". Su questo specifico punto, si vedano i rilievi di Franzoni, M.: "Il nuovo danno non patrimoniale", cit., pp. 463-464, e di Ponzanelli, G.: "La prevista esclusione del danno esistenziale", cit., p. 92.

La riflessione scaturì – specialmente in relazione all'operato dei giudici di merito – dall'intento di non offrire occasioni per riconoscere risarcimenti eccessivi, derivanti da un'errata concezione del contenuto che la singola voce di danno era (ed è) deputata a compensare: in definitiva, ciò che si temeva (e non a torto) era la duplicazione[68] – se non peggio – del risarcimento.

La prima questione considerata riguarda i rapporti tra il danno morale e le altre tipologie di danno. E del resto, proprio all'interno di quella *ring composition* evocata più sopra, non sarebbe potuto essere diversamente: il danno derivante da un fatto configurabile, anche solo astrattamente[69], come reato è stato il primo a trovare riconoscimento e, pertanto, pare condivisibile la scelta di porlo all'inizio della riflessione.

Orbene, le conseguenze del fatto lesivo astrattamente sussumibile in una fattispecie penalmente rilevante vengono osservate da un punto di vista che tiene conto di quel peculiare fattore che potremmo chiamare «degenerazione»: la Corte, a tal riguardo, adotta – contrariamente a quanto sostenuto successivamente da taluni critici[70] – una prospettiva di tipo empirico[71], volta, cioè, alla ricostruzione analitica, al fine di una compiuta classificazione giuridica, dei rapporti tra i tipi di danno in considerazione dell'effettiva incidenza degli stessi sulla vita dei danneggiati.

Lo *stato* della sofferenza, dunque, costituisce il concetto cardine del quale risulta necessario appropriarsi al fine di comprendere correttamente lo schema ricostruttivo fatto proprio dalle Sezioni Unite.

Ed è appunto ipotizzando il verificarsi di un simile evento dannoso (come sopra meglio definito) che la Corte avvia la sua riflessione. A tal riguardo, e in primo luogo, viene preso in considerazione il caso in cui l'*eventus damni* abbia provocato

68 Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", cit., p. 86.

69 Scognamiglio, R.: "Il danno morale", cit., pp. 306-307. Cfr. Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 107, nonché il precedente a Sezioni Unite esplicitamente richiamato, Cass. s.u. 6-12-1982, n. 6651, *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1155, con nota di Cossu, C.: "Imputabilità e risarcimento del danno non patrimoniale".

70 In questa sede, sia consentito limitarsi alla citazione di un passo dell'audizione sul d.d.l. c.d. *Bonafede* del consigliere Travaglino alla Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 7 settembre 2016 (reperibile sul sito istituzionale): "Il problema di fondo (questo a mio avviso è il merito fondamentale di questo progetto di riforma) che viene risolto è, finalmente, una definizione fenomenologica del danno alla persona. Mi spiego: ci sono state definizioni, arresti giurisprudenziali anche di Sezioni Unite, ma, soprattutto, grandissime oscillazioni, a mio sommesso avviso dovute al fatto che le categorie giuridiche a un certo punto hanno dimenticato la fenomenologia della sofferenza. Quando le Sezioni Unite del 2008, con le famose sentenze di San Martino, hanno scritto che la categoria del danno morale andava definitivamente abbandonata perché priva di solide basi giuridiche, hanno trasformato una realtà fenomenica in una categoria giuridica a dir poco discutibile" (p. 3). Ecco, di fronte a tale affermazione non si può non fare pronto ricorso alla letteralità dei passaggi delle sentenze *supra* citati (cfr. nota 44): la Corte non ripudia il danno morale in sé e per sé considerato, ma la sua limitazione temporale (e sono due cose ben diverse).

71 "Infine, le sezioni unite rompono il velo del formalismo nominalistico delle voci di danno e spingono a guardare al contenuto effettivo del pregiudizio da risarcire": così Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", cit., p. 89. Precedentemente, anche Ponzanelli, G.: "Le tre voci", cit., p. 11, aveva auspicato un sforzo dottrinale in senso antinominalistico.

al soggetto leso «solo» (si fa per dire) una sofferenza di tipo c.d. interiore, una sofferenza che, però, deve essere intesa nella sua «nuova» formulazione – e quindi priva di qualsivoglia limitazione temporale[72]: in questo caso, possiamo dire che il danno ha coinvolto unicamente la sfera interna del soggetto e non è sfociato – secondo le parole della Corte – in "degenerazioni patologiche della sofferenza"[73]. Pertanto, si è in presenza di un soggetto che ha certamente subito un pregiudizio a seguito di quello specifico accadimento; tuttavia, tale lesione non è giunta ad un punto tale da ripercuotersi negativamente su altri aspetti della vita, né tantomeno sull'integrità psico-fisica.

La precisazione appena fatta pare opportuna, in quanto, in sua mancanza, si potrebbe avere l'impressione che chi scrive sia caduto vittima di quello stesso errore dal quale inizialmente aveva messo in guardia, e cioè la banalizzazione della sofferenza che non comporta lesioni psico-fisiche medicalmente accertabili.

In realtà, non si vuole in nessun modo sostenere che questo tipo di patimento subito da un soggetto sia una forma «minore» (o «inferiore») di pregiudizio o che, anche in casi di intensità rilevante e/o di considerevole durata, nulla cambi dal punto di vista pratico del risarcimento; anzi, è vero l'esatto contrario.

Ciò che si vuole mettere in luce è il fatto che l'incidenza negativa, in termini di intensità o di durata (e su questo fattore si tornerà *infra*), rileva ai fini della quantificazione della somma da corrispondere a titolo risarcitorio (o meglio, compensativo) al danneggiato: una lesione che sia stata particolarmente intensa o i cui strascichi si protraggano per un tempo notevole non è certamente più importante o maggiormente meritevole di tutela rispetto ad una lesione che sia stata meno intensa o che il soggetto leso abbia «metabolizzato» in un tempo minore rispetto ad altri[74]; e lo stesso discorso vale anche per quella sofferenza che non abbia subito una degenerazione idonea a compromettere l'integrità psico-fisica del soggetto leso: essa non è meno importante del danno biologico (ed è bene specificarlo, onde precisare come, in nessun modo, quest'ultimo possa essere visto quale pregiudizio «assiologicamente nobile» all'interno del panorama della responsabilità civile: è semplicemente uno tra i varî tipi di pregiudizi alla persona), ma ha solo prodotto conseguenze differenti rispetto ad una lesione arrecata all'integrità psico-fisica.

72 Cfr., *supra*, nota n. 44. Si veda, inoltre, Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 611: "Va però detto […] che il ricorso alle categorie vecchie per descrivere una situazione nuova è un passaggio tipico di tutte le fasi di transizione ed è suggerito dall'esigenza di una piena intelligibilità da parte di un pubblico fortemente pervaso dalle nozioni che il nuovo corso intende ripudiare".

73 Cfr. Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 116.

74 "Occorre esplicitare nella singola fattispecie se il danno si esaurisce con l'impatto emotivo negativo o se vi sia una proiezione nel tempo sull'esistenza della vittima e, in tal caso, si deve rendere palese in quale proporzione si sia tenuto conto dell'impatto emotivo più immediato rispetto all'insieme di sofferenze e di peggioramento della qualità della vita che invece si protraggono nel tempo": così Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", cit., p. 87.

Orbene, il fattore della degenerazione costituisce, in queste situazioni, *l'aspetto* per antonomasia sul quale il giudice di prime cure è chiamato a concentrarsi ai fini di una corretta quantificazione risarcitoria.

Infatti, qualora la sofferenza permanga per un tempo considerevole (ipoteticamente anche per l'intera esistenza residua del soggetto leso) oppure, per la sua particolare intensità, sfoci in una lesione dell'integrità psichica della vittima, il giudice dovrà valorizzare (si legga, apprezzare) questi particolari elementi per poter determinare più precisamente il *quantum* monetario dell'obbligazione risarcitoria.

Inoltre, come si è rilevato nel par. precedente, bisogna tenere in considerazione, proprio con riguardo a tale modalità valutativa, l'inopportunità (per non dire l'erroneità *tout court*) di procedimenti quantificatori che si basino su rigide e asettiche ripartizioni tra differenti categorie di danno[75]: e ciò perché, in tal modo, si finirebbe per indurre il giudice a quantificare autonomamente ogni singolo segmento del

75 Obiettivo che, invece, apertamente si prefiggono tutte quelle sentenze che basano i loro ragionamenti su elementi normativi (asseritamente dirimenti), così da giungere all'affermazione dell'autonomia delle categorie di danno (nel caso, morale). Non si può qui ripercorre interamente il susseguirsi di tali sentenze, ma ci si limiterà a richiamare tali dati normativi: essi sono i d.p.r. 3-3-2009 n. 37 e 30-10-2009 n. 181, nonché la modifica, a opera della l. 4-8-2017 n. 124, degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni. Circa il primo elemento, non si può che concordare integralmente con l'attento rilievo di Scognamiglio, C.: "Il danno morale soggettivo", cit., p. 251: "Non è certo possibile enfatizzare oltre misura il significato di tali dati normativi, affatto settoriali e neppure riferiti specificamente […] ad un contesto di responsabilità civile in senso proprio; tanto più che la formulazione degli stessi risente, all'evidenza, del linguaggio della prassi giurisprudenziale largamente accreditata fino alle sez. un. dell'11.11.2008 (e, come si è visto, in buona parte sopravvissuta anche a queste ultime)". Per quanto concerne, invece, il secondo elemento, giova la lettura della relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 3012 (reperibile sul sito della Camera dei Deputati), in cui è esplicitamente affermato che la novella degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni muove "dalle linee interpretative rese dalla Suprema Corte di cassazione a sezioni unite (la massima espressione della nomofilachia), che in alcune sentenze del 2008 ribadì il carattere unitario del danno non patrimoniale in caso di lesioni della salute, individuandolo nella categoria onnicomprensiva del danno biologico. […] Tale orientamento necessita di recepimento normativo in quanto la disciplina settoriale vigente […] fu concepita prima del delinearsi di tale definitiva classificazione e per gli aspetti economici risulta pertanto deficitaria della componente di danno non patrimoniale riferita alla sofferenza soggettiva". Cfr., inoltre, Castronovo, C.: "Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni", *Danno resp.*, 2019, p. 19: è "vero che al contrario del vecchio, il nuovo testo fa parola di danno morale, ma precisamente per incapsularlo nel modello tabellare. Non è estinta, né potrebbe esserlo, la categoria del danno morale, ma questo ha perso la sua autonomia risarcitoria […]". Orbene, in relazione a quest'ultimo elemento normativo e a quanto su di esso si è detto, possono trarsi alcune conclusioni. La prima è la necessità di non equivocare il termine *componente*, ritendendolo erroneamente un semplice sinonimo di categoria *autonoma*. La seconda è la presa d'atto della lentezza del legislatore nel procedere alla (solo eventuale) ricezione degli esiti interpretativi giurisprudenziali: mentre le Tabelle milanesi, in seguito alla famosa pronuncia, sono state rapidamente aggiornate [cfr. la prima pagina dei "Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psico-fisica e dalla perdita – grave lesione del rapporto parentale" formulati dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano e trasmessi in allegato alla nuova edizione (anno 2018) delle Tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale] per liquidare congiuntamente (passando così dal punto c.d. *debole* al punto c.d. *pesante*) i pregiudizi che, in precedenza, erano liquidati separatamente (e in frazioni del danno biologico), il legislatore ha impiegato quasi due lustri per procedere in tal senso. Infine, non si dovrebbe essere tentati di far leva – per confutare quanto appena riferito – sulla differenza tra l'originaria formulazione del d.d.l. (in cui l'apprezzamento della sofferenza, di particolare intensità, era rimesso al giudice sia nei casi di micro- che di macro-lesioni) e quella definitiva (in cui l'apprezzamento della particolare sofferenza è rimesso al giudice solo per le lesioni di lieve entità, mentre, per quelle di non lieve entità, si prevede un incremento percentuale e progressivo al crescere della percentuale di invalidità) che ha portato alla modifica dei già citati articoli. Invero, maggiormente apprezzabile, in un'ottica di tutela della persona, la versione finale, in quanto non richiede, per le macro-lesioni, una *particolare* sofferenza, ma prevede (sempre seguendo la verosimiglianza della ricostruzione

pregiudizio, rischiando di fargli perdere la visione globale della vicenda concreta e finendo, di conseguenza, con il risarcire più volte un medesimo aspetto del danno subito (in quanto un aspetto del danno potrebbe collocarsi tra un «segmento» e l'altro e, in siffatta ottica partizionista, si correrebbe concretamente il rischio che esso venga preso in considerazione in entrambi i segmenti); non si potrebbe quindi escludere che, procedendo in tal senso, si finisca con l'attribuire al soggetto leso una cifra, derivante dalla sommatoria dei risarcimenti per i singoli tipi di (o meglio, voci della) lesione, che risulti eccessiva rispetto a quella che, invece, sarebbe stata determinata mediante l'osservazione e l'analisi unitaria dell'intera vicenda.

Analizzare l'intera vicenda nel suo complesso non vuol dire sottovalutare o, peggio ancora, non considerare le peculiarità del caso concreto, e dunque i singoli fatti o gli avvenimenti tipici di *quella* situazione, ma vuol appunto dire che, di tali peculiarità, il giudice dovrà scrupolosamente tenere conto, vuoi nel suo percorso argomentativo contenuto nella parte motiva della sentenza, vuoi nella determinazione della somma indicata nel dispositivo della sentenza stessa.

Di talché, sarà possibile dare rilevanza alle due variabili cui si è fatto poc'anzi riferimento, e cioè l'intensità e la durata della sofferenza.

L'intensità della sofferenza è strettamente connessa al tema della degenerazione patologica della stessa. Pare cosa ovvia affermare che ogni soggetto può avere una reazione differente rispetto al patimento provocato da eventi lesivi astrattamente assimilabili in ragione delle loro potenzialità offensive, per il contesto in cui si verificano o per le modalità con cui sono compiuti[76]. Pare, altresì, cosa ovvia sostenere che, in caso di sofferenza particolarmente intensa (e più o meno duratura), il soggetto ben potrà andare incontro ad alterazioni psichiche tali da comprometterne l'integrità. Meno ovvia, forse, l'individuazione del punto di raccordo delle relazioni intercorrenti tra il momento in cui vi è «solo» la sofferenza e il momento in cui tale sofferenza degenera in una patologia. A dire della Corte, in questo caso, "si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente"[77].

Si può ritenere che l'affermazione della Corte sia stata dettata da un giudizio di verosimiglianza circa la necessaria ricomprensione (e apprezzamento), in sede di perizia medico-legale, della sofferenza psichica patita dal danneggiato nella

di stampo empirico adottata dalle Sezioni unite) che quest'ultima sia comunque presente e aumenti con l'incremento dei postumi invalidanti.

76 Esemplificativa la differenza tra dolo e colpa: un evento commesso con dolo e uno commesso, invece, con colpa non possono non destare nel soggetto che ha subito l'offesa una reazione emotiva (e, dunque, una sofferenza) sicuramente differente (maggiore nel caso di illecito doloso).

77 Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 116. In senso critico, Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite" cit., p. 42; nello stesso senso Ziviz, P.: "La "questione morale", cit., p. 1794.

percentuale di invalidità causata dalla sofferenza medesima: dunque, pensare che un medico, chiamato a valutare la sussistenza di un pregiudizio empiricamente riscontrabile, ed essendo in possesso degli elementi necessarî, non tenga conto, nella sua valutazione, della molteplicità di cause che hanno generato, prima, la sofferenza psichica, e, successivamente, la compromissione dell'integrità psichica del soggetto leso, appare per lo meno improbabile[78]. Tuttavia, in questo caso, e cioè qualora si decida di richiedere il risarcimento del danno biologico derivante dalla degenerazione della sofferenza che ha compromesso l'integrità psichica del soggetto, si correrà il rischio di non vedere sufficientemente valorizzata questa «parte» della sofferenza, specie nei casi in cui essa sia stata particolarmente intensa e sembri costituire l'elemento "principale" del pregiudizio subito.

Ma allora, a ben vedere, la questione è un'altra. Mi riferisco, cioè, alla scelta della linea difensiva da parte dell'avvocato che assiste il danneggiato. Infatti, senza alcuna ombra di dubbio, una perizia medico-legale agevola la parte nell'assolvimento dell'onere della prova e fornisce al giudice un elemento sul quale poter fondare il proprio convincimento e, di conseguenza, la decisione. Però, a questo vantaggio, si contrappone uno svantaggio, specie in tutte quelle situazioni in cui i punti di invalidità non risultano essere molti: un *quantum* risarcitorio, calcolato mediante l'utilizzo delle apposite Tabelle, non poi così elevato, e ciò a fronte, invece, di una sofferenza, come visto, assai intensa[79].

78 Sia qui consentito anticipare una breve considerazione – che risulterà utile in seguito – sui rapporti tra danno biologico e sofferenza. Le sofferenze che il soggetto leso patisce nel periodo che si colloca tra il momento in cui si è verificato l'evento lesivo e quello in cui le conseguenze si sono *stabilizzate* (ed è, dunque, possibile procedere all'attribuzione della percentuale di invalidità) non sono prive di tutela; al contrario, questo intervallo temporale sembra essere perfettamente idoneo per poter apprezzare le sofferenze fisiche (e non) che, in aggiunta alla impossibilità di attendere alle proprie quotidiane mansioni, il danneggiato abbia patito: il riferimento, ovviamente, è ai pregiudizi *temporanei* (inabilità temporanea totale o parziale, note le sigle ITT e ITP). Una precisazione, a scanso di equivoci. Non si giochi – anche qui – erroneamente sul senso strettamente letterale del termine *inabilità*, siccome sono le stesse tabelle milanesi a prevedere il risarcimento del più generale (ed onnicomprensivo) "danno non patrimoniale per un giorno di inabilità assoluta", rivisitando i "valori in passato liquidati a titolo di c.d. danno biologico e morale temporaneo" e "proponendo una liquidazione congiunta dell'intero danno non patrimoniale *temporaneo* derivante da lesione alla persona": così i "Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale", cit., p. 3. In tal modo, il risarcimento per i pregiudizi temporanei risulta essere comprensivo di tutte le varie componenti non patrimoniali.

79 Il consigliere Travaglino, nella sua prima audizione alla Camera dei Deputati sul d.d.l. c.d. *Bonafede*, svoltasi il 12 marzo 2014 (e il cui resoconto stenografico è reperibile sul sito della Camera), porta l'esempio di un soggetto che abbia subito una violenza sessuale: "Immaginate, in un caso di violenza sessuale, di dire alla donna che l'ha subita che ha diritto a sei punti di danno biologico – i medici legali mi dicono che sono queste più o meno le punteggiature [*sic*] di liquidazione – e che il suo danno morale è compreso nel danno biologico. Chiedo ai presenti chi si sentirebbe di scrivere una cosa del genere" (p. 6). Orbene, la considerazione che segue (e che anticipa – con riferimento all'esempio concreto – le riflessioni che saranno poco più oltre formulate in termini generali) è dettata da semplice ragionevolezza: un soggetto di 25 anni (l'età è stata scelta a caso, ma, con il suo innalzarsi, come noto, diminuirebbe l'importo) a cui sono stati riconosciuti 6 punti di invalidità otterrebbe – per la sola lesione invalidante già *personalizzata* al massimo – poco più di 16.000 €. Ammettiamo pure che questa persona ottenga soltanto 16.000 €: ciò che qui risulta errato è proprio la scelta iniziale del legale di incanalare l'intera vicenda risarcitoria nell'ambito del danno biologico, per poi avanzare, successivamente, e infondatamente, querimonie circa l'ammontare del risarcimento e la modalità di riparto, tra le singole voci, di quella somma. E tuttavia deve pur segnalarsi come, nel nostro ordinamento, non sia affatto preclusa al giudice la possibilità di discostarsi – motivandone la scelta – dalla somma determinata sulla base delle tabelle, così da far ritenere del tutto insussistente il problema; poi, certo, va anche subito soggiunto che si è ben consci del fatto che una siffatta circostanza non

Sarà l'avvocato della parte danneggiata, dunque, che dovrà richiedere, a piena tutela del proprio assistito, il risarcimento del pregiudizio derivante da una sofferenza intensa e perdurante, adducendo tutti gli elementi di fatto che connotano in maniera peculiare la vicenda e fornendone una descrizione quanto più dettagliata possibile, potendosi avvalere di tutti i mezzi di prova ammessi dall'ordinamento[80].

Così facendo ci si espone certamente al rischio che, in caso di insufficiente allegazione degli elementi di fatto, il risarcimento sia minore, ma si può anche dare il caso (e, invero, ciò non appare poi così irrealistico) che il giudice, non essendo vincolato da una perizia dalla quale difficilmente tenderà a discostarsi (e godendo, dunque, di un margine di manovra decisamente più ampio), liquidi somme maggiori rispetto a quelle che avrebbe concesso in presenza della perizia, siccome, in questo caso, il pregiudizio principale patito dal soggetto leso è costituito dalla sofferenza provata in un determinato momento e che si dipana nel tempo (e come tale non è

sia poi così frequente, nella pratica giudiziaria, specie in ragione del maggior onere motivazionale richiesto al giudice. Ma questo rilievo non inficia l'osservazione svolta. Del resto, la scelta di far assorbire all'interno del danno biologico ogni pregiudizio non patrimoniale subito dalla persona potrebbe risultare idonea nei casi in cui il danneggiato lamenti ulteriori conseguenze traumatiche (ovvero psichiche) medicalmente accertabili, e tali da far aumentare i punti di invalidità; in caso contrario, lo si ribadisce, questa scelta è tecnicamente sbagliata. In prospettiva più generale, maggiormente opportuno, invero, sarebbe allora richiedere il risarcimento di un pregiudizio non patrimoniale derivante da reato (non più temporalmente limitato) senza soffermarsi in *dissezioni* nominalistiche del danno [cfr., sul punto, Ponzanelli, G.: "Tabelle", in AA. VV.: *Studi in onore di Antonio Gambaro, Vol. II*, Milano, 2017, pp. 1654-1655], ma descrivendo i fatti così come si sono svolti (i casi di cronaca parlano di soggetti coartati attraverso minacce, spesso malmenati e poi violentati, a volte anche con ripresa audiovisiva degli eventi) e le ripercussioni subite (sofferenza fisica e psichica anche duratura, vergogna per quanto si è subito, difficoltà a riprendere la propria vita quotidiana, a relazionarsi con gli affetti e con le persone con cui si hanno legami sentimentali, etc.). Pertanto, la domanda del consigliere Travaglino, in considerazione di quanto appena detto, potrebbe così riformularsi: *si chieda ai vari giudici nazionali chi tra loro sarà disposto a non riconoscere al soggetto leso un importo superiore a quei già menzionati 16.000 €*. Infatti, Rizzo, N.: "Danno morale e quantificazione del risarcimento attorno al pregiudizio considerato prevalente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1085, rileva che "la configurazione unitaria della categoria del danno non patrimoniale non si risolve nella negazione dei tipi di conseguenze individuati dalla prassi e dalla dottrina, bensì in una razionalizzazione della riparazione attorno alla conseguenza considerata prevalente".

80 Merita di essere riportato un passo finale della sentenza (Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 117): "Per quanto concerne i mezzi di prova, per il danno biologico la vigente normativa (D. Lgs. n. 209 del 2005, artt. 138 e 139) richiede l'accertamento medico-legale. […] Per gli altri pregiudizi non patrimoniali potrà farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva. Attenendo il pregiudizio (non biologico) ad un bene immateriale, il ricorso alla *prova presuntiva* è destinato ad assumere *particolare rilievo*, e potrà costituire *anche l'unica fonte* per la formazione del convincimento del giudice, *non* trattandosi di mezzo di prova di rango *inferiore ad altri* […]. Il danneggiato dovrà tuttavia *allegare tutti gli elementi* che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto" (cors. agg.). Cfr. Scognamiglio, C.: "Il danno morale soggettivo", cit., p. 250: "se dovessero consolidarsi gli orientamenti dei quali si è fin qui fatto cenno, l'impatto applicativo più significativo del *grand-arrêt* delle sez. un. finirebbe col cogliersi sul piano delle tecniche di formulazione della domanda giudiziale, non più bisognosa della elencazione analitica delle singole voci di danno, ma sufficientemente specificata attraverso la richiesta *tout court* del risarcimento del danno non patrimoniale: ferma sempre restando la necessità di allegazione e prova, sia pure presuntiva, delle singole perdite non patrimoniali lamentate". Molto interessante l'accurata analisi, che si giova anche di studi empirici di cui non si può qui dar conto, di Benatti, Francesca: "La difficile quantificazione del danno non patrimoniale", *Nuovo dir. civ.*, 2018, p. 113: "Complessa è la definizione dei parametri utilizzati nella quantificazione del danno non patrimoniale. In tale contesto un aiuto è fornito dagli studi sui meccanismi psicologici che guidano i processi di determinazione. Un effetto ormai accertato è quello della fusione in base al quale quantificazione del danno dipende, innanzitutto, dalla gravità della condotta e dalla forza delle prove piuttosto che sulla perdita effettiva subita dall'attore".

medicalmente accertabile in sede di perizia): dunque siamo di fronte al c.d. danno morale e non, invece, a quello biologico.

Ovviamente, siffatto meccanismo comporta che la parte attrice assuma su di sé il peso (e dunque anche la responsabilità) della scelta della strategia sulla base della quale impostare la lite, specie sotto il versante probatorio, ma comporta anche indubbi benefici: come già detto, la possibilità di un risarcimento maggiore e, cosa non meno importante, un risparmio economico già nella fase processuale.

Il punto di vista adottato ai fini della ricostruzione dei rapporti tra la sofferenza e la sua degenerazione patologica sembra applicabile, a parere di chi scrive, anche in quelle situazioni connotate da una sofferenza che esplica le sue concrete conseguenze nel rapporto tra soggetto leso e altri soggetti. Il riferimento, come noto, è all'aspetto dinamico-relazionale del pregiudizio.

Orbene, tali conseguenze possono verificarsi in un momento talmente ravvicinato con quello della lesione da poter essere, di fatto, ritenute coincidenti – a livello meramente temporale, giova ribadirlo – con la lesione stessa, oppure in un momento ad essa successivo. Tuttavia, nulla cambia, dal punto di vista della ricostruzione concettuale: siamo sempre in presenza di un patimento, il quale, rispetto a quella sofferenza che potremmo definire «pura e semplice», esplica conseguenze ulteriori sotto il profilo intersoggettivo. E il momento in cui tali conseguenze si verificano non influisce sulla qualificazione – non essendo più il danno c.d. morale costretto entro gli angusti confini della transitorietà e della contingenza –, ma solo sulla determinazione dell'ammontare del risarcimento.

Di più. Tale ulteriore rilievo permette di comprendere perché la riconduzione di siffatti pregiudizi al danno c.d. esistenziale risulti priva di pregio: la compromissione dei rapporti con gli altri soggetti o la modificazione radicale delle proprie abitudini di vita, nel caso si verifichino in concomitanza con l'evento lesivo, null'altro è che una lesione, maggiormente significativa, arrecata alla sfera della persona nel suo complesso; nel caso, invece, in cui queste conseguenze pregiudizievoli si verifichino in un momento temporalmente distanziato rispetto all'evento, tali ipotesi rappresenteranno, appunto, una conseguenza di quella sofferenza che non solo non riesce ad essere metabolizzata dal danneggiato, ma permane in quest'ultimo e compromette, a diversi livelli, le attività realizzatrici della persona umana. E anche questi sono elementi di fatto che il giudice è chiamato a valutare e ponderare nello svolgimento della sua attività.

Le considerazioni appena svolte consentono, inoltre, di apprezzare, da un punto di vista speculare, i rapporti tra i differenti tipi di pregiudizio nel caso in cui l'evento lesivo scaturisca da un fatto che non sia configurabile come reato: la situazione cui si fa riferimento, come noto, è quella del danno c.d. esistenziale.

Anche a questo proposito, prima di procedere oltre si rende necessaria una precisazione lessicale, se non altro per chiarire maggiormente le coordinate concettuali del discorso. La precisazione in questione è stata fatta direttamente dal Collegio, nella parte della sentenza in cui si legge che solo "per comodità di sintesi" i patimenti sopra citati "possono essere descritti e definiti come esistenziali", "in quanto attengono all'esistenza della persona"[81].

Alla luce di ciò e di quanto sopra esposto, appare evidente come la sofferenza costituisca, anche in questo frangente, l'elemento fondamentale di ogni riflessione: la perdita di un familiare genera, nei congiunti, una sofferenza che può fin da subito sconvolgere la vita e le dinamiche relazionali, ma può ben darsi che la sofferenza sia inizialmente «repressa» e soffocata dalla prosecuzione della vita come vissuta fino al momento della lesione, quasi per inerzia, e che, solo in un momento successivo, il perdurare di quella sofferenza che non si riesce a superare si ripercuota sulle abitudini di vita, sconvolgendole, dei parenti del defunto[82]. Dunque, potremmo dire, un «ritorno del represso» meritevole di tutela.

Ed è qui che viene in taglio la ricostruzione che si era precedentemente prospettata con riguardo al danno c.d. morale: tutti questi fattori non incidono sul «grado» di dignità (o, come spesso è dato leggere, sulla differenza dei pregiudizi) di un tipo di sofferenza rispetto ad un altro, bensì sul versante del *quantum damni*.

Possono allora richiamarsi le precedenti osservazioni circa l'opportunità di prospettare (come per il danno c.d. morale) quelle degenerazioni patologiche della sofferenza, nei casi in cui quest'ultima, in ragione della sua particolare intensità, sfoci in una compromissione medicalmente accertabile dell'integrità psico-fisica (danno biologico).

VI. (SEGUE) IL DANNO BIOLOGICO: QUANDO LA PREVEDIBILITÀ È VISTA COME UN LIMITE.

L'ultima figura di danno che rimane da analizzare è quella del danno biologico. Come si è già avuto modo di evidenziare, la Corte non si è soffermata in maniera analitica su questa figura, ma, da alcuni significativi incisi contenuti nella parte

81 Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 111. Di talché, non si comprende sulla base di quali ragioni dalla valenza descrittiva si possa arrivare a dedurre addirittura una *ontologica differenza* tra le diverse tipologie di danno, come predicato, invero, da Zivi, P.: "La fallacia del principio onnicomprensivo", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1737: "Va, in effetti, osservato che – nel momento in cui si afferma che le varie voci del pregiudizio rivestono valenza descrittiva – si riconosce che le stesse riguardano compromissioni di differente natura: le quali, pertanto, si differenziano le une dalle altre sul piano ontologico".

82 "Il sintagma *danno esistenziale* può, infatti, anche sopravvivere per effetto di una sorta di radicamento nella coscienza del ceto dei giuristi ed oramai anche nell'immaginario collettivo; ma deve essere chiarito che tale etichetta rimane svuotata del suo originario contenuto […]. È proprio questo il maggior merito della pronuncia a Sezioni unite […]": così Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 598.

motiva, è possibile ricavare spunti ricostruttivi sui quali pare opportuno spendere qualche parola.

Il primo inciso è già stato precedentemente richiamato quando si è parlato di danno c.d. morale[83]; il secondo, invece, è del seguente tenore: nel danno biologico, "per consolidata opinione, è ormai assorbito il c.d. danno alla vita di relazione"[84].

Orbene, in questo caso, più che di rapporti tra le singole tipologie di danno, il problema che si incontra nella ricostruzione sistematica del danno biologico è, più propriamente, quello della «continenza»[85].

E, in stretta relazione con questo problema, si pone quello della quantificazione: infatti, la possibilità di riscontro empirico della lesione subita comporta, da un lato, il vantaggio della minor discrezionalità del giudice nell'accertamento del pregiudizio, e, dall'altro, il rischio che tale vantaggio sfoci in una eccessivamente rigida (e quindi insoddisfacente) predeterminazione delle somme che possono essere attribuite a titolo satisfattivo per le diverse voci di danno.

Proprio in riferimento a questi ultimi fattori sono sorte le maggiori problematicità: è necessario, dunque, capire cosa si intenda per danno biologico, quali siano le tipologie di pregiudizi a esso riconducibili e, di conseguenza, comprendere la reale portata dei meccanismi elaborati per la liquidazione del danno.

Circa la prima questione – e cioè il contenuto della nozione "danno biologico" –, un aiuto (per non dire un vero e proprio elemento dirimente) proviene dalla definizione di tale fattispecie che il legislatore ha voluto fornire nel 2005[86] e che così recita: "per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato […]".

In essa viene dunque posto in risalto il rapporto tra il danno biologico e quello c.d. dinamico-relazionale; rapporto che, poco sopra, si è preferito chiamare

83 Cfr., *supra*, § 5 e nota n. 77.

84 Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 116. Cfr., sul punto, di Majo, A.: "Sopravvive il danno morale?", cit., p. 59.

85 Cfr. Grisi, G.: "Il danno di tipo esistenziale", cit., pp. 409-410: "Ove fonte del danno sia una lesione psicofisica, è certa – e merita di essere sottolineata – l'attitudine (attiva) all'assorbimento dalle s.u. riconosciuta al danno biologico, la cui *portata tendenzialmente omnicomprensiva* trova conferma nella definizione normativa adottata dal d.lgs. 209/2005"; "cosa muova le s.u. a porre l'accento su tale meccanismo di assorbimento è presto detto, trattandosi di null'altro che del timore di evitare duplicazioni o moltiplicazioni delle poste risarcitorie, lo stesso che è alla base dell'affermazione dell'unicità (ed unitarietà) della categoria del danno non patrimoniale e dell'ostracismo manifestato verso il danno esistenziale" (*ivi*, p. 411). Parla di assorbimento anche Ziviz, P.: "La "questione morale"", cit., p. 1789: "emerge un rapporto tra danno morale e danno psichico configurato secondo la logica dell'assorbimento".

86 Cfr. artt. 138-139, d.lgs. 209/2005.

rapporto di continenza: il danno biologico è una lesione dell'integrità psico-fisica; il bene leso è quello della salute e le ulteriori conseguenze sulla vita del soggetto che derivano da questa lesione sono una sua *esplicazione* (che può essere più o meno intensa), *non già* la sua *essenza*.

Da questa semplice precisazione testuale possono trarsi due importanti corollari.

Il primo. Non colgono nel segno tutte quelle ricostruzioni o affermazioni secondo cui il danno biologico consisterebbe in un pregiudizio solamente di tipo morale o dinamico-relazionale[87]. In tal modo, infatti, si finirebbe col ritenere concettualmente ammissibile la paradossale situazione in cui si verifica una lesione

87 Se non ci si inganna, pare essere in effetti questa la linea che il consigliere Travaglino ha fatto propria e sostenuto fortemente fin dai momenti successivi alle pronunce a Sezioni Unite. Si veda, ad esempio, Travaglino, G.: "Il futuro del danno alla persona", *Danno resp*., 2011, p. 113, in cui si può leggere che "la realtà (quella pre-giuridica), la *verità* del danno alla persona è diversa. Il danno alla salute non è altro che danno derivante dalla lesione di uno dei diritti (interessi/valori) costituzionalmente tutelati" (*ivi*, p. 114): in base a tale lettura, si dovrebbe giungere ad "una più sana prospettiva di analisi [la quale] non può che muovere, sul piano naturalistico, onde trasfonderne le conclusioni nell'orbita di una concezione giusnaturalistica [!] del danno, dalla relazione tra lesione e sofferenza. La lesione dei diritti della persona (alla sua serenità, al suo equilibrio, alla sua *felicità*: in una parola di sintesi, alla sua dignità umana) ne incide, più o meno profondamente, l'animo, i sentimenti, il vissuto, il vivibile. E suscita, pur nella unicità dei riflessi dolorosi, una duplice, disomogenea conseguenza: il dolore, la sofferenza, interiore e interiorizzata […]; e poi ancora la propria percezione e proiezione nel mondo esterno, il suo vivere modificato (e talvolta stravolto in svivere [*sic*]), il mondo delle relazioni esterne con un reale "altro da sé"" (*ivi*, p. 116). Donde l'"irredimibile equivoco del danno biologico, l'essere tramutato in categoria giuridica e non naturalistica, che conosce, tra i due momenti e i due aspetti della sofferenza, una terza dimensione, il danno alla salute medicalmente accertabile, la lesione fisica […] cui consegue (può conseguire: ma può anche non conseguire affatto) un danno morale e un danno relazionale" (*ivi*, p. 117). Pertanto, "non di tripartizione di fattispecie, non di unitarietà di categorie, non di aspetti meramente descrittivi sarà allora ancor lecito discorrere, volta che, nella lesione della salute come di tutti gli altri diritti costituzionalmente protetti, gli aspetti fenomenologici dal danno (ipoteticamente concorrenti, ma talvolta anche *autonomamente* e singolarmente predicabili) *sono e saranno sempre due*: quello della modificazione della vita di relazione, quello della sofferenza interiore" (cors. agg.; grass. orig.): così Id.: "Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria", giustiziacivile.com, 3-3-2017, p. 10. I concetti qui sinteticamente riassunti sono stati nuovamente esposti e ribaditi dal consigliere Travaglino anche nel corso delle due audizioni alla Camera dei Deputati precedentemente citate. Si riportano qui solo due ulteriori passi dell'audizione del 12 marzo 2014: "È chiaro che biologico va risarcito come lesione, ma non come lesione in sé bensì come un danno – questa è la sua definizione – che abbia un'incidenza sulla vita di relazione" (p. 7); "secondo me era sbagliata anche quella tripartizione perché il danno alla persona, secondo il mio sommesso convincimento, è semplicemente e banalmente bipartito, quale che sia la lesione. […] [L]a reazione è sempre quella: la sofferenza e la vita che cambia" (p. 13). Questa ricostruzione, ben lungi dal rimanere un mero *manifesto* di idee, si è tramutata in una serie di pronunce (sostanzialmente demolitorie, ma, almeno formalmente, assai ossequiose nei confronti delle Sezioni Unite) che hanno contribuito a concretizzarla (anche mediante il riferimento a quei dati normativi *supra* richiamati nella nota 75): tra le molte, ci si limita qui a ricordare Cass. 20-11-2012, n. 20292, cit. (in particolare p. 320); Cass. 22-8-2013, n. 19402, *Danno resp*., 2014, p. 27 (in particolare p. 29, dove si richiama – a conferma – la sentenza prima citata); Cass. 17-1-2018, n. 901, cit. (in particolare p. 465); Cass. 27-3-2018, n. 7513, *Foro it*., 2018, I, c. 2038 (in particolare c. 2051), con nota di Palmieri, A.: "La parvenza dell'unitarietà: il danno non patrimoniale nel decalogo (e sue variazioni) della terza sezione"; Cass. 4-2-2020, n. 2461, *Foro it.,* 2020, I, c. 2014 (in particolare c. 2019), con commento di Di Ciommo, F.: "Tanto tuonò che piovve. La Cassazione abbandona le tabelle milanesi ritenendole inadeguate a considerare il danno morale"; Cass. 11-3-2020, n. 7024, dejure [in particolare § 7, lettere C) e D) della parte motiva]. In conclusione, una postilla. All'inizio della nota è stata citata un'affermazione del consigliere Travaglino circa la *verità* del danno alla persona; penso convenga allora riportare un breve passo della sua audizione alla Camera dei Deputati del 12 marzo 2014 (p. 4): "Soprattutto a livello universitario, ogni scuola di pensiero è convinta di avere tra le mani la *verità*, che invece *non ha nessuno*" (cors. agg.). A favore della totale coincidenza tra danno biologico e danno dinamico-relazionale, ovviamente, Cendon, P.: "*Gemütlichkeit:* dieci fragranze esistenziali in Cass. n. 7513/2018", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, II, p. 1333. Su di una posizione che pare essere un poco più cauta, Ziviz, P.: "Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale", *Resp. civ. prev*., 2018, p. 871.

all'integrità fisica che, tuttavia, non cagiona un detrimento dinamico-relazionale nella vita del soggetto (oppure, se proprio non si vuole essere così drastici, che causa una minima ripercussione in tale frangente): in questa situazione, e cioè qualora si optasse per tenere ferma l'equazione danno biologico = danno dinamico-relazionale, non ci si dovrebbe ragionevolmente attendere alcun risarcimento.

Il secondo. Le conseguenze dinamico-relazionali del danno alla salute, qualora rivestano un carattere di ordinarietà (ma, sul punto, si tornerà tra breve), non possono che ritenersi necessariamente ricomprese in quest'ultimo[88]: la formulazione della norma non pare lasciare spazio a diversi esiti interpretativi, specie in considerazione dell'utilizzo dell'espressione "che esplica", univocamente orientata in tal senso[89] (conclusioni differenti si sarebbero potute al limite trarre qualora fosse stata scelta la formula "può esplicare").

Pertanto, si può concludere che il danno biologico configura un pregiudizio complesso, che coinvolge plurimi aspetti, i quali, però, non devono essere in nessun caso sovrapposti. Ma tra questi aspetti non abbiamo ancora considerato la componente della sofferenza e la sua relazione con le altre tipologie di patimenti precedentemente analizzate.

Anche in questo caso penso sia utile procedere con due rilievi di ordine differente.

Il primo, in cui pare consistere il ragionamento sotteso alle parole della Corte, riguarda le modalità con cui si procede all'apprezzamento e, dunque, alla valutazione della sofferenza. Una lesione fisica provoca, necessariamente, un dolore di tipo nocicettivo che, salvo interferenze palliative o inibitorie di origine farmaceutica, il soggetto percepisce chiaramente. Orbene, il dolore percepito, a seguito della lesione, nei momenti successivi alla stessa può ritenersi compreso in quelle specifiche (e già menzionate[90]) voci risarcitorie denominate inabilità temporanea totale (o assoluta) e parziale. Di contro, qualora tale sofferenza dovesse persistere anche nel periodo successivo alla degenza (c.d. dolore cronico), essa costituirà uno dei postumi della lesione psico-fisica e sarà compito del medico-legale procedere, in sede di valutazione tecnica, alla sua adeguata valorizzazione ai fini della corretta individuazione della percentuale di invalidità permanente da attribuire al soggetto leso.

88 Tale ricostruzione evidenzia, a parere di chi scrive, il carattere di verosimiglianza di quanto si è voluto esprimere con la citata definizione legislativa: infatti, pare assai arduo sostenere che – fatta salva qualche rara eccezione –, in seguito alla lesione psico-fisica, il soggetto non patisca anche delle fisiologiche ripercussioni sul proprio stile di vita, sulle modalità con cui si relazione con altri soggetti, etc.

89 La formulazione riportata è quella che ha caratterizzato, fin dal testo originario, gli artt. 138-139, d.lgs. 209/2005, nella parte in cui definiscono cosa si debba intendere per danno biologico.

90 Cfr., *supra*, nota n. 77.

Il secondo rilievo si riallaccia a quanto precedentemente affermato circa la «normalità» delle conseguenze dinamico-relazionali e, dunque, alla modalità di valutazione di questo tipo di pregiudizio. Il giudice, all'esito dello svolgimento della consulenza tecnica d'ufficio – procedimento in cui sono chiamati ad intervenire anche i consulenti tecnici di parte –, dispone di un apprezzamento tecnico del caso concreto effettuato da un soggetto con precise competenze scientifiche, potendo così utilizzare tale valutazione al fine di determinare la somma di denaro da attribuire al soggetto leso, a titolo di compensazione, a fronte del pregiudizio subito. Va da sé che il termine di riferimento per tale operazione – costituito da quelle che, già nel 2008, venivano definite le "note tabelle"[91] – presenta l'inevitabile caratteristica di una predeterminazione effettuata *ex ante*; predeterminazione basata sulle conseguenze verificatesi ed analizzate dagli esperti medici nella generalità dei casi: da ciò deriva una corrispondenza tra postumi e somma di denaro basata su valori «medi», "corrispondenti al caso di incidenza della lesione in termini «standardizzabili» in quanto frequentemente ricorrenti (sia quanto agli aspetti *anatomo-funzionali*, sia quanto agli aspetti *relazionali*, sia quanto agli aspetti di *sofferenza soggettiva*)"[92]. Tuttavia, il succitato parametro tabellare – che, ad avviso della Cassazione, "nella perdurante mancanza di riferimenti normativi per le invalidità dal 10 al 100%", costituisce (o costituiva?[93]) "l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona, quale che sia la latitudine"[94] – non si presenta come vincolo così stringente da conculcare il libero apprezzamento del giudice: infatti, è fatta sempre salva la possibilità "che il giudice moduli la liquidazione oltre i valori minimi e massimi, in relazione a fattispecie eccezionali rispetto alla casistica comune degli illeciti"[95].

91 Sempre Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 116. Le quali tabelle, in un momento successivo (Cass. 7-6-2011, n. 12408, *Corr. giur.*, 2011, p. 1075), a causa della "perdurante mancanza di riferimenti normativi per le invalidità dal 10 al 100%" (*ivi*, p. 1077), verranno a costituire "il valore da ritenersi *equo*, e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare a tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità" (*ivi*, p. 1080). Tale decisione "risponde all'esigenza di porre ordine a fronte delle divergenti applicazioni cui è sottoposto il criterio equitativo, laddove giustamente si può lamentare che la stessa equità venga diversamente applicata, pur in condizioni pressoché eguali (quanto al danno lamentato e alla condizione dei soggetti)": così DI MAJO, A.: "Sopravvive il danno morale?", cit., p. 57.

92 Così i "Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale", cit., p. 2 (cors. agg.).

93 Il (triste) epilogo di una lunga vicenda contestatoria pare essere Cass. 4-2-2020, n. 2461, cit. Nella parte motiva della sentenza è dato leggere: "Alla luce dei principi e degli indici di diritto positivo su richiamati appare invero anzitutto non corretta l'invocazione di un criterio standard di liquidazione anche riferito al danno morale; tanto meno appare giustificata la postulazione di un tetto massimo di personalizzazione del danno". Tuttavia, come si vedrà poco oltre (cfr., *infra*, nota 95), al giudice non è affatto impedito discostarsi dal risultato finale comprensivo di personalizzazione. PONZANELLI, G.: "La crisi delle tabelle milanesi: l'intervento della Cassazione", *Danno resp.*, 2020, p. 233, rileva: "Così facendo, la Cassazione fissa un ostacolo davvero importante alla configurazione di un sistema di predeterminazione del danno alla persona, comprensivo anche della voce del danno morale che manca di quel fondamento medico-legale alla base delle Tabelle milanesi […]".

94 Cass. 7-6-2011, n. 12408, cit., p. 1077.

95 "Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale", cit., p. 2. "Le Tabelle – anche le prime che presentavano una qualità assai inferiore a quelle attuali – hanno però sempre previsto l'intervento del giudice allo scopo di adeguarne l'automatismo alla specificità del caso concreto (la c.d. *personalizzazione*)", così PONZANELLI, G.: "Tabelle", cit., p. 1652. Si veda, da ultimo, circa la portata *ordinaria* o *straordinaria* delle conseguenze dinamico-relazionali e la possibilità di procedere, in quest'ultimo caso, alla personalizzazione,

Il giudice, dunque, dispone di tutti gli strumenti idonei a consentirgli di valorizzare tutte le peculiarità, *nessuna esclusa*, del caso concreto: oggigiorno, pertanto, predicare l'abbandono di un sistema che, anche a seguito di molteplici colpi da più parti inferti[96], consentiva l'inverarsi di una parità di trattamento nel solco e nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, pare essere innegabile espressione di ciò che Luigi Einaudi chiamava ragionare "al punto di vista"[97]. E tale modo di ragionare può, a buon diritto, ritenersi basato sulla persistente e mai sopita convinzione che – in Italia – il danno di tipo non patrimoniale, qualunque esso sia, non venga compensato in misura sufficiente, nonostante dai riscontri empirici a portata di tutti si possa agevolmente ricavare un dato in chiaro, evidente e innegabile contrasto con una convinzione che sulle prime può anche affascinare, ma che, in realtà, lascia poi nell'interprete il retrogusto amaro di una sentimentalistica accondiscendenza nei confronti del concetto di «inestimabilità»[98]:

Cass., 11-11-2019, n. 28988, in AA. VV.: *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento. Gli speciali del Foro italiano 1/2020* (a cura di R. Pardolesi), p. 9 (ma, in particolare, p. 14).

96 Il riferimento, come è facilmente intuibile, è alla progressiva formulazione – da parte di diversi Tribunali – di proprie "Tabelle" che si pongono quali dirette antagoniste a quelle adottate dal Tribunale di Milano (e, spesso, l'unico motivo determinante è quello di aumentare il *quantum* risarcitorio rispetto alle Tabelle meneghine, ritenute – ingiustamente – eccessivamente ingenerose: sul punto, per quanto concerne le tabelle romane, cfr. Ponzanelli, G.: "Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona", *Danno resp.*, 2020, pp. 109-110). Si veda l'attenta e puntuale analisi di Spera, D.: "Roma-Milano ancora più distanti: le due Tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale a confronto", *Ri.da.re.*, "Focus" del 17-12-2019, del quale ci si limita a citare un passo imprescindibile, ad avviso di chi scrive, per comprendere meglio la situazione. L'Autore evidenzia come la Tabella romana "si propong[a] espressamente come una contro-tabella della Tabella milanese, trasudando quasi un ingiustificato livore contro la giurisprudenza meneghina" e "in aperto contrasto con la sentenza della Cassazione n. 12408/2011" (*ivi*, p. 2), e fa notare la diversa composizione dei gruppi di lavoro: "le Tabelle milanesi sono il risultato del lavoro trentennale di ricerca, analisi, confronto, elaborazione e sintesi svolto dall'Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano […], al quale oggi partecipano circa 350 persone, suddivise in 11 sottogruppi dedicati ai vari temi e comprendenti giudici togati ed onorari (dei Tribunali e della Corte d'Appello di Milano nonché di altre Corti d'Appello), avvocati, medici legali, professori universitari, cultori della materia", mentre "le Tabelle romane, come si legge nel punto 1) delle stesse, sono invece il frutto delle riunioni delle tre Sezioni del Tribunale di Roma tabellarmente dedicate alle controversie dedicate alle controversie coinvolgenti il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona" (*ivi*, p. 1). Penso possa bastare questo a rendere superflua ogni ulteriore considerazione sul punto.

97 Einaudi, L.: "Conoscere per deliberare", in Id.: *Prediche inutili. Dispensa prima*, Torino, 1956, p. 11. Condivisibilmente, sul punto, era già stata rilevata – in un'epoca precedente i *grandi arresti* giurisprudenziali, perfino quelli del 2003 – la necessità, per l'interprete, di abbandonare le proprie pre-comprensioni e atteggiarsi in base al ruolo che si ricopre, e cioè interprete che decide, ma non legislatore che riforma (cfr. Castronovo, C.: "La responsabilità civile in Italia", cit., p. 169, il quale sottolinea la necessità "di un animo scevro di intenzioni precostituite").

98 Cfr. Travaglino, G.: "Il futuro del danno alla persona", cit., p. 113: "la persona e non il patrimonio assume un ruolo centrale nell'universo tutelabile e del risarcibile, pur nella sconfortante consapevolezza che compito del giurista è l'arida e avvilente trasformazione delle lacrime in monete. Del dolore in denaro"; ma anche: "Perché alla giovinetta vittima di violenza sessuale, cui il medico legale riconoscerà un punto 6 di danno biologico da tabella, non si può, se non indecentemente, raccontare che avrà un danno morale risarcito *da un terzo alla metà*. Mentre un'automobile completamente distrutta in un incidente stradale viene sostituita. Con una nuova" (*ivi*, p. 117). Su quest'ultimo punto, oltre a quanto notato *supra* (cfr. nota 79), si può solo aggiungere quanto segue: certamente il danno non patrimoniale derivante da violenza sessuale è tra i maggiormente *incalcolabili* per la pluralità di effetti negativi che esso produce nel soggetto leso, ma non si può arrivare fino al punto di procedere ad una sua elevazione paradigmatica per contestare il metodo di calcolo (tra l'altro mediante l'improprio accostamento ad un danno patrimoniale, invece, di facile quantificazione), in quanto – come visto – è la scelta iniziale del legale che sembra inficiare l'esito risarcitorio (e, quindi, aggravare gli effetti negativi della *incalcolabilità*), non altro. Infine, si veda quanto riportato nell'audizione dello stesso Travaglino del 12 marzo 2014 (p. 4): "siamo chiamati all'operazione peggiore, più vile possibile, dobbiamo cioè trasformare il dolore delle persone in denaro. Se siamo consapevoli di questo, ci renderemo anche conto dell'impossibilità di questo compito e della necessità di una soluzione"; cui segue un invito che

il rischio, a ben vedere, è quello che si è accennato in apertura, e cioè la tentazione di approdare definitivamente – all'interno di quel movimento che ha preso le mosse dalla tendenziale irrisarcibilità di un pregiudizio che non fosse strettamente patrimoniale proprio perché asseritamente non quantificabile – ad una risarcibilità sempre più estesa, in continua espansione e rimessa, anche nei casi in cui è possibile giovarsi di una qualche forma di parametrazione, ad un giudizio di pura equità, cioè all'arbitrio (forse giusnaturalista, ma sicuramente *contra legem*) del decisore[99].

VII. UNA RIFLESSIONE CONCLUSIVA.

Nel corso dell'analisi fin qui condotta, si è cercato di ripercorrere sommariamente i punti salienti di quelle sentenze molto note che avrebbero potuto costituire tanto il punto di partenza per interessanti discussioni, quanto il terreno idoneo a favorire un nuovo e franco confronto[100] (superando vecchie tensioni) tra i varî soggetti che operano nel mondo del diritto.

Avrebbero potuto, ma così non è stato. Infatti, osservando *ex post* la vicenda per come affrontata dalla Suprema Corte (ma, sarebbe meglio dire, dalla terza Sezione[101] e dal consigliere Travaglino), ben potrebbe trarsi l'impressione che il tempo trascorso da quel novembre del 2008 sia stato utilizzato, almeno ad avviso di scrive, in maniera assai differente, e cioè per riportare, con stillicidio giurisprudenziale, le lancette dell'orologio indietro nel tempo.

Il richiamato primato italiano nel risarcimento del danno non patrimoniale, arricchito con fascinose (ma non dirimenti) argomentazioni filosofeggianti[102], è certamente un aspetto positivo, ma non deve essere esaltato (e men che meno incrementato): non si dovrebbe cedere alla tentazione di vedere la cultura giuridica italiana in punto di risarcimento del danno non patrimoniale quale luce incaricata di

ha (*recte*, dovrebbe avere) valenza universale: "Per fare questo, bisogna tutti abbassare di molto i toni. Non esiste infatti materia più incandescente del danno non patrimoniale".

99 Circa la creatività giurisprudenziale *in senso forte*, si veda quanto affermato in Ferrajoli, L.: *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, pp. 22-23.

100 Lo avevano rilevato Scognamiglio, C.: "Il sistema del danno non patrimoniale", cit., pp. 264-265; e Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite", cit., p. 45.

101 Pardolesi, R.: "Dottrina e giurisprudenza", cit., p. 56, anche con esplicito riferimento alla questione del danno non patrimoniale, rileva: "Non è la prima volta che si assiste alla strenua resistenza, da parte di una singola sezione, sulla propria posizione eterodossa rispetto a quella assunta in passato (magari neppure così lontano) dall'organo deputato a ricompattare il flusso giurisprudenziale. […] [S]i offre la possibilità d'individuare una nomofilachia *inversa* […]": "l'ultima moda è appunto quella della nomofilachia *giacobina*" (*ivi*, p. 57).

102 "Due i livelli-chiave che spiccano antropologicamente, quasi in modo *kantiano*, ai fini del danno non patrimoniale: il *fuori* e il *dentro* della vittima", così Cendon, P.: "*Gemütlichkeit*: dieci fragranze", cit., p. 1334. E, invero, la terminologia del *dentro* e del *fuori* di sé costituisce ormai elemento caratterizzante la parte motiva delle sentenze del nuovo orientamento (come una piana lettura può confermare pacificamente – con il che si rende superflua ogni citazione, che finirebbe con il risultare stucchevole).

rischiarare la presunta «barbarie» di altri ordinamenti[103], che finiscono col rivelarsi (caricaturalmente) ancora non particolarmente raffinati e che vengono presentati come ispirati da una concezione che vede l'Uomo solamente come – per dirla *à la* Feuerbach – un essere di "carne e sangue".

Ed è tenendo in debito conto questo primato che vanno allora osservate le ricostruzioni successive ai pronunciamenti delle Sezioni Unite, rivolte a minarne irrimediabilmente l'impianto che in esse era stato delineato. Infatti, procedere a nuove ridefinizioni contenutistiche e autonomistiche di quelle che erano state definite "distinte denominazioni", utili solo "come mera sintesi descrittiva"[104], vuol dire non solo compiere uno «sgarbo» procedimentale[105], tale da tramutare la nomofilachia della Corte in una micro-nomofilachia sezionale[106] assai tetragona e, pertanto, aperta solo all'espansione (ma non alla critica[107]), ma anche correre il rischio che il percorso che si è deciso di far intraprendere all'istituto della responsabilità civile sia caparbiamente (e, dal 2008 in poi, possiamo dire, forzosamente) rivolto verso un punto di non ritorno, in cui l'elasticità intrinseca che caratterizza l'istituto, e che ha consentito a quest'ultimo di adattarsi alle nuove situazioni della realtà, potrebbe finire con l'essere irrimediabilmente compromessa.

103 "Concludo segnalandovi che siamo il Paese che risarcisce il danno alla persona con i risarcimenti più alti d'Europa, ma questo a volte viene raccontato nei convegni come se fosse qualcosa di cui vergognarsi, cioè non ci vergogniamo di essere al primo posto tra i Paesi corrotti e tra i Paesi con i disservizi più inverosimili del pianeta [?], però ci vergogniamo di dare i risarcimenti più alti per il danno alla persona, cioè di aver messo la persona al centro del sistema, come ci insegna la Costituzione italiana. Io andrei orgoglioso di tutto questo, girerei l'Europa per dire ai tedeschi, che risarciscono la perdita di tre figli con 30.000 euro, che forse per una volta sarebbe il caso di copiarci, così come agli austriaci che non lo risarciscono affatto, perché l'art. 1227 del Codice austriaco impedisce il risarcimento del danno non patrimoniale, che farebbero bene, anziché alzare muri, a venirsi a leggere qualche sentenza della Cassazione italiana": così il consigliere Travaglino nell'audizione alla Camera dei Deputati del 7 settembre 2016, pp. 9-10.

104 Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, cit., p. 108.

105 Cfr., *supra*, nota 39.

106 Scoditti, E.: "La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla *deriva della Cassazione*", *Foro it.*, 2019, V, c. 422: "La terza sezione civile della Corte di cassazione ha intrapreso nell'ultimo anno un progetto organizzativo che può essere definito di *nomofilachia preventiva*" (cors. agg.). Seppur non menzionato *expressis verbis*, il tema del danno non patrimoniale deve essere pacificamente ricompreso in tale atteggiamento, che mira a "garantire l'uniforme interpretazione della legge" anche mediante "la rimozione di provvedimenti che contraddicono *l'unità del diritto nazionale*" (*ibidem*): in questo caso, il *problema* (nient'affatto trascurabile) è costituito dal fatto che il precedente da rimuovere consiste in una pronuncia delle Sezioni Unite, in relazione alla quale – come visto (cfr., *supra*, nota 75) – nessun nuovo dato legislativo (pur ritenuto asseritamente idoneo: così, espressamente, Cass. 31-1-2019, n. 2788, cit., p. 283: "Il sopravvenuto intervento chiarificatore, da parte del legislatore, della fenomenologia del danno alla persona induce a escludere una rimessione della questione alle Sezioni Unite di questa Corte, posta, cioè, l'esistenza di una chiara volontà normativa affermativa della distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale […]") è in grado di poter generare nell'interprete una seria e convincente presunzione di non opportunità (e men che meno di necessità) di una ulteriore (eventuale) rimessione al Supremo collegio.

107 Pardolesi, R.: "Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1346, evidenzia la tendenza "a by-passare il momento di riflessione condivisa, ossia la mediazione delle sezioni unite, esasperando il vocalismo, anche raffinato, dell'argomentazione individuale". Sia consentito affermare che, nelle parole di Ponzanelli, G.: "Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore", *ivi*, p. 1350, paiono notarsi toni di mesta rassegnazione a tale atteggiamento.

In definitiva, gli interrogativi che ci si pongono innanzi sono i seguenti: ha davvero senso perseverare in questo continuo gioco al rialzo della posta risarcitoria che, nel breve periodo, può anche risultare attraente, tanto più se mosso da un (apparentemente) maggiore solidarismo[108], ma che poi, attraverso una visione appena un poco più lungimirante, potrebbe non risultare affatto il sistema *ottimale*? Fino a quando il nostro legislatore accetterà questo stato di fatto e rimarrà distaccato osservatore, senza intervenire per cercare di porre un limite a questi continui cambiamenti di indirizzo interpretativo generatori di incertezze e di ulteriore contenzioso? A tal riguardo, non può non evidenziarsi come un intervento normativo – in qualsiasi senso esso fosse eventualmente orientato – potrebbe addirittura rimettere in discussione (anche per le diverse e contrastanti aspettative generate nelle differenti – ma non antagoniste – categorie coinvolte, e cioè danneggiati, danneggiati e assicuratori) l'assetto complessivo dell'istituto. In altre parole, non potrebbe escludersi l'eventualità di un disegno riformatore non già destinato ad una mera ricezione dei risultati finora raggiunti (cui, invero, pareva essere orientato il d.d.l. c.d. «Bonafede»), ma volto al loro radicale ridimensionamento (con la conseguenza che – ove formulato in termini particolarmente stringenti – richiederebbe continue messe a punto legislative per tenere in considerazione le nuove situazioni meritevoli di tutela[109]).

Ecco, quindi, che si rivela la necessità – onde evitare problematici interventi legislativi, – di agire in maniera tale che l'attuale dibattito tra dottrina e giurisprudenza sia volto ad un più schietto confronto ispirato al reciproco ascolto[110], anche al fine di raggiungere obiettivi quanto più possibile condivisi.

108 Per una considerazione di tipo più generale sull'opportunità di ricorrere, per la tutela dei diritti della persona, sempre e comunque al rimedio risarcitorio, si veda quanto contenuto in Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.", cit., p. 594 e in Salvi, C.: "Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 524.

109 Ma allora cfr. Rodotà, S.: "Modelli e funzioni della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 602-603: "[S]e si analizza la realtà senza preconcetti ideologici, un modesto esercizio di analisi costi-benefici può mostrare come l'adattamento attraverso clausole generali rappresenti una soluzione meno onerosa di quelle affidate all'intervento legislativo, tra l'altro non praticabile a ripetizione".

110 Consolo, C.: "La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia", *Foro it.*, 2018, V, c. 112, parla di un uso della nomofilachia "di tipo poco comunicativo".

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile* (a cura di P. Cendon, P. Ziviz), Milano, 2000.

AA.VV.: *Il "nuovo" danno non patrimoniale* (a cura di G. Ponzanelli), Padova, 2004.

AA.VV.: *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009.

Alpa, G.: *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.

Alpa, G.: *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 2003.

Astone, M.: *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in Comm. Schlesinger, Milano, 2012.

Barcellona, M.: *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008.

Benatti, Francesca: "La difficile quantificazione del danno non patrimoniale", *Nuovo dir. civ.*, 2018.

Benedetti, A. M.: "Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale", *Riv. dir. civ.*, 2019.

Busnelli, F. D.: "Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale", *Riv. dir. civ.*, 2009.

Busnelli, F. D.: "Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori", in AA.VV.: *Il danno risarcibile* (a cura di L. Vacca), Napoli, 2011.

Busnelli, F. D.: "Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio", *Riv. dir. civ.*, 2012.

Brasiello, T.: *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959.

Calamandrei, P.: *Processo e democrazia*, Padova, 1954.

Cassano, G.: *La giurisprudenza del danno esistenziale. Raccolta completa delle sentenze per esteso*, Padova, 2007.

Castronovo, C.: *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.

Castronovo, C.: "La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio", *Eur. dir. priv.*, 2003.

Castronovo, C.: "Danno alla persona nel rapporto di lavoro", *Eur. dir. priv.*, 2006.

Castronovo, C.: "Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale", *Eur. dir. priv.*, 2008.

Castronovo, C.: "Danno esistenziale: il lungo addio", *Danno resp.*, 2009.

Castronovo, C.: *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

Castronovo, C.: "Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni", *Danno resp.*, 2019.

Cendon, P.: "Non di sola salute vive l'uomo", *Riv. crit. dir. priv.*, 1998.

Cendon, P.: "Danni non patrimoniali: verso dove stiamo andando", in AA. VV.: *La nuova disciplina del danno non patrimoniale* (a cura di U. Dal Lago, R. Bordon), Milano, 2005.

Cendon, P.: "L'urlo e la furia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

Cendon, P.: "Il corpo, l'esistenza, il dolore", *Resp. civ. prev.*, 2010.

Cendon, P.: "*Gemütlichkeit*: dieci fragranze esistenziali in Cass. n. 7513/2018", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

Chironi, G. P.: *Studi e questioni di diritto civile. Vol. II. Parte speciale*, Milano-Torino-Roma, 1914.

Consolo, C.: "La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia", *Foro it.*, 2018.

De Cupis, A.: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile. Vol. I*, Milano, 1979.

De Cupis, A.: "Tradizione e innovamento nella responsabilità civile", *Riv. dir. civ.*, 1979.

di Majo, A.: "Sopravvive il danno morale?", *Corr. giur.*, 2012.

Einaudi, L.: "Conoscere per deliberare", in Id.: *Prediche inutili. Dispensa prima*, Torino, 1956.

Esser, J.: *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983 (trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria).

Ferrajoli, L.: *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018.

Franzoni, M.: "Il nuovo danno non patrimoniale", in AA. VV.: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Vol. IV*, Milano, 2006.

Franzoni, M.: *Il danno risarcibile*, Milano, 2010.

Gambaro, A.; Sacco, R.: *Sistemi giuridici comparati*, in Trattato di diritto comparato (a cura di R. Sacco), Torino, 1996.

Grisi, G.: "Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite", *Eur. dir. priv.*, 2009.

Libertini, M.: "Il vincolo del diritto positivo per il giurista", *Riv. crit. dir. priv.*, 1990.

Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale", *Contr. impr.*, 2009.

Mengoni, L.: *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

Navarretta, E.: "Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza", *Danno resp.*, 2002.

Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente", *Foro it.*, 2003.

Navarretta, E.: "Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

Pardolesi, R.: "Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

Pardolesi, R.: "Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi", *Diritto & questioni pubbliche*, 2019.

Pardolesi, R.: "Orgogliosi di quel che è stato. E fiduciosi di far meglio nel futuro", *Danno resp.*, 2020.

Pellegrini, T.: "Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica", *Eur. dir. priv.*, 2016.

Ponzanelli, G.: "Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive", *Danno resp.*, 2004.

Ponzanelli, G.: "La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale", in AA.VV.: *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008.

Ponzanelli, G.: "La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

Ponzanelli, G.: "Tabelle", in AA. VV.: *Studi in onore di Antonio Gambaro, Vol. II*, Milano, 2017.

Ponzanelli, G.: "Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

Ponzanelli, G.: "Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona", *Danno resp.*, 2020.

Ponzanelli, G.: "La crisi delle tabelle milanesi: l'intervento della Cassazione", *Danno resp.*, 2020.

Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale", *Danno resp.*, 2009.

Rizzo, N.: "Danno morale e quantificazione del risarcimento attorno al pregiudizio considerato prevalente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011.

Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967 (rist. inalterata).

Rodotà, S.: "Modelli e funzioni della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.

Salvi, C.: "Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale", *Eur. dir. priv.*, 2014.

Sassani, B.: "La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici", *Riv. dir. proc.*, 2019.

Scoditti, E.: "La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»", *Foro it.*, 2019.

Scognamiglio, C.: "Il danno biologico: una categoria italiana del danno alla persona", *Eur. dir. priv.*, 1998.

Scognamiglio, C.: "Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite", *Resp. civ. prev.*, 2009.

Scognamiglio, C.: "Il danno morale soggettivo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010.

Scognamiglio, R.: "Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)", *Riv. dir. civ.*, 1957.

Scognamiglio, R.: "Danni alla persona e danno morale", *Riv. dir. priv.*, 2008.

Spera, D.: "Roma-Milano ancora più distanti: le due Tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale a confronto", *Ri.da.re.*, "Focus" del 17-12-2019.

Travaglino, G.: "Il futuro del danno alla persona", *Danno resp.*, 2011.

Travaglino, G.: "Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria", giustiziacivile.com, 3-3-2017.

Ziviz, P.: "Adelante…ma con giudizio! (Due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale)", *Danno resp.*, 2006.

Ziviz, P.: "La "questione morale"", *Resp. civ. prev.*, 2009.

Ziviz, P.: "La fallacia del principio onnicomprensivo", *Resp. civ. prev.*, 2011.

Ziviz, P.: "Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale", *Resp. civ. prev.*, 2018.

LA REFORMA DEL *CODICE CIVILE* EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS PRIVADAS DE AUTONOMÍA

THE ITALIAN CIVIL CODE REFORM REGARDING THE PROTECTION OF INDIVIDUALS DEPRIVED OF FULL CAPACITY TO ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 294-321

Eva María
MARTÍN
AZCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Recientemente, se ha presentado al Parlamento italiano una Propuesta de reforma del Código civil, que recomienda eliminar los institutos de tutela para adultos demasiado amplios y restrictivos. Este trabajo examina el sistema vigente en la actualidad y los cambios que se pretenden introducir.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad psíquica o intelectual; capacidad jurídica; capacidad de obrar; institutos de tutela para adultos; sustitución en la toma de decisiones; asistencia en la toma de decisiones.

ABSTRACT: *Recently, a draft legislation to reform the Civil Code has been summited to the Italian Parliament, which recommends to abolish the overbroad and restrictive adult guardianship systems. The purpose of this work is to review the current system in force as well as the modifications to be introduced.*

KEY WORDS: *Individuals with mental or intellectual disabilities; legal capacity; capacity to act; adult guardianship systems; substitution in decision making; assistance in decision making.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS.- III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MAYORES DE EDAD NO AUTÓNOMOS.- 1. Antecedentes del régimen vigente: finalidad de la reforma del 2004.- 2. La incapacitación.- 3. La inhabilitación.- 4. La administración de apoyo.- 5. La incapacidad natural.- IV. PRINCIPALES DIRECTRICES DE LA REFORMA PROYECTADA

I. INTRODUCCIÓN.

Tras casi diecisiete años de convivencia entre los institutos tradicionales de protección de personas privadas de autonomía y la administración de apoyo, se acaba de presentar al Parlamento italiano una Propuesta de reforma del *Codice civile* (en adelante CC) que pretende derogar la incapacitación y la inhabilitación, además de implementar las modificaciones oportunas en la figura introducida por la Ley 6/2004, para que pueda resolver satisfactoriamente cualquier situación de falta de autogobierno que pudiera surgir en la práctica[1].

Según los artífices de la reforma del 2004, pese a que los inconvenientes de la "interdizione" y de la "inabilitazione" eran sobradamente conocidos, ya en aquel momento, la decisión de conservarlas en el CC respondía a un "ardid táctico"[2]; en concreto, se entendió que un proyecto legislativo que eliminase radicalmente los institutos clásicos tendría menos posibilidades de prosperar, por lo que se optó por una alternativa más conservadora, que se limitaba a suavizar los rasgos más inclementes de las medidas tradicionales, dejando para una fase ulterior la superación definitiva de las mismas. No obstante, el propósito esencial de la reforma era convertir la administración de apoyo en la herramienta medular

1 El texto íntegro puede consultarse en Cendon, P.: "Adesioni accademiche al progetto anti-interdizione", en *Persona e danno*, 1 julio 2020, disponible en www.personaedanno.it.
El que nos ocupa no constituye el primer intento en este sentido; cabe mencionar, al menos, tres tentativas previas, a saber: la Proposta di Legge núm. 510, sobre "Disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione", presentada al Congreso italiano el 29 de abril de 2008 (Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVI Legislatura, núm. 510, pp. 1-64, disponible en www.camera.it); la núm. 1985, de "Modifiche al codice civile e alle disposizioni per la sua attuazione, concernenti il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e la soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione", presentada a la Camera dei Deputati el 23 de enero de 2014 (Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, núm. 1985, pp. 1-62, disponible en www.camera.it); y el Disegno di Legge núm. 1480, que contiene las "Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di interdizione e inabilitazione e rafforzamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno", presentado al Senado el 9 de septiembre de 2019 (Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, pp. 1-18, disponible en www.senato.it).

2 Cendon, P. y Rossi, R.: *Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Key editore, Milano, 2014, p. 12.

• Eva María Martín Azcano
Profesora Titular Interina de Derecho civil, Universidad Rey Juan Carlos. Correo electrónico: evamaria.martin@urjc.es

del sistema, debiéndose acudir a las restantes sólo cuando aquélla se revelase manifiestamente inapropiada para garantizar los intereses de la persona afectada.

Sin embargo, pese a que la jurisprudencia de la Corte Costituzionale y de la Cassazione les ha atribuido carácter meramente residual, reservándoles, por tanto, un ámbito de aplicación muy restringido[3], en determinadas sedes judiciales del país transalpino, los viejos institutos se siguen empleando con relativa frecuencia, por considerar que la administración de apoyo no puede proporcionar una protección adecuada en determinados supuestos –como aquellos en que exista un patrimonio importante, cuya gestión presente cierta complejidad; concurra riesgo de que el interesado realice actos que le resulten gravemente perjudiciales; o cuando sea preciso adoptar decisiones sanitarias[4]–, por lo que el tratamiento dispensado en Italia a las personas carentes de autogobierno, a día de hoy, dista de ser tan uniforme u homogéneo como cabría esperar (cosa que no se cohonesta con cuanto propugna el art. 3 Cost.).

De otro lado, tras la entrada en vigor para Italia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[5] –cuyo art. 12.4 exige, entre otras cosas, que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica sean congruentes con las circunstancias de los interesados– no cabe postergar la abrogación de un sistema que constituye "una respuesta excesivamente severa, fruto de concepciones ya superadas en sede psiquiátrica, diseñada atendiendo, primordialmente, a los intereses de los familiares o de terceros y que acaba por constreñir o anular alguno de los derechos fundamentales de la persona, resultando desproporcionada respecto a las necesidades de salvaguarda de la gran mayoría de los enfermos psíquicos"[6].

3 En este sentido, la sentencia de la Corte Costituzionale núm. 440, de 9 de diciembre de 2005 (disponible en www.giurcost.org), y la de la Corte di Cassazione núm. 13584, de 12 de junio de 2006 (disponible en www.ricercagiuridica.com).

4 En hipótesis como las descritas, algunos Tribunales interpretan que la única herramienta capaz de solventar las dificultades que se planteen es la tutela y, en consecuencia, acuden al procedimiento que permite su instauración respecto de los mayores de edad, es decir, a la incapacitación judicial. Y ello pese a que la tendencia del legislador y de la jurisprudencia más reciente parece apuntar en otra dirección; así, la sentencia de la Corte di Cassazione de 11 de septiembre de 2015 ha declarado que el volumen del patrimonio del interesado o la complejidad de su administración no justifica "la exclusión de la capacidad para realizar incluso los actos necesarios para satisfacer las necesidades cotidianas, que necesariamente deriva del fallo de incapacitación judicial, sino sólo la designación de un administrador de apoyo y, eventualmente, el auxilio de expertos y profesionales cualificados del sector, al objeto de gestionar el referido patrimonio". Puede consultarse en www.neldiritto.it.
De igual modo, respecto del consentimiento informado a los tratamientos sanitarios, el apartado 4 del art. 3 de la Ley núm. 219, de 22 de diciembre de 2017, que contiene las "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", establece que el administrador de apoyo cuya designación prevea la asistencia necesaria o la representación exclusiva del interesado en el ámbito médico, podrá consentir o rechazar los tratamientos sugeridos, tomando en consideración la voluntad del beneficiario, en función de su grado de discernimiento; véase en www.gazzettaufficiale.it.

5 Mediante la Ley núm. 18, de 3 de marzo de 2009, de "Ratificación y ejecución de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad" (www.gazzettaufficiale.it).

6 Ésta era la valoración que, del sistema del CC en su redacción de 1942, realizaba en 1986 el que se denominó "primer borrador Cendon"; texto que, tras un complicado y largo recorrido, desembocaría

Tal y como se lee en el preámbulo de la actual Propuesta derogadora, las razones antedichas justifican la necesidad de reformar el sistema vigente. Pues bien, en este trabajo, pretendemos analizar las principales modificaciones planteadas en el borrador presentado a las Cámaras italianas; no obstante, para explicar adecuadamente el calado de los cambios formulados en el mismo, antes conviene examinar la disciplina general sobre las causas de incapacidad, así como los diversos institutos con los que, hasta el momento, el legislador italiano ha tratado de tutelar a quienes se hallan inmersos en alguna de ellas.

II. CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

En la actualidad, el ordenamiento italiano reconoce capacidad jurídica –esto es, la aptitud para formar parte de relaciones jurídicas, para ser titular de derechos y obligaciones– a todo ser humano; así se desprende de diversos preceptos de la Costituzione de 1948[7], que incluye la subjetividad entre los derechos inviolables reconocidos y garantizados al hombre (art. 2), descarta la discriminación entre individuos (art. 3) y desecha la eventual pérdida de la capacidad por motivos políticos (art. 22). De igual modo, el art. 1 CC, para atribuir la condición de sujeto de Derecho a las personas físicas, sólo exige el nacimiento[8].

Se han superado, pues, las discriminaciones que, en otros momentos, afectaron a ciertos colectivos, como las que padecieron los hebreos[9] o las mujeres[10]. Subsiste, en cambio, alguna diferenciación respecto de los extranjeros, si bien referida, exclusivamente, a su aptitud para intervenir en determinadas relaciones

en la aprobación de la Ley núm. 6, de 9 de enero de 2004. Cendon, P. y Rossi, R.: *Rafforzamento dell'amministrazione*, cit., p. 15.

7 Sobre el particular, véase Venchiarutti, A.: Voz "Incapaci", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Utet, T. IX, Torino, 1993, p. 369.

8 Para este trabajo, hemos manejado la última edición del CC disponible en www.altalex.com, actualizado con las modificaciones incorporadas por el Decreto-Legge núm. 76, de 16 de julio de 2020, y por el Decreto-Legge núm. 23, de 8 de abril de 2020, convalidado (con modificaciones) por la Ley núm. 40, de 5 de junio de 2020.

9 Por ejemplo, en el Regio Decreto-Legge núm. 1728, de 17 de noviembre de 1938, que contenía las "Medidas para la defensa de la raza italiana", convalidado por la Legge núm. 274, de 5 de enero de 1939 (pueden consultarse en www.normattiva.it), se les prohibía el matrimonio con personas de raza aria (art. 1); podían verse privados de la patria potestad respecto de los hijos que no profesasen el judaísmo, si les transmitían o educaban en sus principios religiosos (art. 11); estaban inhabilitados para ejercer la tutela o curatela de menores o incapaces que no perteneciesen a la raza hebrea [art. 10.b)]; no podían adquirir terrenos con un valor que excediese de cinco mil liras [art. 10.d)]; etc.
El Regio Decreto-Legge núm. 25, de 2 de enero de 1944, que aprobó las "Disposiciones para la reintegración de los derechos civiles y políticos a los ciudadanos italianos y extranjeros declarados de raza hebrea o considerados de raza hebrea", confirmado sin modificaciones por la Ley núm. 178, de 5 de mayo de 1949 (disponible en www.gazzettaufficiale.it), derogó la legislación antisemita antedicha.

10 Tras la aprobación de la Ley núm. 903, de 9 de diciembre de 1977, sobre "Paridad de tratamiento entre hombres y mujeres en materia de trabajo", y de la Ley núm. 132, de 14 de marzo de 1985, de "Ratificación y ejecución de la convención sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación frente a la mujer" (ambas pueden consultarse en www.gazzettaufficiale.it), no cabe considerar el sexo como circunstancia modificativa de la capacidad.
Se mantiene, sin embargo, la prohibición para la mujer de contraer matrimonio durante los trescientos días sucesivos a la disolución o nulidad del vínculo matrimonial (art. 89 CC).

de Derecho privado[11], puesto que el art. 2 de la Carta Magna reconoce y garantiza los derechos inviolables a todo individuo, no sólo a los que ostenten la ciudadanía italiana; además, el ámbito de aplicación del mencionado trato desigual no resulta demasiado amplio, como consecuencia de los acuerdos internacionales suscritos por Italia y de su pertenencia a la Unión Europea[12].

El principio y el fin de la capacidad jurídica vienen determinados, respectivamente, por el nacimiento y la muerte. En cuanto a los requisitos que ha de cumplir el nacimiento, para que permita adquirir la condición de sujetos de Derecho, en la actualidad, se exige sólo el alumbramiento con vida[13]; por tanto, a diferencia de cuanto resultaba del art. 724[14] CC de 1865, ya no se requiere la vitalidad, entendida como aptitud del nacido para proseguir la vida fuera del útero materno[15].

No obstante lo expuesto, el párrafo segundo del art. 1 CC admite el reconocimiento de derechos a favor del concebido, aunque, eso sí, subordinados al nacimiento; constituyen aplicación de esa regla, en el ámbito patrimonial, los arts. 462 y 784 del mismo corpus normativo, que reconocen capacidad, respectivamente, para suceder y recibir por donación no sólo a los *nascituri*, sino también a los *concepturi*, esto es, a los posibles hijos de una persona determinada, que esté viva en el momento de otorgarse el negocio en cuestión. La doctrina consultada coincide en que, en tales supuestos, no se produce anticipación alguna de la capacidad jurídica al nascituro o al no concebido[16]; prueba de ello es que –como afirma Santoro Passarelli–, de no tener lugar el nacimiento, "no se produciría ninguna de las consecuencias que se verificarían como resultado de la extinción de un sujeto de derecho"[17].

11 Véase el art. 16 de las "Disposiciones sobre la ley en general", que preceden al articulado del CC.

12 En sentido similar, Rescigno, P.: Voz "Capacità giuridica", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Utet, T. II, Torino, 1990, p. 219.

13 En este sentido interpreta la doctrina, además del art. 1, párrafo primero, CC, el 462 del mismo cuerpo legal. Así, por ejemplo, Rescigno, P.: «Capacità giuridica», cit., p. 220; y Trimarchi, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, 18.ª ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 56.
La misma idea puede inferirse del art. 37 del Decreto del Presidente della Repubblica núm. 396, de 3 de noviembre de 2000, que contiene el "Reglamento para la revisión y la simplificación del ordenamiento del registro civil, conforme al art. 2, párrafo 12, de la ley núm. 127, de 15 de mayo de 1997". Puede verse en www.gazzettaufficiale.it.

14 Art. 724 CC 1865: "Son incapaces de suceder:…2.º Aquellos que no han nacido vitales. En caso de duda, se presumen vitales aquellos que consta que han nacido vivos". *Cfr. Codice Civile del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Torino, 1865, p. 183, versión digitalizada disponible en www.notaio-busani.it.

15 Ambrosini, A. y Zanobini, G.: Voz "Capacità giuridica", en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, 1930, disponible en www.treccani.it.

16 Véanse Caringella, F. y De Marzo, G.: *Manuale di Diritto Civile I. Persone, familia, successioni e propietà*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 76; Rescigno, P.: "Capacità giuridica", cit., p. 221; Trimarchi, P.: *Istituzioni di Diritto*, cit., p. 56; Triolo, D. y Matta, M.: *Diritto civile*, 4.ª ed., Key editore, Milano, 2020, p. 36; y Venchiarutti, A.: "Incapaci", cit., p. 376.

17 *Dottrine generali del Diritto civile*, Napoli, 1957, p. 10 (cit. por Rescigno, P.: "Capacità giuridica", cit., p. 221).

La extinción de la personalidad jurídica de las personas físicas se produce por la muerte física de las mismas, momento que –según la Ley núm. 578, de 29 de diciembre de 1993, sobre "Normas para la constatación y certificación de muerte"– coincide "con el cese irreversible de todas las funciones del encéfalo" (art. 1.1)[18]. La declaración de muerte presunta (arts. 58 y 60 CC) –que, en palabras de Rescigno, constituye "un modo de comprobación indirecto, y con alto grado de probabilidad, de la muerte física del sujeto"[19]– produce alguno de los efectos propios del fallecimiento (p. ej., arts. 63 a 65 CC), si bien dentro de los límites derivados de la posible reaparición del interesado (arts. 66 y 68 CC).

Por lo demás, el vigente sistema italiano no contempla ninguna institución dirigida a privar de la condición jurídica de persona a un ser humano vivo; no cabe pensar, por tanto, en hipótesis que puedan determinar, como en otros momentos de la historia, lo que se conocía como "muerte civil", por cuanto impedía a quienes se hallaban incursos en ella intervenir en la vida jurídica, por ejemplo, por haber ingresado en una orden religiosa[20]. No obstante, como sí se detectan supuestos en que se niega a ciertas categorías de personas la posibilidad de intervenir en determinadas relaciones jurídicas, hay quien habla de incapacidades jurídicas especiales[21]; se incluyen en este grupo, por ejemplo, las limitaciones impuestas para asumir la tutela a los que no sean de conducta irreprochable (art. 348, párr. 4.º, CC), a los incapacitados o inhabilitados, a quien haya sido privado de la patria potestad o removido de otra tutela, o a los quebrados [art. 350, 1), 4) y 5), CC]. Finalmente, debe hacerse referencia a las denominadas "incapacidades jurídicas relativas", que determinan no la ineptitud genérica para realizar un acto o tomar parte en una relación jurídica, sino la imposibilidad de hacerlo respecto de alguna o algunas personas[22]; como ejemplo de las mismas suelen mencionarse algunos impedimentos para contraer matrimonio (arts. 87 y 88 CC), asumir la tutela [art. 350, 2) y 3), CC] o a la indignidad para suceder (art. 463 CC), entre otras circunstancias.

No resulta tan uniforme, en cambio, el reconocimiento de la capacidad de obrar en el Derecho italiano. Con tal expresión se hace referencia a la idoneidad de una persona para desarrollar eficazmente la actividad jurídica que requiere la gestión de sus intereses, lo que, a efectos prácticos, se traduce en la posibilidad de ejercitar sus derechos, así como asumir y cumplir obligaciones. Pues bien, tal

18 Puede consultarse en www.gazzettaufficiale.it.

19 "Capacità giuridica", cit., p. 220.

20 Perrando, G., et al.: Voz "Morte", en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, 1934, disponible en www.treccani.it.

21 Caringella, F. y De Marzo, G.: *Manuale di Diritto*, cit., p. 75; o Trimarchi, P.: *Istituzioni di Diritto*, cit., p. 55. Aunque otros prefieren considerar tales casos como faltas de idoneidad para asumir determinados encargos; véase Venchiarutti, A.: "Incapaci", cit., p. 384, nota 89.

22 Si bien otros las catalogan como faltas de legitimación; véase, por todos, Rescigno, P.: "Capacità giuridica", cit., p. 223.

aptitud presupone cierto grado de madurez y entendimiento –que permita al interesado preservar sus intereses, valorando en cada caso la conveniencia u oportunidad de los actos que lleve a cabo–, del que no dispone todo individuo, por lo que el ordenamiento prevé algunas limitaciones al respecto[23]. Con carácter general, el art. 2 CC presume la capacidad antedicha a quienes hayan cumplido dieciocho años, si bien, para realizar determinados actos, se requiere una edad superior (p. ej., art. 291 CC).

De lo anterior se deduce que, en principio, carecen de la capacidad de obrar general los menores de edad, que, en consecuencia, vienen representados por sus progenitores (art. 320 CC) y, en defecto de éstos, por un tutor (arts. 343 y 357 CC). No obstante, se contemplan algunas excepciones a la regla que exige la mayoría de edad para intervenir en el tráfico jurídico, por lo que se reconoce capacidad a los menores para realizar por sí mismos ciertos actos a partir de determinada edad; así, según el art. 3 de la Ley núm. 977, de 17 de octubre de 1967, sobre la "Tutela del trabajo de los niños y de los adolescentes", serán admitidos al trabajo quienes hubiesen cumplido los quince años[24]; conforme al último párrafo del art. 250 CC, "El reconocimiento [de un hijo] no puede efectuarse por los progenitores que no hayan cumplido el decimosexto año de edad, salvo que el juez les autorice, considerando las circunstancias y teniendo en cuenta el interés del hijo"; el párrafo segundo del art. 84 del mismo texto legal determina que "El tribunal, a petición del interesado, una vez comprobada su madurez psico-física y la validez de las razones aducidas, previa audiencia del ministerio público, los padres o el tutor, mediante decreto emitido en cámara de consejo, podrá admitir por graves motivos el matrimonio de quien haya cumplido dieciséis años"[25]; en consonancia con lo anterior, el art. 165 CC declara que "El menor admitido a contraer matrimonio también es capaz para prestar consentimiento para las relativas capitulaciones matrimoniales, que serán válidas si es asistido por los progenitores que ejerzan la patria potestad sobre él, por el tutor o el curador especial designado de conformidad con el art. 90"; e, igualmente, el art. 774 consiente al menor efectuar donaciones en su "contrato de matrimonio".

Por otro lado, pese a la presunción del art. 2 CC, no todo el que ha cumplido dieciocho años se halla en disposición de preservar adecuadamente sus intereses, por cuanto puede concurrir alguna circunstancia que, en mayor o menor medida, incida en sus facultades mentales y cognoscitivas. En tales hipótesis, el ordenamiento

23 Sobre el particular, vide Rescigno, P.: Voz "Capacità di agire", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Utet, T. II, Torino, 1990, p. 209; Triolo, D. y Matta, M.: *Diritto civile*, cit., p. 39; y Venchiarutti, A.: «Incapaci», cit., p. 371.

24 *Cfr.* www.gazzettaufficiale.it.

25 Tal y como resulta del art. 390 CC, a partir de la celebración del matrimonio, el menor quedará emancipado "de derecho", pudiendo entonces realizar por sí solo los actos que no excedan de la administración ordinaria y, con la asistencia del curador y autorización del juez tutelar, los restantes (art. 394 CC).

interviene restringiendo la capacidad de obrar de los interesados, al objeto de evitar que puedan llevar a cabo actos que les resulten perjudiciales, y designando un sujeto que se encargará de su representación o asistencia, en función de la protección que se precise en cada caso. A tal efecto, se prevén diversos institutos en el Título XII del Libro I del CC, intitulado "De las medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía", de los que nos ocuparemos con detalle en el epígrafe sucesivo.

Para terminar con los supuestos de limitación de la capacidad de obrar, hemos de referirnos a la denominada interdicción legal, que el art. 32 del Codice penale reserva a los condenados a cadena perpetua o a una pena de reclusión no inferior a cinco años, que implica la imposibilidad de realizar actos patrimoniales inter vivos mientras se ejecuta la condena[26]. A diferencia de los supuestos analizados hasta ahora, esta figura no presenta carácter tuitivo, sino punitivo, como se infiere del hecho de que la sanción impuesta al acto realizado por el afectado sea la nulidad radical y no la relativa (art. 1441 CC), que es la que afecta a los actos de los menores y de las personas privadas de autogobierno[27].

III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MAYORES DE EDAD NO AUTÓNOMOS.

1. Antecedentes del régimen vigente: finalidad de la reforma del 2004.

Como hemos advertido, el Título XII del Libro I del CC prevé una serie de instrumentos que pretenden proporcionar la protección oportuna a las personas mayores de edad que, por diversas circunstancias (discapacidad psíquica o intelectual, enfermedades degenerativas asociadas a la edad, etc.), carecen de autogobierno, puntual, temporal o permanentemente; en concreto, el Capítulo I, arts. 404 a 413, disciplina la administración de apoyo, y el Capítulo II, arts. 414 a 432, se ocupa de la incapacitación, la inhabilitación y la incapacidad natural[28].

Siguiendo el modelo del Code, el CC de 1865 ya contemplaba la incapacitación y la inhabilitación, en los Capítulos II ("Dell'interdizione") y III ("Dell'inabilitazione") del Título X ("Della maggiore etá, della interdizione e della inabilitazione") de su

26 Berti, F.: "L'amministrazione di sostegno: aspetti giuridici e sociologici", en *ADIR-L'altro diritto*, 2009, disponible en www.adir.unifi.it; y Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, G. Giappichelli, Torino, 2007, p. 68.

27 En este sentido, Caringella, F. y De Marzo, G.: *Manuale di Diritto*, cit., p. 87; Rescigno, P.: "Capacità di agire", cit., p. 212; Trimarchi, P.: *Istituzioni di Diritto*, cit., p. 62; y Triolo, D. y Matta, M.: *Diritto civile*, cit., p. 41.

28 Los aspectos procesales se regulan en el Código de procedimiento civil; en concreto, en el Libro IV ("De los procesos especiales"), Título II ("De los procesos en materia de familia y de estado de las personas"), Capítulo II ("De la incapacitación, de la inhabilitación y de la administración de apoyo"), arts. 712 a 720. Puede consultarse la última edición del texto legal mencionado en www.altalex.com.

Libro I ("Delle persone"), arts. 324 a 342[29], desde donde se trasvasaron al vigente CC. No contemplaba el texto decimonónico, en cambio, el régimen aplicable a los actos realizados por quienes, pese a conservar la capacidad legal, careciesen de la aptitud volitiva y cognoscitiva precisa, que constituye mérito del legislador de 1942[30].

La administración de apoyo, por su parte, ha sido incorporada al CC por obra de la Ley núm. 6, de 9 de enero de 2004, de "Introducción en el libro primero, título XII, del código civil del capítulo I°, relativo a la institución de la administración de apoyo y modificación de los arts. 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del código civil en materia de incapacitaciones e inhabilitaciones, así como las relativas normas de actuación, coordinación y finales"[31]. La reforma acometida por dicha norma vino a completar el cambio iniciado por la Ley núm. 180, de 13 de mayo de 1978 (conocida como Ley Basaglia, en reconocimiento al psiquiatra veneciano que impulsó alguno de los cambios contenidos en ella), sobre "Diagnósticos y tratamientos sanitarios voluntarios y obligatorios"[32], que, al determinar la desaparición progresiva de los manicomios, puso de manifiesto la necesidad de revisar los instrumentos de tutela en el ámbito civil, de modo que las personas con trastornos psíquicos pudieran reintegrarse no sólo en el entramado de relaciones sociales, sino también en el de las jurídicas[33].

Según la doctrina mayoritaria, la Ley 6/2004 representa el paso de una regulación centrada en la protección de la sociedad frente a los sujetos "peligrosos" y en la defensa del patrimonio del enfermo mental (no en provecho de éste, sino con el fin de tutelar las expectativas de los herederos[34]) a otra que pretende la salvaguarda y cuidado de la persona vulnerable, así como de sus intereses y aspiraciones[35].

29 Véase Spaziani, P.: "Natura giuridica del giudizio di interdizione e riflessi su aspetti problematici della disciplina", en AA.VV.: *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno* (coord. por E. V. Napoli), Giuffrè, Milano, 2005, p. 40. *Cfr.* también *Codice Civile del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Torino, 1865, pp. 83 y ss., versión digitalizada disponible en www.notaio-busani.it.

30 Forchielli, P.: *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione, Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro primo: persone e famiglia arts. 414-432* (coord. por F. Galgano), Zanichelli, Bologna, 1988, pp. 53 y ss.

31 Puede consultarse en www.camera.it.

32 Accesible en www.gazzettaufficiale.it.

33 Parafraseando a Ferrando, G.: "Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomía", en AA.VV.: *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione* (coord. por G. Ferrando y L. Lenti), Giappichelli, Torino, 2006, p. 7.

34 Aunque, obviamente, ésta no era la finalidad pretendida por el legislador italiano de 1942, que, a juzgar por los trabajos preparatorios del CC, buscaba también la tutela de la persona, lo cierto es que en la práctica la incapacitación devenía "un embargo conservativo, concedido a los parientes sobre los bienes de un desgraciado, que todavía no ha muerto y al que, por obra de una ficción jurídica, se le hace morir civilmente antes de tiempo". Patti, S.: "La nuova misura di protezione", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Guiffrè, Milano, 2005, p.105.

35 Bonilini, G.: "Tutela delle persone prive d'autonomia e amministrazione di sostegno", en L'amministrazione di sostegno, 2.ª ed., Cedam, Padova, 2007, p. 17; Cassano, G.: *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, Halley, Matelica, 2006, p. 65; Ferrando, G.: "Le

La reforma bascula sobre dos postulados fundamentales: no abandonar y no mortificar. En cumplimiento del primero, se ha introducido la administración de apoyo en el CC, instituto que pretende dar respuesta a los problemas de aquellas personas que se encuentran a medio camino entre los sujetos plenamente autónomos y aquellos que son incapaces de gestionar sus asuntos[36]. La nueva medida también trata de proporcionar amparo a quienes presentan alguna limitación no derivada de enfermedad mental, respecto de los cuales la legislación anterior tampoco preveía solución alguna[37]. En suma, los eventuales usuarios de la institución incorporada por la reforma son individuos que no se hallan en una situación de absoluta dependencia, pero que necesitan una ayuda, un apoyo (de ahí la denominación de la figura), para la realización de determinados actos jurídicos. Pues bien, la idea que persigue la Ley 6/2004 es proporcionarles el auxilio que requieren, pero desde un enfoque promocional, no compasivo o caritativo; se concibe la persona en dificultades como un individuo lleno de potencialidad, que con un poco de impulso logrará vivir dignamente. En este sentido, se ha afirmado que esta norma ha introducido en el ordenamiento italiano una prerrogativa subjetiva de rango constitucional, definida como derecho general al apoyo[38].

El segundo de esos postulados (no mortificar) implica no pedir un precio por el apoyo prestado, sustrayendo al interesado espacios de autonomía cuando no sea estrictamente necesario (como se verá, el beneficiario de la administración de apoyo conserva capacidad para un buen número de actos). En consonancia con ello, el art. 1 de la Ley proclama que tiene por objeto "tutelar, con la menor limitación posible de la capacidad de obrar, a las personas privadas en todo o en parte de autonomía en el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente".

Por último, como ya se ha hecho notar, aunque ha tratado de suavizar alguno de sus aspectos, la Ley 6/2004 no ha derogado los institutos tradicionales. La decisión del legislador del 2004 en este sentido ha generado importantes problemas en la práctica, puesto que, pese a los considerables esfuerzos hermenéuticos de la doctrina y jurisprudencia, los confines entre la nueva figura y las clásicas no están

finalità", cit., p. 7; y Stanzione, P.: "Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione", en *Comparazione e Diritto Civile*, mayo 2010, disponible en www.comparazionedirittocivile.it, p. 3.

36 Hasta entonces o se les incapacitaba, lo que resultaba manifiestamente desproporcionado, o se les dejaba a su suerte, porque no existía una alternativa que se adecuase a la situación de las personas que, pese a requerir alguna ayuda en la realización de ciertos actos, no fueran completamente incapaces. Vide Cendon, P.: "Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Giuffrè, Milano, 2005, p. 55.

37 Cassano (*L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 68) menciona, por ejemplo, ancianos, hospitalizados de larga estancia o encarcelados.

38 Cendon, P. y Rossi, R.: *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, T. I, Utet giuridica, Torino, 2009, p. 92; y "L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata", en *Politica del Diritto*, vol. XXXVIII, núm. 3, septiembre 2007, p. 505.

perfectamente delimitadas, por lo que no es infrecuente que, ante supuestos de hecho idénticos o muy parecidos, se opte unas veces por la administración de apoyo y otras por la incapacitación o inhabilitación, según qué Tribunal decida. De ahí que la misma escuela triestina (acaudillada por el profesor Paolo Cendon) que en su día elaboró el primer Proyecto sobre la administración de apoyo, haya formulado la Propuesta que nos ocupa.

2. La incapacitación.

La *interdizione* presupone una enfermedad mental habitual de tal entidad, que quien la sufre resulta incapaz de proveer a sus propios intereses (art. 414 CC). En consecuencia, su aplicación determina un cambio en el estado civil de la persona, que ve restringida su capacidad de obrar y queda sometida a tutela. Ahora bien, a diferencia de cuanto ocurría antes de la reforma del 2004, la incapacitación ya no es inevitable; mientras que la regulación originaria de la institución imponía la medida a todo el que se hallaba en el supuesto de hecho contemplado por el art. 414 CC, en la actualidad, sólo procede cuando su aplicación resulte imprescindible para asegurar su protección[39].

En principio, pueden verse afectados por un proceso de incapacitación los mayores de edad o los menores emancipados; no obstante, cabe también iniciar el proceso durante el último año de minoría, si bien, en tal caso, la eventual sentencia de incapacitación no producirá efecto alguno hasta la mayoría de edad del interesado (art. 416 CC). Están legitimados para promover la incapacitación el propio interesado (aunque sea un menor o inhabilitado), su cónyuge o conviviente estable, sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, los afines hasta el segundo, el tutor, el curador y el Ministerio Público. Si el presunto incapaz se encontrase bajo la patria potestad o tuviera por curador a uno de sus progenitores, su incapacitación sólo podría promoverse por ese progenitor o el Ministerio Público (art. 417CC).

La sentencia que pone fin al procedimiento puede convenir con el requerimiento de la demanda y declarar, por tanto, el estado de incapacitado o, por el contrario, denegarlo. Cabe, asimismo, que decrete la inhabilitación, cuando se estime que es la respuesta apropiada para afrontar la situación del interesado, o que remita las actuaciones al Juez tutelar, cuando concurran los presupuestos para la activación de la administración de apoyo (art. 418 CC). Sea cual fuere su contenido, dicha resolución podría impugnarse "por todos aquellos que habrían tenido derecho a plantear la demanda, aunque no participaran en el juicio, y por el tutor o curador designado en la misma sentencia" (art. 718 CPC).

39 En su regulación inicial, el art. 414 CC rezaba: "El mayor de edad y el menor emancipado afectados por una enfermedad mental habitual que les convierta en incapaces de proveer a sus propios intereses deben ser incapacitados".

Si la resolución estima la incapacitación, tendrá carácter constitutivo y producirá efectos desde el momento de su publicación, excepto cuando se refiera a un menor, en cuyo caso, como ya señalamos, no será eficaz hasta su mayoría de edad (art. 421 CC). Si no se hubiera hecho antes[40], se designará un tutor, para cuya elección, el Juez tutelar se servirá de los sujetos y criterios propuestos en el art. 408 CC, para la designación del administrador de apoyo[41]. Los actos realizados por el interesado, tras la designación del tutor provisional o la publicación de la sentencia, podrán impugnarse por el tutor, el incapacitado y sus herederos o causahabientes (art. 427, párr. 2.º, CC).

Al tutor le corresponderá el cuidado de la persona, así como su representación en todos los actos civiles y la administración de sus bienes[42]. Su función presenta, fundamentalmente, carácter sustitutivo; realiza en nombre y por cuenta del incapacitado los actos de administración ordinaria; para los de administración extraordinaria, el tutor requiere autorización del Juez tutelar (art. 374 CC) o del Tribunal (art. 375 CC), so pena de anulabilidad (art. 377 CC)[43]. No obstante, tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, con carácter excepcional, el Tribunal puede permitir que determinados actos de administración ordinaria se realicen por el incapacitado sin la intervención o con la mera asistencia del tutor (art. 427, párr. 1.º, CC); en consecuencia, a diferencia del régimen anterior, la *interdizione* no comporta ineludiblemente la incapacidad absoluta[44]. De igual modo, los poderes de representación del tutor no tienen necesariamente alcance general, cabe que el Juez excluya algún acto de su ámbito de actuación o que, respecto de alguna cuestión, le encomiende sólo una función asistencial[45].

Los actos personalísimos, es decir, aquellos que no admiten la sustitución del interesado están vedados al incapacitado, con la única excepción de la capacidad de la mujer incapacitada para solicitar la interrupción del embarazo[46]; en concreto, el incapacitado no puede contraer matrimonio (arts. 85 y 119 CC), reconocer hijos naturales (art. 266 CC), realizar donaciones (art. 774 CC), otorgar testamento

40 El párrafo tercero del art. 419 CC permite al Juez designar un tutor provisional, si lo considera oportuno, tras evacuar la audiencia al interesado.

41 Al 408 nos remite el último párrafo del art. 424 CC.

42 Así se establece en el art. 357 CC, que, conforme al párrafo primero del art. 424, ha de aplicarse al supuesto que nos ocupa.

43 De modo similar a cuanto ocurre en Derecho español, dice Cassano (*L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 79) que "por ordinaria administración deben entenderse los actos de disposición del rédito y los actos que se refieren a la mejora y conservación de los bienes comprendidos en el patrimonio; mientras que por actos de administración extraordinaria se entienden los actos de disposición del capital".

44 Barca, A.: "La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Giuffrè, Milano, 2005, p. 313; Ferrando, G.: "Le finalità", cit., p. 21; y Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 109.

45 Ferrando, G.: "Le finalità", cit., p. 21.

46 Art. 13 de la Ley 194/1978, de 22 de mayo, que contiene las "Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo". Disponible en www.gazzettaufficiale.it.

(art. 591, párr. 1.º, CC), administrar los bienes conyugales (art. 183, párr. 3.º, CC) o donar órganos[47].

La sentencia que declara la incapacitación puede ser revocada en cualquier momento; en efecto, cuando cesen las circunstancias que concurrían al tiempo de declararse, la sentencia podrá dejarse sin efecto a solicitud de cualquiera de los que estaban legitimados para instar la incapacitación. Por su parte, el Juez tutelar (entre cuyas funciones está la de supervisar las tutelas y curatelas) debe comprobar si la causa que motivó la decisión persiste; en caso contrario, debe informar al Ministerio Público, para que, si lo estima procedente, incoe el correspondiente proceso (art. 429 CC). La resolución que resulte de este nuevo proceso puede dejar sin efecto la incapacitación o instaurar otra medida de protección, que se ajuste a la nueva circunstancia del interesado (arts. 429, párr. 3.º, y 432 CC).

3. La inhabilitación.

Esta medida está pensada para los mayores de edad afectados por una enfermedad mental, cuyo estado no sea lo suficientemente grave como para dar lugar a la incapacitación[48]; para los que, por prodigalidad o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se expongan a causar (a sí mismos o a su familia) graves perjuicios económicos; y para los sordos o ciegos, de nacimiento o desde la primera infancia, que no hubiesen recibido una educación suficiente (art. 415 CC).

Una vez cumpla los diecisiete años, el menor no emancipado también puede ser inhabilitado, pero, como señalamos al referirnos a la incapacitación, los efectos del nuevo estado no tendrán lugar sino a partir de la mayoría de edad (art. 416 CC). No se prevé la inhabilitación de los emancipados, puesto que, en el Derecho italiano, hay coincidencia entre la capacidad reconocida a inhabilitados y emancipados[49].

En cuanto a los efectos, el inhabilitado conserva capacidad para realizar los actos de administración ordinaria y los personales; con la asistencia del curador, puede retirar capitales con la condición de darles un destino idóneo y participar en juicio como actor o demandado; para llevar a cabo actos de administración extraordinaria, en cambio, requiere, además de la asistencia del curador,

47 Art. 4.3, in fine, de la Ley núm. 91, de 1 de abril de 1999, sobre disposiciones en materia de toma de muestras y trasplante de órganos y de tejidos. Accesible en www.gazzettaufficiale.it.

48 Entre las afecciones determinantes de la inhabilitación, Cassano (*L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 82) menciona, el retraso mental de grado medio, la demencia senil tipo Alzheimer en fase inicial o intermedia, o los desórdenes referidos a los aspectos económicos.

49 Según el párrafo primero del art. 424 CC, las disposiciones sobre la tutela de los menores y las de la curatela de los menores emancipados se aplican, respectivamente, a la tutela de los incapacitados y a la curatela de los inhabilitados.

autorización del Juez tutelar o, incluso, del Tribunal, según el caso (arts. 394 y 424, párr. 1.º, C.c.). Sin embargo, de modo similar a cuanto vimos respecto del incapacitado, desde la entrada en vigor de la Ley 6/2004, cabe que el Juez tutelar permita al inhabilitado realizar actos que excedan de la administración ordinaria sin la asistencia del curador, concediéndole mayor autonomía en atención a sus concretas circunstancias (art. 427, párr. 1.º, CC). Los actos realizados por el inhabilitado sin observar las formalidades antedichas son anulables (art. 427, párr. 3.º, CC).

El curador se designa conforme a los criterios examinados para el nombramiento de tutor (art. 424, párr. 3.º, C.c.). Cumple una función asistencial, integra la capacidad patrimonial del inhabilitado, acompañándole en la realización de algunos actos de extraordinaria administración. No representa a la persona a la que asiste, no tiene encomendado su cuidado personal y no supervisa los actos que puede realizar por sí sola[50].

4. La administración de apoyo.

Conforme al art. 404 CC, la nueva institución sirve para las personas que, a consecuencia de una enfermedad o minusvalía física o psíquica, se hallen en la imposibilidad (también parcial o temporal) de proveer sus propios intereses, quienes, para superar los inconvenientes derivados de su situación, podrán ser asistidos por un administrador de apoyo.

No se concretan rígidamente, pues, las categorías de afecciones o circunstancias que pueden determinar la aplicación del nuevo instituto, sino que se delinea un marco general en el que encuentran cabida muchos de los supuestos que se plantean en la realidad social. El ámbito subjetivo de la nueva figura resulta, en consecuencia, considerablemente más amplio que el de los institutos clásicos; puede emplearse para brindar protección no sólo a personas que padecen una enfermedad mental, sino también respecto a quienes presenten una discapacidad intelectual, motora o sensorial, alcohólicos, toxicómanos o ancianos en la cuarta edad, imposibilitados para realizar autónomamente los actos propios de la vida cotidiana[51].

Ostentan legitimación para instar la medida las mismas personas que pueden solicitar la incapacitación o inhabilitación, aunque no están obligadas a hacerlo; en concreto, según el párrafo primero del art. 406 CC, el recurso puede proponerse por el propio "sujeto beneficiario, aunque sea menor, incapacitado o inhabilitado, o por uno de los sujetos indicados en el art. 417". En cambio, los responsables

50 En el mismo sentido, Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 107.

51 Berti, F.: "L'amministrazione di sostegno", cit., disponible en www.adir.unifi.it; Cassano, G.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 68; y Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 49.

de los servicios sanitarios o sociales implicados en el cuidado y asistencia del beneficiario vienen obligados a incoar el procedimiento o, al menos, a poner en conocimiento del Ministerio Público la existencia de circunstancias que aconsejen el establecimiento de la administración de apoyo (art. 406, párr. 3.º, CC).

Presenta especial importancia, en el procedimiento de instauración de esta figura, el trámite de audiencia al interesado previsto por el art. 407, párrafo segundo, CC. También se contempla esta diligencia en los procedimientos de incapacitación e inhabilitación; no obstante, la finalidad pretendida con ella difiere respecto de la perseguida en el proceso que aquí nos ocupa. En efecto, mientras que en los instrumentos tradicionales el examen del interesado tiene por objeto la determinación de su concreta capacidad de obrar, en el procedimiento por el que se establece la administración de apoyo, al oír al beneficiario, se persigue un objetivo más ambicioso, puesto que la idea es que el Juez pueda conocer sus necesidades y requerimientos, que, en la medida de lo posible (esto es, en cuanto sean compatibles con su mejor interés y sus exigencias de protección), deberán ser tenidos en cuenta al diseñar el específico y personalizado proyecto de apoyo[52].

Aunque hay una evidente afinidad estructural entre los procedimientos de las figuras expuestas hasta el momento, el de la administración de apoyo resulta mucho más ágil que los de incapacitación o inhabilitación, que pueden prolongarse durante años; en efecto, según el párrafo primero del art. 405 CC, "El juez tutelar resolverá, en el plazo de sesenta días desde la fecha de presentación de la petición de nombramiento de administrador de apoyo, mediante decreto motivado inmediatamente ejecutivo, la solicitud presentada por alguno de los sujetos indicados en el art. 406"[53].

El decreto que instaura la administración de apoyo no atribuye al beneficiario un nuevo estatus[54]. En cuanto al contenido, entre otros aspectos, la resolución del Juez debe referirse al objeto del encargo, es decir, ha de indicar los actos que el administrador de apoyo puede realizar en nombre y por cuenta del beneficiario, así como los actos que el beneficiario puede llevar a cabo con la mera asistencia del administrador de apoyo [art. 405, párr. 5.º, apdos. 3) y 4), CC]; por tanto, la figura del administrador de apoyo resulta mucho más dúctil que las tradicionales del tutor y curador, puesto que puede cumplir una función sustitutiva, asistencial

52 De ahí que, cuando el interesado sea absolutamente incapaz de expresar sus necesidades y deseos, pueda obviarse el trámite de audiencia, según Stanzione ("Amministrazione di sostegno", cit., p. 11).

53 Otras ventajas del rito para la adopción de la administración de apoyo que suelen ponerse de manifiesto son su bajo coste y que no conlleva "mortificación psicológica", como ocurre con el proceso de declaración de la incapacitación, pese a las mejoras introducidas en él por la Ley 6/2004. Véase Barca, A.: "La riforma dell'interdizione", cit., p. 321.

54 Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno*, cit., pp. 55 y 56; y Stanzione, P.: "Amministrazione di sostegno", cit., p. 15.

e, incluso, mixta (esto es, sustitutiva o asistencial, según el acto de que se trate)[55]. Cabe, igualmente, que se disponga la aplicación al caso de que se trate de alguno de los efectos previstos por el CC para la incapacitación o la inhabilitación –por ejemplo, la exclusión automática de la administración de los bienes conyugales comunes o la prohibición de donar (art. 411, párr. 4.º, CC)–. La sanción prevista para los actos del administrador de apoyo o del beneficiario de la medida que contraríen las disposiciones legales o judiciales aplicables es la anulabilidad (art. 412 CC).

En todo caso, las disposiciones que se adopten deben respetar los principios que inspiran toda la reforma: flexibilidad y proporcionalidad, que exigen la adecuación de la resolución a las condiciones del beneficiario de la medida, de modo que se le brinde la asistencia que precise sin cercenarle más capacidad de la estrictamente necesaria[56]. Sea como fuere, contra el pronunciamiento del Juez tutelar sobre la conveniencia de activar la administración de apoyo o el concreto alcance de las funciones atribuidas al administrador de apoyo, puede plantearse apelación y, a su vez, la decisión de segunda instancia puede recurrirse en casación (art. 720 bis CPC).

Conforme al art. 409 CC, el beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo. Además, en cualquier caso, podrá realizar por sí solo los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la vida cotidiana[57] –entendiendo por tales los destinados a hacer frente a las necesidades comunes a toda persona como, por ejemplo, la adquisición de alimentos o vestidos, el cobro de la pensión, contratos de transporte urbano, y, en general, lo que la doctrina ha denominado "microcontrattualità"[58]–, de manera que cualquier determinación del Juez que violase esta esfera no comprimible del interesado sería nula[59]. Por lo que se refiere a los actos personalísimos, podrán realizarse libremente, salvo que se prohíban expresamente al establecer la medida de protección[60].

55 Es cierto que, como consecuencia de la redacción conferida por la Ley 6/2004, el art. 427 CC permite al Juez atribuir al tutor una función meramente asistencial en la realización de algún acto de administración ordinaria, pero ésta constituye una posibilidad bastante limitada. Por su parte, el curador no ostenta un rol sustitutivo en ningún caso.

56 Cassano, G.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 69; y Ferrando, G.: "Le finalità", cit., p. 18.

57 La autonomía concedida al beneficiario de la administración de apoyo para realizar los actos de la vida cotidiana constituye –según Patti ("La nuova misura", cit., p. 110)- una de las características más relevantes de la nueva disciplina, puesto que impedir la realización de los actos de menor importancia es una de las cosas que más hiere la dignidad de la persona. De hecho, propone una interpretación extensiva del principio presente en el art. 409 a los supuestos de incapacitación e inhabilitación; véase Patti, S.: "La nuova misura", cit., p. 108. En el mismo sentido, Ferrando, G.: "Le finalità", cit., p. 38.

58 Berti, F.: "L'amministrazione di sostegno", cit., disponible en www.adir.unifi.it.

59 Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 35.

60 En cuyo caso, como no admiten sustitución y resultan excluidos del encargo del administrador de apoyo, quedan vedados al beneficiario. Cassano, G.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 120. En la misma línea, Berti, F.: "L'amministrazione di sostegno", cit., disponible en www.adir.unifi.it.

En suma, el beneficiario de la administración de apoyo dista de ser un incapaz, por cuanto se le reconoce siempre un área de absoluta autonomía: puede llevar a cabo todo lo que no le haya sido prohibido (a diferencia del incapacitado, que, como se vio, sólo puede llevar a cabo lo que se le consienta expresamente) y, en todo caso, los actos propios del vivir cotidiano. Como sostiene la profesora Ferrando, "respecto de los institutos tradicionales, la perspectiva se ha trastocado por completo: de una situación general de incapacidad se pasa a otra, en la que, sobre la condición general de capacidad, resaltan algunas islas, más o menos vastas, relativas a los actos que el interesado no puede realizar o no puede realizar solo"[61].

Además, debe intervenir en el proceso de toma de decisiones que le afecten. Conforme al art. 410 CC, en el desarrollo de su actividad el administrador de apoyo debe tener en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario. A tal efecto, deberá informarle tempestivamente de los actos a realizar, poniendo en conocimiento del Juez tutelar el eventual disenso. Si el administrador de apoyo no cumpliese con esta obligación, el beneficiario, el Ministerio Público o cualquiera de los demás legitimados para solicitar la instauración de la administración de apoyo podrían acudir al Juez, para que adopte medidas al respecto.

La administración de apoyo puede establecerse por tiempo determinado [art. 405, párr. 5.º, apdo. 2), CC], transcurrido el cual dejará de producir efectos, salvo que el Juez decida prorrogar la medida, de oficio o a instancia de parte (art. 405, párr. 6.º, CC). De no haberse establecido plazo, cuando el beneficiario, el administrador de apoyo, el Ministerio Fiscal, o alguno de los sujetos legitimados por el art. 406 CC entiendan que concurren circunstancias que aconsejen la extinción de la administración de apoyo[62] o la sustitución del administrador[63], podrán dirigir una instancia motivada al Juez tutelar, que, en su caso, será comunicada al beneficiario y al administrador. Una vez recabada la información necesaria y dispuestos los medios instructores oportunos, el Juez tutelar resolverá la cuestión mediante decreto motivado. Asimismo, la autoridad judicial podrá proveer de oficio la revocación de la administración de apoyo, cuando ésta se haya revelado inadecuada para desarrollar la plena tutela del interesado (art. 413 CC).

61 "Introduzione", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Giuffrè, Milano, 2005, p. 4. Insiste en la misma idea en su trabajo sobre "Le finalità", cit., p. 17.

62 Por ejemplo, porque hayan desaparecido los presupuestos exigidos para su aplicación, de modo que el beneficiario ya no necesite de medida tuitiva alguna o, por el contrario, requiera de alguna de las tradicionales. Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 44.

63 Como consecuencia de su actuación negligente o abusiva, de la expiración del plazo de diez años establecido en el art. 410, párrafo 3.º, CC o de la concurrencia de causa de exoneración o incapacidad sobrevenida. Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno*, cit., pp. 46 y 47.

5. La incapacidad natural

También se ocupa el Código italiano de los actos realizados por quienes, pese a no haber sido incapacitados, inhabilitados o sometidos a administración de apoyo, carecen, transitoria o permanentemente, de la capacidad precisa para entender y querer –ya sean personas vulnerables respecto de las cuales no se han tomado medidas u otras puntualmente enajenadas, por ejemplo, por consumo de alcohol o drogas–, esto es, quienes presentan lo que la doctrina denomina "incapacidad natural", en contraposición a la legal, que sería la derivada de la minoría de edad o de la activación de cualquiera de las herramientas de protección de personas no autónomas analizadas hasta el momento[64].

Basta la prueba de tal circunstancia para poder impugnar, por ejemplo, el matrimonio (art. 120 CC), el testamento (art. 591, párr. 2.º, CC) o la donación (art. 775 CC); la anulabilidad de cualesquiera otros negocios unilaterales requiere, además, que de ellos resulte un perjuicio grave para su autor; y la de los contratos exige la constatación de la mala fe de la contraparte (es decir, que supiera de la falta de discernimiento del otro contratante), junto con la del perjuicio grave y la incapacidad (art. 428 CC)[65].

IV. PRINCIPALES DIRECTRICES DE LA REFORMA PROYECTADA.

Según el prefacio del texto presentado últimamente a las Cámaras italianas, pese a las mejoras incorporadas por la Ley 6/2004, todavía son numerosas las características negativas de los institutos clásicos de tutela de personas no autónomas y, particularmente, las que presenta la incapacitación judicial; en este sentido, por ejemplo, se denuncia que a la persona incapacitada se le atribuye un estatus jurídico equivalente a la muerte civil, por cuanto la interdizione comporta la imposibilidad automática y predeterminada de actuar, de celebrar contratos o realizar actos personales, de modo que la "protección" que proporciona es eminentemente excluyente; de otro lado, se resalta que los intereses tutelados por las instituciones decimonónicas son sólo los de carácter patrimonial de la familia de la persona vulnerable; se echa en falta, en cambio, algún valor terapéutico de tales medidas, no se detecta en ellas propensión alguna a la reintegración del interesado en la vida jurídica o a su empoderamiento; asimismo, se pone de manifiesto la preocupante inaplicación de alguna de las garantías formales que la ley concede a la persona privada de autogobierno, como la habitual falta de notificación al interesado de la demanda de iniciación del procedimiento, pese a que el art. 716 del Codice di procedura civile (en adelante CPC) le reconoce capacidad para

64 Forchielli, P.: *Infermità di mente*, cit., pp. 53 y 54.

65 En este sentido, Rescigno, P.: "Capacità di agire", cit., pp. 213 y ss.; Triolo, D. y Matta, M.: *Diritto civile*, cit., p. 41; y Venchiarutti, A.: "Incapaci", cit., p. 373.

comparecer en el proceso, o la escasez de supuestos en que se deja sin efectos la incapacitación o inhabilitación, una vez declaradas, aunque sobre el papel se prevé la revisión periódica de la adecuación de los institutos a la situación de la persona a la que se aplican, su sustitución por otro más apropiado cuando corresponda e, incluso, su completa revocación.

En suma, constituyen figuras difícilmente conciliables con un sistema que se dice inspirado en el respeto a los derechos fundamentales de la persona (art. 2 Cost.), entre los que ostenta un lugar privilegiado la dignidad personal (art. 3 Cost.), y que se encuentra vinculado por los principios consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que, entre otras cosas, exige a los Estados parte que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica sean proporcionales y adecuadas a la circunstancia de la persona, así como que se proporcionen las salvaguardas apropiadas para evitar abusos, que habrán de variar en función del grado en que las medidas afecten a los derechos e intereses de los sujetos vulnerables (art. 12.4 Conv.). De hecho, en las observaciones finales al informe inicial de Italia, de 6 de octubre de 2016, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recomendó al país transalpino la derogación de todas las leyes que admiten la sustitución en la toma de decisiones, así como la promulgación de disposiciones que prevean la asistencia en la toma de decisiones[66].

En consonancia con lo expuesto, el art. 1 de la Propuesta prevé la abrogación de las disposiciones que componen la disciplina de la incapacitación y la inhabilitación, y la sustitución de la rúbrica actual del Capítulo II, Título XII, Libro I del CC –"De la incapacitación, de la inhabilitación y de la incapacidad natural"–, por otra que ilustre su nuevo contenido –"De la incapacidad natural"–, que no es otro que el del art. 428, convenientemente modificado, una vez eliminada la referencia a la incapacitación[67]. Se ordena, asimismo, en el art. 2 del borrador, la derogación de todas las disposiciones que hagan referencia o presupongan la existencia de los institutos que se quieren erradicar del sistema[68]. Por último, el art. 3 del texto proyectado introduce una disposición de cierre, conforme a la cual las alusiones al estado de incapacitado o inhabilitado han de entenderse eliminadas y/o sustituidas por la referencia al beneficiario de la administración de apoyo[69].

66 Puede consultarse en www.undocs.org/es/CRPD/C/ITA/CO/1.

67 Art. 1 Propuesta: "El capítulo II del título XII dl libro primero del código civil 'De la incapacitación, de la inhabilitación y de la incapacidad natural' viene renombrado como sigue: 'De la incapacidad natural'.
Los arts. 414, 415, 416, 417, 418, 419, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 429, 430, 431 y 432 del código civil se derogan".

68 Art. 2 Propuesta: "Se derogan todas las disposiciones del código civil, del código de procedimiento civil y de cualquier otro texto normativo que hagan referencia a los institutos abrogados o que los presupongan…".

69 Art. 3.1 Propuesta: «Las palabras referidas al estado de incapacitado e inhabilitado, tales como "incapacitación", "inhabilitación", "incapacitado", "inhabilitado", "persona incapacitada", "persona inhabilitada" y análogas, dondequiera que concurran, vendrán eliminadas o, cuando sea posible y útil, sustituidas por la referencia a la administración de apoyo, al administrador de apoyo y al beneficiario».

La extensión operativa y el fortalecimiento de la administración de apoyo constituyen, precisamente, el otro pilar de la Propuesta que analizamos. A diferencia de cuanto hemos visto respecto de los institutos clásicos, la medida incorporada al ordenamiento italiano mediante la Ley 6/2004 se adapta a los requerimientos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; de hecho, según ha declarado la Corte di Cassazione, la disciplina de la administración de apoyo resulta perfectamente compatible con los postulados "de la Convención de Nueva York en la parte que concierne a la obligación de los Estados parte de asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica sean adecuadas al grado en que inciden en los derechos e intereses de las personas con discapacidad, que se apliquen durante el menor tiempo posible y estén sujetas a revisión periódica por parte de una autoridad independiente e imparcial"[70].

Tras más de un quindenio de aplicación, no cabe duda sobre la ductilidad de la administración de apoyo, que se ha revelado un instrumento fácilmente modulable, en función de las exigencias específicas de cada interesado, por lo que podría adaptarse también a las necesidades de las personas incluidas en el radio de acción de los institutos tradicionales; de ahí que la Propuesta recomiende su aplicación generalizada, convirtiéndola en la única medida del sistema de protección institucionalizado[71], si bien subsanando las carencias o deficiencias que se han puesto de manifiesto con su uso durante estos años.

Se propone, por tanto, un giro copernicano en el modo de afrontar la situación de las personas vulnerables; la expropiación total de la capacidad que suponía la incapacitación queda reemplazada por una mera y contingente suspensión de poderes, circunscrita (en función de lo que proceda en cada caso) a los actos concretos que señale el Juez y justificada por los peligros que podrían derivar de su mantenimiento. La privación total de la capacidad de obrar se sustituye, pues, por una suerte de incapacitación funcional (referida a uno o varios poderes o funciones) y despersonalizada (por cuanto ya no permite encasillar sin más a la persona en la categoría de "incapaz de obrar"); para los restantes actos, el interesado conserva intacta su soberanía[72].

70 Cassazione civile, Sezione I, núm. 18320, 25 octubre 2012, disponible en www.ricercagiuridica.com.

71 Tanto es así que el art. 4 de la Propuesta que nos ocupa sugiere anteponer al texto vigente del art. 404 CC un párrafo del siguiente tenor: "La administración de apoyo tiene la finalidad de proteger, con la menor limitación posible de la capacidad de obrar, a las personas privadas en todo o en parte de autonomía en el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente".

72 El art. 4 de la Propuesta reformula el párrafo cuarto del art. 411 CC en los siguientes términos: "En la disposición con la que se designe al administrador de apoyo o sucesivamente, el juez tutelar podrá ordenar respecto del beneficiario determinadas limitaciones o impedimentos a la posibilidad de realizar actos de carácter personal o patrimonial, atendiendo al exclusivo interés del beneficiario mismo. Dichas limitaciones o impedimentos tendrán carácter temporal, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga justificada por concurrir motivos graves".

No obstante, si fuese preciso, porque existiera peligro de utilización inadecuada de los derechos y poderes por parte del interesado, podría ordenarse la intermisión general de poderes –extendida a la totalidad de los actos personales y patrimoniales, con la única salvedad de los actos propios de la vida cotidiana–, aunque una resolución de tal calibre se les antoja bastante remota a los redactores del texto proyectado y, en todo caso, sería modificable y revocable en cualquier momento[73].

También se aprecia un cambio de orientación en lo que se refiere a los actos de naturaleza personal; junto con la incapacitación desaparecerían los impedimentos automáticos que contempla actualmente la legislación italiana, por lo que, de prosperar la Propuesta, regirá el principio general de plena capacidad para realizar actos personales, salvo que se haya vedado específicamente la realización de alguno[74]. Se contempla, asimismo, una solución intermedia que consiste en admitir la realización de un concreto acto con la asistencia o acompañamiento del administrador de apoyo[75].

Resulta novedosa, asimismo, la atención que confiere el proyecto que analizamos a la autodeterminación de las personas vulnerables en materia sanitaria, por cuanto, pese a admitir que el rechazo por parte del interesado a un concreto tratamiento médico puede superarse, incluso empleando medios coercitivos, exige que la decisión del Juez tutelar en este sentido se adecúe a una serie de principios, que tratan de hallar el equilibrio entre las dos prerrogativas en liza en tales supuestos: la libertad personal (art. 13 Cost.) y la salud (art. 32 Cost.)[76].

Además se incorpora un último párrafo al mismo precepto: "En caso de limitación o impedimento en el sentido del párrafo anterior, el juez tutelar también podrá autorizar al beneficiario a realizar el acto con la asistencia del administrador de apoyo".

73 En este sentido, el Preámbulo de la Propuesta; véase Cendon, P.: "Adesioni accademiche", cit., pp. 6 y 7.

74 Se incorpora un segundo párrafo al art. 409 CC (art. 5 Propuesta): "Él [el beneficiario] conserva también la capacidad de cumplir los actos de naturaleza personal respecto de los cuales el juez tutelar no haya establecido un impedimento con el acto determinativo de la administración de apoyo o sucesivamente, en el sentido del párrafo IV del art. 411 c.c.".

75 De hecho, el art. 5 de la Propuesta modifica diversos preceptos del CC, para adaptarlos a los cambios derivados de los nuevos párrafos cuarto y quinto del art. 411; modificaciones que –según se lee en el preámbulo de la Propuesta– "consentirán constatar que el alcance de las tareas que se pueden encomendar al administrador de apoyo se extiende a los actos de naturaleza personal". *Vid.* Cendon, P.: "Adesioni accademiche", cit., pp. 7, 8, 14, 15 y 16.
En este sentido, la Corte Suprema italiana, llevando a cabo una interpretación sistemática y evolutiva, ya había defendido la posibilidad de que el administrador de apoyo "asista a la persona necesitada en la expresión de la propia voluntad, preservándola de cualesquiera presiones o chantajes externos, incluso en relación con la realización de actos personalísimos, como sostiene una jurisprudencia de mérito avanzada, que le viene autorizando, con la intervención del juez tutelar, a proponer recurso de separación personal o de extinción de los efectos civiles del matrimonio del beneficiario". Cassazione civile, Sezione I, núm. 14794, 30 junio 2014, disponible en www.mobile.ilcaso.it.

76 El art. 4, párrafo quinto, de la Propuesta recomienda la adición del siguiente parágrafo al art. 411 CC: "En caso de disenso entre el administrador de apoyo y el beneficiario respecto a los actos a realizar, el juez tutelar –previa audiencia del beneficiario, practicadas las comprobaciones necesarias, cuando se haya puesto de manifiesto una insuficiente o inadecuada conciencia crítica de este último sobre su propia condición patológica– adoptará las medidas oportunas mediante decreto motivado, incluida la autorización del administrador de apoyo para consentir la realización del acto, superando el desacuerdo incluso con medios coercitivos. Tratándose de actos, pruebas, terapias o intervenciones de naturaleza o contenido

Como anticipamos, el borrador de reforma aprovecha también para introducir algunas mejoras a la disciplina de la nueva figura tuitiva, sirviéndose, para ello, de las múltiples y valiosas aportaciones realizadas por la doctrina y jurisprudencia, desde su incorporación al CC; así, como la Ley 6/2004 no especifica que la designación del administrador de apoyo pueda ser plural, hay quien ha entendido que no es posible señalar a dos o más personas, salvo que se haga para el caso en que alguno de los candidatos propuestos no pueda asumir el cargo o que se trate de designaciones sucesivas[77]. Por el contrario, otros autores consideran que no hay inconveniente en nombrar varios coadministradores, encomendando a cada uno un ámbito de actuación diferenciado[78]. Pues bien, el párrafo primero del art. 6 de la Propuesta que analizamos se inclina por la segunda opción, al reformular el párrafo tercero del art. 405 CC en los siguientes términos: "El juez tutelar puede designar un coadministrador de apoyo en interés del beneficiario".

De otro lado, el párrafo segundo del art. 6 del borrador parece resolver positivamente la controversia sobre la posibilidad de atribuir al administrador de apoyo una representación legal no exclusiva, de modo que sus facultades concurran con las del beneficiario –cuando esté afectado exclusivamente por una dolencia física, que no le impida proveer a sus intereses, por ejemplo– y que, por tanto, ciertos actos puedan realizarlos ambos[79]; en efecto, se sugiere añadir al apartado 3), del párrafo quinto, del art. 405 CC –"El decreto de designación del administrador de apoyo debe contener indicación:…3) del objeto del encargo y de los actos que el administrador de apoyo tiene el poder de cumplir en nombre y por cuenta del beneficiario"– la siguiente puntualización: "…con la eventual especificación de los actos para los que la representación conferida al administrador de apoyo excluye la capacidad del beneficiario para realizarlos".

Se recomienda, igualmente, variar la redacción del art. 406 CC, que enumera las personas legitimadas activamente para incoar la administración de apoyo, matizando que el recurso puede presentarse personalmente por el beneficiando –sin necesidad de abogado, por tanto–e incluyendo, entre los familiares autorizados,

sanitario, la resolución del juez deberá adaptarse a los siguientes principios: a) verificar si el rechazo, total o parcial, o la revocación del consentimiento a las pruebas diagnósticas o a los tratamientos indicados para la patología o a fases singulares del mismo tratamiento, no resulta en concreto expresión de capacidad y voluntad adecuadas, por parte del beneficiario, en orden a salvaguardar el propio equilibrio existencial, debiéndose conferir, en tal caso, atención y protección prevalentes a las mismas; b) reconocer y respetar en general las necesidades, las aspiraciones y los valores del beneficiario; c) proceder solamente cuando la ausencia de una intervención determinada suponga un grave perjuicio para la salud del interesado y amenace, al mismo tiempo, el bienestar de sus familiares, de la otra parte de la unión civil o del conviviente; d) evitar que resulte comprometida, más allá del mínimo imprescindible, en la forma y en el fondo, la libertad personal del beneficiario; e) involucrar a este último, en la medida de lo posible, en la planificación y actualización de los planes terapéuticos, de tratamiento y asistencia".

77 Bonilini, G.: "L'amministratore di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 2007, p. 118; y Cassano, G.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 129.

78 Cendon, P. y Rossi, R.: *Amministrazione di sostegno*, cit., t. I, p. 654, y T. II, p. 942.

79 Pueden verse argumentos en ambos sentidos, con detallada cita de autores sobre el particular, en Ferrando, G.: "Le finalità", cit., pp. 24 y ss.

al otro miembro de la unión civil entre personas del mismo sexo de la que forme parte el interesado, de conformidad con las previsiones de la Ley núm. 76, de 20 de mayo de 2016[80], que contiene la "Regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y disciplina de la convivencia"[81].

Otra cuestión que ha resultado especialmente polémica, en estos años de aplicación del nuevo instituto, es la de la necesidad de asistencia letrada. Por un lado, atendiendo a la flexibilidad del procedimiento o a la posibilidad de modificar el decreto en cualquier momento, también de oficio, se ha defendido la innecesariedad de la intervención de abogado; de otro, considerando la posibilidad de que el decreto recorte la capacidad de obrar del beneficiario, que pueden aplicársele limitaciones propias del incapacitado o inhabilitado, o que cabría recurrir la resolución que instituye la medida en apelación y casación, se ha sostenido que debería considerarse obligada la presencia de asesor legal[82]. La Corte di Cassazione también ha tratado de dirimir la cuestión, al declarar que "el procedimiento para la designación del administrador de apoyo…no requiere el ministerio del defensor en las hipótesis, correspondientes al modelo legal típico, en las cuales la resolución deba limitarse a individuar específicamente los actos concretos o las categorías de actos, en relación a los cuales se requiere la intervención del administrador; necesitando, por el contrario, la defensa técnica cada vez que el decreto que el juez piense emitir, coincida o no con la solicitud del interesado, incida sobre derechos fundamentales de la persona, a través de la previsión de efectos, limitaciones o resoluciones análogas a aquellas previstas por disposiciones de ley para el incapacitado o el inhabilitado, encontrando, por eso mismo, el límite en el respeto de los principios constitucionales en materia de derecho de defensa y del contradictorio"[83].

La Propuesta que nos ocupa acoge la doctrina del Supremo en este sentido y remite a la valoración (discrecional y equitativa) del Juez tutelar, que deberá decidir sobre la necesidad de designar abogado, en función de las disposiciones que pretenda adoptar, en cada caso. En particular, se reformula el texto vigente del art. 716 CPC, de modo que, cuando el Juez tutelar entienda que procede establecer prohibiciones, limitaciones o, en general, disposiciones que puedan incidir sobre derechos fundamentales del beneficiario, invitará a éste y al administrador de

80 Puede consultarse en www.gazzettaufficiale.it.

81 Art. 6, párr. 3.º, Propuesta: «El párrafo 1 del art. 406 CC se sustituye: "SUJETOS – El recurso para el establecimiento de la administración de apoyo puede proponerse personalmente por el beneficiando, incluso si es menor, por el cónyuge, por el conviviente estable, por la otra parte de la unión civil, por los parientes hasta el cuarto grado, por los afines hasta el segundo, por el ministerio público"».

82 Vide por todos Masoni, R.: "Il procedimento di sostegno", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni* (coord. por R. Masoni), Maggioli Editori, San Marino, 2009, pp. 486 y ss.

83 Cassazione civile, Sezione I, núm. 25366, 29 noviembre 2006, disponible en www.ricercagiuridica.com, y núm. 6861, 20 marzo 2013, disponible en www.neldiritto.it.

apoyo a nombrar defensor en un plazo concreto; transcurrido el mismo sin que se haya designado abogado, el juez tutelar podrá ordenar las prohibiciones, limitaciones y resoluciones que le llevaron a recomendar la asistencia letrada[84]. El texto proyectado pretende zanjar de este modo la discusión generada en torno a la obligatoriedad, o no, de la intervención de abogado, sin ralentizar demasiado el procedimiento o permitir al interesado o al administrador de apoyo interrumpirlo indefinidamente. No obstante, tal y como se apunta en el preámbulo del propio proyecto, no tardarán en objetarse algunas cuestiones a la solución adoptada, como qué derecho fundamentales deben tomarse en cuenta (si sólo los personales o también los de carácter patrimonial) o qué sanción se ha de aplicar a la omisión del trámite e, incluso, a la omisión de la adopción de las medidas precisas, para obviar el trámite[85].

Para finalizar el análisis del articulado presentado a las Cámaras italianas[86], hemos de referirnos a las cláusulas transitorias contenidas en los arts. 9 y 10 de la Propuesta; en ellas se ordena, respecto de las incapacitaciones e inhabilitaciones pendientes a la entrada en vigor de la reforma, la transmisión de oficio de las actuaciones al Juez tutelar, para que, en su caso, se proceda a la activación de la administración de apoyo[87]; respecto de las incapacitaciones e inhabilitaciones declaradas, la revocación automática del estatus relativo y la correspondiente activación de la administración de apoyo, atribuyendo al tutor o curador la función de administrador de apoyo provisional, hasta que se instituya la medida[88].

84 El art. 3 de la Propuesta recomienda la siguiente redacción para el art. 716 CPC: "La persona a la que se refiere el procedimiento puede comparecer en juicio y cumplir por sí sola todos los actos del procedimiento, incluidas las impugnaciones, también cuando se haya designado el administrador de apoyo provisional señalado en el art. 405 CC, sin perjuicio de los previsto en el párrafo sucesivo.
En cualquier fase del procedimiento, cuando el juez considere conveniente, en interés del beneficiario, establecer prohibiciones, limitaciones o resoluciones que incidan sobre los derechos fundamentales de la persona, invitará al beneficiario y al administrador de apoyo, incluso al provisional, a designar un defensor. A tal fin, el juez tutelar fijará un término para el nombramiento del defensor, remitiendo a una audiencia sucesiva la adopción de las resoluciones respecto de las cuales se dispone la defensa técnica.
La falta de designación del defensor, por parte del beneficiario o del administrador de apoyo, también provisional, en el plazo establecido, legitima al juez tutelar a establecer las prohibiciones, las limitaciones o las disposiciones respecto de las que había dispuesto nombramiento del defensor".

85 Cendon, P.: "Adesioni accademiche", cit., p. 9.

86 Aprovechando el vacío que dejaría la aprobación de la reforma en los arts. 692 a 697 CC –referidos a la sustitución fideicomisaria, que en Derecho italiano está vinculada a la incapacitación, por cuanto sólo se admite cuando el primer instituido es un incapacitado y el segundo la persona o ente que, bajo la vigilancia del tutor, se ha hecho cargo de aquél–, el art. 7 de la Propuesta disciplina también el "patrimonio con vínculo de destino para la persona frágil"; sin embargo, la atención que requiere esta figura excede del objeto del presente trabajo.

87 Art. 9 Propuesta: "En los procesos de incapacitación y de inhabilitación pendientes a la fecha de derogación de los referidos institutos, el juez dispondrá, de oficio, la transmisión de las actuaciones al juez tutelar, con el fin de designar un administrador de apoyo. En tal caso, el juez competente para conocer de la incapacitación o de la inhabilitación podrá adoptar las medidas urgentes a que se refiere el párrafo cuarto del art. 405. El tutor o curador provisional asumirá automáticamente la función de administrador de apoyo provisional en relación con la realización de los actos de administración ordinaria, hasta que haya un pronunciamiento del juez tutelar".

88 Art. 10 Propuesta: "La incapacitación y la inhabilitación declaradas a la fecha de derogación de los antedichos institutos se entienden automáticamente revocadas, al tiempo que el tutor y el curador asumen automáticamente la función de administrador de apoyo provisional en relación con la realización de los actos de administración extraordinaria, hasta posterior disposición del juez tutelar.

BIBLIOGRAFÍA

Ambrosini, A. y Zanobini, G.: Voz "Capacità giuridica", en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, 1930, disponible en www.treccani.it.

Barca, A.: "La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 299-321.

Berti, F.: "L'amministrazione di sostegno: aspetti giuridici e sociologici", en *ADIR-L'altro diritto*, 2009, disponible en www.adir.unifi.it.

Bonilini, G.: "L'amministratore di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 2007, pp. 97-192.

Bonilini, G.: "Tutela delle persone prive d'autonomia e amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 2007, pp. 1-44.

Caringella, F. y De Marzo, G.: *Manuale di Diritto Civile I. Persone, familia, successioni e propietà*, Giuffrè, Milano, 2007.

Cassano, G.: *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, Halley, Matelica, 2006.

Cendon, P.: "Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 21-67.

Cendon, P.: "Adesioni accademiche al progetto anti-interdizione", en *Persona e danno*, 1 julio 2020, disponible en www.personaedanno.it.

Cendon, P. y Rossi, R.: "L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata", en *Politica del Diritto*, vol. XXXVIII, núm. 3, septiembre 2007, pp. 503-509.

Cendon, P. y Rossi, R.: *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, T. I y II, Utet giuridica, Torino, 2009.

En tales supuestos, el Juez Tutelar procederá, incluso de oficio, a la designación de administrador de apoyo respecto de la persona anteriormente incapacitada o inhabilitada. El interesado, los sujetos legitimados conforme al art. 406, párrafo primero, y el Ministerio Público podrán, a su vez, presentar recurso para el establecimiento de la administración de apoyo".

Cendon, P. y Rossi, R.: *Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Key editore, Milano, 2014.

Ferrando, G.: "Introduzione", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 1-7.

Ferrando, G.: "Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomía", en AA.VV.: *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione* (coord. por G. Ferrando y L. Lenti), Giappichelli, Torino, 2006, pp. 3-44.

Forchielli, P.: *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione, Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro primo: persone e famiglia arts. 414-432* (coord. por F. Galgano), Zanichelli, Bologna, 1988.

Fortini, F.: *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, G. Giappichelli, Torino, 2007.

Franceschelli, V.: *Diritto privato*, 5.ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.

Masoni, R.: "Il procedimento di sostegno", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni* (coord. por R. Masoni), Maggioli Editori, San Marino, 2009, pp. 457-541.

Patti, S.: "La nuova misura di protezione", en AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (coord. por G. Ferrando), Guiffrè, Milano, 2005, pp.105-113.

Perrando, G., et al.: Voz «Morte», en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, 1934, disponible en www.treccani.it.

Rescigno, P.: Voz "Capacità di agire", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Utet, T. II, Torino, 1990, pp. 209-217.

Rescigno, P.: Voz "Capacità giuridica", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Utet, T. II, Torino, 1990, pp. 218-225.

Rossi, S.: "L'amministrazione di sostegno e la tutela costituzionale della persona fragile alla fine della vita", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 333-362.

SPAZIANI, P.: "Natura giuridica del giudizio di interdizione e riflessi su aspetti problematici della disciplina", en AA.VV.: *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno* (coord. por E. V. NAPOLI), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 39-123.

STANZIONE, P.: "Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione", en *Comparazione e Diritto Civile*, mayo 2010, pp. 1-25, disponible en www.comparazionedirittocivile.it.

TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, 18.ª ed., Giuffrè, Milano, 2009.

TRIOLO, D. y MATTA, M.: *Diritto civile*, 4.ª ed., Key editore, Milano, 2020.

VENCHIARUTTI, A.: Voz "Incapaci", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Utet, T. IX, Torino, 1993, pp. 367-384.

PAREJAS DE HECHO: HISTORIA, RÉGIMEN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO*

DE FACTO COUPLES: HISTORY, LEGAL REGIME AND FUTURE PROSPECTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 322-379

* En atención a que en este texto el profesor García Cantero realiza un completo estudio sobre las parejas de hecho al hilo de la recensión que efectúa sobre la obra de Federico Cantero y de Antonio Legerén-Molina –*Las parejas de hecho y de Derecho. Régimen jurídico de la convivencia* more uxorio *en España,* Thomson-Reuters Aranzadi, 2018, 535 pp.–, se incluye en la sección correspondiente a Derecho de familia de esta revista. La obra citada va prologada por la Catedrática de Derecho civil y Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación doña María Paz García Rubio, cuyas discrepancias con los autores en unos aspectos no menores suscita y abre un interesante debate que es destacado por el autor.

Gabriel
GARCÍA
CANTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Completo tratado, conjuntamente realizado por ambos autores, sobre la unión libre o de hecho en el Derecho civil español, incluyendo el Derecho foral o especial. Partiendo históricamente del Derecho romano clásico, aborda los antecedentes históricos, Derecho canónico, común y codificado, con especial atención a la Constitución de 1978 y leyes matrimoniales reformadoras del Código civil. Las uniones al margen del matrimonio: a) tienen su fundamento, no en el principio de igualdad, sino en el de libertad y libre desarrollo de la personalidad; b) toda decisión legislativa en esta materia no puede tener un espíritu "anti matrimonial"; c) la legislación producida al amparo de esos principios no puede perjudicar la protección jurídica y social de la familia; y d) la concesión de un estatuto global a las mismas carece de razón suficiente. Lo consideran como fenómeno social expresado por el comportamiento de dos personas cuando, con independencia de su orientación sexual, mantienen una convivencia al estilo marital, de carácter estable, público y notorio, que es susceptible de producir efectos jurídicos. Se trata, por tanto, de un enfoque socio-jurídico que advierte en tales uniones los siguientes rasgos: a) el comportamiento como expresión, de carácter público y notorio; b) el carácter sexualmente indiferenciado; c) la exclusividad; d) la capacidad y edad necesarias y la posible aplicación de los impedimentos matrimoniales; e) la ausencia de vínculo jurídico y de sanción social; f) la convivencia estable de carácter marital; g) las relaciones sexuales y la descendencia; h) la susceptibilidad de producir efectos jurídicos; i) ¿fenómeno social o institución? Con singular detalle se analiza en particular, el nacimiento, permanencia y extinción, profundizándose finalmente en los aspectos sucesorios.

PALABRAS CLAVE: Parejas de hecho; terminología; historia; Derecho comparado; noción; rasgos socio-jurídicos; capacidad; forma y efectos; extinción; seguros de vida; futuro de las uniones.

ABSTRACT: *Global analysis, jointly made by both authors, on the unmarried couples or the "de facto union" in Spanish civil law, including foral or special law. Starting from classical Roman Law, it deals with the historical background, Canon Law, common and codified law, with special attention to the 1978 Constitution and the reforming laws of the marriage of the Civil Code. Unions outside of marriage: a) are based not on the principle of equality, but on the principle of freedom and the free development of personality; b) any legislative decision in this area cannot have an "anti-marital" spirit; c) legislation produced under those principles cannot prejudice the legal and social protection of the family; and d) the granting of a global status to them lacks sufficient reason. They consider unmarried couples as a social phenomenon expressed by the behaviour of two persons when, regardless of their sexual orientation, they maintain a marital-style cohabitation, of a stable, public and notorious nature, which is capable of producing legal effects. It is, therefore, a socio-legal approach focused on the following features of such unions: a) behaviour as expression, of public and notorious character; b) sexually undifferentiated character; c) exclusivity; d) necessary capacity and age and the possible application of marital impediments; e) absence of legal bond and social sanction; f) stable cohabitation of a marital nature; g) sexual relations and offspring; h) susceptibility to produce legal effects; i) social phenomenon or institution? In particular, the beginning, permanence and extinction of unmarried couples are analyzed in detail, and finally going deeper on to the succession aspects.*

KEY WORDS: *De facto couples; terminology; history; comparative law; notion; socio-legal features; capacity; form and effects; extinction; life insurance; future of unions.*

SUMARIO.- I. PREVIO.- II. DISCREPANCIAS DE LA PROLOGUISTA.- III. ASPECTOS FORMALES DE LA SISTEMÁTICA DE LA MONOGRAFÍA.- IV. INTRODUCCIÓN GENERAL.- V. UNA MIRADA AL PASADO.- VI. LA DELIMITACIÓN ACTUAL DEL FENÓMENO: SUS RASGOS ESENCIALES.- VII. RASGOS CONFIGURADORES DE LA UNIÓN DE HECHO.- 1. El comportamiento como expresión. El carácter público y notorio.- 2. El carácter sexualmente indiferenciado.- 3. La exclusividad.- 4. La capacidad y la edad necesarias y la posible aplicación de los impedimentos matrimoniales.- 5. La ausencia de vínculo jurídico y de sanción social.- 6. La convivencia estable de carácter marital.- 7. Las relaciones sexuales y la descendencia.- 8. La susceptibilidad de producir efectos jurídicos.- 9. ¿Fenómeno social o institución?- VIII. TRATANDO DE INDAGAR LAS CAUSAS DEL FENÓMENO: LAS CAUSAS COYUNTURALES Y LAS CAUSAS DE FONDO.- IX. EL AMPARO Y LOS LÍMITES DE LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN.- 1. El amparo en los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10.1 de la Constitución).- 2. La improcedente invocación del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución).- X. FAMILIA Y UNIÓN DE HECHO: EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN.- XI. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.- XII. NACIMIENTO, PERMANENCIA Y EXTINCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- 1. Previo.- 2. Resumen de la Sistemática.- 3. Contenido.- XIII. LA UNIÓN DE HECHO Y EL DERECHO DE SUCESIONES.- 1. Cuestiones generales en el Derecho común español.- 2. La libertad testamentaria del conviviente y sus limitaciones.- 3. Las legítimas.- 4. Las reservas.- 5. Validez de las disposiciones testamentarias de los convivientes.- 6. Repercusión de la unión de hecho sobre determinados derechos sucesorios previamente adquiridos.- 7. ¿Sucesión contractual?- 8. Breve mención de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en las Comunidades Forales con Derecho civil propio.- 9. La designación del conviviente "more uxorio" como beneficiario de un seguro de vida.- XIV. LOS COMPLEMENTOS ORDINARIOS DE LA OBRA.- XV. ANEXOS.- XVI. FINAL.

I. PREVIO.

No van a ser unas breves páginas las que voy a dedicar para dar cuenta de la aparición de una obra completa y actualizada que reúne muchos motivos de interés. El tema, entre nosotros, sigue siendo de vivísima actualidad, y los autores han acertado al reunir exhaustivamente el material bibliográfico adecuado, de suerte que los juristas prácticos encontrarán en ella material suficiente para resolver los casos diarios por intrincados que sean. Añádase la singularidad que significa el Prólogo de la distinguida Catedrática de Derecho Civil Profesora Mª Paz García Rubio, Vocal de la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación, cuya razón de ser no es el de incrementar el coro de alabanzas de la obra sino, concisa y ejemplarmente, sostener posturas discrepantes, en algunos puntos importantes, con la de los autores. Actitud de una y otros no demasiado frecuente entre nosotros. Añádase la compleja evolución de la obra misma, que inicialmente constituía un capítulo intitulado "Las uniones de hecho" de las "Instituciones

• Gabriel García Cantero
Catedrático de Derecho civil, Profesor Honorario de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: ggarcia@unizar.es

de Derecho Privado" (coordinado por Víctor Garrido de Palma), tomo IV, vol. 1º, aparecido en la misma editorial (pp. 323-651) en el año 2015. Luego se ha independizado como obra autónoma, publicándose en 2018 (1ª ed.).

Mi intervención tiene variada explicación. Soy también colaborador en las "Instituciones" coordinadas por Víctor Garrido de Palma en su segunda edición. He dedicado al tema estudios algo lejanos, anteriores en el tiempo a las profundas reformas familiares entre nosotros, incluyendo una monografía sobre el tema en Francia cuando la reiterada jurisprudencia excitó el interés doctrinal y dio allí origen a los cambios legislativos primerizos. He aportado al tema colaboraciones en sucesivos Congresos internacionales de Derecho comparado. Así, mi interés científico por el tema sigue intacto[1].

Matrimonio y unión libre o de hecho no es una dicotomía jurídica que surja en nuestros días, sino que se presenta en todas las civilizaciones, en pluralidad de formas y manifestaciones. En el mundo occidental, al menos desde que se conoce la escritura, junto a una unión reconocida oficialmente (con frecuencia por la autoridad religiosa), subsiste otra u otras modalidades de unión entre un hombre y una mujer (o con varias, y entonces habitualmente de un solo varón con varias mujeres). El Cristianismo, al cabo de varios siglos de estudios teológicos, reconoce oficialmente el sacramento del matrimonio, que se normativizará definitivamente en el Concilio de Trento, y que varios Estados católicos aceptaron íntegramente como ley estatal. Su regulación positiva no impidió, sin embargo, que en muchos lugares se incumplieran sus cánones. Siglos después, la Revolución Francesa impuso imperativamente el matrimonio civil obligatorio, forzando así a quienes deseaban casarse en conformidad con su fe religiosa a realizar la doble celebración. En el siglo XIX surgen las ideas libertarias que impugnan incluso la formalización civil de las nupcias. En la sociedad de la América colonial actúan, todavía hoy, otras causas, en buena medida involuntarias, que vienen a incrementar las uniones de hecho. Curiosamente no suele mencionarse que en el vigente Código civil nipón, inspirado en buen medida por el BGB, y abierto por tanto a la cultura jurídica occidental, el matrimonio civil es puramente consensual, sin más requisito que la inscripción en el Registro Civil. Si bien en Tokio hay un conocido "Parque Matrimonial" en el que diversas capillas de diferentes confesiones permiten celebrar, a quienes lo solicitan, la celebración religiosa que la ley ignora.

1 Sin ánimo de exhaustividad: *El concubinato en el Derecho civil francés*, Roma-Madrid 1965, 212 pp.; "La filiación extramatrimonial en la realidad social (Un estudio de sociología jurídica)", *Lección inaugural del curso académico 1978-1979 en la Universidad de Bilbao*; "Aspectos sociológicos e ideológicos de la unión libre en el Derecho francés", *RDJ*, 1962, núm. 10, pp. 2-40; "Un estudio de jurisprudencia sociológica. Filiación extramatrimonial", *RDJ*, 1974, enero-marzo, pp. 61-82; "Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio", *Anuario de Derecho civil*, 1975, núm. 28, pp. 521-550; "La mujer y la filiación extramatrimonial", *ADF*, 1975, I, pp. 245-263; "En torno a la «familia natural» en el Código civil español", *Festschrift W. Bosch*, 1976, I, pp. 227-240; "La filiación extramatrimonial ante el Tribunal Constitucional", en AA.VV.: *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza 1983, pp. 595-614.

A mi juicio hay que soslayar el riesgo de una excesiva sociologización que se limite a esta única perspectiva para profundizar en el tema que nos preocupa, esforzándose por una clara diferenciación.

II. DISCREPANCIAS DE LA PROLOGUISTA.

La Profesora Mª Paz García Rubio ha elegido tres cuestiones para exponer su discrepancia con los autores: una reflexión teórica para fundamentar su opinión sobre si las parejas de hecho constituyen o no un tipo de familia que ha de ser protegida como tal; tratar de dilucidar las repercusiones que puede tener la declaración de inconstitucionalidad de ciertos preceptos de una ley autonómica de parejas sobre otras normas homólogas que no han sido cuestionadas todavía ante el TC; y, mucho más concreto, dilucidar el alcance de la norma de remisión contenida en la DA 3ª de la Ley de Derecho civil de Galicia, en relación con el eventual régimen económico de las parejas gallegas inscritas.

Su desarrollo es el siguiente:

1ª) Se refiere en general, tanto a las uniones formales como informales, y tanto a las constituidas por dos adultos del mismo como de distinto sexo. Su postura es que todas ellas constituyen formas de familia y que, en consecuencia, gozan de la tutela derivada de las normas constitucionales nacionales, europeas y convencionales que protegen a la institución familiar. Siguiendo a la Profesora Rosario Valpuesta, cree que en la sociedad hay mil y un tipos de familia y todos ellos merecen, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, reconocimiento y protección. Invoca en su favor jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8º del Convenio Europeo. En cuanto a la Unión Europea, cuya jurisprudencia considera bastante conservadora en materia de relaciones afectivas entre adultos, estima que se está produciendo una progresiva apertura hacia el reconocimiento de formas menos tradicionales. En España invoca en su favor jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pero la convicción absoluta de que, cualquiera que sea la modalidad de pareja de hecho estable, estamos ante un tipo de familia protegida por el artículo 39 CE, no significa que su tratamiento jurídico haya de ser necesariamente el mismo que se dispensa al matrimonio, dado que "el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes" (STC 15 noviembre 1990). Es más, el matrimonio es una institución que goza de una protección reforzada en el artículo 32 CE. Con todo, matrimonio y pareja son modalidades de familia que el Derecho no sólo ha de tolerar, sino también de reconocer y proteger[2].

2 Cantero Núñez, F. y Legerén-Molina, A.: *Las parejas de Hecho y de Derecho. Régimen jurídico de la convivencia* more uxorio *en España,* 1ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 21.

2ª) ¿Qué repercusión tienen las sentencias del TC que declararon la inconstitucionalidad de determinadas normas autonómicas sobre parejas estables (Navarra, Madrid y Comunidad Valenciana) sobre las reglas de otras leyes autonómicas de pareja que son prácticamente iguales o muy parecidas a las declaradas inconstitucionales? Los autores de la obra llegan incluso a atisbar una posible derogación de las leyes autonómicas de pareja, propugnando una limitación de su actuación a los temas de régimen económico y sucesorios, en favor de una ley estatal uniforme que regularía los aspectos restantes. Pero la Prologuista, por más que para una buena parte de los juristas ésa sería la solución óptima al "galimatías normativo que ahora tenemos"[3], mucho se teme que la propuesta no sea una solución realista ya que "los legisladores autonómicos no está dispuestos a derogar nada, ni a ceder un ápice en la regulación de esta cuestión"[4].

3ª) Más de doce años después de la modificación de la Disposición Adicional 3ª de la Ley de Derecho civil de la Comunidad gallega de 2006 –que tuvo que ser reformada por el legislador apenas un año más tarde con el fin confesado de aclarar su significado–, sigue siendo objeto de controversia entre los operadores jurídicos. Según aquella norma, las parejas de hecho inscritas en el Registro "ad hoc" creado en Galicia, que hayan manifestado expresamente su voluntad de equiparar los efectos de su relación con los del matrimonio, gozan de tal equiparación a los efectos de dicha ley. La Prologuista entiende[5] que si se añade el artículo 171 de la LDCG, según el cual "el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales", es fácil colegir que las parejas de hecho que entren en el ámbito de aplicación de la DA 3ª, si no han pactado nada sobre su régimen económico, están sometidos por disposición legal, y al igual que las casadas, al régimen de la sociedad de gananciales. Ésta ha sido siempre la opinión de la Prologuista. Constata, sin embargo, que muchos juristas gallegos opinan lo contrario, e incluso se ha pronunciado en el mismo sentido la AP de la Coruña, sec. 6ª, en Auto de 13 marzo 2017. Mantiene, no obstante, su postura pese a no ignorar los riesgos, bien conocidos por cualquier privatista, que supone otorgar a una pareja no casada derechos y deberes que incluso pueden implicar a terceros, sin las garantías de publicidad necesaria.

III. ASPECTOS FORMALES DE LA SISTEMÁTICA DE LA MONOGRAFÍA.

Desde el capítulo que fue del volumen coordinado por Garrido de Palma, su sistemática se ha ido progresivamente enriqueciendo. Destacaría varios

3 Op. cit., p. 22.

4 Op. cit., p. 23.

5 Op. cit., p. 24.

aspectos. Si inicialmente representaba una parte integrante de un texto diverso y de objetivo más amplio, ahora ha devenido un libro independiente, con propia distribución de materias. Ambos autores se responsabilizan del "totum", aunque hacen constar las partes que cada uno ha redactado, y que en este apartado indicaré con sus apellidos (Cantero y Legerén). El recensor tiene la impresión de que aquéllos, conjuntamente, han discutido y planificado el texto en su totalidad, que así debe atribuirse a ambos. Dado que el enunciado de los ocho densos capítulos es suficiente para orientar en su manejo a la mayoría de los lectores, los reproduzco literalmente:

Capítulo I: Introducción (Cantero); Capítulo II: Una mirada al pasado (Legerén); Capítulo III: Delimitación del fenómeno: sus rasgos esenciales (Legerén); Capítulo IV: Tratando de indagar las causas del fenómeno (Cantero); Capítulo V: El amparo y los límites de la unión de hecho en la Constitución (Cantero); Capítulo VI: Familia y unión de hecho: el artículo 39 de la Constitución (Cantero); Capítulo. VII: Los límites constitucionales a la institucionalización de la unión de hecho (Cantero); Capítulo VIII: Nacimiento, permanencia y extinción de las uniones de hecho en el ordenamiento jurídico español (Legerén).

Un análisis formal de la sistemática permite deducir los siguientes aspectos o características:

- se trata de un estudio esencial y básicamente jurídico;

- si bien, no prescinde de lo fenomenológico o sociológico;

- con encuadre histórico visto desde España como perspectiva básica;

- la rápida evolución ha coincidido con la presencia de ideologías orientadas a vaciar de sentido el matrimonio institución;

- el estudio no se limita a los territorios españoles sujetos exclusivamente al Código civil, según la CE, sino a la totalidad de regímenes civiles vigentes en España;

- está también presente el aspecto comparatista;

- el aspecto normativo se completa con la perspectiva filosófica y de derechos humanos:

- trata con amplitud las relaciones jurídicas entre la familia y la unión de hecho;

- la nomenclatura elegida por los autores, neutra y generalmente aceptada actualmente en la sociedad, evita otros términos usados en el siglo pasado, dentro y fuera de España, que hoy podrán causar extrañeza, y, acaso, ofender.

IV. INTRODUCCIÓN GENERAL.

El fenómeno se describe amplia y comprensivamente[6]: "Durante siglos condenada, durante décadas tolerada, la figura objeto de esta monografía es considerada por algunos en nuestros días con categoría de institución de Derecho de Familia. Esta consideración ha sido el origen de una ingente producción bibliográfica en la que cada autor ha tratado de aportar su visión personal. También la jurisprudencia se ha tenido que pronunciar con reiteración hasta ahora desconocida. Algunos Ayuntamientos y Comunidades Autónomas la han considerado materia de su competencia. A nivel legislativo estatal se le han ido reconociendo, de modo lento pero progresivo, determinados efectos de ámbito sectorial. Trece Autonomías la han dotado de un estatuto global y el Parlamento ha debatido, en varias ocasiones, distintas Proposiciones de Ley, haciéndose eco de todo ello los medios de comunicación. Y el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la materia; en este caso, anulando buena parte de tres de las leyes autonómicas".

Considero de gran claridad la inicial conclusión de sus autores[7]: "No cabe sustraerse, por tanto, a la compleja situación actual y, por consiguiente, nuestro estudio contemplará las uniones de hecho como fenómeno social con todo el espectro de efectos jurídicos a los que su nacimiento y extinción puedan dar lugar, siguiendo un esquema tradicional de análisis. Estudiaremos, pues, el hecho y el Derecho de las parejas. También se analizará como fenómeno que cuenta con un reconocimiento legal –o, incluso, de una equiparación de efectos con el matrimonio–, y, a la vez, como alternativa a él. Las dos perspectivas estarán presentes y parecerán, en ocasiones, entremezcladas (...). Sólo resta señalar que la opinión contraria a que las uniones de hecho sean reguladas de modo completo no excluye en ningún caso la búsqueda de soluciones satisfactorias para cualquier situación de injusticia que el caso concreto exige y demanda de los juristas".

En opinión del recensor se trata de un propósito indudablemente ambicioso – aunque correcto en todo caso– que no excluye a ninguna de las posibles perspectivas del tratamiento monográfico[8].

V. UNA MIRADA AL PASADO.

En este aspecto considero obligada una dilatada visión histórica del tema. El capítulo II se desarrolla en tres apartados que se ocupan, respectivamente,

6 Op. cit., p. 25.

7 Op. cit., p. 27.

8 Una leve observación del recensor: la escueta afirmación de que las uniones de hecho sólo han sido toleradas "durante décadas", merece una aclaración.

de Roma, de la Edad Media hasta el siglo XVIII, y de la Codificación a la época Constitucional[9].

Puede considerarse suficiente una síntesis histórica que se ofrece apoyada en una adecuada doctrina –española y traducida–, que comprende a romanistas, canonistas, e historiadores –unos consagrados ya como autoridades en la materia, y otros de la más reciente actualidad–, sin olvidar obviamente la doctrina civilista de reconocido prestigio.

En las fuentes del Derecho Romano aparece ya el binomio "matrimonium-concubinatus". Partiendo de que sólo entre quienes gozaban del "status libertatis et civitatis", había un matrimonio formalmente solemne ("confarreatio") que progresivamente fue sustituido en la práctica por el simple "matrimonium", basado en la convivencia, en el "honor matrimonii" y en la "affectio maritalis", ajeno a cualquier solemnidad, dado que "consensus facit nuptias". Por otra parte, debido a ciertas prohibiciones para casarse, los autores se hacen eco de la idea de que el matrimonio puramente romano, desde el Principado, se aproxima mucho más a las uniones de hecho sancionadas legalmente en nuestros días[10].

Se ha afirmado que "Eclessia ex iure Romani vivit". Pero ello no significa una mera continuidad en materia de concubinato y matrimonio, si bien Justiniano nada alteró de esencial en este punto. Más bien hay que entender que, aprovechando la técnica jurídica del Derecho Romano, el Derecho Canónico elaboró, en un largo proceso histórico que culminó en el Capítulo "Tametsi" del Concilio de Trento (1545-1563), el concepto de matrimonio que ha llegado a nuestros días, y que ha sido recogido en dos Códigos de Derecho canónico, de vigencia cuasi-universal. El proceso, en consecuencia, ha sido secular y ha conocido muchas etapas, no tanto en su formulación normativa como en su efectiva aplicación y recepción por los Estados modernos. En un primer momento, se fragua la teoría superadora del "consentimiento continuado", que queda reemplazado por un "consentimiento pacticio", sin el cual la indisolubilidad que el Cristianismo predicaba sería jurídicamente injustificable. En esta primera fase, la forma no esencial, coexistiendo en la práctica el "matrimonium in facie Ecclesiae" con el matrimonio clandestino –reconocido en Castilla un matrimonio "a yuras", legítimo pero oculto–[11]. Al lado de ambas formas de matrimonio canónico legal, en toda la Edad Media va a pervivir el "concubinato", como resulta de la Partida IV, cuyo Título dedicado "a las otras mujeres que tienen los hombres que no son de bendiciones", proclama que "barragana defiende la Santa Iglesia que no tenga ningún cristiano (...). Pero los sabios antiguos que hicieron las leyes, consintiéronles

9 Op. cit., pp. 29-40.

10 Op. cit., p. 32.

11 Op. cit., p. 33.

que algunos las pudieran haber sin pena temporal, porque tuvieron que era menos mal haber una que muchas, y porque los hijos que nacieran fueran más ciertos"[12]. Añaden los autores que, aun superada la concepción romana, la sociedad medieval es una sociedad esencialmente clasista, y que en ella la "barraganía" seguramente no se presentaba como una opción, sino más bien como una necesidad. En una segunda fase, la necesidad de dotar de certeza jurídica al matrimonio va a llevar a los Padres tridentinos a exigir una forma "ad validitatem" para la existencia del matrimonio. A partir de entonces desaparece el "matrimonio a yuras", y la única posibilidad de expresar el consentimiento va a ser ante el Párroco propio y dos o tres testigos. Por medio del "Decretum Tametsi", de 11 de noviembre de 1563, se formalizó el vínculo matrimonial, lo que, sin duda, supuso una revolución en el ámbito del Derecho matrimonial canónico. Al mismo tiempo el Concilio prohibió el concubinato. Todo ello sin efecto retroactivo.

En España, la Real Cédula de Felipe II de 1564 incorporó a nuestro Ordenamiento el Decreto tridentino. A partir de entonces el concubinato, no sólo moral sino también legalmente, pasa a estar perseguido, pudiendo intervenir la Inquisición en casos de apología o defensa pública. Opinan los autores que en los siglos siguientes el número de uniones concubinarias debió de disminuir, y penosa debió de ser la suerte de las concubinas y de sus hijos que, pese a todo, siguieron existiendo[13] .

En todo caso parece claro que desde el famoso Decreto el matrimonio será el único cauce para reconocer socialmente y dotar de efectos jurídicos a toda unión de hombre y mujer, desapareciendo de la legislación cualquier tipo de reconocimiento de unión al margen de aquél. Es importante la siguiente observación: esta situación no cambiará con las sucesivas regulaciones civiles del matrimonio, ya que éstas asumieron el modelo elaborado por el Derecho canónico viniendo simplemente a sustituir al Párroco por el Juez, a la Iglesia por el Juzgado y a la Biblia por la Ley[14].

Resumiendo lo ocurrido desde la codificación a la época constitucional observan que el Código civil, siguiendo la línea de sus homólogos europeos, no dedica atención a las uniones fácticas. La palabra "concubinato", al contrario del significado romano, en la Edad Media pasa a tener un sentido peyorativo de "unión sexual proscrita" que no recibe la sanción legal. Tal cambio convierte al referido

12 Observan los autores que el texto transcrito contiene tanto un fin de orden jurídico –la equiparación de la filiación–, como de orden moral –la tolerancia del mal menor–. Op. cit., p. 33 y nota 21.

13 Op. cit., p. 35. Los autores recogen aquí variedad de opiniones que no todos comparten. Ellos afirman que el concubinato fue abandonado espontáneamente por la sociedad, que fue dejando de ver en él una unión deseable, cuando la moralidad pública experimentó cierto progreso; lo cual permitió de hecho que individuos insolidarizados con la mentalidad general han podido constituir o continuar relaciones de este tipo, sin resultar inquietados por el Derecho. Se deduce que el papel del Derecho ha sido indirecto en tal hipótesis, privando a la relación fáctica de los efectos del matrimonio.

14 Op. cit., p. 36.

término en poco idóneo y desafortunado para aplicarlo hoy día a la unión de hecho, e igualmente le ocurre a la "barraganía", de profunda raigambre hispánica.

Sintetizan así las conclusiones de este periodo: 1ª) las uniones de hecho de nuestros días guardan en sus fines y justificación muy poco parecido con el concubinato romano o con la barraganía medieval; 2ª) la Religión y la Moral han presidido el tratamiento jurídico de las cuestiones relativas al Derecho de Familia, y, en particular, de todo su componente sexual y no parece que el debate jurídico actual pueda escapar fácilmente a esa tradicional influencia; en nuestros días, en presencia de idearios de raíz marxista o de otro tipo, entre los que ocupa un puesto relevante el de género –del que distinguen "la perspectiva de género" con la que se pretende alcanzar la igualdad efectiva real entre hombres y mujeres–; 3ª) no obstante haber obtenido entre el Derecho justinianeo y el Concilio de Trento un cierto reconocimiento legal, jamás hubo equiparación entre matrimonio y uniones de hecho; 4ª) el mayor parecido de las actuales uniones de hecho –en la medida en que han sido reguladas– se podría encontrar quizá en el "matrimonium sine manu" –generalizado en el Principado–, por cuanto en una y en otro quedaría legalmente sancionada una unión estable aformal, tanto en su nacimiento como en su extinción, pudiendo esta última tener lugar por decisión unilateral; 5ª) el Derecho canónico no impone más requisitos "ad valorem" a los que deba ajustarse la declaración del consentimiento matrimonial de forma discrecional, sino justificando esa decisión en razones de seguridad jurídica para evitar el abuso de las dobles uniones de hecho y su problemática.

VI. LA DELIMITACIÓN ACTUAL DEL FENÓMENO: SUS RASGOS ESENCIALES.

Partiendo de lo sociológico –el "fenómeno"–, los autores abordan con amplitud la actual variada regulación normativa del tema. De lo histórico los autores se trasladan a la eventual y diversa regulación jurídica, distinguiendo acertadamente tres aspectos rigurosamente delimitados: terminología, definición y rasgos configuradores del tema.

Como punto de partida creo que aciertan al expresar que "se pretende sustituir la expresión "concubinato" debido al carácter peyorativo de "unión sexual proscrita por el Derecho", dando lugar al reemplazo por un verdadero "reino de taifas" terminológico, mientras que la jurisprudencia de primeros de siglo pasado se refirió a los "amores ilícitos", a la "convivencia inmoral", y a la "mancebía", pero sin con ello reemplazar al "concubinato"[15]. Distinguen los caracteres siguientes: a) se insiste en el carácter fáctico de la relación (así: "unión de hecho", "pareja

15 Op. cit., p. 42 y nota 41.

de hecho", "convivencia de hecho", "hogar de hecho", "cohabitación de hecho"); b) con referencia a la unión matrimonial ("extramatrimonial", "no matrimonial", "unión marital", "more uxorio") advierten aquí los autores que parece insuperable la dependencia respecto del matrimonio; c) observan que aquí lo fáctico no es "contrario al Derecho", sino "al margen de él", y así se alude a la estabilidad, duración y continuidad de vida y existencia, que las distinguirían de las uniones meramente pasajeras (así: "convivencia estable", "unión o pareja estable", "uniones de participación integral de vida"); d) la no asunción de compromisos jurídicos –sean de índole material o formal– ("unión permanente afectiva", "unión libre")[16]; e) los autores rechazan decididamente la terminología vinculada a la familia ("familia de hecho", "familia no matrimonial", "familia natural" –hoy en desuso–) que juzgan no idónea por contemplar una realidad más amplia que no siempre concurre dado lo abierto de estas uniones.

Centrándose en la terminología usada por nuestro Derecho positivo la conclusión es poco alentadora[17]. Se preguntan si el legislador quiere perfilar una amplia gama de modalidades con requisitos plurales en atención a cada materia regulada, o si desea promover una unidad de trato. Opinan que lo primero, pues las diferencias no son sólo de matiz. Así la analogía con lo matrimonial se predica, en ocasiones, del mismo vínculo, lo que resulta totalmente desacertado, pues es precisamente la inexistencia de vínculo jurídico lo que permite afirmar una unión de hecho; en otras, de la relación de afectividad o también con la convivencia, cuya estabilidad a veces se exige de forma permanente; en otras se ignora; y, finalmente, a veces, además, se exige un plazo mínimo. En consecuencia, resulta desafortunado hablar de "pareja unida de forma permanente", máxime cuando la permanencia tampoco resulta ya predicable del matrimonio civil, debiéndose entender esa "permanencia" como "continuidad", es decir, como "no interrumpida"[18].

Resulta paradójico insistir en la invocación de la analogía como criterio identificativo cuando el Tribunal Constitucional ha dejado perfectamente claro "que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes". Poco correcto jurídicamente hablando es acudir a la "afectividad" como criterio identificador de una realidad que se pretende jurídica cuando su apreciación pertenece a la psicología, al mundo de los deseos, tendencias e inclinaciones, o a la esfera del amor cuya prueba puede devenir imposible. En el ámbito autonómico, trece Comunidades Autónomas han dotado a la unión de hecho de regulación

16 Los autores advierten que esta última denominación es notoriamente equívoca, aunque puede querer significar "rebeldía frente a modelos institucionales o rechazo a normas preestablecidas" y el derecho a la libre ruptura (op. cit., p. 43).

17 Op. cit., p. 44. Ocurre, en efecto, que nuestro Derecho de ámbito estatal no emplea ninguna de las expresiones repasadas, inclinándose por la referencia descriptiva de los elementos que considera más propios de tales uniones cuando quiere hacer depender de ellas alguna consecuencia, si bien cabe destacar como elemento común la referencia matrimonial.

18 Op. cit., pp. 46 y ss.

legal, y varias de ellas han utilizado denominaciones nuevas y diversas, siendo la más utilizada la que incluye el término "pareja" (así "uniones estables de pareja", "parejas estables no casadas", "parejas estables")[19]. Concluyen que la terminología considerada últimamente es descriptiva o compuesta, no encontrándose ninguna que reemplace al desterrado "concubinato". En consecuencia los autores emplearán diversas expresiones, sin atribuir ningún alcance peyorativo a "concubinato", si bien predominarán las de "pareja de hecho" y "unión de hecho", por ser las más frecuentes en la doctrina y jurisprudencia, y también para distinguirlas de las usadas por las Comunidades Autónomas.

En suma, los autores formulan la siguiente definición: "Fenómeno social expresado por el comportamiento de dos personas cuando, con independencia de su orientación sexual, mantienen una convivencia al estilo marital, de carácter estable, público y notorio, que es susceptible de producir efectos jurídicos"[20].

VII. RASGOS CONFIGURADORES DE LA UNIÓN DE HECHO.

Constituye, a mi juicio, uno de los apartados más densos –sobre todo, sociológicamente hablando– con el propósito de explicar la anterior compleja definición. Revela un estudio en profundidad de la numerosa bibliografía producida entre nosotros, caracterizado por su amplitud y espíritu crítico, que resumo a continuación.

1. El comportamiento como expresión. El carácter público y notorio[21].

Al contrario de lo que ocurre con el matrimonio, para el reconocimiento y apreciación de la unión de hecho ordinariamente se debe mirar hacia el pasado. La inexistencia de compromiso futuro la convierte necesariamente en una situación jurídicamente precaria. La convivencia debe ser practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, no pudiéndose reconocer una relación furtiva u oculta. Se trata de no negar la realidad de su convivencia, si bien no debe exigirse pregonarla, ni explicarla. Consiste en manifestar un comportamiento normal y acorde con su comunidad de vida. Este comportamiento público y notorio debe ser susceptible de ser probado (por ejemplo: titularidad conjunta de cuentas bancarias, pago solidario a proveedores del hogar, existencia de éste, hijos comunes, etc.). La actuación conjunta de ambos facilitará la prueba, mientras que el empeño de uno frente al otro, la dificultará. Entre el compartir "lecho, techo y mantel", y los "encuentros afectivos discontinuos de fin de semana" hay una variedad de estados intermedios cuya calificación es

19 Amplia descripción en op. cit., p. 49, nota 58.

20 Op. cit., p. 52.

21 Op. cit., pp. 54 y ss.

incierta. Además la aformalidad caracteriza a las uniones de hecho. La inexistencia de forma, tanto en su nacimiento como en su ruptura, son nota esencial. A lo más –subrayan los autores– podrán verse afectadas por los usos sociales. También merecen atención las uniones legales, que predominan en las CCAA.

2. El carácter sexualmente indiferenciado[22].

La unión de hecho ha de entenderse como la unión sólo de dos personas, y, últimamente, con independencia de su sexo. Hasta hace poco era opinión común del Tribunal Supremo incluir la nota de la heterosexualidad en el concepto de la unión de hecho. Las primeras CCAA que regularon la figura dieron cabida a las del mismo sexo. En 2005 el legislador estatal reconoció jurídicamente a las parejas homosexuales, pero en lugar de crear una institución "ad hoc" lo hizo concediéndoles el derecho a casarse. Algunos autores entienden que resultan innecesarias las normas sobre uniones de hecho a la vista de los caracteres vigentes del matrimonio (pues ahora es posible entre personas del mismo sexo y cabe la ruptura unilateral), que estructuralmente lo aproximan a la unión de hecho.

3. La exclusividad[23].

Inician su estudio con una oportuna cita de Carlos Martínez de Aguirre[24], y razonan a propósito del impedimento matrimonial del vínculo, cuya doctrina resultaría necesario aplicar a las uniones de hecho, respecto de las cuales hay que distinguir entre las reguladas y las no reguladas. Entre las primeras se exige que las personas no estén unidas, ni por vínculo matrimonial ni que formen pareja estable con otra persona. Sin embargo, algunas leyes lo permiten siempre que se haya producido separación judicial o de hecho. No se considera justificada esta diferencia, que origina una burla de la normativa matrimonial y de la tipificación del delito de bigamia.

22 Op. cit., pp. 57-61.

23 Op. cit., pp. 61-65, con una referencia a las uniones constante matrimonio, y constante unión de hecho.

24 "Líneas básicas de la reciente legislación aragonesa en materia de Derecho de Familia" en el volumen *El nuevo Derecho de Familia: Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales,* Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pp. 33-34: "¿Qué sentido tiene establecer otro estatuto, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? (...). La promulgación de la Ley 13/2005 priva así de sentido, en términos generales, a las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, aunque no les afecte formalmente; o, simplemente, pone de relieve de forma más clara que estamos ante una suerte de matrimonio de segunda clase (lo que cuestionaría más claramente aún la competencia de las CCAA para legislar sobre la materia)".

4. La capacidad y la edad necesarias y la posible aplicación de los impedimentos matrimoniales[25].

Partiendo de que la unión de hecho ha de ser libre, lo que presupone plena conciencia y capacidad en cada uno de los convivientes, los autores denuncian amplias lagunas e insuficiencias. Se muestran a favor del menor emancipado –cuya capacidad suele reconocerse en las leyes autonómicas–, y la exclusión de parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, y en la colateral hasta el 2º o el 3er grado. En cuanto a su dispensabilidad, hay normativas autonómicas que la prevén; en otro caso, optan por su irrelevancia. Contraria solución propugnan para el impedimento de crimen que la reforma del artículo 47.3 CC ha tenido en cuenta, a diferencia de la legislación autonómica que no la prevé, pese a ser un claro supuesto de la llamada "violencia de género".

5. La ausencia de vínculo jurídico y de sanción social[26].

Entienden los autores que en ejercicio de la libertad de estado civil, los convivientes deciden no contraer matrimonio, y, por tanto, no asumir los compromisos jurídicos de aquél, ni tener la consideración de cónyuges. Su convivencia es fruto de un deseo de mantenerla como mero hecho, incluso de alcanzar en ella el fin de sus días y su realización personal. Puede existir un compromiso personal lleno de autenticidad, la cual puede motivar su oposición a las formas y a lo jurídico. Tal rechazo implica su deseo de poder poner fin a la convivencia de modo unilateral y discrecional. Su negativa al matrimonio puede entenderse como un mayor deseo de "preservar su intimidad". La intervención legislativa puede violentarlo imponiendo un "status" de carácter forzoso, que se da en el matrimonio legal. En las uniones no matrimoniales hay un interés mayor por conservar la libertad individual de manera más radical, huyendo de los convencionalismos sociales. Así, en este contexto, en no pocas ocasiones, la unión de hecho es presentada como el reino de la sinceridad, la espontaneidad y el amor libre, cuya aspiración estiman legítima al amparo de los artículos 1 y 10 CE[27].

6. La convivencia estable de carácter marital[28].

Nota esencial, acaso el punto de partida. Pero no se limita a estar juntos, sino de forma modalizada ("more uxorio"); es decir, al modo como se supone se daría entre cónyuges, lo cual implica compartir un "proyecto de vida en común",

25 Op. cit., pp. 65-67.

26 Op. cit., pp. 68-71.

27 Finalizan observando que si pertenece a la libertad de los ciudadanos hacer, o no, uso de ellas, parece coherente afirmar que, si al final es lo mismo utilizar tales instituciones que no utilizarlas, se produce un auténtico fraude a quien acude a ellas (op. cit., p. 71).

28 Op. cit., pp. 71-74.

al que se aportan afanes espirituales y materiales y los medios necesarios para procurar unos y otros. Es lógico pensar que este proyecto irá acompañado del espontáneo cumplimiento de los deberes propios de los cónyuges, entre ellos la fidelidad, lo que excluye otra convivencia simultánea con persona distinta, requiriendo un domicilio donde compartir "techo, lecho y mantel", que se puede considerar "hogar común". La continuidad puede expresarse como "diaria", sin perjuicio de su interrupción temporal por motivos ajenos a ella misma, sino más bien de índole profesional o asistencial. El TS en sentencia de 18 mayo 1992 habla de desarrollarse "en régimen vivencial de coexistencia diaria".

Existe consenso en que la convivencia ha de ser estable, lo que sólo es apreciable a través de una cierta duración en el tiempo. Si se configura como un plazo, se compadece mal con una figura que se desenvuelve al margen de requisitos legales. Criterio que parece seguir el TS al no requerir plazo alguno preestablecido; pero sí una duración temporal, que podrá ser variable en razón a sus consecuencias producidas por cada unión particular. La duración no requiere plazos mínimos, pero casi siempre se tratará de uniones dilatadas en el tiempo, expresando concretamente un plazo de dos años. Los autores estiman que la unión de hecho solo puede ser considerada en base a su propia realidad o existencia, que sólo el tiempo puede acreditar[29].

Agudamente observan los autores que la exigencia de plazos determinados es una tentación "insuperable" del legislador, que trata de facilitar la seguridad jurídica que indudablemente proporcionan (así en los artículos 12 y 16 y DT 2ª de LAU). Concluyen que su exigencia se aviene mal con la pluralidad y variedad del fenómeno. Citando a Vallet de Goytisolo entienden que "tan casado está uno en el momento de contraerlo como al celebrar sus bodas de plata o de oro. En cambio, el matrimonio de hecho requiere cierta permanencia o duración para demostrar que no se trata simplemente de una pura aventura"[30]. Los plazos que determinadas disposiciones pueden establecer no podrán tener otro alcance que el del particular regulado por la norma, sin perjuicio de que su reiteración puede repercutir en la labor interpretativa de la jurisprudencia. En el ámbito autonómico, la mayoría de las leyes requieren un plazo mínimo de convivencia. Criterio mantenido también por la mayoría de las legislaciones hispanoamericanas, que regulan de modo unitario el fenómeno o lo dotan de efectos globales.

29 Op. cit., p. 73.

30 Op. cit., p. 74.

7. Las relaciones sexuales y la descendencia[31].

Opinan los autores que, aunque la aptitud de tener relaciones sexuales sea un elemento natural de las uniones de hecho, no parece que pueda ser elevado a la categoría de requisito esencial. La indagación de su existencia, especialmente por parte de terceros, vulneraría el derecho a la intimidad que el artículo 18.1 CE garantiza. En todo caso, mientras no se acredite, se supone. Tampoco es esencial que haya descendencia común. Sin embargo, su existencia permite hablar de familia no matrimonial, al menos en las relaciones verticales. Además servirá como prueba cualificada en las relaciones horizontales.

8. La susceptibilidad de producir efectos jurídicos[32].

En este punto recurren a las categorías del negocio y del acto jurídico, calificando al matrimonio de negocio jurídico. Además "la voluntad puede actuar dirigida inmediatamente a otros fines no jurídicos, de modo que el efecto jurídico aparece conscientemente como algo de segundo orden o que decididamente no ha sido querido. En tal caso estaremos en presencia de un simple «acto jurídico». La unión de hecho sería un prototipo de esta situación. Claro que en ella existe una voluntad, además constantemente renovada –la "affectio"–. Pero aparte de carecer de una declaración formal, esta voluntad de los convivientes no está primariamente dirigida a la consecución de efectos jurídicos, sino más bien a la conservación y búsqueda de valores como la libertad, la espontaneidad o la felicidad"[33]. No procederá, sin embargo, aplicar los efectos del matrimonio, ni siquiera por analogía. Ello no impide que para evitar un perjuicio, un abuso o una injusticia, sean de plena aplicación los cuasicontratos; así la jurisprudencia del Tribunal Supremo comenzó a ser una fuente abierta e inagotable para la búsqueda de soluciones justas. A partir de la legislación posterior a la CE de 1978, el fenómeno de la unión de hecho ha sido considerado por el legislador de forma progresiva y sectorial, y se le han ido atribuyendo consecuencias legales específicas de las que carecía hasta ese momento, situación agravada por la pluralidad de denominaciones y descripciones con que se alude al fenómeno. El reconocimiento de efectos jurídicos plenos por medio de la promulgación de un estatuto propio y, fundamentalmente, por la equiparación con el matrimonio, es la cuestión actual que analizan los autores.

31 Op. cit., pp. 75-76.

32 Op. cit., pp. 76-79.

33 Op. cit., p. 77. Añaden que todo el entramado de relaciones e intereses creados entre los convivientes a lo largo de los años puede producir –ante todo por razones de estricta justicia–, que el Derecho intervenga deduciendo consecuencias del acto y hecho de la unión, incluso aunque el Derecho haya sido inicialmente excluido de ello en la pretensión de "sujetarla sólo al amor".

9. ¿Fenómeno social o institución?[34]

Sostienen, por último, que constituye, ante todo, un fenómeno social, careciendo de elementos para considerarla institución, al menos, de momento y en el ordenamiento estatal. No es un estado civil de los convivientes y no altera el que cada uno ostente, y, sobre todo, carece de acceso al Registro Civil estatal[35].

VIII. TRATANDO DE INDAGAR LAS CAUSAS DEL FENÓMENO: LAS CAUSAS COYUNTURALES Y LAS CAUSAS DE FONDO.

Los autores profundizan indagando las explicaciones racionales o causas del fenómeno, distinguiendo entre causas coyunturales y de fondo[36]. Una cuarentena de extensas notas atestiguan la profundidad de su investigación, apoyada en la variedad bibliográfica (clásica, y también de la máxima actualidad sobre la sociología de parejas de hecho). Reconociendo que la totalidad detallada y minuciosa del tema excede de su propósito, en una primera categoría destacan las de índole social, como falta de recursos económicos unida a la lejanía geográfica de amplios sectores de la población de los centros administrativos o judiciales, así como el predominio de ciertas costumbres que desconocen las formalidades legales estatales; en ellos no parece, a su juicio, que exista un rechazo al contenido sustantivo del matrimonio, ya que en la práctica funcionan tales uniones como verdaderos matrimonios de hecho o aformales. Tal unión de hecho es característica de amplias zonas de algunos países latinoamericanos (Bolivia, Panamá, estado mexicano de Zacatecas, Argentina hasta el Código civil de 2014, El Salvador), cuya realidad social no es, sin embargo, la española. Dentro de las causas sociales pueden comprenderse las que originan las uniones de hecho formadas por inmigrantes procedentes de culturas alejadas del país que los acoge y que, al no aceptar los modelos del país receptor, mantienen sus relaciones familiares al margen del ordenamiento jurídico vigente.

En una segunda categoría incluyen variadas causas directamente atribuibles al Derecho positivo reciente. En España lo fueron las Leyes de matrimonio civil de 1870 y de 1932, aunque hoy estén superadas por su corta vigencia. También leyes particulares –o beneficios debidos a la voluntad de un tercero–, que, al resultar una penalización para el matrimonio, tienen el efecto indirecto de promover la unión de hecho (pérdida de un derecho de pensión o de un beneficio familiar o sucesorio), y también la concurrencia de un impedimento para casarse.

34 Op. cit., pp. 79-82.

35 Varias leyes autonómicas la regulan globalmente y exigen su formalización en Registros Administrativos, resultando normativas diferentes entre sí.

36 Op. cit., pp. 83-96.

En tercer lugar, las llamadas "cohabitaciones juveniles o prenupciales", o "matrimonios a prueba", especialmente extendidos en los países nórdicos, donde muchas veces el nacimiento del primer hijo es el desencadenante del matrimonio. Opinan los autores que, por ahora, rara vez han planteado problemas a los Tribunales españoles. A su juicio, lo más acertado es no incluirlas en las uniones de hecho.

En resumen, entienden que en la mayoría de causas analizadas no existe, en principio, ningún rechazo al matrimonio como institución[37].

Indagando en las "causas de fondo"[38], desmenuzan una serie de hechos, movimientos e ideologías que penetran en la "ultima ratio" del fenómeno persistente cuyo futuro no es fácil vislumbrar.

En las sociedades occidentales asistimos a un fenómeno de vaciamiento de contenido –a una reconfiguración del matrimonio– que algunos sectores consideran ya como "mera formalidad", que poco o nada añade al fin perseguido por los convivientes, al que además se añaden formas familiares alternativas. Tal proceso ha tenido lugar progresivamente[39].

No considerando suficiente lo expuesto anteriormente, los autores acuden a otras causas, varias de naturaleza extrajurídica que analizan a continuación[40]:

- la llamada "secularización" que tiende a acotar la influencia de lo religioso únicamente a la esfera individual;

37 Op. cit., p. 86.

38 Op. cit., pp. 86-96.

39 Así, "en un primer momento el matrimonio ha perdido su sentido sacramental que le acompañó durante siglos; en un segundo estadio dejó de ser contemplado como un «valor» que llena su significado y atrae por sí mismo; en una tercera fase, que pertenece a nuestros días, se altera o pierde parte de su contenido jurídico". Resultado de esta evolución el matrimonio se desvincula de la procreación que, a su vez, se escinde de la sexualidad. Hasta ahora era natural la conexión entre los tres elementos citados, pero actualmente caben unos sin los otros. Para el alumbramiento no se necesita la unión física de los padres al ser posible la reproducción asistida, incluso con material genético de donantes anónimos. Como manifestación del libre desarrollo de la personalidad y disponibilidad del propio cuerpo –por encima del derecho a la vida del concebido–, a la sexualidad parece atribuírsele un fin en sí mismo; o también, equiparadas legalmente las filiaciones, con independencia de su origen, el matrimonio queda desincentivado en consideración a los hijos. Añádase la quiebra del principio de indisolubilidad. Si un cónyuge puede poner fin unilateralmente a su matrimonio cuando lo estime conveniente cumpliendo unos requisitos legales ¿por qué tener que pasar necesariamente por los "engorrosos trámites formales"? Si, de una parte, aun conservando el compromiso de los artículos 66 y ss. CC., que permiten sostener su carácter institucional, queda desprovisto de otros contenidos como los señalados y, de otra, a la unión de hecho se le atribuyen beneficios legales antaño exclusivos del matrimonio, es indudable que se produce una aproximación entre ambas figuras. Más aún, la disolución del matrimonio por decisión unilateral produce el efecto de inclinar a los ciudadanos a la unión de hecho al privar al matrimonio de alguno de sus rasgos tradicionales como más propios, a saber, la radicalidad de un compromiso para toda la vida (op. cit., pp. 87 y ss.).

40 Op. cit., pp. 90-96.

- el predominio del "individualismo" y de los valores individuales, que prevalece sobre la solidaridad y otros valores sociales; en nuestro ámbito, frente a quienes han sostenido que el matrimonio contempla intereses superiores a los individuales;

- el "interés de la familia" conforme al que han de actuar los cónyuges según el artículo 67 CC; no son pocos los autores que sostienen que ya no existe, y que puede concebirse como algo distinto de la mera suma de los intereses individuales de cada uno de sus miembros. Lógicamente se exige al Estado que equipare en derechos al matrimonio con otras formas de convivencia que no impliquen la asunción de compromisos que se entienden limitativos de la plena libertad individual;

- la actual concepción de la vida como búsqueda de la "autorrealización" inmediata, sin previsiones del mañana, unida en ocasiones a una falta de valores sólidos en que poder asentarla más allá de la continua acción. No habiendo otros límites que los marcados por el espacio y el tiempo, el hombre precisa "liberarse" de ataduras y convenciones éticas y culturales para poder realizar con plenitud su propia existencia;

- la extrapolación del significado del "principio de igualdad" al ámbito de las ideas, opiniones y valores, de modo que todo debe estar en el mismo plano, y con respecto a lo que el legislador y la propia sociedad deben adoptar una actitud de rigurosa neutralidad. No parece aceptable jerarquizar el matrimonio y la unión libre –u otras figuras cualesquiera–. Defender lo contrario sería vulnerar los principios de neutralidad e igualdad, lo que repercutiría negativamente en el derecho individual de libertad, especialmente si se reconoce que las sociedades actuales son multiculturales;

- lo anterior se potencia por la propia dinámica de la sociedad digital global, en la que habitualmente lo "vigente" se confunde con lo actual, y las tendencias de moda prevalecen sobre los mensajes transmitidos personalmente en el ámbito familiar o doméstico;

- por último se alude a una doble corriente: una antigua y débil, y una nueva y potente. La primera podría describirse como la filosofía del "why not?", que, a la vez que interrogante es afirmación-respuesta: ¿por qué no equiparar las uniones de hecho al matrimonio? La nueva es conocida como "doctrina del género", para la que la diferencia entre hombre y mujer no se fundamenta en la naturaleza, sino que es fruto de roles culturales, y que preside expresamente la Ley 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, pero también en otras en las que se proclama, aun sin aplicación práctica alguna.

Prevén los autores[41] que su alianza con una visión sesgada del multiculturalismo podría abocar a un horizonte en el que, superadas toda diferencia y limitación derivadas de la naturaleza, los individuos tendrán únicamente progenitores –pero no ya padre y madre–, resultará irrelevante la nacionalidad y el arraigo nacional –merced a la globalización–, y se sustituirán los criterios éticos personales por el pensamiento políticamente correcto que va impregnando la legislación, persiguiendo –en ocasiones– fines particulares.

IX. EL AMPARO Y LOS LÍMITES DE LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN.

Entienden los autores que la opción de quienes, pudiendo contraer matrimonio, acuden a la convivencia al margen de él merece absoluto respeto, tanto en la decisión que les lleva a actuar así como en sus consecuencias, con base en los artículos 1 y 10.1 CE. En cambio, resulta improcedente la invocación del principio de igualdad del artículo 14 CE para equipararla, sin más, al matrimonio institucional.

1. El amparo en los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10.1 de la Constitución)[42].

En el contexto legal del matrimonio, actualmente no caben "estatutos a la carta", de modo que, si el conjunto convence, se acepta; si no, se rechaza. La consecuencia de lo anterior es que si, una vez rechazado, se quieren obtener efectos similares a los que se hubieran obtenido con su aceptación, se produciría un verdadero fraude a la libertad y a la responsabilidad individual. Además, después de las leyes de 2005, se puede sentenciar con el Tribunal Supremo que "hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias", lo que llevará a huir de aplicar la "analogia legis" de normas propias del matrimonio. La STC 23 abril 2013 proclamó la inconstitucionalidad de todos aquellos preceptos de la Ley foral navarra de 3 julio 2000 que conllevaban la imposición a los miembros de la pareja de una norma imperativa. Así únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya efectividad se condicione a su previa asunción por ambos miembros de la pareja. Subrayan los autores que el principio de "libre desarrollo de la personalidad" no puede ser invocado hasta fomentar conductas antisociales o perjudiciales para los demás, de modo que su primacía puede convertirse en un "disolvente de vínculos y responsabilidades"[43]. En todo caso, advierten, con plena lógica, que, al amparo del mencionado derecho

41 Op. cit., pp. 95 y ss.

42 Op. cit., pp. 97-102.

43 Op. cit., pp. 101 y ss.

fundamental, las personas pueden decidir contraer matrimonio, o unirse al margen de él; no convivir con nadie o ingresar en una orden religiosa. Dicho derecho es de naturaleza esencialmente individual, ya que pertenece antes a la persona individual que socialmente considerada. Sólo resta señalar que la omisión constitucional de las uniones de hecho no significa que nuestro ordenamiento ampare la posición napoleónica –"les concubins se passent de la loi, la loi se desinteresse d'eux"–, ya que los concubinos de entonces no prescindían del ordenamiento jurídico, sino del matrimonio tal como estaba configurado; en la actualidad, en ocasiones les atribuye concretas consecuencias jurídicas; en otras les permite la autorregulación de su convivencia, especialmente en el ámbito patrimonial; y, en todo caso, ampara el recurso a los cuasicontratos o a los principios generales, lo que les permitirá obtener la tutela de los intereses merecedores de ella a fin de lograr la justicia del caso concreto[44].

2. La improcedente invocación del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución)[45].

El recensor estima que en esta decena escasa de páginas se encierra la argumentación básica de la postura doctrinal que los autores propugnan. Comienzan reconociendo que cada vez son más las voces que reclaman para los convivientes los mismos derechos que la ley concede a los cónyuges. Las distinciones se han minimizado pues ambas realidades han recorrido gran parte del trayecto que las separaba. Se produce un progresivo "vaciamiento jurídico del matrimonio", coincidiendo con el "llenado legal" de las uniones de hecho. Responden que "no se puede desconocer que al matrimonio le avala, además de la historia, su estatuto jurídico completo y unitario –en torno al cual ha sido construido el Derecho de Familia, incluso el sucesorio– mientras que las uniones de hecho, pese a ese posible denominador común, se caracterizan por su variedad y pluralidad, que si impide unificarlas bajo una misma normativa unificadora, más debe impedir equipararlas a la institución matrimonial"[46].

Pero "la invocación del aludido principio de igualdad no se ajusta (...) ni a la realidad de los hechos, ni a las exigencias constitucionales"[47]. Invocan la STC 23 abril 2013, que se refiere a las "evidentes diferencias" entre el matrimonio y la unión de hecho.

En segundo lugar, lo que el artículo 14 CE prohíbe no es tanto la desigualdad como la discriminación, y se aplica únicamente a las disposiciones que introducen

44 Op. cit., p. 102.
45 Op. cit., pp. 102-111.
46 Op. cit., p. 103.
47 Op. cit., p. 105.

una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse sustancialmente iguales.

En tercer lugar, el principio de igualdad no resulta el más idóneo una vez que se reconoce y acepta que, ante todo, las uniones de hecho constituyen una forma, entre otras posibles, de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Este último y el ejercicio de la libertad civil que necesariamente conlleva exigen un tratamiento distinto para opciones de vida diferentes; todas ellas legítimas y con sus ventajas e inconvenientes.

La igualdad es un principio constitucional, pero si se quiere afirmar de modo absoluto entra en contradicción necesariamente con el principio de libertad. La solución no consiste en imponer uno a costa de la otra, ni tal vez de establecer una jerarquización, sino más bien en una "dosificación de su fomento y protección". En nuestro caso, los autores se pronuncian a favor de una mayor dosis de libertad[48].

Por último, que el matrimonio puede y debe estar privilegiado en su tratamiento legal es algo que resulta obligado por el propio texto constitucional, que lo considera como un derecho necesitado de regulación legal, al contrario de lo que ocurre con la unión de hecho, que, según la STC 15 noviembre 1990, "ni es institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento".

X. FAMILIA Y UNIÓN DE HECHO: EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN.

La Prologuista de esta obra calificó esta cuestión como una de las más enmarañadas y caóticas del actual Derecho de Familia español. Ello explica la sistemática utilizada por los autores, quienes, después de una introducción, dedican un amplio apartado a los argumentos que más frecuentemente se invocan para considerar a la unión de hecho dentro del precepto[49].

En primer lugar, la necesidad de distinguir dentro del término "familia". La regla interpretativa, acuñada por la Escuela de la Exégesis, según la cual "cuando la ley no distingue, no debemos distinguir", no puede ser seguida de modo absoluto en todos los casos. En ocasiones sucede lo contrario, y, precisamente, porque la ley no distingue, el intérprete está obligado a hacerlo. Ello ocurre cuando el término es tan amplio que no es razonable pensar que el legislador quisiera incluir en él todos los supuestos posibles, especialmente cuando ni siquiera empleó el plural

48 Op. cit., p. 110.

49 Cuyo minucioso índice –que desarrollaré–, es el siguiente: a) el uso del término "familia", sin más distinciones; b) la independencia de los artículos 32 y 39 CE; c) la realidad natural de la familia; d) la patria potestad atribuida a los progenitores; e) la doctrina del TC; f) la jurisprudencia del TS; y g) la concepción de la familia en las leyes autonómicas (op. cit., pp. 122-142).

del término. En la España de 1978 se refería a la familia basada en el matrimonio. Por tal motivo, parece que la nueva ley es la que, si quería dotar a un significante de un contenido novedoso, así debía precisarlo; y nada dispuso el texto constitucional. Aunque debe destacarse que la cuestión fue planteada ya en los trabajos previos, siendo rechazada al no prosperar en la votación definitiva. En consecuencia, de los apartados 2 y 3 del artículo 39 CE resulta plenamente válido sostener el carácter jurídico-familiar de cualquier relación de filiación, a la que "asimismo" los poderes públicos deben asegurar una protección integral. Pero no parece serlo para sostener el carácter "jurídicamente" familiar de la unión del hombre y de la mujer, al margen de la institución matrimonial (art. 32.1 CE), al carecer de vínculo jurídico alguno. No existe protección del conviviente de hecho en el artículo 39 CE, siendo tal omisión legislativa de carácter voluntario.

Un segundo argumento es que interpretar el artículo 39 CE completamente desligado del artículo 32 CE supone prescindir de una interpretación completa y sistemática. No parece posible hablar de una "neutralidad" del constituyente en esta materia: toma claramente partido por la institución matrimonial como medio idóneo de formar una familia. Por consiguiente, la protección de la familia que el artículo 39.1 CE impone a los poderes públicos no sería la de cualquier familia, sino la que considera más idónea; esto es, la matrimonial, toda vez que surge del consentimiento productor del vínculo jurídico, se fundamenta en él y, por ello, propende a una mayor estabilidad. No es posible compartir la afirmación de la STC 6 noviembre 2012 de que lo que se planteaban los legisladores constitucionales era "la voluntad de desligar el matrimonio y la familia", pues para que eso se pudiera sostener tendrían que haber constitucionalizado otra u otras instituciones alternativas al matrimonio, lo que no hicieron. Lo que sí parece claro es que aquéllos desligaron el matrimonio y la filiación[50].

Es verdad que la realidad natural de la familia es un concepto metajurídico, que el Derecho no ha elaborado –ni quizá puede elaborar–. La familia existiría aunque no hubiera Estado y, ciertamente, tuvo que precederla en el tiempo. Desde este punto de vista, el Estado no puede inventarla ni crearla artificialmente. Pero también es cierto que la familia, como los individuos, necesita del Estado para poder desarrollarse en plenitud. Aunque coloquialmente puede hablarse de muchas clases de familia, cuando ésta, como institución, es asumida por el Derecho, también contribuye al referirse a la familia en singular, y no a las familias. La familia a que aludían los constitucionalistas no parece haber quedado diluida en una pluralidad de familias, sin referentes objetivos, a una "heterogeneidad del hecho familiar". La referencia constitucional a la familia no parece que deba entenderse como una descripción sociológica, sino como un valor a proteger. En

50 En realidad la Constitución recoge el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

el siglo XX se adquiere renovada conciencia de la trascendencia de la familia, lo que lleva a mencionarla expresamente en la mayoría de textos constitucionales. No tendría explicación que, a la par de producirse este hecho, resultase de la legislación ordinaria una disminución de su protección; lo que ocurriría si se pierde de vista su naturaleza de institución conformadora de la sociedad y se quiere ver en ella, de modo exclusivo, un mero instrumento al servicio de los intereses individuales de sus integrantes. Las reiteradas alusiones del Código civil al "interés de la familia" (arts. 67 y 70), a las "cargas familiares" (art. 165), o a las "cargas del matrimonio" y al "provecho de la familia" (art. 1.318), no pueden ser entendidas si se desconoce el carácter esencialmente institucional de la familia; es lo único que permite explicar cabalmente las limitaciones del Derecho sucesorio (viudedades, legítimas, reservas). El carácter "institucional" de la familia se ha introducido, además, en un inciso del artículo 68 CC ("el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo") que nos traslada a una inusitada e inesperada "familia ampliada o extensa" que parecía haber olvidado definitivamente el legislador[51].

Está por demostrar que las uniones de hecho gocen hoy de la misma aceptación que el matrimonio, aunque debe admitirse que han experimentado un crecimiento durante las dos últimas décadas, como también debe admitirse que buena parte de ellas, en la medida en que se consolidan, desemboca en matrimonio, especialmente cuando deciden tener un hijo. Tal hecho no ha modificado el hábito matrimonial mayoritario de los españoles. La realidad social es la que es, y no es función del Derecho emprender medidas para modificarla a instancia de intereses particulares. Conforme se han ido aprobando leyes autonómicas que dotan a la pareja de un estatuto legal y alternativo al matrimonio, es verdad que se ha experimentado un aumento de tales uniones y la correspondiente disminución en el número de matrimonios. Los autores creen que ello obedece, no sólo a la espontaneidad social, sino también a los efectos pedagógicos de las nuevas leyes que, en ocasiones, parecen servir a visiones preestablecidas. Así el artículo 234-2 CCCat. permite constituir una pareja estable a las "personas casadas y no separadas de hecho", mostrando dos instituciones que se observan con desconfianza, o que se relegan a la insignificancia. Cataluña convierte a los cónyuges en sujetos aptos para formalizar una unión afectiva alternativa al matrimonio; ejemplos que han imitado las leyes de Madrid, Extremadura y Valencia, con algunas atenuantes según los autores, que también denuncian una recíproca alimentación carente de rigor entre los encargados de descubrirla y los de comunicarla, de modo que lo que se presenta como "realidad social" pueda llegar a ser una "realidad artificial".

51 Op. cit., p. 129. Estas nuevas obligaciones se imponen en el marco del matrimonio, pero no alcanzan a los miembros de una pareja de hecho, a los que ni siquiera, cuando se les dota de un estatuto orgánico, se les impone deber alguno de actuar en "interés de la familia".

En lo que hace a la atribución de la patria potestad conjunta a los progenitores, con independencia de que exista matrimonio o no, no parece ser un argumento definitivo a favor de la inclusión de la unión de hecho en el artículo 39 CE. La referida atribución es de una función que les puede corresponder a los progenitores, incluso aunque no exista convivencia, ni los padres puedan llamarse "convivientes" (art. 156.5 CC). Tampoco la invocación de la existencia de "cargas familiares" (art. 165.2 CC), con independencia del matrimonio, permite reconocer como "familia" a la unión entre dos convivientes, pues la regla se refiere a las relaciones familiares que se derivan de la filiación En opinión de los autores el legislador fue especialmente preciso.

Con referencia a la doctrina del TC, los autores concluyen[52] que, en cualquier caso, el alcance del artículo 39 CE no es una materia definitivamente cerrada, si bien no parece que quepa una integración generalizada de la unión de hecho[53].

Al enfocar la ya abundante jurisprudencia del TS los autores constatan que una pareja de hecho puede dar lugar al nacimiento de una familia si de ella surge la descendencia; pero que las meras relaciones horizontales entre los miembros de las parejas no parecen dar lugar al nacimiento de una relación jurídico-familiar precisamente por la inexistencia de vínculo jurídico. También existe una doctrina reiterada que rechaza la aplicación analógica de la normativa matrimonial; doctrina que no se podría mantener durante mucho tiempo si ambas situaciones son la misma realidad –o dos formas de la misma– que el artículo 39.1 CE manda proteger. Cuando la jurisprudencia alude –incluso no habiendo hijos en común– a la "modalidad de familia" para referirse a la unión de hecho está reconociendo la pluralidad del fenómeno familiar, pero cabe entender que no necesariamente está definiendo "jurídicamente" a la familia. Es más, al emplear la palabra "modalidad" indirectamente está admitiendo que la familia matrimonial lo es "per se", sin necesidad de hacer predeterminación o matización alguna.

También se ha de precisar que los argumentos que defienden que la unión de hecho no tenga cabida en el artículo 39 CE –aunque sí en otros preceptos– toman como referencia a la "familia en sentido jurídico". En términos vulgares, incluso sociológicos, la noción de familia puede tener mucha mayor amplitud y dependerá de la percepción subjetiva con que los sujetos y los propios terceros contemplen determinadas relaciones. En este sentido puede considerarse familia la convivencia

52 Op. cit., p. 136.

53 No deja de ser significativo –observan los autores– que en la STC 15 noviembre 1990, tras considerarse innecesario un pronunciamiento acerca de si "la protección social, económica y jurídica de la familia" a que se refiere el artículo 39.1 CE alcanza "tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio", se contrapone –inmediatamente después– la "unidad familiar basada en el matrimonio a otras unidades convivenciales", afirmando que no son incompatibles con el artículo 39.1 CE las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a las primeras. También resulta significativo cómo la STC 20 febrero 1989 conectó el artículo 39.1 CE con el artículo 32 CE, distinguiendo asimismo "la unidad familiar" de las "unidades de convivencia de otro género".

entre hermanos, entre tíos y sobrinos, entre tutores y pupilos, entre extraños que conviven bajo un mismo techo con afectividad prolongada en el tiempo, con o sin ingrediente sexual; también las formas superadoras de la pareja –la comuna, o también la poligamia–, pues, en todas ellas se pueden cumplir funciones familiares que delimitan un entorno de cercanía, autonomía y desenvolvimiento vital. Estas relaciones son ajenas al Derecho de Familia occidental. El significado jurídico ha de venir marcado por los "efectos", y ambas figuras mantienen importantes diferencias pues la unión de hecho no genera parentesco de afinidad, ni produce efectos frente a terceros y en el ámbito laboral no se considera protección expresa y es ignorada en el IRPF.

La consecuencia es que las uniones de hecho no parecen constituir familia, cuya protección, como institución, el artículo 39.1 CE encomienda a los poderes públicos. Ello no impide reconocer una cierta indefinición de la familia en sentido constitucional que permite la regulación de estas instituciones básicas, no ya a merced de las ideologías de los partidos dominantes, sino expuesta a los grupos de presión que utilizan mecanismos de influencia sobre el legislador[54].

XI. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.

El primer límite radica en la misma protección constitucional de la familia. El artículo 16.3 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 señala que la familia es "elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Esta invocación de la familia en singular obliga a tratar de indagar su arquetipo –si es que existe–, la función social que desempeña y las razones por las que el Derecho la regula.

Primordialmente se debe atender al bien de los hijos, a la atención y cuidado que deben recibir de sus padres, al ambiente más propicio que les permita desarrollar

54 En op. cit., pp. 141 y ss. se concluye el capítulo con una acertada visión de las reformas del Derecho de Familia en las últimas décadas por el legislador ordinario: "Se advierte que, en la concreta materia que ahora interesa, han venido marcadas por la voluntad de reconocimiento y plena equiparación de la pareja homosexual, que ha marcado los tiempos y el recorrido a la heterosexual. Tal reconocimiento comenzó a nivel legal con la equiparación contenida en la Ley Foral navarra de 3 julio 2000, y culminó con la STC 6 noviembre 2012, que declaró la plena constitucionalidad de la reforma del CC operada en 2005 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo. La efervescencia de las Autonomías, aprobando en su gran mayoría leyes de parejas y reconociéndolas como modelo familiar, tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la reforma del CC de 2005, porque su demanda venía motivada, fundamentalmente, por la necesidad de reconocer las legítimas aspiraciones para dotar de un cauce legal a la pareja homosexual del que de todo punto carecían. Su objeto y finalidad no era tanto el interés en delimitar el hecho familiar como evitar la discriminación entre unas y otras parejas y de éstas con el matrimonio. La cuestión que cabe plantear es si se ha seguido el camino más adecuado, cuando existían y existen en Europa variados modos para reconocer legislativamente a la pareja homosexual sin, de una parte, tener que alterar la normativa que conformaba el arquetipo familiar; y, de otra, sin haber generado un auténtico galimatías legal que tanta inseguridad jurídica está provocando en el día a día de los ciudadanos, como se pone de manifiesto a la hora de aplicar las leyes autonómicas de parejas".

su propia identidad y personalidad, facilitándoles ser educados hasta alcanzar la plena madurez que les haga aptos para vivir en sociedad y poder reemplazar en su día a quienes les transmitieron la vida. En este ámbito parece que la estabilidad adquiere notable importancia en la "búsqueda del modelo familiar". Así, en general, parece que el legislador ha de propiciar la "estabilidad familiar", porque, de entrada, ella facilita el éxito de cada familia en singular y el mejor bien de los hijos nacidos y criados a su amparo; "los grandes olvidados" hasta no hace mucho tiempo de la realidad legislada. Pero la estabilidad no constituye ningún valor de referencia propiciado por el legislador autonómico, y también ha sido relajado al máximo por la legislación estatal (leyes de 2005). Con todo, tal vez la mayor diferencia "ab initio" entre el matrimonio y la unión de hecho radica en el mayor "compromiso" que parece implicar el primero frente a la segunda desde un punto de vista jurídico (arg. ex art. 45 CC) lo que se traduce en la mayor estabilidad de la unión conyugal frente a la que se da en las uniones de hecho en igualdad de circunstancias.

El reconocimiento de que la familia es el fundamento de la sociedad ha de tener necesariamente consecuencias limitativas para la institucionalización de otras iniciativas sociales alternativas que, si bien legítimas como manifestación de la libertad, no son el modelo que la propia sociedad reconoce como más adecuado para cumplir las funciones reproductoras, transmisoras, educativas y socializadoras de la especie; funciones cuya asunción por familias estables repercute en un importantísimo ahorro para el erario público, con recursos siempre limitados. En tal sentido, la no institucionalización de las figuras alternativas no parece que vulnere el "libre desarrollo de la personalidad" (art. 10.1 CE) pues, como ha reconocido el propio TC, "no existen derechos ilimitados". Como consecuencia, no resulta lógico que el legislador ordinario propicie una pluralidad de modelos familiares sin referencia arquetípica alguna. La protección jurídica de una institución requiere que ésta sea defendida en su contenido y función social, como hace el artículo 50 CE con la familia matrimonial. Negar la relevancia del deber en el seno de la familia equivale a negar la familia misma; y no es posible concebir una familia sin proyecto común. La libertad entendida en sentido negativo no parece ser, de entrada, fundamento de relaciones familiares sólidas y satisfactorias.

Desde un punto de vista jurídico-constitucional entienden los autores[55] que el arquetipo familiar pretendido por la Constitución no puede ser la institucionalización de las uniones de hecho, tal y como la han venido consagrando los legisladores autonómicos como alternativa legal al modelo de familia matrimonial, y de forma que se acepten sin discusión como marco idóneo para recibir hijos en adopción. Es cierto que las reformas matrimoniales de 2005 tampoco propenden a la estabilidad familiar. Pero hay que recordar que en el matrimonio está la historia, la tradición,

55 Op. cit., pp. 148 y ss.

el compromiso, el vínculo, un contenido de derechos y deberes familiares y "erga omnes", que permiten seguir teniéndolo como referente y poder aspirar a, en torno a él, elaborar un mejor Derecho para la familia, coordinando los artículos 39.1 y 32 CE[56]. El legislador, ni debe vaciar el contenido jurídico del matrimonio, ni permitir que quede equiparado o suplantado por otras uniones alternativas.

El segundo límite viene marcado por la protección del matrimonio mismo que los autores desarrollan y cuya armonización buscan: Así: a) imposibilidad de equiparar o suplantar; b) existencia de un único matrimonio ex art. 32 y 149.1.8º CE; c) la dimensión axiológica que se extrae del texto constitucional; d) seguridad jurídica y libertad, buscando su armonización[57].

Tal protección se vería vulnerada tanto por una disposición legal como por la aplicación analógica e indiscriminada del estatuto matrimonial a la unión de hecho. En ambos casos se vulneraría el artículo 32 CE al convertir el matrimonio en algo innecesario: ¿para qué, entonces, casarse? El matrimonio devendría inútil como cauce para la articulación de la familia natural y biológica, y se olvidaría que la equiparación supone ir en contra de esa decisión de nuestra sociedad, expresamente reconocida por nuestra Constitución, sobre la función social del matrimonio. Dicho precepto no está protegiendo directamente la convivencia; está protegiendo el matrimonio, e indirectamente la convivencia que se origina con él. Tampoco permitiría una regulación legal de la unión de hecho cuyos efectos, aun sin implicar la plena equiparación, acercasen ambas realidades hasta el punto de quedar convertidas en dos alternativas institucionales al servicio de la unión estable, frente a las que el legislador adoptase una actitud de neutralidad. Esto sería tanto como crear otra clase de matrimonio, con independencia del nombre que se le quiera atribuir. Lo que parece estar vedado por el artículo 32, que proclama la existencia de un único matrimonio y donde la pluralidad reside únicamente en las "formas de celebración". Se destaca la advertencia previa de la STC 23 abril 2013, en el sentido de que "equiparar, en cuanto supone tomar como modelo determinados aspectos de una realidad preexistente para aplicarla a un supuesto de hecho distinto y en un ámbito de competencia propia, es algo conceptualmente distinto a regular una institución".

El reconocimiento de un único matrimonio debe relacionarse con el artículo 149.1.8º CE, que reserva al Estado la "competencia exclusiva sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio", ya que si la unión de hecho es la "shadow institution" del matrimonio, quien tiene competencia para legislar sobre éste debería tenerla para legislar acerca de aquélla; máxime si de un estatuto completo se trata. No haciéndolo así permitiría burlar fácilmente

56 Véase el caso Quintana contra España. Demanda 346/97 del Tribunal de Estrasburgo.

57 Op. cit., pp. 150-164.

aquella competencia del Estado creando instituciones paralelas, en el sentido de que por ambas vías se puede recorrer el camino de la unión estable. Tal razonamiento llevaría a entender que todas las Comunidades Autónomas han invadido competencias ajenas al regular la pareja de hecho, transformándolas en parejas de derecho, convirtiéndolas en un sucedáneo del matrimonio. La cuestión es especialmente grave en materia que afecta, no sólo a las distintas Administraciones, sino también a la totalidad de la sociedad civil, amenazando la cohesión del modelo familiar entre todos los ciudadanos del Estado[58]. De opinión contraria es la STC 23 abril 2013 pues, pese a declarar la inconstitucionalidad de la mayor parte del articulado de la Ley Foral 6/2000 por vulnerar la libertad personal (art. 10.1 CE), ha venido a sancionar, sin embargo, la competencia del legislador autonómico para regular las uniones de hecho, al entender que se trata de una realidad social diferente al matrimonio, de modo que "no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio". Para llegar a esta conclusión el Alto Tribunal ha resaltado las "evidentes diferencias" existentes entre ambas figuras, recordando la doctrina sentada por la STC 15 noviembre 1990 de que "el vínculo matrimonial genera "ope legis" una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una unidad de convivencia estable, no basada en el matrimonio". Las Comunidades Autónomas que carecen de Derecho Foral podrán seguir regulando la constitución, extinción y efectos administrativos de las uniones de hecho. En cambio, en ningún caso ni circunstancia podrán regular los efectos civiles de tales uniones, tal y como estableció la STC 11 abril 2013 para las uniones de hecho formalizadas en la Comunidad Valenciana.

En opinión de los autores[59], cabe preguntarse si tras tantos años de espera no ha sido ésta una ocasión desperdiciada para abrir otro camino distinto que hubiese significado la simplificación del actual panorama legislativo sobre las uniones de hecho, derivándola hacia el Estado y unificando, bien por regulación estatal, bien por desregulación, una realidad cuya diferencia territorial no se alcanza bien a comprender, especialmente si queda configurada como modelo familiar alternativo al matrimonio. Siendo cuestión pacífica que tanto el derecho a contraer matrimonio, como el de no contraerlo son derechos constitucionales, las condiciones básicas para su ejercicio no debieran diferir en los distintos territorios de España.

En tercer lugar cabe afirmar que no se puede desconocer tampoco el valor axiológico que se desprende del artículo 1.1 CE al propugnar determinados "valores superiores del ordenamiento jurídico"; lo que destaca la dimensión axiológica de lo jurídico como exponente de un ideal ético-social que ocupa el

58 Op. cit., p. 153.

59 Op. cit., pp. 157 y ss.

nivel superior del ordenamiento. Éste no puede menos de reconocerse en el matrimonio, tanto por sí mismo, como por devenir instrumento válido para la transmisión y realización de otros valores individuales y sociales. Y, como tal valor, debe ser defendido y fomentado y, en todo caso, nunca devaluado. Si no existiera la institución matrimonial nadie reclamaría la regulación de las uniones de hecho. Por eso, la consagración de otra alternativa, legal e institucional, para los mismos destinatarios supone la negación de su valor intrínseco; especialmente si lo que se está consagrando es un "cuasi-matrimonio" paralelo. La Ley no debe ser una mera denotación de lo que acontece en la sociedad, sino que ha de desempeñar también una función de modelo y estímulo para lo que ha de hacerse. Que en la unión de hecho, o a través de ella, también se puede vivir y desarrollar valores es algo que no se pone en duda. Pero no parece que ello autorice a extrapolar los valores de una institución a otra distinta, a menos que se parta "de premisas o prejuicios ideológicos". La vulneración del espíritu constitucional, cuando menos del primigenio, puede venir, no sólo de la regulación global del fenómeno de la unión libre, sino también de seguirse una cascada de reconocimientos sectoriales que desemboque en una equiparación camuflada. Lo expuesto no significa negar al legislador ordinario "su amplísima libertad de decisión" (STC 15 noviembre 1990), pero sí recordar que, al ejercerla debe respetar la coherencia del sistema y, muy especialmente, los mandatos constitucionales, las garantías institucionales y los valores que aquéllos y éstas traslucen. Igualmente, su intervención también estaría justificada en la medida en que se concluyese que con ella facilitaría la resolución de conflictos que sus crisis plantean en cada caso concreto; algo que no parece se esté consiguiendo por el camino emprendido, por ejemplo en cuanto a la seguridad jurídica.

El principio constitucional de "seguridad jurídica" (art. 9.3 CE) ha sido invocado para aconsejar la regulación de las uniones de hecho, lo que representa el cuarto aspecto. Pero de procederse así se olvidaría que, para garantizar la seguridad jurídica, se impuso desde antiguo la formalización del consentimiento matrimonial, y que el matrimonio es la institución que, por sus formalidades constitutivas, proporciona, de entrada, mayor seguridad, tanto a los contrayentes como a terceros. De pretenderse la equiparación en ese principio, ello sólo se podría hacer reinventando un nuevo matrimonio, u olvidando la naturaleza esencialmente fáctica y aformal de las uniones de hecho. Lo que sería tanto como imponerles "un estatuto por la fuerza". En realidad, la conciliación de ambos valores únicamente se puede dar en el sucedáneo de matrimonio –la "pareja regulada"– pero la seguridad seguirá ausente en las uniones de hecho no juridificadas. En éstas, la aformalidad y facticidad son esenciales.

La fundamentación de la unión de hecho en los principios de "libertad" y "libre desarrollo de la personalidad" marca también un importante límite, en el sentido

de que la orientación de ésta tendría que estar presidida por los principios de voluntariedad y libre respeto a la decisión de aquellos convivientes que quieren mantener su relación al margen de una determinada reglamentación. No existen en Europa las razones que para la imposición pudieran haber existido en países de otro entorno socioeconómico, como ocurría en algunos latinoamericanos. Si entre nosotros se imponen unas determinadas consecuencias jurídicas a los convivientes con independencia de su voluntad, las uniones de hecho quedan desnaturalizadas. La STC 13 julio 1998 estableció que "la relación «more uxorio» se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes, de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específica entre ellos". Tras la STC 23 abril 2013[60], ha quedado clara la imposibilidad de imponer un estatuto legal a las uniones de hecho, prescindiendo de la voluntad de los convivientes. La doctrina en ella sentada supone un claro mensaje a los legisladores y no ofrece duda de su eficacia indirecta para el resto de las leyes autonómicas, así como su relevancia a la hora de interpretar y aplicar las leyes autonómicas que todavía no han sido declaradas inconstitucionales, sin perjuicio de reconocer su vigencia. En cambio, una regulación orgánica no impuesta, que deje al libre albedrío de los convivientes utilizarla o no, de constitución formalista, y con inscripción voluntaria en el Registro "ad hoc", como la que define la ley balear de 2001, no parece vulnerar el principio de libertad y constituye su fundamento.

A juicio del recensor, el capítulo VIII de esta obra encierra el sumo fundamento básico del pensamiento central de los autores sobre las parejas de hecho. Creo haber sintetizado fielmente las líneas esenciales de aquél, que ni siquiera omite brindar a quien no lo comparta argumentos para ensayar posturas opuestas. Aprecio muy positivamente su actitud de abrir caminos y ensayar vías, apenas experimentados. Por ello cabe abrigar fundadas esperanzas en un futuro encarrilamiento jurídico del problema, que satisfaga a la mayoría de preocupados por esta candente e irresoluta cuestión.

Los autores, apenas en media docena de páginas[61] hacen una oportuna y valiosa "Recapitulación. Mirando al futuro". Su punto de partida es realista: "Si pensamos en la vida cotidiana, real y concreta de los ciudadanos, la situación actual no parece deseable, y es razonable pensar que no se mantendrá demasiado tiempo. A lo que parece, en el fondo, se está debatiendo sobre «la cuadratura del círculo»". El "regreso a la sensatez" pasa por afrontar el fenómeno lejos de visiones preconcebidas, teniendo en cuenta que los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad, así como los principios de justicia y responsabilidad, impelen a la protección de los intereses familiares por medio de cauces que ofrezcan la

60 Cfr. op. cit., pp. 165 y ss.

61 Op. cit., pp. 169-175.

suficiente seguridad jurídica para la garantía de los mencionados principios. En el ámbito familiar "no importa tanto afirmar y contraponer los derechos e intereses de sus integrantes como conciliarlos y armonizarlos. La Constitución obliga al legislador a ser «beligerante» a favor de la familia como realidad, pero también como conjunto normativo coherente, sin desconocer «la dimensión axiológica de lo jurídico». Además de lo apuntado, el «regreso a la sensatez» obliga a tener en cuenta: a) las uniones de hecho tienen su fundamento, no en el principio de igualdad, sino en el de libertad y libre desarrollo de la personalidad; b) que toda decisión legislativa en esta materia no puede tener un espíritu «anti-matrimonial»; c) que la legislación producida al amparo de esos principios no puede perjudicar la protección jurídica y social de la familia; y d) que la concesión de un estatuto global a las uniones de hecho carece de razón suficiente, especialmente desde que contamos con una regulación del matrimonio que es abierta, ligera y con un vínculo muy debilitado, lo que lo aproxima a las uniones de hecho tal y como vienen siendo reguladas por los legisladores autonómicos". Después de aprobarse la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tal aproximación "se extiende a las formas, al poder optar por celebrarlo en forma notarial, así como disolverlo por medio de divorcio, en ausencia de hijos menores de edad o con la capacidad de obrar judicialmente modificada (arts. 82 y 87 CC)".

De mantenerse el camino emprendido presidido por la equiparación (o, al menos, por la aproximación de las uniones al matrimonio), tal vez fuera el momento de pensar en equiparar las uniones de hecho de todos los españoles, para lo que sería necesario que el Estado asumiera con plenitud esta competencia, al tiempo que las Comunidades Autónomas aceptaran el pacto de derogar la totalidad de las leyes de pareja. Únicamente sería razonable que las CCAA de Derecho Foral mantuvieran su competencia en materia de régimen económico y sucesorio de la pareja, según su tradición, y que debiera ser dispositivo.

De llegar el Estado a asumir la competencia con plenitud, sería muy aconsejable la exigencia notarial, y de un sistema de inscripción con plenas garantías en todo el territorio nacional. Cuando el camino emprendido se nos muestra equivocado, no hay que empeñarse en seguir avanzando. Si de lo que el jurista debe tratar es de evitar la injusticia y la desprotección, allí donde éstas aparezcan, hay que aparcar el debate político e ideológico que subyace en toda esta materia y –huyendo de la macrojusticia– concentrarse en la justicia del caso concreto. Para ello, en primer lugar, poner el énfasis en la autorregulación, cuyas posibilidades no han sido suficientemente exploradas. En defecto de pacto, las categorías patrimoniales y los cuasicontratos –el pago de lo indebido, la gestión de negocios ajenos, la obligación natural y la doctrina del enriquecimiento sin causa– han proporcionado y deben seguir proporcionando soluciones. Por último, los principios generales del Derecho que pueden ser extraídos de las normas particulares y de los valores ínsitos en

el ordenamiento permitirán que la solución judicial encuentre respuestas justas y equitativas.

La pretensión de resolver todos los problemas de la vida "a golpe de ley" es una manifestación de los fenómenos denominados "macrojusticia y reglamentación", a los que el caso concreto y su justa solución poco importan[62].

XII. NACIMIENTO, PERMANENCIA Y EXTINCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. Previo.

Constituye el capítulo más extenso de la obra recensionada[63]. Sin esfuerzo cabría calificarlo de "Parte especial", precedida de una bien meditada y razonada "Parte general"; en modo alguna inconexas ambas, por el uso frecuente de oportunas notas de referencia. Ello evidencia, indiscutiblemente, una muy meditada contemplación del fenómeno sociológico de la unión libre y de su dispersa –no pocas veces anárquica y lindante con lo absurdo– regulación en nuestro ordenamiento. Por tanto, el recensor se ve obligado a advertir al posible lector que el extenso capítulo VIII no constituye una mera explicación ampliada de los capítulos anteriores, sino un intento –a mi juicio, singularmente logrado– de reconstruir –a veces, simplemente, elaborar– un régimen con vistas a su aplicación al caso concreto.

2. RESUMEN DE LA SISTEMÁTICA.

En el referido capítulo el lector encontrará la siguiente sistemática, que he recogido de modo sustancial, no literal:

A) El nacimiento de la unión de hecho;

B) La prueba de la unión de hecho;

C) Las consecuencias personales, constante la unión: a) entre los propios convivientes; b) relativas a los hijos comunes; c) en relación a los hijos preexistentes de uno solo de los convivientes (emancipación, patria potestad, guarda de hecho y tutela);

62 Op. cit., p. 175, nota 252.

63 Op. cit., pp.177-402, sin incluir apartado anexo de la misma. Advierto que para seguir con mayor fidelidad a la obra, he alterado las subdivisiones del capítulo y el método.

D) Consecuencias patrimoniales constante la unión: a) pactos patrimoniales durante la convivencia (su posibilidad teórica y su alcance práctico; libertad de contenido de los pactos, pactos patrimoniales particulares); b) pactos patrimoniales de carácter global; c) posibilidad de someter la convivencia a alguno de los regímenes económicos del matrimonio; d) la situación de los terceros (contratos para atender las necesidades ordinarias de la familia; actos dispositivos sobre la vivienda común);

E) La extinción de la convivencia: a) causas; b) consecuencias;

F) Fundamentos para las pretensiones de los convivientes tras la ruptura de la unión: a) pretensiones basadas en la ley; b) pretensiones basadas en los pactos previos; c) pretensiones basadas en obligaciones no convencionales (obligaciones naturales, doctrina del enriquecimiento injusto, responsabilidad extracontractual, el principio de protección del conviviente perjudicado, el recurso a la equidad);

G) Consecuencias derivadas de la extinción por fallecimiento: a) indemnización al conviviente por la muerte injusta de su compañero; b) la pensión de viudedad; c) la subrogación arrendaticia urbana;

H) La unión de hecho y el Derecho de sucesiones[64]: a) la libertad testamentaria del conviviente y sus limitaciones (legítimas, reservas, validez de las disposiciones testamentarias); b) la repercusión de la unión de hecho sobre determinados derechos sucesorios previamente adquiridos; c) ¿sucesión contractual?; d) referencia a los derechos sucesorios del conviviente supérstite en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio; e) la designación del conviviente "more uxorio" como beneficiario de un seguro de vida.

3. Contenido.

Limitándome a exponer sus rasgos generales, como recensor no puedo menos de quedar sorprendido por la amplitud y completud de su tratamiento y desarrollo. Es importante distinguir entre el momento en que se inicia la convivencia y aquél en que se encuentra consolidada (momento preciso en que surte efecto, que habitualmente decide el juez). Por ello es clave la prueba de la unión de hecho, singularmente cuando nace de una voluntad formal manifestada de forma indubitada. Los autores destacan dos cuestiones: el objeto de la prueba y los medios de prueba. La primera tiene la dificultad de determinar el carácter marital, y mayor todavía que sea "en análoga relación de afectividad a la de cónyuge", resultando poco acertado el adjetivo "análogo". Entre los medios de prueba los autores reputan los más seguros, dentro de las calificadas como "capitulaciones

64 Este enunciado se desarrolla en el número 13.

paramatrimoniales", el acta notarial y el documento judicial. Señalan singularmente las dificultades prácticas de los Notarios a la hora de redactarlas. Afirman con realismo que lo más frecuente sea acudir a medios indirectos de prueba[65]. Aunque, en todo caso, su eficacia queda a la libre valoración de quien la aprecia. No deja de ser anecdótico el empleo de detectives privados. Importancia práctica puede tener poder aplicar la regla de la inversión de la carga de la prueba.

Amplia atención se dedica al Registro de Parejas[66], nueva institución administrativa propia de las Comunidades Autónomas para facilitar el funcionamiento práctico de las uniones de hecho legalizadas por aquéllas para permitir que disfruten sus miembros de los beneficios que les han otorgado, especialmente, a lo largo del siglo XXI. Se trata de un aspecto puntual, pero en íntima relación con la prueba y también con las distintas facultades normativas que la Constitución de 1978 les ha concedido. Hay importante jurisprudencia del TC muy reciente sobre el tema, que el jurista práctico debe manejar.

La jurisprudencia civil y la constitucional son coherentes negando a la situación de la pareja de hecho la cualidad de estado civil, así como en mantener la inexistencia jurídica de parentesco entre sus miembros. Pero el casado meramente separado de hecho sufre pérdidas en su patrimonio[67]. Los autores sostienen que es arriesgada una convivencia "a la carta", aunque consideran válido un pacto de alimentos legales.

Sobre equiparaciones globales sorprende el gran número de ellas en el Código penal, ámbito penitenciario, Ley Orgánica del Poder Judicial, LEC 2000, Ley del Notariado o Ley de la Salud. Considero que los autores critican con razón la postura normativa en materia de adopción[68], e incidentalmente el régimen vigente de la procreación asistida heteróloga, aunque sin analizarla.

Para exponer el tema de las consecuencias patrimoniales, constante la unión, formulan cuatro principios:

1º) La situación de convivencia de hecho es, ante todo, una situación personal que no ha de tener necesariamente repercusiones patrimoniales.

2º) No existe ningún régimen económico típico de estas uniones, ni están sometidas a suerte alguna de régimen económico matrimonial primario, ni ninguno de los regímenes regulados en el Código civil para el matrimonio son aplicables a

65 Op. cit., p. 190.
66 Op. cit., pp. 192-194.
67 Op. cit., p. 207.
68 Op. cit., pp. 230 y ss.

las uniones de hecho, ni directamente, ni por analogía, ya que el matrimonio y las uniones de hecho "no son realidades equivalentes".

3º) Lo verdaderamente trascendente de la doctrina del TS, manifestada en la sentencia de 21 octubre 1992, posteriormente reiterada, es que cualquier solución a la problemática patrimonial planteada por las uniones de hecho debe ser resuelta, en primer lugar, atendiendo a los pactos a que hubieren llegado los convivientes, ya se trate de unión de hecho juridificada o no. Tales pactos pueden constar de forma expresa o tácita. En caso contrario, se requerirá, con carácter previo, probar la existencia de tales acuerdos a través del comportamiento de los convivientes. La voluntad que se puede inducir de ese comportamiento deberá ser real e indubitada, pues lo tácito difiere notablemente de lo presunto y de lo conjetural.

4º) No todos los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho dependen de los pactos entre los convivientes[69]. Superada la ilicitud de las relaciones concubinarias y, en consecuencia, la ilicitud de los contratos cuya causa última fuese tal relación, en la actualidad no existe ningún impedimento legal para que los convivientes puedan, como cualquier otra persona, realizar entre sí todo tipo de contratos, sin otras cortapisas o limitaciones que las generales derivadas del ordenamiento jurídico. Los principios constitucionales de "libertad" y "libre desarrollo de la personalidad" (cfr. art. 10 CE), al amparar lo principal, que es el fenómeno de la unión de hecho, permiten y posibilitan lo accesorio; eso es, los acuerdos, convenios, pactos o contratos de naturaleza patrimonial que los convivientes tengan a bien establecer, durante o al fin de su relación convivencial, pudiendo, igualmente, ser modificados las veces que estimen oportunas. Ahora bien, que los convenios sean posibles no significa que todos los convivientes puedan celebrarlos, ni que todo lo que se convenga sea lícito, ni que sus efectos frente a terceros sean similares a los de las capitulaciones matrimoniales. La admisibilidad de los pactos no conlleva su privilegio. Su disciplina será, en principio, la del Derecho general de las obligaciones y contratos. La tipología más frecuente que acompaña a la unión de hecho está representada por la compraventa, donación, testamento, sociedad civil; y puede decirse que pertenece a su desenvolvimiento

69 Op. cit., pp. 249 y ss. Sostienen con acierto los autores que no todos los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho dependen de los pactos entre los convivientes. Existen determinadas consecuencias jurídicas de alcance patrimonial derivadas de la sola existencia de la unión, como consecuencia del reconocimiento legal, ya sea parcial –a nivel estatal–, ya de índole más general, como ocurre con la normativa autonómica que contiene disposiciones sobre aspectos patrimoniales aplicables a las uniones de hecho "formales". Además, ausentes los pactos, –o cuando éstos, debido a su contenido, no pueden ser reconocidos por el ordenamiento jurídico– la primacía del principio de justicia obliga a dar una solución justa en aquellas situaciones en las que la abstención del Derecho suponga un enriquecimiento injusto, un abuso de los derechos individuales o un perjuicio injustificable para cualquiera de los miembros de la unión. En este punto debe ser reconocida la extraordinaria sensibilidad que ha manifestado la jurisprudencia, tanto del Alto Tribunal como de las Audiencias, sin que las contradicciones en que hayan incurrido, deba merecer, por este solo hecho, censura, si la solución del caso concreto ha sido, en definitiva, justa y adecuada.

natural y no patológico[70] . Los autores expresan su preferencia por un régimen de copropiedad o comunidad de bienes, ya que es el que mejor se adapta a la realidad de la convivencia "more uxorio"[71].

¿Es posible someter la convivencia a alguno de los regímenes económicos del matrimonio?[72] La doctrina del TS (sentencias de 21 octubre 1997 y 4 abril 1997) no está clara, ni es definitiva, pero sostiene que hay razones que impiden someter globalmente la unión de hecho a un régimen económico matrimonial: 1º) los regímenes económico-matrimoniales constituyen una institución accesoria de otra principal, que es el matrimonio; 2º) están sometidos a la formalidad "ad solemnitatem" de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales; 3º) estos regímenes despliegan una eficacia que, más allá del pacto, proviene directamente de la ley, distanciándose de los demás negocios creadores de obligaciones; al proceder de la ley desempeñan tales estipulaciones el papel de una norma delegada, y sus efectos no se producen por la mera voluntad privada; 4º) existe la dificultad técnica representada por la previa inscripción en el Registro Civil, presupuesto de acceso al Registro de la propiedad. Los diversos Registros autonómicos no lo autorizan y, por tanto, no son un verdadero medio de publicidad frente a terceros; 5º) entre las causas de disolución de los regímenes económico-matrimoniales no figura la sola voluntad unilateral de cada uno de sus miembros. Dado que el artículo 32 CE obliga al legislador a regular los "efectos" del matrimonio, siendo uno de ellos los regímenes económicos, su extrapolación a otras figuras o instituciones los convertiría en una institución irrelevante e innecesaria[73]. Lo anterior no obsta a que algunas normas particulares de aquéllos, que carezcan de carácter estrictamente estatutario, puedan ser asumidas por los convivientes, especialmente como modalización de un contrato de sociedad civil[74]. A modo de conclusión parcial, los autores establecen que las posibilidades teóricas que los pactos y acuerdos ofrecen a los convivientes son amplias. Así la denominada "autorregulación de la unión libre", que se configura como una realidad atractiva para ofrecer respuestas a muchas de las demandas que, con el paso de los años, se plantean los convivientes. Ejercitando aquélla, muchos problemas pueden ser obviados o reducidos. Pero no se debe caer en los espejismos. La realidad subyacente no es propicia a que quienes las integren acudan al Notario o al abogado a que les redacte un documento en que se plasmen las reglas patrimoniales a las que quieren someter su relación convivencial. Los pactos cobrarían pleno sentido con vistas a la liquidación. En sentido opuesto tratarían, tal vez, de conservar la plena libertad personal y absoluta independencia patrimonial.

70 Op. cit., p. 260.

71 Op. cit., pp. 259 y ss.

72 Op. cit., pp. 273-281.

73 Op. cit., p. 281.

74 Op. cit., pp. 282-285.

En relación con la situación de los terceros ante la unión de hecho, los autores comparten la opinión de Mª Ángeles Parra Lucán, cuando algunas Comunidades Autónomas disponen que tales pactos inter convivientes sólo producen efectos entre las partes, negando su posible perjuicio a terceros, pues desconocen el artículo 1.218 CC. Analizan el supuesto de uniones no juridificadas y entran a fondo en la respuesta dada en las legislaciones autonómicas. Observan que ninguna ha tenido en cuenta la presunción muciana recogida en el artículo 231-12 CCCat. Indican que esta última parece mostrar una mayor desconfianza hacia los cónyuges que frente a los miembros de una unión estable de pareja[75].

La generalidad de las leyes autonómicas contempla en su articulado un conjunto de causas que ponen fin a las uniones de hecho juridificadas. Podrían englobarse en tres subgrupos: las de mutuo acuerdo, las decisiones de carácter unilateral y la muerte o declaración de fallecimiento de uno o ambos miembros. Suele añadirse el cese fáctico de la convivencia y el matrimonio, que pueden incluirse, bien entre las de mutuo acuerdo, bien entre las de carácter unilateral. Algunas legislaciones autonómicas suelen añadir los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública; pero podrían reconducirse al mutuo acuerdo resultado de un pacto. Procesalmente es preciso mencionar que no existen procedimientos judiciales específicos para estos supuestos extintivos. Así la STS 15 enero 2018 señala que las reclamaciones económicas en caso de ruptura han de ventilarse por el procedimiento declarativo en función de la cuantía. Cuando la convivencia cesa de mutuo acuerdo no se precisa la intervención judicial –igual que en el fallecimiento–. La unión nace libre, sin intervención alguna, y se extingue de la misma manera. Este es el cuadro natural del fenómeno que, no por ser el más sencillo, puede ser olvidado, pues de lo contrario la situación o institución queda deformada y desnaturalizada. También se extingue por matrimonio, sea entre los convivientes entre sí (con extinción por mutuo acuerdo de la unión libre), sea de uno de ellos con un tercero (causa unilateral de disolución). Ambos supuestos son posibles por cuanto las uniones de hecho, aun formalizadas en escritura pública, no constituyen impedimento para contraer matrimonio. Además se extinguen automáticamente, sin necesidad de notificación.

Principio fundamental de las uniones de hecho es la libertad de cada conviviente para ponerle fin por su sola voluntad y decisión. Decisión no sujeta a procedimiento ni formalidad alguna. La subsistencia de la convivencia "more uxorio" descansa en el mantenimiento de la convivencia unida a la voluntad constantemente renovada de proseguirla. Cuando falte ésta, aparece la "inestabilidad institucional" del fenómeno. Carácter que ha conservado la legislación de las CCAA, si bien suelen exigir la notificación fehaciente al compañero de la decisión unilateral de extinguir la unión. El cumplimiento de dicho deber no implica la existencia de procedimiento

75 Op. cit., p. 295.

alguno donde quepa la oposición a la decisión adoptada. A juicio de los autores carece de justificación la prohibición del artículo 309.4 del Código del Derecho Foral Aragonés que, en caso de ruptura de la convivencia, impide formalizar una nueva pareja en escritura pública si no han transcurrido seis meses desde que se dejó sin efecto la convivencia anterior[76]. A juicio de los autores, el "abandono" del otro no puede integrar el tipo penal de "abandono de familia", ya que el artículo 226 CP menciona a "descendientes, ascendientes o cónyuge", no siendo posible la analogía "contra reo". Pero habría delito si existen descendientes comunes de la unión a los que se abandonase. El cese de la convivencia durante el tiempo determinado que fijan las leyes autonómicas puede producir, también, la extinción de la unión de hecho, sea de mutuo acuerdo o por decisión unilateral.

La disolución de la unión de hecho puede producir efectos en el orden personal y patrimonial. Los autores los analizan en dos grupos, según estén o no recogidos en las leyes autonómicas. Entre los primeros figuran el deber de cancelación de asientos y privación de efectos del documento constitutivo, así como la revocación de los poderes que se hubiesen concedido entre sí los convivientes. La STC 23 abril 2013 ha declarado inconstitucional dicha revocación. No parece improbable que igual suerte hayan de padecer otras normas autonómicas similares que establecen tal revocación automática, que la doctrina entiende no salvaguarda adecuadamente la seguridad de los terceros[77]. La extinción de la convivencia puede precisar o no de una liquidación de intereses patrimoniales. Cabe así una reclamación del conviviente abandonado contra aquél que le abandonó. La simple ruptura –por traumática que pueda resultar– no es sino el ejercicio de un derecho al que nunca se renunció y del que ambos se sienten asistidos. Pero si coetáneamente al mantenimiento de la vida común se han celebrado determinados pactos –expresos o tácitos– los convivientes podrán exigir su cumplimiento. La situación de "more uxorio" no implica una abdicación en el ejercicio de los derechos, ni tampoco impone de modo absoluto la abstención del Derecho pues, como señala Díez Picazo "aquellos que buscaron un sistema de vida familiar libre de ataduras jurídicas, terminan acudiendo al Derecho para sostener unas pretensiones jurídicas, que probablemente son muchas veces justas"[78]. Con razón subrayan los autores que esta sola posibilidad de que existan por parte de los convivientes pretensiones que pueden ser justas obliga a los juristas a ocuparse con atención de los mecanismos e instrumentos de que dispone el ordenamiento para dar respuesta a esa aspiración universal.

Con carácter general los autores invocan el artículo 1.089 CC, objeto de extenso y muy detallado desarrollo. Es principio ampliamente aceptado que

76 Op. cit., p. 299.

77 Op. cit., p. 304.

78 Díez-Picazo, L: *Familia y Derecho,* Civitas, Madrid, 1984, p. 29.

ninguna obligación legal pesa en el ámbito del Derecho civil común sobre los convivientes, que en uso de su libertad han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. En concreto mencionan los artículos 143 y 97 CC. Sin embargo, en los artículos 142, 154 y 964 encuentran apoyo para que los hijos, incluso no nacidos, puedan pedir alimentos, siendo representados por sus progenitores. Además, varias legislaciones autonómicas reconocen alimentos legales entre convivientes, a la vez que contemplan un doble derecho si el momento extintivo de la unión tiene lugar en vida de ambos: el de reclamar una compensación económica fundada en el enriquecimiento injustificado y el de reclamar una pensión alimenticia periódica cuando concurran los requisitos. Ambas reclamaciones son compatibles, lo que induce a un aumento de la conflictividad en opinión de los autores, pues "a priori" resulta difícil imaginar una situación de ruptura en la que alguno de los convivientes –o ambos– no se sientan perjudicados. Por otra parte tales normas, tal y como están redactadas, transmiten el mensaje de que toda ruptura es generadora de derechos. Pero la STC 23 abril 2013 ha declarado la inconstitucionalidad de la pensión alimenticia de Navarra por su carácter imperativo. Idéntico carácter le atribuyen las leyes de Baleares y Cataluña.

La compensación económica por la extinción de la unión de hecho se regula de manera parecida en las legislaciones autonómicas. Se trata de una compensación económica para remediar la desigualdad patrimonial que la convivencia haya originado entre los miembros de la pareja y que implique enriquecimiento injusto. El TC también se ha pronunciado anulándola en Madrid (por carecer de facultades civiles) y en Navarra (por carácter imperativo). Tales razonamientos son aplicables, en su caso, a las restantes Comunidades Autónomas. Las pretensiones de alimentos pueden basarse en pactos previos de carácter expreso, incluso cuando no se formalizaron pero existieron, en cuyo caso deberán probar su existencia tácita. Cabe que exista un pacto de alimentos entre convivientes, al amparo del artículo 153 CC; y, eventualmente, en aplicación del artículo 468 CC, que permite al donante revocar la donación por causa de ingratitud si el donatario le niega indebidamente los alimentos.

Salvo cuando los convivientes hayan mantenido una absoluta independencia económica, habrá que liquidar los intereses económicos generados y, en su caso, confundidos durante el periodo de convivencia. Para ello, habrá que recurrir a las normas pactadas, o al art. 1.441 CC para los muebles y el ajuar. No procederá, en cambio, la aplicación analógica del régimen económico matrimonial, aunque la jurisprudencia del TS no ha sido concluyente en este caso[79].

79 Los autores se preguntan: "¿Qué régimen aplicar? Las adquisiciones para ambos cónyuges son posibles tanto en un sistema de comunidad como en un sistema de separación. La determinación de que el régimen aplicable por analogía es el que, como supletorio de primer grado, rige en el territorio que determina la

Refiriéndose a las pretensiones basadas en obligaciones no convencionales, los autores formulan el siguiente marco aproximado de las soluciones jurisprudenciales[80]: recurso a la doctrina del enriquecimiento injusto (cabría fijar su inicio en la STS 11 diciembre 1992); improcedencia de la aplicación analógica de las normas del matrimonio (STS 30 diciembre 1994); indemnización extracontractual ex artículo 1.902 CC (STS 16 diciembre 1996); principio de la protección del conviviente perjudicado (SSTS 10 marzo 1998 y 27 marzo 2001); aplicación analógica del artículo 97 CC (STS 5 julio 2001); y regreso a la doctrina del enriquecimiento injusto (STS 12 septiembre 2005). Los periodos temporales indicados no son "estancos", sino que las sentencias que citan constituyen únicamente el punto inicial de la utilización de los expedientes señalados, sin que sea sencillo fijar una sentencia que ponga punto final.

A lo anterior se añade un singular tratamiento de las obligaciones naturales[81], dado que, a su juicio, aunque los convivientes rehúyan la ley positiva no parece que puedan rehusar el cumplimento espontáneo de la mayor parte de sus contenidos, pues la comunidad de vida que la convivencia origina no parece imaginable sin un mínimo de atribuciones espirituales y materiales que los convivientes deben prestarse entre sí. Estas atribuciones, que pertenecen a la vida cotidiana, pueden ser igualitarias o no, estar revestidas de mayor o menor proporcionalidad, pero en todo caso requieren de una cierta reciprocidad o al menos de un intercambio de prestaciones y asistencias. No se trata de medir y pesar lo que aportan uno y otro pues, en ocasiones, la ayuda psicológica, el cariño, la atención o la dedicación pueden tener un valor muy superior a cualquier atribución patrimonial, por importante que ésta sea. Si se acepta lo anterior –añaden los autores– la propia convivencia, como manifestación de un proyecto de vida compartido, se eleva a la categoría de "justa causa" de todas aquellas atribuciones patrimoniales que se producen entre los convivientes, y que, conforme a la realidad social, pueden considerarse como normales o propias de una relación de convivencia estable. No procederá tratar de encasillar dogmáticamente la causa de la atribución en onerosa o gratuita. La doctrina de la obligación natural se presenta como la más adecuada para presidir las relaciones patrimoniales en el seno de las relaciones de hecho, siendo la mayoritariamente seguida en todas aquéllas que no desembocan en un proceso judicial o en un acuerdo dirigido a evitarlo.

Los autores exponen que la doctrina del enriquecimiento injusto fue instrumento utilizado desde antiguo por la jurisprudencia francesa en la resolución

vecindad civil de los convivientes no es algo que con fundamento en la ley se pueda presumir. El intérprete saldría de la presunción para entrar de lleno en el campo de la conjetura" (op. cit., p. 316).

80 Op. cit., p. 317.

81 Históricamente la doctrina de la obligación natural se aplicó en las SSTS 9 mayo 1914 y 17 octubre 1932, cuya doctrina resulta inaplicable ahora. Es justo destacar la originalidad de los autores que han acertado a reactualizarla, no sin cierta aura poética.

de conflictos económicos derivados del concubinato. Su uso se ha generalizado a diversos países; entre ellos, y aunque de forma tardía, a España, donde la construcción jurisprudencial de la figura –ya iniciada en el siglo XIX– se declara plenamente aplicable para la solución de determinados conflictos derivados de la convivencia extramatrimonial, tal y como se recoge en la STS 11 diciembre 1992 y otras posteriores. Para que pueda prosperar se requiere: 1º) aumento del patrimonio del enriquecido; 2º) correlativo empobrecimiento del actor; 3º) falta de causa que justifique el empobrecimiento; y 4º) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del precepto. Tras un análisis detallado, advierten que no se trata de un principio general que acompañe a las uniones de hecho cuando se extingan, si bien resulta ser el más aplicado por el TS, en especial en la atribución de una compensación. Ello se ha debido a las reformas de 2015 respecto del matrimonio. Así la STS 12 septiembre 2015 ha declarado que hoy se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con todas sus consecuencias, por lo cual debe huirse de la aplicación por "analogia legis" de las normas propias del matrimonio, como los artículos 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja[82].

Observan los autores que desde la STS 17 enero 2003 es más frecuente el recurso a la "analogia legis" invocando el principio de protección del conviviente perjudicado para conceder compensaciones a uno de los convivientes, tras la ruptura, por el trabajo dedicado al hogar. Se dice en ella que por la atribución de la indemnización "no se acepta la igualdad o asimilación de la unión de hecho al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil". En la doctrina[83] se ha sostenido que los motivos que han llevado al TS a esta solución, bien pueden ser la imposibilidad de la aplicación del principio, así como las dificultades para apreciar que no existe justa causa a fin de aplicar el enriquecimiento injusto. Se trata de evitar un perjuicio no tolerable para el Derecho, buscándose una "protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica". Tal principio había ido invocado ya por STS 10 marzo 1998, y deriva tanto de normas de índole constitucional (art. 10.1 CE), como de Derecho privado (art. 16.1.b LAU).

La equidad no es fuente del Derecho que, en este ámbito, permita resolver los conflictos amparándose exclusivamente en ella, sino mitigar el rigor de la ley que se derivaría de su inexistencia. En el campo de los hechos, rige el rigor de la prueba, y apreciar en materia de los fundamentos del fallo, la existencia de un principio

82 Ampliamente, op. cit., pp. 321-329.

83 Gaspar Lera, S.: "Incertidumbre jurídica en materia de uniones de hecho: Contradicciones legales y oscilaciones de la jurisprudencia", *Foro Galego*, núm. 200, p. 84.

general, aun cuando no esté expresamente formulado. Los autores consideran que es la ponderación de la equidad, con la vista puesta en el caso concreto, lo que deja traslucir la STS 10 marzo 1988[84]. No obstante sus riesgos, la ponderación permite obtener la solución justa en cada caso concreto de uniones de hecho, habida cuenta de los perfiles tan variados con que se presenta. El fenómeno de la "panreglamentación" puede conducir a lo contrario, especialmente si se utiliza como instrumento y medio al servicio de intereses particulares o de grupos de presión.

¿Cuál debe ser el destino de la vivienda que fue hogar común de los convivientes, después de la ruptura? El Código civil carece de una regulación sistemática, y no es materia regulada en las legislaciones autonómicas. Se trata exclusivamente de la vivienda que fue "común" porque se residió en ella con voluntad de permanencia. Así lo han considerado las SSTS 9 y 31 mayo 2012. Si la vivienda fue arrendada, el artículo 12.4 LAU da una respuesta legal que eventualmente atribuye derechos al conviviente frente a un tercero, a diferencia del artículo 1.319.2 CC, ya que es posible que al arrendador no le resulte tan conveniente la continuidad arrendaticia del no titular del contrato[85].

La vivienda en propiedad es, quizá, una de las hipótesis más frecuentes y la ruptura acarrea efectos de mayor entidad económica, siendo objeto de estudio con mayor profundidad[86]. Se observa que en los casos en que la vivienda común sea propiedad de uno o de ambos convivientes, la situación habrá de resolverse atendiendo, de manera prioritaria, a los eventuales pactos acordados por ellos, así como al hecho de que la vivienda pertenezca a aquél al que se le va a atribuir el disfrute, o que, por contra, el uso se atribuya al no titular. El tema tampoco está regulado en las legislaciones autonómicas[87]. En el régimen del Código civil cabe que exista acuerdo entre los convivientes, pudiendo darse las siguientes hipótesis: 1ª) la vivienda pertenece al conviviente que, extinguida la convivencia y mediante acuerdo con el no titular, va a continuar habitándola. 2ª) La vivienda pertenece exclusivamente a un conviviente y su uso se atribuye al no titular. Si existe acuerdo de los convivientes debe ser respetado, y nada debe obstar su plena validez, sin perjuicio de la posible corrección judicial en interés de los hijos si éstos hubieran quedado en compañía del progenitor titular. Es necesaria la inscripción del derecho de uso de la vivienda conforme al artículo 2.2 LH (criterio de la RDGRN de 25

84 Esta sentencia tiene el mérito de buscar un fundamento independiente del matrimonio, así como de la aplicación analógica de sus normas, para la tutela de los intereses derivados de la unión de hecho. Sin embargo, a su juicio, permite interpretaciones excesivamente subjetivas que pueden abonar el terreno al "sentimentalismo jurídico" (op. cit., p. 335 y nota 698).

85 Amplio tratamiento en op. cit., pp. 339-342, y, anteriormente, en p. 338.

86 Op. cit., pp. 342-356.

87 Salvo el artículo 234-8.1 CCCat que regula el caso de que "la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de éste".

octubre 1999, seguido por STS 22 abril 2004). 3ª) A falta de acuerdo entre los convivientes, el no propietario de la vivienda pretende del que sí lo es que le conceda su uso; supuesto que resulta más complejo, ya que contradice el artículo 348 CC, cuyo contenido en la materia sólo existe en el artículo 1.320 –constante matrimonio–, y el artículo 96 CC en las situaciones de crisis matrimonial, ambas normas excepcionales que en materia de la vivienda se justifican por el vínculo matrimonial y por la específica protección al mismo del artículo 32 CE. Concluyen[88] que en una primera aproximación no parece existir ninguna norma que limite al conviviente los derechos de uso y disfrute que le corresponden en la vivienda que sea de su propiedad, aun cuando tal inmueble haya sido el hogar común de la pareja. Pero la jurisprudencia obliga a revisar la expresada afirmación con base en el artículo 96, pár. 1º CC (existencia de hijos comunes) y pár. 3º (posible aplicación analógica). En el último supuesto los autores estiman que puede considerarse mayoritaria en nuestra doctrina la opinión negativa. Pero la jurisprudencia ha seguido una curiosa evolución que describen minuciosamente en sus etapas para retornar a la inicial negativa con la STS 12 septiembre 2005, en el contexto de las reformas codiciales del mismo año, en la que se afirma que "debe huirse de la aplicación por "analogia legis" de las normas propias del matrimonio, como son los artículos 96, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización a la libre ruptura de la pareja", admitiendo la posibilidad del recurso a la "analogia iuris", de la que se puede obtener un principio general de derecho, y a la figura del enriquecimiento injusto, y que siempre servirá como "cláusula de cierre" para resolver la cuestión. La consecuencia que se deriva de esta argumentación es la asunción, nuevamente, como criterio prioritario, de la inaplicación a las uniones de hecho de la normativa matrimonial, que incluye los artículos 96 a 98 CC. Doctrina jurisprudencial ampliamente seguida, salvo algún caso aislado. 4ª) Vivienda que pertenece a ambos convivientes, en cuyo caso entienden que el uso y disfrute de aquella se atribuya al conviviente en cuya compañía queden los hijos; no habiéndolos, el régimen de comunidad no debe alterar la situación, ya se siga la doctrina contraria a la analogía o la minoritaria favorable a ella. Así cualquiera de los condóminos podrá ejercitar la acción de división. Finalizan el apartado exponiendo su parecer contrario a que el tratamiento jurídico del matrimonio y la unión libre se fundamenten en el principio de igualdad (criterio iniciado por STC 11 diciembre 1992, apartándose del mantenido por STC 15 noviembre 1990)[89].

El fallecimiento de un conviviente, constante la unión, es ocasión propicia para volver a plantear si alguno de los derechos que el ordenamiento vigente concede al supérstite es extensible, por analogía u otro procedimiento, al supérstite de una unión de hecho. La cuestión debe quedar ceñida al fallecimiento que se produce constante la unión. Si ésta se ha extinguido por ruptura unilateral o por

88 Op. cit., p. 344.

89 Op. cit., p. 355.

mutuo acuerdo, el posterior fallecimiento de uno de ellos será una circunstancia irrelevante. Tradicionalmente se han planteado tres reivindicaciones: consideración del conviviente como perjudicado por el fallecimiento de su compañero por un hecho injusto que le haría acreedor de la indemnización que debe soportar el causante del daño; la pretensión de obtener una pensión similar a la de viudedad; y el derecho a subrogarse frente al arrendador en la posición jurídica de arrendatario que ocupaba su compañero fallecido. Las soluciones a cada una de estas cuestiones han sido diversas, tanto en el sentido como en la forma de obtenerse. Los autores tratan también de la declaración de fallecimiento, se refieren tanto a las uniones formales como no formales, y se centran en la normativa estatal, aunque también hay reglas autonómicas.

A la primera cuestión la jurisprudencia española siguió la orientación de la "Chambre Criminelle" francesa, incluso en periodo preconstitucional (así en STS 27 febrero 1970, siguiendo la pauta de la STS 19 mayo 1969)[90]. La única razón para excluir al conviviente de la cualidad de "perjudicado" ínsita en el artículo 1.902 CC habría que encontrarla en los fundamentos objetivos de este precepto, una de las escasas sedes en las que la respuesta del Derecho a las uniones de hecho puede calificarse de plenamente autónoma[91]. Tampoco el artículo 113 CP establece una lista excluyente de beneficiarios, pues se refiere al agraviado, sus familiares y terceros.

Hasta 2007 la pensión de viudedad era un derecho basado exclusivamente en el matrimonio. Hasta entonces tenía un alcance excepcional y transitorio en la DA 10ª de la Ley de 7 julio 1981, sujeto a doble requisito: imposibilidad legal de contraer matrimonio y que el fallecimiento del conviviente se hubiera producido antes de la entrada en vigor de aquella ley. Hasta la modificación de la Ley General de Seguridad Social en 2007 parece claro que el ordenamiento no contemplaba a las uniones de hecho como causantes de tal pensión de viudedad al conviviente supérstite. Los autores invocan la STC 15 noviembre 1990. De "lege ferenda", numerosas voces e, incluso, propuestas legislativas, se han alzado para que se extendiera la pensión de viudedad a las uniones de hecho. Los autores observan que como esta cuestión pertenece a la política legislativa, el legislador tiene "manos libres" sin que la Carta Magna represente obstáculo alguno. Así, mediante el artículo 5.3 de la Ley de 4 diciembre 2007, reconoce pensión de viudedad al conviviente, pero exigiéndole varios requisitos. A efectos de la actual LGSS, en su versión de 2015, pareja de hecho es la constituida "con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona (...), habiéndose de acreditar una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento

90 Ampliamente tratada en nota 738, p. 358.

91 Op. cit., p. 360.

del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años". Por tanto, dicha ley equipara a la unión de hecho con el matrimonio en cuanto a sus efectos, aunque no en cuanto a los requisitos para su obtención. La STC 7 abril 2014 declara que esas diferencias no vulneran el principio de igualdad, sino que responden "al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la seguridad Social". Dispone además que "el derecho a pensión de viudedad se extinguirá en todos los supuestos cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente".

La tercera trata del derecho a la subrogación arrendaticia urbana, materia que ha sufrido una considerable evolución histórica, que arranca de la redacción inicial de la LAU 1964, cuyo artículo 58 no contemplaba al conviviente "more uxorio" a la hora de regular el derecho a suceder del cónyuge en el contrato arrendaticio urbano. Según los autores la jurisprudencia menor tuvo que resolver litigios suscitados por los arrendadores o por los convivientes, pretendiendo éstos hacer valer a su favor el derecho de subrogación de los cónyuges. Las demandas se basaron, por lo general en argumentos analógicos o de necesidad, acompañados después de 1978 de una interpretación de los principios constitucionales. También la doctrina mantuvo una encendida polémica y diversidad de criterios. El Auto del TC de 9 octubre 1985 denegó el amparo solicitado por una mujer que había convivido con el arrendatario en la vivienda arrendada. Pero cambió de criterio en STC 11 diciembre 1992, expresando los autores su perplejidad de que, frente a la Seguridad social, cónyuge y conviviente pueden no ser iguales y sí deben serlo frente a un particular como es el arrendador. La sentencia procede a realizar una interpretación de la amplitud y significado de la familia en el marco constitucional, que –a juicio de los autores–, puede calificarse, en cuanto al lugar, de excesiva y, en cuanto a las afirmaciones contenidas, de discutible[92]. Esta doctrina fue mantenida en STC 8 febrero 1983, aunque se declara probado que el conviviente no había contraído matrimonio con su pareja –viuda y con cinco hijos– con la finalidad de librar a éstos del deber de cumplir el servicio militar. El TC fundamenta sus conclusiones en el carácter familiar de la convivencia "more uxorio" y, en definitiva, en la proximidad y analogía de situación que impide que la ley les pueda dar un trato diferente. Esta doctrina jurisprudencial se incorpora al artículo 16.1.b de LAU 1994, disponiendo que en caso de muerte del arrendatario, podrá subrogarse en el contrato "la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia común, en

92 Op. cit., p. 371.

cuyo caso bastará la mera convivencia". Destacan los autores el lugar que ocupa el conviviente en caso de existir pluralidad de posibles beneficiarios de la subrogación. Aunque en la norma el conviviente ocupa el segundo lugar, en realidad ocupa el primero en pie de igualdad con el cónyuge, al resultar incompatible que el arrendatario estuviese conviviendo al tiempo de su fallecimiento con su cónyuge y, además, con su pareja de hecho. La única diferencia es que al miembro de la pareja se le va a exigir un plazo mínimo, a menos que hubiera descendencia común. La convivencia se ha de dar en la misma vivienda arrendada, con duración mínima de dos años. Los autores consideran expresión poco afortunada, que significa que haya sido continuada, diaria y exclusiva. Deberá ser probada, aunque bastará "un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse".

XIII. LA UNIÓN DE HECHO Y EL DERECHO DE SUCESIONES.

1. Cuestiones generales en el Derecho común español.

Parece razonable referirse singularmente a este aspecto del tema, dado que la "Parte especial" ha girado fundamentalmente en torno al Derecho de obligaciones y contratos. Y ello debido a su escaso tratamiento doctrinal y a su menor litigiosidad[93]. También al hecho de que las reformas del Código civil que siguieron a la Constitución han silenciado en sede sucesoria al conviviente de hecho de modo casi absoluto. Pese a que algunos autores han planteado la posibilidad de aplicar analógicamente algunas –o todas– las disposiciones que tienen al cónyuge o al viudo como destinatarios, los autores estiman que ello no parece posible pues, además de la falta de identidad de razón, la analogía tiene como presupuesto la existencia de una laguna legal, circunstancia que no parece factible afirmar cuando el legislador ha silenciado al conviviente en las sucesivas reformas del Código civil. A día de hoy, la única posibilidad de conseguir la mencionada innovación legislativa, a salvo un cambio normativo en tal sentido, es posible a través de los Derechos civiles forales (art. 13 de Baleares, art. 11 de Navarra, art. 9 del País Vasco, art. 14 de Valencia anulado por STC 9 junio 2016, DA 3ª de la Ley Gallega, y arts. 234-14 y 441-2 CCCat). En el resto de España el conviviente supérstite carece de todo derecho en la herencia de su compañero, por esta sola cualidad: ni es heredero forzoso ni legal al no estar llamado a la sucesión intestada. Así, sólo por la voluntad de su difunto compañero, a través del testamento, puede llegar a ser heredero o legatario. Cuestión distinta es que "de lege ferenda" se pueda propugnar un cambio legislativo en esta cuestión. No existe ningún imperativo legislativo en ella, ni de rango superior que obligue a esta medida, ni a su equiparación con los derechos y lugar reconocidos al cónyuge viudo, ni tampoco parece constitucionalmente prohibido. Las disposiciones legislativas en

93 Op. cit., pp. 377-398.

tal dirección habrían de resolver problemas especialmente complicados, creando incertidumbre que para nada beneficiaría al tráfico. Sin embargo sí se le reconoce al conviviente la posibilidad de designar y ser designado fiduciario de su conviviente y para sus hijos comunes, por reforma del artículo 831CC, mediante ley de 2003[94].

2. La libertad testamentaria del conviviente y sus limitaciones.

Esta libertad constituye, sin duda, una de las más claras expresiones del principio de autonomía de la voluntad; libertad que se compadece de forma adecuada con la naturaleza de la unión de hecho. Ninguno de los convivientes está obligado a disponer a favor del otro de parte alguna de su herencia, pero pueden hacerlo con entera libertad, en función de sus concretas circunstancias familiares como cualquier otro ciudadano. Además los convivientes conservan la de modificar sus disposiciones testamentarias, al ser éstas revocables (art. 737 CC). El testamento no compromete de cara al futuro, y sólo surte sus efectos cuando, fallecido el testador, se torna plenamente eficaz e irrevocable (arts. 657 y 667 CC). Así, tampoco el otorgamiento de un testamento les compromete a mantenerlo, incluso aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocar sus disposiciones (art. 737.1 CC).

3. Las legítimas.

No existiendo descendientes ni ascendientes, el testador puede disponer a favor del conviviente hasta la totalidad de la herencia. Si se trata de un conviviente casado, dispondrá, en general, de la misma libertad, ya que la existencia de la unión de hecho llevará implícita la situación de separación matrimonial –tanto de hecho como legal– pues la unión fáctica precisa de un tiempo para consolidarse. Solamente cuando no existan ambas situaciones, deberá respetarse la legítima del cónyuge.

Si el conviviente sólo tiene ascendientes, la parte disponible alcanzará la mitad de la herencia. Si tiene hijos o descendientes, su libertad testamentaria quedará reducida a una tercera parte de la herencia, con independencia de que la descendencia sea fruto de la última relación convivencial, de otra previa, o de un matrimonio, disuelto o no (art. 808.3 CC). Los autores deducen de lo anterior[95] que sólo en los limitados casos en que deba respetar la legítima usufructuaria del cónyuge puede decirse que la libertad testamentaria de una persona que convive "more uxorio" difiere de la de cualquier otra. El sistema de legítimas, si bien no favorece al conviviente, tampoco le perjudica, ni a su libertad testamentaria. Desde el punto de vista del conviviente a favor del cual se quiere disponer, si lo

94 Actualmente se permite ejercer todas las facultades del citado precepto "cuando las personas con descendencia común no están casadas entre sí".

95 Op. cit., pp. 383 y ss.

comparamos con el cónyuge, sí existe la diferencia de que éste puede acumular su cuota legal y la parte disponible, lo que no puede acontecer con el conviviente al no tener la cualidad de heredero forzoso.

4. Las reservas.

Los autores analizan dos cuestiones: 1ª) si la actual regulación de la reserva vidual se acomoda a los mandatos constitucionales que impiden la discriminación de los hijos por razón de su filiación; y 2ª) si la convivencia "more uxorio" del viudo desencadena la obligación de reservar.

Los beneficiarios de la reserva sólo pueden ser los hijos matrimoniales, pues el artículo 968 CC sólo la impone al viudo o viuda. Los no matrimoniales no parece que puedan llegar a ser reservatarios aun cuando su progenitor, fallecido el conviviente, contraiga matrimonio, o tenga hijos de otra relación o los adopte, y concurran los restantes requisitos de los que surge la obligación de reservar. Esa diferencia no es justificable acudiendo exclusivamente a los artículos 14 y 39.2 CE. Pero una interpretación conjunta de esos preceptos con los artículos 32 y 39.1 CE tal vez permitiría justificar esa diferencia de trato[96]. Reconocida la pluralidad, alguna diferencia se torna inevitable por la propia naturaleza de las cosas. Tal vez sea la reserva vidual una de esas instituciones donde la igualdad deseada presente mayores dificultades técnicas para ser alcanzada, habida cuenta su dependencia de lo matrimonial. Seguramente sea el último resquicio de discriminación positiva hacia la familia matrimonial que el Código civil mantiene, y seguramente cuando el legislador se plantee equiparar a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales como potenciales reservatarios opte por la solución de eliminar la discriminación[97]. La segunda cuestión es si la situación de convivencia marital del viudo o viuda puede constituirse en causa activante del nacimiento de la obligación de reservar a favor de los hijos y descendientes del matrimonio disuelto por fallecimiento. Una interpretación literal debe conducir a una respuesta negativa (art. 968 CC que sólo contempla el supuesto del viudo o viuda que pasen a segundo matrimonio). La naturaleza excepcional de la reserva apoyaría la interpretación literal y restrictiva. Pero una interpretación finalista puede ofrecer una respuesta afirmativa, sin que su naturaleza excepcional, por sí sola, lo pueda impedir. Los autores clásicos (Vallet de Goytisolo, De la Cámara, Lacruz) han entendido que la obligación de reservar nacía, no sólo en caso de fallecimiento, sino de nulidad matrimonial e incluso de disolución por divorcio; y ello porque la "ratio" de la reserva se daría con tanta o

96 Op. cit., p. 385.

97 Los autores afirman resueltamente que su supresión la considerarían desacertada (op. cit., p. 385) ya que, de acuerdo con Vallet, la reserva no trata tanto de proteger a los hijos por igual como de evitar la salida de los bienes sujetos a reserva fuera de determinado ámbito familiar, basado –según el Código civil– en el vínculo matrimonial.

más intensidad que en la disolución por fallecimiento. A juicio de los autores[98], los precedentes históricos (Fuero Real, 3.13.9 y Nueva Recopilación) contrarios a la postura que adoptan, carecen de valor, ya que las uniones de hecho actuales son ajenas a aquel tiempo histórico. Por lo expuesto se puede colegir que si el viudo o viuda tienen un hijo con su pareja de hecho, la obligación de reservar les viene impuesta de forma expresa.

5. Validez de las disposiciones testamentarias de los convivientes.

Una vez respetadas las legítimas y reservas que frenan la libertad dispositiva "mortis causa" de todas aquellas personas que se encuentran en una determinada posición jurídica familiar, la institución o el legado a favor del conviviente no debe contar en la actualidad con ningún obstáculo, que pertenecería al pasado, en la medida en que pretendiera atribuirse a la convivencia "more uxorio" un carácter ilícito o jurídicamente amoral. Desde la entrada en vigor de la CE, las uniones de hecho están amparadas por el principio de "libre desarrollo de la personalidad" (art. 10.1 CE). De acuerdo con ello la STS 13 junio 1986 declaró la validez del legado de usufructo vitalicio realizado por el conviviente en favor de su compañera, frente a la pretensión de la viuda de que formaba parte de su usufructo vidual y además se trataba de un bien conyugal adquirido constante matrimonio. El TS rechazó las pretensiones de la viuda –en cuyo matrimonio regía un régimen de comunidad y a la que pertenecía el usufructo vidual aragonés–, por considerarlas contrarias a la buena fe y constitutivas de abuso de derecho, dado que llevaba separada de hecho desde hacía más de cuarenta años y no había contribuido, en absoluto, a la adquisición del bien. Cualquier pretensión de negar al conviviente su cualidad de heredero o legatario voluntario tendría que venir impuesta por el ordenamiento, al tener capacidad para suceder "mortis causa" todos aquellos que no "estén incapacitados por la ley" (art. 744 CC), entre quienes no figuran los convivientes de hecho. La posibilidad de designar heredero o legatario lleva implícita la de poder expresar el motivo. Así, son frecuentes los testamentos en que el testante declara que mantiene una convivencia estable con la persona a favor de la cual va a efectuar una disposición. ¿Qué ocurrirá si, bajo estas circunstancias, la convivencia se interrumpe y no se reanuda antes de su fallecimiento? Opinan los autores que si lo que llevó al testador fue la situación pasada y actual, aquélla ha de conservar su validez. Pero puede ocurrir que la disposición se haga en consideración a la continuidad de vida en común y que la subsistencia y continuidad de éste sea el motivo determinante de la disposición. Los autores consideran que se trata de una institución de naturaleza condicional regida por los artículos 790 y ss. CC[99], por lo cual sería conveniente que el testamento exprese con claridad si la institución

98 Op. cit., p. 387.

99 Op. cit., p. 389.

o el legado a favor del conviviente se hace depender o no de la subsistencia de la convivencia en el momento del fallecimiento.

6. Repercusión de la unión de hecho sobre determinados derechos sucesorios previamente adquiridos.

En el régimen del Código civil, ni las nuevas nupcias del viudo o viuda, ni su vida marital estable, están considerados como causa de extinción de la legítima vidual. Se exceptúa el caso de que el premuerto le hubiese legado el usufructo universal condicionado a que le guardase viudez. En la mayoría de las legislaciones forales ambas circunstancias, con alguna variedad, dan lugar a la pérdida de determinados beneficios viduales (en Navarra, el usufructo de fidelidad, según la ley 262; en Aragón, el derecho del usufructo vidual y de la condición de fiduciario, conforme a los artículos 301.1.c, y 462.e; en Cataluña, el año de viudedad y la cuarta vidual, arts. 231-31.2 y 452-6.1 del CCCat; en Vizcaya, el usufructo vidual, art. 58.5; el usufructo voluntario de viudedad en Galicia, art. 236.2). En sentido contrario, el artículo 442-4.3 CCCat, dispone que "el usufructo universal se extingue por las causas generales de extinción del derecho de usufructo y no se pierde aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase a convivir con otra persona".

Los autores estiman que debe plantearse si la condición genérica de guardar viudez impuesta por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste alcanza exclusivamente a las nuevas nupcias, o comprende también el tránsito a una nueva vida de carácter marital. Consideran decisiva la voluntad del testador. Si lo que buscaba era la prolongación "post mortem" del deber de fidelidad o el "cierre" de la primigenia familia, habrá de entenderse incluida la convivencia "more uxorio". Cuando no se pueda determinar tal voluntad, la ley no aclara nada, y tampoco hay una opinión doctrinal o jurisprudencial unánime. Para entender incluida la vida marital cabría acudir a un criterio teleológico, y también a que ello supondría tratar de manera desigual al matrimonio y a la unión libre, en perjuicio de aquél. Pero el carácter restrictivo de la norma y lo inapropiado de su aplicación analógica se alzarían como argumento más potente a favor de la solución contraria. También cabe cuestionarse si el conviviente puede imponer al otro miembro de la pareja la condición de no casarse o de no constituir nueva pareja. Los autores entienden que ello no es posible, pues el artículo 793 CC pone de relieve la prolongación "post mortem" de los efectos del matrimonio frente a la unión de hecho, aunque pueda suponer una penalización para el cónyuge y no para el conviviente[100].

100 Op. cit., p. 391.

7. ¿Sucesión contractual?

De modo resuelto afirman los autores que, indudablemente, en el ámbito del Derecho común, los convivientes de hecho no pueden recurrir a la sucesión contractual en tanto no se produzca un cambio normativo a este fin. De producirse éste, entienden que los pactos sucesorios no serían adecuados entre los convivientes si produjeran efectos irrevocables, toda vez que resultaría sorprendente que, pudiendo poner fin a su relación de modo unilateral y en cualquier tiempo, no pudiesen modificar los efectos que pueden producirse decenas de años después de la ausencia de toda relación. De admitirse, deberían ser siempre pactos claudicantes, de modo tal que no condicionaran un futuro testamento que ha de poder ser otorgado con entera libertad.

8. Breve mención de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en las Comunidades Forales con Derecho civil propio.

Los autores se han centrado, en el apartado relativo al Derecho sucesorio, en el Derecho común del Código civil. La obra contiene, además, un valioso Anexo que reproduce la normativa de las CCAA con Derecho civil propio, de evidente utilidad para los juristas prácticos. A modo de resumen indican que lo más frecuente es reconocer un derecho de ajuar y de uso de la vivienda (llamado "año de luto" o "año de viudedad") y establecer la equiparación expresa a los derechos del cónyuge viudo, incluyendo en algunos casos una alusión específica a sus derechos en la sucesión legal. En particular:

Cataluña: el sobreviviente de una pareja estable tiene reconocidos a su favor "los derechos viduales familiares" contenidos en el artículo 234-14 CCCat. Uno de ellos consiste en la predetracción de prendas, mobiliario y utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, que se computará en el haber hereditario. Igualmente goza del "año de viudedad" a partir del fallecimiento del conviviente: tiene derecho a continuar usando la vivienda común, así como a ser alimentado con cargo al patrimonio del fallecido, siempre en relación con el nivel de vida que habían mantenido los convivientes y atendiendo a la importancia de dicho patrimonio. Para poder disfrutar de este derecho –que es independiente de lo que le puede corresponder por el fallecimiento del premuerto– es preciso que el supérstite no sea usufructuario universal del patrimonio de aquél. Igualmente se perderá el derecho al año de viudedad si el supérstite contrae matrimonio o "pasa a vivir maritalmente con otra persona", y si abandona o descuida gravemente a los hijos comunes en potestad parental. En ninguno de los casos hay obligación de devolver el importe de los alimentos percibidos. Se trata de derechos que surgen como consecuencia del fallecimiento, pero que no son típicamente sucesorios, ya que los bienes afectados no siguen el destino señalado por la voluntad del conviviente premuerto o, en su defecto, por la ley, sino que devienen indisponibles

al estar reservados directamente a favor del cónyuge y del conviviente. Su antigua configuración como derechos conyugales cede a favor de otra basada en la relación de dependencia y necesidad[101]. El conviviente supérstite también aparece nominado en la sucesión intestada. Sus derechos son variables en función de los parientes que con él concurran a la sucesión; concurriendo con hijos del causante o descendientes de éstos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, sin necesidad de prestar fianza y pudiendo ejercitar una opción de conmutación por la atribución de una cuarta parte de la herencia y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar; cuando concurre con ascendientes únicamente del causante, tiene derecho a toda la herencia, pero los padres de aquél conservan el derecho a la legítima.

Aragón: los convivientes supérstites de una pareja estable no casada tienen reconocido en todo caso (es decir, cualquiera que sea el contenido de la escritura constitutiva de la pareja y de lo que dispongan sus testamentos o pactos sucesorios) el derecho al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual. Únicamente se excluirán las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o los bienes de procedencia familiar (art. 311.1 CDFA). Al igual que sucede en Cataluña, y al margen de los derechos hereditarios que se le atribuyeran al supérstite, tiene derecho "a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año" (art. 311.2 CDFA). Pero a diferencia de lo que ocurre en dicha Comunidad, no ocupan lugar alguno en el orden de llamamientos de la sucesión intestada (cfr. art. 517 CDFA). Por otra parte, otros derechos, como el de testar en mancomún, el de otorgar pactos sucesorios o la fiducia sucesoria, se les reconocen a todos los aragoneses, sin que se precise ninguna especial vinculación conyugal ni familiar (vid. arts. 378, 406, 417 y 439 CDFA)[102].

Navarra: la modificación de las leyes 253, 304 y 341 del Fuero Nuevo, que equiparaba plenamente al sobreviviente de una pareja estable con el cónyuge, tanto en sede de usufructo de fidelidad, como en sede de sucesión intestada, extendido en cuanto a la prohibición para desempeñar el cargo de contador-partidor, fue anulada por la STC 23 abril 2013.

Galicia: la DA 3ª de la Ley de 14 junio 2006, en la redacción dada por Ley de 28 junio 2007, incluye una equiparación absoluta al matrimonio de la convivencia "more uxorio"[103], no recurrida hasta ahora.

101 Op. cit., p. 393.

102 Op. cit., p. 594 y nota 803. Recogen la opinión de Merino Hernández en el sentido de haber interrumpido la tradición jurídica aragonesa con esta normativa vigente, con singular referencia a la fiducia aragonesa.

103 Op. cit., p. 396, nota 808. Los autores recogen la interesante discusión doctrinal suscitada en esta Comunidad Autónoma sobre el alcance de la DA 3ª de las mencionadas normas, en relación con los derechos del conviviente en la sucesión intestada y su repercusión respecto del encargado de elaborar la consiguiente declaración de herederos; debate mencionado en el Prólogo de esta obra.

Baleares, País Vasco y Valencia: las agrupan aquí los autores porque los derechos establecidos para los casos de fallecimiento de uno de los convivientes, en parte, resultan comunes en las tres Comunidades, pues se establece la equiparación de derechos del conviviente a los del cónyuge –ya se señale específicamente que ésta abarca tanto la sucesión testada como la intestada o se aluda a ellas de manera genérica–, se incluye el derecho del conviviente a predetraer el ajuar doméstico y, en dos de ellas, se le reconoce también el "año de viudedad". Sobre el derecho al ajuar, Baleares precisa que comprende "la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común" (art. 12); con carácter general se excluyen del ajuar "los objetos de extraordinario valor", ya lo sean respecto al caudal relicto del causante, ya al nivel de vida de la pareja; en todas ellas se añade que no se computan en el haber hereditario. En el País Vasco, a diferencia de las otras dos Comunidades, cabe resaltar que los convivientes pueden pactar que, a la muerte de cualquiera de ambos, el otro pueda "conservar en usufructo la totalidad de los bienes comunes", que pueden disponer de manera conjunta de los bienes de ambos en un único instrumento –testamento mancomunado o de hermandad–, que posteriormente pueden modificar o revocar, y que ambos pueden "nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio" (art. 9, Ley del País Vasco).

9. La designación del conviviente "more uxorio" como beneficiario de un seguro de vida.

Se justifica la ubicación sistemática de esta cuestión afirmando que, aunque la doctrina mayoritaria encuadra al beneficiario de un seguro de vida en el ámbito de las estipulaciones a favor de tercero, al derivar su derecho de un contrato, del que no es parte, pero sí interesado, no puede desconocerse su cercanía con el Derecho sucesorio. Ocurre que la relación entre el testamento y el seguro de vida no es meramente formal, sino que va más allá en la medida en que, siempre en sus justos términos, ambos constituyen instrumentos adecuados a una función de destinación, de atribución y de regulación de los intereses económicos "post mortem" del causante, que es testador y, a la vez, tomador de un seguro de esta naturaleza; por ello, el contrato de seguro de vida se muestra como uno de los instrumentos más idóneos de los que los convivientes pueden hacer uso cuando deseen percibir atribuciones al fallecimiento de uno de ellos y éstas se encuentren limitadas por el sistema de legítimas; en efecto, además del tercio de libre disposición, e independientemente del mismo, podrán percibir la prestación pactada con la entidad aseguradora.

En la actualidad no ofrece dudas la plena licitud de la estipulación a favor del conviviente "more uxorio", que parece además avalada por la jurisprudencia

menor, la cual no se plantea la posibilidad contraria[104]. Se observan dificultades por la escasa atención que, en general, se presta a la designación de beneficiarios contenida en pólizas concertadas con anterioridad al inicio de la convivencia[105]; y también cuando la designación recae expresamente en la persona (señalada con nombre y apellidos) que era la conviviente en la época en que se suscribió la póliza, pero que no coincide con la que lo es en el momento de ocurrir el siniestro; o cuando la póliza se limita a expresar la designación de forma genérica (por ej. "a mi pareja"). Concluyen que muchas de las dificultades apuntadas quedarían notablemente paliadas si el decisivo acto de designación del beneficiario contase con la exigencia legal de ser instrumentado en documento público[106].

XIV. LOS COMPLEMENTOS ORDINARIOS DE LA OBRA.

Bajo la indicación de "Bibliografía citada"[107] los autores han optado por incluir una lista única de obras efectivamente citadas, evitando así las listas habituales insertas en cada capítulo de la obra que, inevitablemente, se reiteran. Se incluye en ella la abundante doctrina recientemente originada en España, bajo la forma de monografías, tesis doctorales, artículos de revista, comentarios de sentencias recientes; sin omitir manuales, obras de homenaje, "opera omnia", etc., ni olvidar los autores que pueden considerarse clásicos en la materia. En cuanto al Derecho comparado, no faltan obras básicas en lenguas extranjeras, así como traducciones acreditadas de obras fundamentales, y singularmente algunas hispanoamericanas.

El índice de resoluciones judiciales es variado y amplio. Así el TC (comprende los años 1982 a 2017); el TS (desde 1940 a 2018); las AAPP agrupadas alfabéticamente y de forma selectiva desde el siglo XX hasta 2017; finalmente, las Resoluciones de la DGRN abarcan desde 1988 hasta 2018. Todas ellas poseen la referencia adecuada para su localización.

XV. ANEXOS.

La obra se concluye con tres "Anexos":

I. Normativa de las Comunidades Autónomas que cuentan con disposiciones de rango legal sobre parejas (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco, Valencia).

104 Op. cit., p. 399, nota 816.

105 Op. cit., pp. 400 y ss.

106 Op. cit., p. 402.

107 Op. cit., pp. 403-424.

II. Normativa sobre los Registros de carácter autonómico de las Comunidades Autónomas que no cuentan con disposiciones de rango legal sobre parejas (Castilla-La Mancha, Castilla-León, La Rioja).

III. Normativa en las Comunidades Autónomas que no cuentan con disposiciones de rango legal sobre parejas ni Registros Autonómicos: a modo de ejemplo, Ayuntamiento de Murcia.

XVI. FINAL.

El recensor, llegado al final de su trabajo, cree obligado expresar un juicio valorativo de lo que, a lo largo del mismo, ha descrito con diversidad de términos: "monografía", "obra", "libro", y otros similares. Ahora, con toda objetividad, estima indudablemente haber analizado un verdadero "Tratado español de la unión de hecho", ya que los autores han tenido en cuenta todo lo valioso que se ha escrito desde finales del siglo pasado en la lengua de Cervantes, de tal modo que, en adelante, quien pretenda explicar o tratar cualquier aspecto de aquélla, o aspire a elaborar otra doctrina general o parcial sobre la misma, necesariamente ha de tenerlo presente antes de opinar[108].

Añádase la indudable dimensión práctica derivada del estudio sobre la materia del Derecho propio de las Comunidades Autónomas, tanto si poseen o carecen de competencias propias en Derecho civil, y del análisis jurisprudencial que realizan exhaustivamente, así como de las posturas doctrinales que, en muchos puntos y con frecuencia, se muestran a favor o en contra de una doctrina determinada. Reseñable es también la utilidad de la versión electrónica incluida.

¿Objeciones? En presencia de un verdadero "Tratado sobre la unión de hecho", no resulta fácil encontrarlas razonablemente. Páginas atrás he aludido a lo discutible de una frase referida a que, históricamente, la unión de hecho estuvo tolerada "durante décadas"; afirmación que, en el contexto, podía referirse al periodo de la codificación civil en el continente europeo; pero no, evidentemente, si se enmarca la frase en una perspectiva más amplia (por lo menos, desde el Derecho romano clásico).

Por lo demás, el aspecto comparativo occidental y, eventualmente, mundial, aparece suficientemente expuesto en el Tratado, si bien conviene advertir que esta materia y el Derecho de Familia, en general, es una de las que más rápidamente

108 En la obra recensionada el término "Tratado" aparece únicamente en la tapa trasera de la misma, que no parece redactada por los autores, sino más bien por razones editoriales. Así puede leerse: "Colección de Grandes Tratados Aranzadi". Como autor de una extensa recensión entiendo que tal calificativo instrumental responde efectivamente a la realidad, y la doctrina puede valorarlo así.

evolucionan. Se aconseja la consulta de los últimos volúmenes publicados por la "International Society of Family Law"[109].

Respecto a la "pequeña jurisprudencia", de singular interés en esta materia, dado el hecho de su multiplicación día a día, así como la variabilidad de sus resoluciones, puede ser aconsejable seguirla muy de cerca (especialmente cuando no se recurre la sentencia de primera instancia), y asimismo reflejarla en el apartado correspondiente.

109 Editados últimamente como *International Survey of Family Law,* habiéndose publicado ya el correspondiente a 2019. La actual Directora, Margaret Brining, clasifica las variadas 21 aportaciones incluidas, de modo aproximado, en los siguientes grupos: 1) pluralismo (Islas Feroe, Nueva Caledonia, Papúa Nueva-Guinea y Nueva Zelanda); 2) violencia doméstica, incluyendo casos de poder parental compartido (Australia, Canadá e Islas Seychelles); 3) mezcla de problemas tradicionales y nuevas concepciones familiares (Irlanda y Hong Kong); y 4) procreación técnicamente asistida e identidad del LGBT (Corea, Serbia y Estados Unidos).

LA EDAD NÚBIL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DEL 2015: ESPECIAL INCIDENCIA DEL DERECHO FORAL

THE MARRIAGEABLE AGE IN ACCORDANCE TO THE 2015 REFORMED SPANISH LEGISLATION: THE SPECIAL EFFECT OF THE REGIONAL NORM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 380-405

Alejandro
NIETO CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020.

RESUMEN: Este trabajo analiza la colisión que se produce entre las normas del Derecho común español y las normas del Derecho foral tras la reforma del año 2015. Por un lado, se estudia cuál es la legislación estatal en materia de edad mínima para contraer matrimonio y emancipación. Por otro lado, se examina cuál es la incidencia que puede tener el Derecho foral, en concreto el Derecho civil aragonés, en este ámbito. Así mismo, se proponen algunas soluciones para adaptar nuestra legislación a las diversas recomendaciones internacionales que se han realizado sobre esta cuestión.

PALABRAS CLAVE: Edad núbil; emancipación; Derecho foral.

ABSTRACT: *This work analyses the collision between the Spanish State law and Spanish regional law as result of the reform of the national norm in 2015. On one hand, we will see how the national civil law regulates the marriageable age and the emancipation. On the other hand, we will examine the impact that some regional norms might have on this matter, and more specifically in the case of Aragon's civil law. Furthermore, we propose some possible solutions in order to adapt our legislation to the several international recommendations on this topic..*

KEY WORDS: *Marriageable age; emancipation; regional law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LAS FORMAS DEL MATRIMONIO. III. LA REGULACIÓN ESTATAL DE LA EDAD NÚBIL. IV. LA REGULACIÓN DE LA EMANCIPACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS CIVILES FORALES O ESPECIALES. 1. El Derecho civil catalán. 2. El Derecho civil aragonés. V. OPCIONES LEGISLATIVAS ANTE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS.

I. INTRODUCCIÓN.

La edad núbil es la edad a partir de la cual un sujeto está en condiciones de contraer matrimonio[1]. La regulación de la misma refleja la mentalidad de la sociedad del momento sobre qué condiciones debe reunir el sujeto que pretende contraer matrimonio y qué grado de madurez debe ostentar. Más aún, supone también un reflejo sobre la posición del menor de edad en la sociedad y sobre el nivel de protección que le queremos conferir.

A este respecto, el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016[2] elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad apuntó a la necesidad de emprender una serie de reformas de nuestro ordenamiento jurídico de cara a conferir una mayor protección al sujeto menor de edad. Este camino marcado por el Ministerio de Sanidad se tradujo en la promulgación de diversas leyes durante el año 2015. Así, podríamos destacar, por ejemplo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que tenía precisamente como finalidad otorgar ese nivel adicional de protección del que hablábamos al menor de edad. Igualmente, se promulgó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que también introdujo novedades relevantes en esta materia.

De esta manera, la Disposición final primera de la mencionada ley estableció la modificación de varios preceptos del Código Civil relativos al matrimonio. Entre las distintas reformas podemos destacar, para lo que aquí nos ocupa, la supresión de

1 Así, el Diccionario panhispánico del español jurídico define núbil como: "Dicho de una persona: Que está en edad para contraer matrimonio por haber empezado ya a tener aptitud para procrear". Cabe destacar que, tal y como analizaremos más adelante, en la actualidad se produce una (acertada) desvinculación de la capacidad para contraer matrimonio de la aptitud para procrear. Por ello, aunque ambos términos se utilizarán de forma indistinta en este trabajo, quizás sería más apropiado hablar de "edad mínima para contraer matrimonio".

2 Puede consultarse el texto completo del Plan Estratégico en el siguiente enlace: https://observatoriodelainfancia.vpsocial.gob.es/documentos/PENIA_2013-2016.pdf

• Alejandro Nieto Cruz
Doctorando en Derecho, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: alejandro.nietocruz@alum.uca.es

la dispensa judicial para contraer matrimonio a los 14 años y la alteración de varias normas relativas a la emancipación. Estas modificaciones legislativas iban dirigidas a cumplir unos de los objetivos contenidos en el Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia: elevar la edad mínima para contraer matrimonio, fijando la mayoría de edad como la norma general y los 16 años como la excepción.

No se puede negar que era ésta y no otra la voluntad del legislador estatal al acometer las diferentes reformas que acabamos de comentar. Se pretendía así combatir contra la lacra que suponen los matrimonios de menores de edad, convirtiéndolos en una realidad prácticamente anecdótica al limitar su posibilidad al hecho de que el menor tuviera, al menos, 16 años y estuviera emancipado. Sin embargo, pese a que no dudamos de que era ésta la finalidad de la reforma emprendida, debemos recordar algo que quizás el legislador no supo valorar adecuadamente: España es un Estado plurilegislativo en el que se produce una concurrencia de normas de Derecho privado del Derecho común y de los diferentes ordenamientos civiles forales.

En otras palabras, en nuestro país existen algunas Comunidades Autónomas que ostentan competencia sobre determinadas materias jurídico-privadas y que, en un ejercicio de dicha competencia, esas Comunidades han promulgado normas que regulan dichas instituciones. De esta forma, si el legislador estatal va a regular una concreta disciplina, debe valorar si se puede producir o no una interacción con estas leyes autonómicas que pueda dar lugar a resultados contrarios a los que se estaban pretendiendo. Efectivamente, es lo que ha ocurrido en el supuesto que estamos analizando en el presente trabajo.

En el ejercicio de su competencia, el Estado decide regular la edad mínima para contraer matrimonio vinculando la cuestión a la capacidad de obrar. Sin embargo, esta disciplina no es competencia exclusiva del Estado, sino que, por ejemplo, la emancipación ha sido una institución regulada tanto en Cataluña como en Aragón. De hecho, en esta segunda Comunidad Autónoma la materia tiene una ordenación lo suficientemente diferente con respecto a la del Derecho común como para poder provocar una colisión en este ámbito.

Adelantando sintéticamente cuál es la problemática, nos vamos a encontrar con que, por un lado, el Derecho común preceptúa que los menores emancipados van a poder contraer matrimonio y que, a su vez, establece en 16 la edad mínima para poder emanciparse. Sin embargo, el Código de Derecho Foral de Aragón dispone, en cambio, que los menores aragoneses van a poder emanciparse con 14 años. Por tanto, si el requisito que se ha establecido en el Código Civil es que únicamente no van a poder contraer matrimonio los menores no emancipados, ¿quiere eso decir que el menor aragonés emancipado con 14 años sí va a poder casarse?

De igual manera, la cuestión sobre la interacción entre las normas del Derecho común y las de una determinada Comunidad Autónoma no es, de ninguna forma, menor. En contra de lo que pudiera parecer, no se va a tratar de un asunto que va a afectar únicamente a aquellos ciudadanos que tengan una concreta vecindad civil, sino que va a aparejar más consecuencias de las que podríamos pensar a simple vista. De esta forma, determinar cuál es la edad mínima para contraer matrimonio va a ser esencial de cara al reconocimiento o a la autorización de los matrimonios de menores extranjeros, dada la especial importancia que guarda el orden público internacional en este ámbito, tal y como desarrollaremos posteriormente.

Por todo ello, se hace necesario realizar un estudio detallado de esta materia. En primer lugar, tendremos que analizar quién ostenta a nivel constitucional la competencia para fijar la edad mínima para contraer matrimonio. Una vez analizada ésta, deberemos detenernos en examinar cuál es la actual legislación sobre esta disciplina, tanto a nivel estatal como, en su caso, en los diferentes ordenamientos civiles forales que existen en nuestro país. Finalmente, en el supuesto de que puedan existir colisiones entre las distintas normas que den lugar a resultados indeseados, deberemos estudiar cuáles son las mejores opciones de las que dispone el intérprete para solventar el conflicto.

II. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LAS FORMAS DEL MATRIMONIO.

Por tanto, antes que nada, dado que posteriormente haremos referencia a la eventual afectación que la legislación civil foral o especial puede ocasionar en este ámbito, se hace necesario analizar la competencia sobre legislación civil en materia matrimonial.

El punto de partida lo encontramos en el art. 149.1.8ª CE[3], que establece lo siguiente: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho

3 El fundamento constitucional para la competencia de determinadas Comunidades Autónomas sobre su legislación civil propia no es, por tanto, la Disposición Adicional Primera de la Constitución, tal y como establece la STC 88/1993, de 12 marzo (RTC 1993, 88), FJ1. En el mismo sentido, *vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La Conservación, Modificación y Desarrollo Por Las Comunidades Autónomas de Los Derechos Civiles, Forales o Especiales", *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1, pp. 50-51; Gómez de la Escalera, C.R..: *Las Competencias Legislativas En Materia de Derecho Civil : (Art. 149.1.8.a. CE) : El Caso de La Propiedad Horizontal,* Iustel, Madrid, 2007, pp. 190-192.

foral o especial». Debido a la extensa redacción del precepto constitucional será preciso que nos detengamos en cada uno de los elementos que lo componen con el fin de poder alcanzar una mejor comprensión del mismo.

En primer lugar, la norma arranca atribuyendo la competencia exclusiva sobre la totalidad de la legislación civil al Estado. De esta manera, nuestro texto constitucional claramente se aparta de la distribución competencial realizada en la Constitución de 1931, donde se atribuyó una competencia general a las regiones autónomas para legislar en materia civil, reservándose únicamente el Estado para sí algunas materias concretas. Resulta obvio que no es éste el modelo por el que se decanta nuestro actual texto constitucional[4].

En segundo lugar, una vez establecida la competencia exclusiva del Estado en esta materia, se establece una cláusula de excepción. Así, a reglón seguido, la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles forales o especiales allí donde existan. La idea del constituyente es permitir que aquellas Comunidades Autónomas en las que históricamente se han regulado a través del Derecho foral figuras concretas del Derecho civil puedan seguir haciéndolo en la actualidad. Para ello, se establece ya desde un primer momento una doble limitación, puesto que la Constitución sólo habilita a las Comunidades Autónomas para la "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho foral, y exclusivamente a aquellas Comunidades en las que exista dicha legislación civil especial[5].

Con respecto a estas limitaciones, por un lado, en lo relativo a la limitación funcional, se ha venido entendiendo lo siguiente[6]: Resulta pacífico para la doctrina que por "conservación" podemos entender tanto la conversión de las Compilaciones de Derecho foral, que eran leyes estatales, en leyes autonómicas, así como la positivización del Derecho consuetudinario foral en una norma de rango legal. Así mismo, la idea de "modificar" se ha venido asociando con cambios en la norma que no impliquen desarrollo de la misma, por ejemplo, la alteración

4 En definitiva, se trata de la decisión del legislador constitucional entre un modelo foralista en materia de Derecho civil o un modelo autonomista. Nuestra actual Constitución se decanta por el primero, mientras que la Constitución republicana lo hace por el segundo. Para un análisis más detenido de esta cuestión, *vid.* Martínez Vázquez de Castro, L.: *Pluralidad de Derechos Civiles Españoles : El Artículo 149.1, Regla 8 de La CE,* Civitas, Madrid, 1997, pp. 25-53.

5 Precisamente, estos límites evidencian que la Constitución no se ha decantado por un modelo autonomista, puesto que en tal caso todas las autonomías deberían tener acceso al mismo nivel competencial en materia de Derecho civil. Sin embargo, el texto constitucional establece estos límites que provocan un trato diferenciado entre Comunidades Autónomas y que sólo pueden justificarse en la medida en que la Constitución se ha decantado por establecer un modelo foralista en materia civil, *vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La Conservación", cit., pp. 61-64.

6 Para la definición de los tres conceptos, tomamos como referencia la STC 88/1993, de 12 marzo (RTC 1993, 88), FJ 2 - 3 y la STC 156/1993, de 28 mayo (RTC 1993, 156), FJ1. Igualmente, destacamos la jurisprudencia constitucional sobre esta materia más reciente hasta la fecha, *vid*. STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), STC 110/2016, de 9 junio (RTC 2016, 110) y STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192). Así mismo, *vid.* Gómez de la Escalera, C.R..: *Las Competencias,* cit., pp. 215-220.

del tenor literal de una norma para darle otra redacción más apropiada o la derogación de un precepto. Finalmente, la cuestión más polémica ha sido la del "desarrollo", que en la actualidad se ha terminado entendiendo como la ampliación del Derecho foral a otras materias que inicialmente no estaban reguladas por el mismo, pero que resultan conexas[7].

Por otro lado, la limitación territorial implica que sólo podrán atribuirse competencia en este ámbito a través de sus Estatutos de Autonomía aquellas Comunidades en las que estuviera vigente su Derecho civil propio en el momento de entrada en vigor de la Constitución, tanto si éste se encontraba recogido en su correspondiente Compilación como si se encontraba regulado a nivel consuetudinario[8].

Antes de proseguir con el análisis de la última parte del art. 149.1.8ª CE, se hace necesario detenerse en este punto. De lo aquí razonado se deriva que en materia de Derecho civil nos vamos a encontrar, por un lado, con la legislación estatal que será aplicable, de manera general, a la totalidad del territorio nacional y, por otro, con una legislación autonómica que será aplicable únicamente a su territorio, siempre y cuando respete los límites constitucionales ya indicados. Por tanto, es posible que en una determinada Comunidad Autónoma concurran las legislaciones de ambos ordenamientos, suscitándose así la evidente pregunta sobre cómo deben interaccionar dichas normas entre sí.

Pues bien, las normas de las Comunidades Autónomas con competencia para legislar esa concreta disciplina en cuestión tendrán una eficacia directa o de primer grado en sus respectivos territorios. Ello no obsta para que la legislación estatal sobre la misma materia concreta (que será de aplicación directa en el resto de Comunidades Autónomas) tenga una eficacia supletoria o de segundo grado, tal y como prevé el inciso final del art. 149.3 CE[9]. De esta manera, en las materias reguladas por el Derecho foral se aplicarán, en primer lugar y en su caso, las normas correspondientes de la legislación autonómica y, en segundo lugar y de forma supletoria, la legislación estatal sobre la materia si resulta preciso[10].

7 Sobre las instituciones conexas, *vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La Conservación," cit., pp. 59-61. Para una crítica a la tesis de las instituciones conexas, *vid.* Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 245-248.

8 *Vid.* Martínez Vázquez de Castro, L.: *Pluralidad de Derechos,* cit., pp. 16-22; Gómez de la Escalera, C.R..: *Las Competencias,* cit., pp. 192-203.

9 El art. 149.3 CE establece: "Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. *El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*".

10 Para este razonamiento hemos seguido a Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 211-213.

Volviendo al análisis del art. 149.1.8ª CE, en último lugar, tras haber excepcionado la competencia exclusiva del Estado, la Constitución vuelve a establecer una segunda cláusula de excepción con respecto a la primera. Más allá de la competencia que puedan ostentar las Comunidades Autónomas sobre su legislación foral o especial, habrá materias que, en todo caso, corresponderán al Estado. Con ello el legislador constitucional estaba evitando una hipotética expansión descontrolada de los Derechos forales que pudiera afectar a determinadas cuestiones que por su propia naturaleza debían revestirse de cierta uniformidad en todo el territorio nacional[11]. Por tanto, no podemos compartir en modo alguno la opinión defendida por parte de la doctrina que entiende que, a través de la cláusula final del art. 149.1.8ª CE, se habilitaba a las Comunidades Autónomas para legislar en cualquier materia de Derecho Civil, con la salvedad de aquellas materias que habían sido reservadas "en todo caso" al Estado[12]. Entendemos que dicha postura ignora deliberadamente el esquema de razonamiento que hemos seguido al obviar, por un lado, que el precepto comienza atribuyendo al Estado la competencia exclusiva sobre la totalidad de la legislación civil y, por otro, que la competencia de las Comunidades Autónomas está limitada en el propio texto constitucional tanto territorial como funcionalmente[13].

En cualquier caso, para lo que aquí nos ocupa, resulta pacífico para la doctrina que existen materias cuya competencia exclusiva le corresponde "en todo caso" al Estado[14]. Esta especial reserva competencial encuentra su análogo en el art. 15

11 Precisamente, Bercovitz Rodríguez-Cano, R..: "La Conservación", cit., pp. 65-66 razona cómo el inciso final del precepto constitucional no tiene como finalidad circunscribir la competencia estatal únicamente a esas materias, sino que la virtualidad de la norma consiste en limitar una hipotética expansión descontrolada de los ordenamientos forales, convirtiéndose esta hipótesis en un riesgo posible desde el momento en que la Constitución habilita a las autonomías al "desarrollo" de su legislación foral. Así mismo, el autor nos recuerda que las únicas materias dentro de este catálogo reservado al Estado que nunca fueron asumidas por los ordenamientos forales son las formas del matrimonio y la ordenación de los registros públicos, por lo que serían, en principio, las únicas materias que no correrían riesgo de ser afectadas por esa hipotética expansión descontrolada.

12 La postura que criticamos ha sido defendida, entre otros, por Roca Trias, E.: "El Derecho Civil Catalán En La Constitución de 1978", *Revista Jurídica de Cataluña*, 78, 1979, núm. 3, pp. 27-28 cit. en Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., p. 225; Delgado Echevarría, J.: "Los Derechos Civiles Forales En La Constitución", *Revista Jurídica de Cataluña* 78, 1979, núm. 3, pp. 657-658 Martínez Vázquez de Castro, L.: *Pluralidad de Derechos,* cit., pp. 16-22; Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 54-84.

13 En cambio, sostienen la tesis que afirmamos Lasarte Álvarez, C.: *Autonomías y Derecho Privado En La Constitución Española*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 99-108; Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La Conservación", cit., pp. 62-66; Lalaguna Domínguez, E.: *La Diversidad de Legislaciones Civiles En España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 51-53; Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 230 -239. Así mismo, esta es la tesis que ha defendido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, entre ellas, la STC 88/1993, de 12 marzo (RTC 1993, 88), FJ1 - 3 y la STC 156/1993, de 28 mayo (RTC 1993, 156), FJ1.

14 La expresión "en todo caso" que ha sido el origen de tanto debate en la doctrina, tal y como hemos ido apuntando, tiene probablemente su origen en la redacción original del precepto en el Anteproyecto de la Constitución, que sí se decantaba por una opción claramente autonomista, *vid.* arts. 137 y 138 del Anteproyecto de la Constitución de 1978. Sobre el proceso de redacción y enmienda del precepto, *vid.* Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 33-43 y 96-97.

de la Constitución de 1931[15]. De esta forma, en ambos textos constitucionales, se reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre "las formas del matrimonio"[16].

Al hablar de las formas del matrimonio no deberíamos entender que la Constitución se esté refiriendo únicamente a las normas relativas a la forma de celebración del matrimonio[17]. La expresión "formas del matrimonio" proviene del ya mencionado artículo de la Constitución republicana, en el que se entendía que se estaba haciendo referencia a la totalidad de las cuestiones relativas al matrimonio. Esto es así dado el marcado carácter laicista del texto constitucional de 1931, que obviaba la posibilidad de celebrar matrimonio en forma religiosa, de modo que la única forma posible de matrimonio era la civil, por lo que el uso de la expresión "formas del matrimonio" era equivalente a referirse a todas las cuestiones vinculadas con esta institución[18].

En consecuencia, si tenemos en cuenta el origen de dicha expresión, resulta fácil entender que a través de la misma se atribuye competencia exclusiva al Estado no sólo en lo referido al rito del matrimonio, sino en todo lo relativo al sistema matrimonial, es decir, todo lo relativo a la validez, eficacia y disolución del matrimonio, así como en lo referente a la coexistencia de la legislación civil y canónica en esta materia[19]. En cambio, será posible que las Comunidades Autónomas con legislación civil propia puedan tener, en su caso, competencia en lo referido a la regulación del régimen económico matrimonial[20]. Más polémico resulta determinar si los aspectos patrimoniales derivados de las crisis matrimoniales permanecen dentro del ámbito competencial exclusivo del Estado o, en cambio, pueden ser desarrollados por las legislaciones civiles especiales de las Comunidades Autónomas[21]. Sea como sea, debemos reconocer que el análisis de dicha materia desbordaría el objeto de este estudio, por lo que nos limitaremos a hablar de los aspectos personales del matrimonio.

15 El art. 15 de la Constitución de 1931 dispone: "*Corresponde al Estado español la legislación*, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a inicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1ª Legislación penal, social, mercantil y procesal, *y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio o, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España*".

16 Así, Lalaguna Domínguez, E.: *La Diversidad,* cit., pp. 91-92 entiende que el constituyente estaría elevando a nivel constitucional la unidad del sistema matrimonial español.

17 Martínez Vázquez de Castro, L.: *Pluralidad de Derechos,* cit., pp. 16-22; Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 119-120; Lalaguna Domínguez, E.: *La Diversidad,* cit., pp. 92-94.

18 Así lo razona Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 109-111.

19 Así lo entiende, Martínez Vázquez de Castro, L.: *Pluralidad de Derechos,* cit., pp. 16-22; Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 118-119; Lalaguna Domínguez, E.: *La Diversidad,* cit., pp. 90-91.

20 En este sentido, Lasarte Álvarez, C.: *Autonomías y Derecho Privado En La Constitución Española*, cit., pp. 120-22.

21 De este modo, Lalaguna Domínguez, E.: *La Diversidad,* cit., p. 94. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario del art. 13 CC", en AA.VV: *Comentarios al Código Civil* (coord.R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 105-106 consideran que la regulación de esta materia queda fuera de la reserva estatal. En cambio, Gómez de la Escalera, C.R.: *Las Competencias,* cit., pp. 113-114 sostiene que la regulación de estas materias corresponde en exclusiva al Estado.

Por todo lo anterior, debemos concluir que es el Estado quien ostenta la competencia exclusiva para determinar la edad núbil en todo el ordenamiento nacional. Ello nos conduce inexorablemente a examinar cuáles han sido las opciones del legislador estatal en este ámbito en los últimos años.

III. LA REGULACIÓN ESTATAL DE LA EDAD NÚBIL.

Nuestro Código Civil no fija expresamente en ningún precepto cuál es la edad núbil o la edad mínima para contraer matrimonio en nuestro ordenamiento. De esta manera, en su lugar, se hace necesario acudir a una conjunción de diferentes artículos, recogidos en distintas sedes, para poder determinar cuál es dicha edad mínima.

Para empezar, debemos partir del art. 46 CC, que desde el año 1981 hasta la actualidad ha permanecido completamente intacto en su redacción[22]. A través de dicho precepto no se recoge qué personas pueden contraer matrimonio, sino que se optó por establecer quiénes no podían hacerlo[23]. En este sentido, su apartado primero dispone que no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados, por lo que, a sensu contrario, podemos entender que sí pueden hacerlo los mayores de edad y los menores emancipados[24].

Con respecto a los primeros, parece no haber problema alguno, dado que en la actualidad tanto la Constitución como el Código Civil fijan la mayoría de edad en los 18 años[25]. Por tanto, entendiendo que esta primera cuestión no suscita controversia alguna, vamos a centrarnos en el análisis de los menores emancipados.

22 Para una narración de la regulación de la edad núbil previa a la reforma de 1981, *vid*. Durán Rivacoba, R. y González González, A.: "Edad, Emancipación y Matrimonio (Con Arreglo a La Ley 15/2015, de 2 de Julio, de La Jurisdicción Voluntaria)", *Actualidad civil*, 2016, núm. 1°, pp. 2-4. Para un análisis detenido sobre el impedimiento de edad, *vid*. De Verda y Beamonte, J. R.: "Una relectura de la legislación en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales", *BFD*, Universidad de Coímbra, 2019, 95,1, pp. 443 - 450. En cualquier caso, puede destacarse que, con anterioridad, la edad núbil venía determinada por la pubertad natural: 12 años para las chicas y 14 para los chicos, *vid.* art. 83 CC en su redacción de 1889.

23 Para mayor precisión, pese a que no serán objeto de estudio en este trabajo, se hace necesario indicar que el art. 47 CC también establece prohibiciones matrimoniales, recogiendo los impedimentos de parentesco y de muerte dolosa del cónyuge. Así mismo, el art. 46.2° CC recoge el impedimento de vínculo, que tampoco será objeto de análisis.

24 De Pablo Contreras, P.: "Comentario del art. 46 CC", en AA.VV.: *Código Civil Comentado,* vol. I (dir. A. Cañizares Laso *et al*), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 356 apunta a que con la actual redacción del art. 46.1° CC se reemplaza el tradicional concepto de la edad núbil por la vinculación de la capacidad núbil con la capacidad de obrar. De esta manera, puede contraer matrimonio no tanto quien ha alcanzado una edad mínima, sino quien ha ostenta suficiente capacidad de obrar (bien sea como consecuencia de la mayoría de edad, bien lo sea de la emancipación). Ello no obsta, afirma Salvador Coderch, P.: "Comentario del art. 46 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* t. I (dir. C. Paz-Ares Rodríguez *et al*), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 267 para señalar que la anterior regulación (en especial, a causa de la dispensa del art. 48 CC) se permitía el matrimonio a unas edades excesivamente tempranas, fruto, sin duda, de la influencia y peso del Derecho canónico.

25 Así lo establecen el art. 12 CE y el art. 315 CC.

La regulación relativa a la emancipación se encuentra recogida en los arts. 314 y sucesivos del Código Civil y, a diferencia del precepto anterior, esta materia sí ha experimentado una notable modificación en el año 2015. Para una mejor comprensión de los cambios operados, es preciso que nos detengamos, primero, en analizar brevemente el régimen legal previo a la reforma del 2015.

De nuevo, la regulación anterior data del año 1981 y, además de la mayoría de edad[26], establecía las siguientes clases de emancipación en el art. 314 CC: la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad, la emancipación por concesión judicial y la emancipación por matrimonio. Con respecto a las dos primeras (así como con respecto a la emancipación de hecho por vida independiente), la norma requería que el menor tuviera, al menos, 16 años[27]. Si detuviéramos el análisis en este punto, parecería que la edad núbil en nuestro ordenamiento estaba claramente fijada en los 16 años. Sin embargo, es preciso recordar que la normativa anterior en determinados supuestos permitía que menores con una edad inferior pudieran contraer matrimonio.

Antes de descender a este último supuesto, debemos señalar la confusión tan extraña que se originaba de la lectura conjunta de los arts. 46 y 316 CC. Por un lado, tal y como ya hemos indicado, el art. 46 CC disponía que los menores no emancipados no podían contraer matrimonio, de tal modo que podíamos entender que la emancipación concedía capacidad para celebrar matrimonio al menor. Era la causa de la misma. No obstante, el art. 316 CC (en la actualidad, derogado) disponía que el matrimonio producía la emancipación[28], es decir, ésta se constituía como la consecuencia del establecimiento del vínculo matrimonial. Por tanto,

26 La inclusión de la mayoría de edad como causa de emancipación sólo puede entenderse si partimos de la idea de la emancipación en un sentido amplio, es decir, como abandono del estado de minoría de edad. De esta forma, existiría una emancipación plena, vinculada a la adquisición plena de la capacidad de obrar y que se correspondería con la mayoría de edad, y una emancipación limitada, en la que todavía existirían determinados límites a la capacidad de obrar y que se correspondería con el sentido usual con el que venimos a usar el concepto de emancipación. Esta distinción entre emancipación plena y limitada es realizada por Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Comentario del art. 314 CC" en AA.VV.: *Código Civil Comentado. Volumen I* (dirigido por Cañizares Laso, A. et al), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1364.

27 Ha despertado cierto debate entre la doctrina la cuestión sobre si la emancipación por vida independiente (art. 319 CC) otorga o no el suficiente estatus como para que el menor pueda contraer matrimonio. Por su parte, Salvador Coderch, P.: "Comentario del art. 46 CC", cit., p. 268, defiende que sí, ya que la concesión de la emancipación por vida independiente coincide con la edad de los 16 años requerida para los otros supuestos, además de que a estos menores se les considera emancipados "para todos los efectos" (art. 319 CC). En cambio, De Pablo Contreras, P.: "Comentario del art. 46 CC", cit., p. 356, entiende que no, dado que esta modalidad de emancipación sí es revocable, no siendo posible así que la capacidad núbil de un sujeto dependa de semejante contingencia.

28 No se puede negar que, pese a la confusión generada por la lectura conjunta de determinados preceptos de la anterior regulación del Código Civil, resultaba hasta cierto punto lógico establecer que el matrimonio producía la emancipación. El razonamiento es el siguiente: Quien contrae matrimonio va a fundar una nueva familia y, por tanto, necesita tener una independencia suficiente que resulta incompatible con estar sujeta a la patria potestad de otra persona. Por ello, debe ser emancipada, en tanto que este nuevo estatus implica el fin de la patria potestad. En este sentido, *vid*. Puig Ferriol, L.: "Comentario del art. 316 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil. Tomo I* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, *et al)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 874; y Martínez Gallego, E.: "Comentario del art. 316 CC, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 439.

aparentemente, en la regulación de 1981, la emancipación era simultáneamente causa y consecuencia del matrimonio, lo que, sin lugar a dudas, no era posible[29].

En realidad, se trataba de supuestos de hecho distintos. Por un lado, quienes hubieran alcanzado la emancipación por concesión paterna o judicial (es decir, menores de, al menos, 16 años) adquirirían, como consecuencia de este nuevo estado civil, la capacidad para contraer matrimonio. Por otro lado, el art. 48 CC establecía la posibilidad de que el juez, a instancia de parte y con justa causa, dispensara el impedimento matrimonial de edad, siempre y cuando el menor tuviera, por lo menos, 14 años[30]. De esta forma, el menor de edad que había obtenido esta dispensa podía contraer matrimonio y, a través de dicho acto, alcanzaba la emancipación. En puridad, en este último supuesto no estábamos ante menores emancipados, sino ante menores que obtenían una dispensa para contraer matrimonio y que por medio de la institución matrimonial llegarían a ser emancipados.

Por tanto, como consecuencia de todo lo anterior, en la regulación de 1981 era posible que, además de los mayores de edad, pudieran llegar a contraer matrimonio los menores que tuvieran como mínimo 14 años[31].

Si bien no fue la primera recomendación internacional que se pronunció en este sentido[32], cabe destacar que el Informe del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de octubre de 2010 recomendó a España que elevara la edad mínima para contraer matrimonio[33]. En este sentido, el citado Informe señalaba lo siguiente:

"23. El Comité señala que la edad a la que se puede contraer matrimonio en el Estado parte está establecida en 18 años, pero reitera su inquietud por el hecho

29 Para salvar esta paradoja, Salvador Coderch, P.: "Comentario del art. 46 CC", cit., p. 268 apuntaba lo siguiente: "La emancipación es, a la vez, parte del supuesto de hecho matrimonial (art. 46.1° CC) y consecuencia jurídica del mismo (arts.314.2.° y 316 CC): para que un menor de edad pueda contraer matrimonio debe estar emancipado o haber obtenido dispensa de edad. En este último caso el matrimonio produce derecho de emancipación. La distinción entre supuesto de hecho y consecuencias de de derecho evita la tesis paradójica según la cual el matrimonio es nulo (por aplicación del art. 46.1° en relación con el 73.2° CC) y válido (por aplicación del art. 79 en relación con el 316 CC) a la vez".

30 Cabe recordar que, según la DGRN, la dispensa se fundamentaba en que "el legislador parte de la base de que a partir de los catorce años de edad existe capacidad natural para contraer matrimonio", *vid.* Resolución DGRN 27 mayo 1994 (RJ 1994\5898).

31 Salvador Coderch, P.: "Comentario del art. 48 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil. Tomo I* (dirigido por Paz-Ares Rodríguez, C. et. al), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 272 apuntaba que el precepto debía aplicarse de forma estricta, puesto que no se podía obviar que los 14 años representan una edad excesivamente temprana como para entender, de forma general, que una persona comprende la naturaleza y las consecuencias de la institución matrimonial y que es, por tanto, apta para ser emancipada.

32 Así la Resolución 1468 sobre los matrimonios forzosos y los matrimonios de niños (2005) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó, entre otras cuestiones, a los Parlamentos nacionales que elevaran la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años.

33 Pueden consultarse las Observaciones Finales que se realizó a España en el siguiente enlace: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/11/ObservacionesFinInformSpainComiteDInfancia2010.pdf.

de que, en circunstancias excepcionales, un juez pueda autorizar el matrimonio a tan sólo 14 años de edad (véase CRC/C/15/Add.185).

24. El Comité recomienda al Estado parte que revise su legislación para elevar a 16 años la edad mínima para contraer matrimonio en circunstancias excepcionales y con el permiso de un juez, y que se especifique de manera explícita que se trata de casos excepcionales".

Dicha recomendación se tradujo en una propuesta del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del año 2011, que finalmente fue incorporada al II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016. El Objetivo 2, punto 2.9 de dicho Plan establecía la necesidad de revisar las edades mínimas para contraer matrimonio, para el consentimiento sexual y para el consumo de determinadas sustancias. Precisamente, siguiendo esta línea, el legislador nacional acabaría acometiendo diversas reformas durante el año 2015 con el fin de actualizar y acomodar nuestro ordenamiento a la normativa internacional en materia de protección de menores[34].

En relación con la materia que aquí nos ocupa, la reforma se operó a través de la disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Entre otras modificaciones, se suprimió la dispensa del impedimento de edad del art. 48 CC; se modificaron las causas de emancipación de art. 314 CC, suprimiéndose así la emancipación por matrimonio; y, en consecuencia, se derogó el art. 316 CC[35].

La nueva redacción resultaba más clara y eliminaba cualquier posibilidad de entuerto jurídico en relación con la emancipación como causa y consecuencia simultánea del matrimonio. Continuaban sin poder contraer matrimonio los menores no emancipados, por lo que podrían hacerlo los mayores de edad y los menores emancipados, que, con el Código Civil en la mano, sólo podrían alcanzar dicho estado civil por medio de la concesión judicial o paterna de la misma, lo que requeriría que tuvieran, al menos, 16 años.

34 Si bien no es objeto del presente trabajo, puede destacarse en este sentido la promulgación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que introducía reformas trasversales en nuestro ordenamiento con el fin de aumentar la protección a los sujetos menores de edad.

35 Hay quien apunta a que la supresión de la dispensa del art. 48 CC, que permitía a los menores que tuvieran 14 años contraer matrimonio, se debe a la incompatibilidad de la misma con el nuevo concepto de matrimonio resultante de la Ley 13/2005. Ello se debe a que se produce una desvinculación del matrimonio con la capacidad de procreación de los contrayentes, por lo que carece de sentido permitir a los menores acceder al matrimonio por el mero hecho de que hayan alcanzado la pubertad. *Cfr.* De Pablo Contreras, P.: "Comentario del art. 46 CC" y "Comentario del art. 48 CC", cit., pp. 356 y 362. Así mismo, De Verda y Beamonte, J. R.: "Una relectura de la legislación en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales", cit., pp. 445-447, apunta a cómo la dispensa estaba inexorablemente vinculada a la idea de permitir que los menores pudieran contraer matrimonio en el supuesto de que hubieran mantenido relaciones sexuales y se hubiera producido un embarazo. En la medida que el nacimiento de hijos fuera del matrimonio no es ya un estigma del calibre que lo era antes, la dispensa deja de tener virtualidad, sobre todo en una sociedad en la que no se puede sostener que un menor de 14 años tenga la madurez suficiente para asumir lo que implica la institución del matirmonio.

En otras palabras, en lugar de modificar el art. 46 CC para establecer expresamente la edad núbil en los 18 años como norma general y los 16 años de forma excepcional, se reformó la institución de la emancipación sin alterar el tenor literal del antedicho precepto. Con ello, el legislador estatal se daba por satisfecho al haber fijado, de forma indirecta, en 16 años la edad mínima para contraer matrimonio en España.

Si bien no puede negarse que la reforma tuvo sus aciertos, también es indudable que, al mantener la remisión a la regulación de la emancipación para la determinación de la edad núbil, el legislador estatal estaba sustrayéndose a sí mismo esta materia de su competencia exclusiva. Esto es así porque, tal y como ya hemos explicado en el epígrafe anterior, la competencia sobre el sistema matrimonial y, por tanto, sobre la edad núbil sí corresponden en exclusiva al Estado. Sin embargo, la regulación sobre la emancipación no es una competencia exclusiva del Estado, sino que también ha sido objeto de regulación por determinados ordenamientos civiles forales o especiales de nuestro país. El legislador estatal, que ostentaba por mandato constitucional el control absoluto sobre la materia, originó la fuga de su competencia al no terminar de cerrar en la regulación del Código Civil el sistema para determinar la edad núbil.

Por tanto, ante esta situación, tenemos que afirmar que el legislador foral puede fijar indirectamente la edad mínima para contraer matrimonio a través de la regulación de la emancipación (siempre y cuando tenga competencia en este ámbito). Por ello, se hace preciso examinar cuál ha sido la regulación de dicha institución en los ordenamientos civiles forales o especiales y analizar si dicha regulación puede tener una incidencia especial en esta materia.

IV. LA REGULACIÓN DE LA EMANCIPACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS CIVILES FORALES O ESPECIALES.

De cara a estudiar cuál ha sido la regulación que se ha realizado en el Derecho civil foral o especial, será necesario que analicemos únicamente aquellos ordenamientos forales en los que sí se haya legislado sobre esta cuestión, que son, por un lado, el Derecho civil catalán y, por otro lado, el Derecho civil aragonés.

Pese a que ambos ordenamientos comparten el hecho de haber regulado esta institución, muy pronto nos daremos cuenta de que dicha regulación ha sido francamente distinta en cada Comunidad Autónoma y que únicamente la ordenación realizada por el Derecho aragonés va a tener una incidencia especial en la materia que aquí nos ocupa.

1. El Derecho civil catalán.

Si nos detenemos en el primero de los dos ordenamientos, observaremos que el Libro segundo, relativo a la persona y a la familia, del Código Civil de Cataluña lleva a cabo su propia regulación de la figura de la emancipación en los arts. 211-7 y sucesivos. Sin embargo, una rápida lectura de los preceptos nos permitirá percatarnos de que la regulación de esta institución que realiza la norma catalana es claramente un calco de la normativa contenida en el ordenamiento estatal (si bien es cierto que aporta alguna mejora con respecto a ésta, como, por ejemplo, la referencia a la figura del tutor).

En consecuencia, el ordenamiento catalán prevé, por un lado, la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad o la tutela y la emancipación por resolución judicial, siendo en ambos casos irrevocable y requiriendo que el menor tenga, al menos, 16 años; y, por otro, la emancipación por vida independiente, que sí es revocable, pero que establece la misma edad mínima que las dos otras modalidades. Por tanto, tal y como vemos, en lo concerniente a la determinación de la edad núbil, el Derecho civil catalán no va a implicar ningún tipo de alteración o de afectación a la regla general establecida por el Código Civil. En otras palabras, al igual que ocurre en el Derecho común, en el Derecho catalán la emancipación sólo puede otorgarse como muy pronto a los 16 años, por lo que ésta será la edad mínima que deberá tener el sujeto para poder contraer matrimonio.

No obstante, si bien no es objeto de estudio de este trabajo, se hace necesario realizar un último apunte sobre esta cuestión. En efecto, cabría destacar que existen dudas más que razonables para plantearse si verdaderamente el legislador catalán ostenta competencia para regular esta institución. Esto es así porque nunca existieron normas al respecto ni en su Derecho histórico ni en su Compilación de Derecho Civil, apareciendo la primera regulación de la emancipación en el Derecho civil catalán con la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia[36].

De este modo, si recuperamos el esquema de razonamiento que seguimos al hablar de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil, recordaremos que la competencia de las mismas viene limitada tanto funcional como territorialmente. Las Comunidades Autónomas sólo pueden conservar, modificar o desarrollar aquellas materias que históricamente hayan formado parte de la regulación contenida en sus ordenamientos jurídicos. Por tanto, en la medida que la emancipación nunca ha formado parte del núcleo de las figuras jurídico-privadas sobre las que Cataluña tradicionalmente ha legislado, se podría afirmar que no ostenta competencia sobre esta cuestión, lo que convertiría en inconstitucionales los arts. 211-7 y sucesivos del Código Civil de Cataluña. De

36 Durán Rivacoba, R. y González González, A.: "Edad, Emancipación", cit., p. 13.

igual modo, consideramos que el recurso a las llamadas "instituciones conexas" como forma de justificar la competencia del legislador catalán en materia de emancipación podría tildarse de excesivo, y supondría desnaturalizar la finalidad que el Tribunal Constitucional buscaba al establecer dicho concepto, que era permitir la vigencia de la potestad legislativa del legislador foral, no ampliarla casi ilimitadamente.

2. El Derecho civil aragonés.

A diferencia del ordenamiento catalán, el Derecho civil foral aragonés sí que realiza una regulación de la emancipación que se aparta claramente de la contenida en el Código Civil.

En primer lugar, para comprender adecuadamente las diferencias con respecto al Derecho común, es importante conocer que la institución de la patria potestad romana no llegó a entrar en vigor en Aragón, lo que ocasionó que, en lo que respecta al menor de edad y a su autonomía, se estableciera tradicionalmente un número muy reducido de límites a su capacidad de obrar. Por tanto, podemos entender que la ordenación que históricamente el Derecho civil aragonés ha realizado sobre esta materia se ha apartado de la tónica general de la regulación contenida en el resto de ordenamientos jurídicos europeos de la época[37].

De esta manera, los menores aragoneses alcanzaban la mayoría de edad a los 14 años, obteniendo así extraordinariamente pronto la plena capacidad de obrar. Como forma de contrarrestar los efectos perjudiciales que se podían ocasionar como consecuencia de otorgar la mayoría de edad a una edad tan temprana, se establecía una protección adicional al requerir asistencia de sus progenitores para la realización de determinados actos hasta los 20 años. Así mismo, además de lo ya indicado, los menores aragoneses también podían alcanzar la mayoría de edad en el supuesto de que contrajeran matrimonio[38].

Esta regulación histórica del Derecho civil aragonés se ha traducido de la siguiente manera en el actual Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA). La mayoría de edad se alcanza, según lo establecido en el art. 4 CDFA, bien por cumplir 18 años, bien por contraer matrimonio. Como podemos observar, se eleva la edad en la que se consigue la mayoría de edad, antes fijada en 14 años y ahora en 18 años, de conformidad con lo establecido en el art. 12 CE.

37 *Vid*. Preámbulo de 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.

38 *Vid*. Preámbulo de 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. Así mismo, *vid*. Bayod López, M.C.: "Comentario del art. 5", en AA.VV.: Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia (dir. J. Delgado Echevarría), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 109-110.

En cambio, se mantiene el matrimonio como causa de obtención de la mayoría de edad, lo que es conforme con nuestro sistema constitucional en virtud de la Disposición Adicional Segunda de la Constitución[39]. De esta forma, podemos destacar que, a diferencia de lo que ocurría en la anterior redacción del Código Civil, el matrimonio no emancipa (ni ha sido nunca causa de emancipación) en el Derecho aragonés, sino que concede al menor la mayoría de edad.

A sensu contrario, los menores de edad en Aragón serán todos aquellos que no hayan cumplido 18 años o que no hayan contraído matrimonio. Mientras sea menor de edad y no esté emancipada, la persona estará sujeta a la autoridad familiar de sus padres, tal y como se deriva del art. 93.1.b CDFA[40]. Sin embargo, dada la importancia dentro de su regulación histórica, los 14 años continúan siendo un relevante punto de referencia para los menores aragoneses. De esta manera, el art. 5 CDFA establece que a dicha edad se termina la representación legal del menor, complementándose su capacidad con la asistencia de sus progenitores y tutores, de forma similar a lo que ocurría en el tradicional Derecho foral aragonés.

Habiendo ya aclarado cómo se regula la mayoría y la minoría de edad en el Derecho civil aragonés, resulta necesario que nos detengamos, por fin, a analizar la institución de la emancipación en este ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debemos reconocer que la emancipación es una institución que siempre ha tenido un difícil encaje teórico en el Derecho civil aragonés. Al fin y al cabo, debemos recordar que la patria potestad no fue una institución que entrara en vigor en Aragón. A través de la emancipación, el menor extingue este vínculo jurídico que mantiene con sus progenitores, por lo que podría llegar a deducirse que si en un concreto ordenamiento jurídico no existe la figura de la patria potestad, no tendría mucho sentido establecer la de la emancipación. Sin embargo, pese a lo adecuado de este razonamiento, ello no ha obstado para que en la práctica ésta se haya regulado debido a su tremenda utilidad[41].

En la actualidad, la emancipación se regula en los arts. 30 y sucesivos CDFA. Al igual que ocurre en el resto de los ordenamientos que hemos examinado, la legislación foral reconoce, por un lado, la emancipación por concesión paterna o por concesión del juez y, por otro lado, la emancipación por vida independiente. De igual modo, tal y como hemos expuesto previamente, la emancipación por matrimonio no viene recogida en el Código de Derecho Foral de Aragón en la

39 La citada Disposición establece: "La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de la Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado".

40 El art. 93.1.b preceptúa: "La autoridad familiar se acaba: b) La emancipación o la mayoría de edad del hijo".

41 Así mismo, en este sentido, *vid.* Bayod López, M.C.: "Comentario del art. 30", en AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. J. Delgado Echevarría), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 136 - 137.

medida que en este ordenamiento el matrimonio no emancipa, sino que otorga la mayoría de edad. En cualquier caso, este último aspecto casa bastante bien con la regulación de nuestro Código Civil, que en la actualidad tampoco reconoce al matrimonio como una causa de emancipación.

En definitiva, de momento, nada nuevo en el horizonte. El Derecho aragonés presenta, básicamente, los mismos supuestos de emancipación que el Derecho civil común. No obstante, encontraremos una diferencia notable si examinamos cuál es la edad a partir de la cual podemos conceder la emancipación al menor de edad en cualquiera de estas tres modalidades. De esta forma, la edad de referencia para poder emancipar a un sujeto es de 14 años, dos años antes de lo que permite el Código Civil, lo que, sin duda, es fruto de esa herencia histórica en la que el menor aragonés alcanzaba su mayoría de edad con esa edad.

He aquí una diferencia notable con respecto al régimen del Derecho común: la edad para emanciparse en el Derecho aragonés está adelantada dos años con respecto al régimen del Código Civil. Surge ineludiblemente la gran pregunta: ¿podría, por tanto, un menor aragonés emancipado con 14 años contraer matrimonio? Resulta comprensible que una respuesta afirmativa a esta pregunta pueda generar numerosos reparos, pero si examinamos con atención el esquema de razonamiento que hemos seguido hasta el momento, nos daremos cuenta de que es la única respuesta posible con las normas actuales en la mano. Recapitulemos.

En primer lugar, el art. 149.1.8ª de la Constitución reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil, atribuyéndole, además, en todo caso, la regulación sobre el matrimonio. En consecuencia, qué duda cabe de que es la legislación estatal la que debe establecer, entre otras cosas, la edad mínima para contraer matrimonio.

En segundo lugar, el Código Civil, en sede de prohibiciones matrimoniales, preceptúa que no podrán contraer matrimonio los menores no emancipados, por lo que sí podrán hacerlo los mayores de edad y los menores emancipados. Es decir, en lugar de establecer claramente una edad a partir de la cual un sujeto puede casarse, la legislación estatal ha optado por vincular la capacidad matrimonial con la capacidad de obrar. Y no se puede negar el acierto de dicha decisión en muchos sentidos, pero ¿cuál es el problema? Que la regulación de la capacidad de obrar no es una materia que sea en todo caso competencia exclusiva del Estado, por lo que pueden existir Comunidades Autónomas que también ostenten competencia en dicha materia, como de hecho ocurre.

Tal y como hemos explicado, Aragón tiene competencia para regular la institución de la emancipación, estableciendo que un menor puede emanciparse a

partir de los 14 años. El menor aragonés que con 14 años se emancipe ostentará tanta capacidad de obrar como cualquier otro menor de edad de cualquier otra Comunidad Autónoma que se haya emancipado con 16 años. Y esto es así porque, en palabras del Tribunal Supremo, "la capacidad y mayoría de edad a las que se refieren las normas estatales son las que se establezcan en los Derechos forales"[42].

Por consiguiente, un menor aragonés emancipado con 14 años no incurre en la prohibición matrimonial establecida en el art. 46.1º CC. Al no haber ninguna norma estatal que prohíba expresamente contraer matrimonio a un menor de 14 años, sino únicamente a un menor que no esté emancipado, este sujeto sí podría contraer matrimonio con dicha edad. Así ha sido entendido por diferentes sectores de la doctrina[43]. De hecho, podemos ir más lejos. Si recordamos lo ya expuesto sobre el Derecho civil aragonés, nos daremos cuenta de que no sólo este menor emancipado podrá contraer matrimonio, sino que a través de dicho acto llegará a alcanzar la mayoría de edad con tan solo 14 años[44].

El razonamiento precedente no incurre en ninguna carambola jurídica[45]. El legislador estatal tuvo la opción de haber fijado una edad mínima para contraer matrimonio, en tanto que formaba parte de sus competencias exclusivas, y decidió no hacerlo. En su lugar, optó por remitirse a la emancipación, materia que no es competencia exclusiva del Estado. Si se ha llegado a la extraña situación en la que solamente los menores emancipados con 14 años de una concreta Comunidad Autónoma van a poder contraer matrimonio, mientras que los que tengan la vecindad civil de cualquier otra Comunidad Autónoma no van a poder hacerlo, no es porque se esté forzando una concreta interpretación de las normas, sino porque el legislador estatal no ha terminado de regular con acierto técnico esta materia.

42 El fragmento es de la STS 28 junio 1968, citada en Bayod López, M.C.: "Comentario del art. 4", en AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. J. Delgado Echevarría), Dykinson, Madrid, 2015, p. 109. Si bien es cierto que la Sentencia a la que nos referimos es anterior a la entrada en vigor de la Constitución y, por tanto, del artículo 12 de la misma, también es cierto que no debemos olvidar que la Disposición Adicional Segunda del texto constitucional afirma que dicha declaración de mayoría de edad no perjudicará a las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado.

43 En este sentido, *vid*. Bayod López, M.C.: "Comentario del art. 4", cit., p. 108; Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Comentario del art. 314 CC", en AA.VV.: *Código Civil Comentado. Volumen I* (dir. A. Cañizares Laso et al), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1365; Cebrián Salvat, M.A.: "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI) 2017, núm. 34, p. 34

44 Bayod López, M.C.: "Comentario del art. 4", cit., p. 108 expone que esta mayoría de edad prematura obliga a interpretar la finalidad de las normas autonómicas y estatales cuando se refieren a la mayoría de edad. Por ello, un sujeto que no alcance los 16 años, aun siendo mayor de edad en virtud de haber contraído matrimonio, no podrá, por ejemplo, trabajar o ser funcionario público.

45 En sentido contrario, Durán Rivacoba, R. y González González, A.: "Edad, Emancipación", cit., pp. 13-14, entienden que la tesis planteada en este trabajo sí sería una carambola jurídica.

Por tanto, llegados a esta conclusión, lo último que cabría preguntarse es si sería oportuno o no introducir alguna modificación legislativa en esta materia y, en caso de serlo, cuáles serían los cambios que deberían operarse.

V. OPCIONES LEGISLATIVAS ANTE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS.

Una vez hemos expuesto toda la complejidad presente en lo referente a la regulación de la edad núbil en el ordenamiento jurídico español, es el momento de que procedamos a analizar cuáles son las posibles opciones ante esta situación.

En primer lugar, hay quien podría entender que no es necesario llevar a cabo ninguna reforma o modificación legislativa. Esta postura partiría de una premisa que no deja de tener parte de verdad: la hipótesis que planteamos es prácticamente un supuesto de laboratorio. ¿Cuántos menores aragoneses se van a emancipar con 14 años y van a contraer matrimonio antes de los 16 años? Siendo honestos, probablemente no muchos. Esta tesis entendería que no es necesario llevar a cabo una reforma de las normas civiles relativas a esta materia para solventar un problema que va a afectar a un ínfimo número de sujetos y que, por tanto, no constituye una problemática social en sí misma más allá de la mera anécdota.

Sin embargo, esta postura choca frontalmente con dos notables obstáculos. El primero de ellos es que de no procederse a la modificación de la regulación, España estaría incumpliendo todas las recomendaciones internacionales, que ya hemos señalado, y que le apuntaban la necesidad de elevar la edad mínima para casarse a los 16 años. De esta manera, si no se procediera a modificar esta cuestión, se podría entender que no se habría alcanzado del todo uno de los objetivos (la elevación de las edades mínimas) que motivaron la reforma del 2015. El segundo de ellos presenta una problemática aún más inesperada y guarda relación directa con el orden público español.

El orden público es el conjunto de principios y derechos fundamentales que constituyen la esencia del ordenamiento jurídico español y que deben impedir la aplicación de una norma extranjera en el foro español cuando el resultado de aplicar ésta sea contrario a dichos valores esenciales[46]. En este sentido, el art. 12.3 CC preceptúa lo siguiente: "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público". Un ejemplo ilustrativo de la aplicación del orden público, que engarza perfectamente con el asunto que aquí nos ocupa, es la imposibilidad tanto de permitir como de reconocer en España los matrimonios

46 Para más información sobre el concepto de orden público, *vid.* AA.VV. *Derecho internacional privado. Volumen I* (dir. A.P. Abarca Junco), Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2008, pp. 208-216; Carrascosa González, J.: "Orden público y externalidades negativas", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2008, Año 62, núm. 2065, pp. 2351-2378.

de menores de cierta edad, aun cuando la legislación aplicable en su país de origen permitiera dicha unión.

Pues bien, en relación con el supuesto planteado, la DGRN siempre ha tenido en cuenta cuál es la edad a partir de la cual se podía contraer matrimonio en España a la hora de autorizar el matrimonio de, por ejemplo, un matrimonio de marroquíes menores de edad[47]. De esta forma, la redacción del Código Civil de 1981 permitía que se pudieran casar en España extranjeros con, al menos, 14 años, ya que existía en nuestro propio ordenamiento la posibilidad de que un español pudiera contraer matrimonio con esa edad si tenía dispensa. Quedaba claro, por tanto, que por debajo de esa edad la DGRN no podía autorizar ningún matrimonio.

Tal y como se puede deducir fácilmente, la problemática empieza a surgir tras la reforma del 2015. Es cierto que el legislador estatal ha modificado el Código Civil a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, eliminando así la posibilidad de dispensa a los 14 años, pero también es cierto que en la actualidad el Derecho civil aragonés sigue permitiendo la emancipación a los 14 años, lo que, según hemos explicado, habilitaría que ese menor de edad pudiera contraer matrimonio. Si entendemos que la aplicación del orden público debe ser, en todo caso, restrictiva, no puede sostenerse que debe impedirse la celebración o el reconocimiento de los matrimonios de extranjeros con 14 años, puesto que nuestro propio ordenamiento concibe dicha posibilidad, aunque sea de forma remota. Si nuestra legislación prevé dicha opción, ¿con qué legitimidad podemos impedir la aplicación de una norma extranjera que da lugar a un resultado ya contemplado en nuestro ordenamiento jurídico?[48] Todo ello nos lleva, inexorablemente, a concluir que si se pretende evitar esta diabólica situación, la única opción posible es llevar a cabo una modificación de las normas actuales.

47 En este sentido, *vid*. RDGRN de 23 febrero de 1989 (RJ 1989, 1697) y RDGRN de 27 mayo 1994 (RJ 1994, 5898), que autorizaban, respectivamente, un matrimonio con una chica de 12 años y otra con una de 14 años. Ello fue posible en cada caso dado que la edad mínima para contraer matrimonio en la legislación española estaba fijada en 12 años para la mujer y, posteriormente, en 14.

48 Ya planteé este razonamiento en Nieto Cruz, A.: "Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público", *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 296-299. En el mismo sentido, Cebrián Salvat, M.A.: "Derechos de inspiración", cit., p. 34. En materia de sucesiones, Garrote Fernández-Díez, I.: "Sucesiones internacionales y orden público constitucional la sucesión "mortis causa" en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica", *Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 149-199; y Carrillo Pozo, L.F.: "Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)", *Bitácora Millennium DIPr*, 2017, núm. 5, pp. 1-16 sostienen cómo la diversidad de la regulación de la cuestión sucesoria en los distintos Derechos forales provoca que pocas previsiones normativas extranjeras puedan ser verdaderamente contrarias al orden público español (p.ej. la existencia o no de legítima no es una cuestión de orden público), salvo si son atentatorias contra los derechos fundamentales. Análogamente, podríamos entender que, si uno de los ordenamientos forales prevé la posibilidad de contraer matrimonio con 14 años, el orden público español no podría impedir la eficacia de una norma extranjera que permitiera dicha posibilidad.

Quedando evidenciada la necesidad, o al menos la conveniencia, de la reforma legislativa en esta materia, aún queda por establecer cuáles son las posibilidades que tenemos ante nosotros para atajar esta problemática.

Por un lado, podría sostenerse que la opción más sencilla podría ser la modificación del Derecho civil aragonés. Si se reformaran determinados arts. del Código de Derecho Foral de Aragón, se resolvería el problema. Sin perjuicio de otras soluciones más enrevesadas, bastaría con la modificación de los arts. 30 y 32 de dicho texto legal, elevando la edad para poder emanciparse a los 16 años y haciéndola así coincidente con la prevista en el Derecho común. De esta manera, podría mantenerse intacta la regulación del Código aragonés referente a la minoría de edad, que prevé que a partir de los 14 años cesa la representación legal y la capacidad del menor se complementa con la asistencia de sus progenitores, de tal modo que se seguiría respetando así su tradición jurídica histórica.

No podemos negar que esta opción resolvería el problema por el momento, pero que seguiríamos obviando la cuestión principal de la que emana toda esta situación. Todo parte como consecuencia de que el legislador civil estatal ostenta una competencia exclusiva para determinar cuál es la edad núbil y no está haciendo un uso explícito de la misma, lo que provoca la huida de la materia a la regulación contenida en los Derechos civiles forales. Modificar el Derecho aragonés, y no el estatal, no resuelve el problema de raíz, sino que sólo lo oculta temporalmente, puesto que siempre seguirá existiendo la posibilidad de que en algún ordenamiento civil foral se pueda volver a modificar o regular la institución de la emancipación de manera diferente a la contenida en el Derecho común.

Por tanto, consideramos que la opción más apropiada no pasa por alterar la regulación de la emancipación en el Derecho foral aragonés. No tenemos que modificar la legislación a la que indirectamente se acaba remitiendo el Código Civil, sino que tenemos que reformar el mismo. Es la única vía legal que atajaría el problema a la larga. Por ello, proponemos una nueva redacción del art. 46 CC en la que se establezca expresamente el requisito de los 16 años. El objetivo no consistiría en desvincular la capacidad matrimonial de la emancipación, en la medida que consideramos que resulta un acierto vincular la aptitud núbil del sujeto con su capacidad de obrar, sino en añadir un requisito adicional. En otras palabras, será necesario que el menor esté emancipado y que, además, tenga por los menos 16 años. De este modo, una nueva redacción del primer apartado del mencionado precepto podría ser la siguiente: " No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados y los menores emancipados que no tengan, al menos, dieciséis años".

De esta manera, el legislador estatal estaría haciendo uso de una facultad que le concede en exclusiva la Constitución, de tal modo que ningún ordenamiento

foral podría legislar en sentido contrario. Además, con la reforma propuesta se hace innecesaria la modificación del Derecho foral aragonés, puesto que éste no contiene, en ningún caso, ninguna norma que regule directamente la edad mínima para contraer matrimonio. Aragón seguiría así teniendo una ordenación propia sobre la institución de la emancipación, siendo, por un lado, una materia que entra dentro de sus competencias y siendo, por otro, una regulación que respetaría su tradición histórica.

A través de la reforma del art. 46.1 CC no sólo se erradicaría completamente la posibilidad de que un menor de 14 años (nacional o extranjero) pueda contraer matrimonio en España, sino que se terminaría de apuntar la reforma emprendida en el año 2015 con la que se pretendía establecer los 16 años como la edad mínima a partir de la cual un sujeto puede contraer matrimonio, tal y como aconsejan las diversas recomendaciones internacionales.

Por último, parece apropiado destacar que, aparte de lo ya comentado, hay quien ha apuntado que nuestro Código Civil requeriría de algunas reformas adicionales para terminar de cerrar la modificación legislativa que inició la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el año 2015[49]. Entre otras, se propone la supresión de los arts. 1329[50] y 1338[51] CC, que tratan, respectivamente, las capitulaciones y las donaciones *propter nuptias* realizadas por el menor no emancipado. Dado que el menor no emancipado no va a poder contraer matrimonio en nuestro ordenamiento, dichos artículos han perdido su virtualidad. Así mismo, en sede de convalidación del matrimonio, se ha abogado por la supresión del art. 75 CC[52], al entenderse que no debe convalidarse con efectos retroactivos un matrimonio nulo a causa de la edad de los contrayentes, o por la modificación del mismo, estableciendo el cómputo del año de convivencia que sirve como causa de subsanación desde la emancipación y no desde la mayoría de edad. Finalmente, se habla también de la conveniencia de reformar determinados aspectos de la emancipación, como la supresión de la inclusión de la mayoría de edad como causa de ésta o la eliminación de la dicotomía entre el beneficio de la mayoría de edad y la emancipación judicial.

49 Las propuestas de reforma que se realizan a continuación se extraen de Durán Rivacoba, R. y González González, A.: "Edad, Emancipación", cit., pp. 10-14.

50 El art. 1329 CC dispone: "El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación".

51 El art. 1338 CC preceptúa: "El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el título II del libro III de este Código".

52 El art. 75 CC dispone: "Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal. Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla".

Incluso se ha hablado de restringir aún más la posibilidad de emancipar a través del matrimonio, al recordar que las recomendaciones internacionales apuntan a tres requisitos para permitir que un menor contraiga matrimonio antes de la mayoría de edad: tener 16 años, permiso del juez y que sea con carácter excepcional. Esta línea de razonamiento apuntaría a la emancipación judicial como la única hábil para otorgar al menor la capacidad para contraer matrimonio[53]. En cualquier caso, no cabe duda de que la actual regulación permite que el emancipado pueda casarse, tanto si ha alcanzado ese estado por concesión paterna como por concesión judicial. Ello ocasiona que, si se pretende delimitar aún más la emancipación apta para el matrimonio, se deba proceder a llevar a cabo una reforma que restringa aún más la materia. No cabe duda de que dicha modificación se ajustaría aún mejor a las recomendaciones realizadas por los diversos organismos internacionales.

53 Así ha sido defendido por Durán Rivacoba, R. y González González, A.: "Edad, Emancipación", cit., pp. 8-10.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* t. I (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, C. *et al*), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

AA.VV.: *Derecho internacional privado,* vol. I (dir. A.P. Abarca Junco), Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2008.

AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2009.

AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. J. Delgado Echevarría), Dykinson, Madrid, 2015.

AA.VV.: *Código Civil Comentado,* vol. I (dir. A. Cañizares Laso *et al*), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La Conservación, Modificación y Desarrollo Por Las Comunidades Autónomas de Los Derechos Civiles, Forales o Especiales", *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1.

Carrascosa González, J.: "Orden público y externalidades negativas", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2008, Año 62, núm. 2065.

Carrillo Pozo, L.F.: "Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)", *Bitácora Millennium DIPr*, 2017, núm. 5.

Cebrián Salvat, M.A.: "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI) 2017, núm. 34.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Una relectura de la legislación en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales", *BFD*, Universidad de Coímbra, 2019, 95/1.

Durán Rivacoba, R. y González González, A.: "Edad, Emancipación y Matrimonio (Con Arreglo a La Ley 15/2015, de 2 de Julio, de La Jurisdicción Voluntaria)", *Actualidad civil*, 2016, núm. 1º.

Garrote Fernández-Díez, I.: "Sucesiones internacionales y orden público constitucional la sucesión "mortis causa" en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica", *Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23.

Gómez de la Escalera, C.R..: *Las Competencias Legislativas En Materia de Derecho Civil: (Art. 149.1.8.a. CE): El Caso de La Propiedad Horizontal,* Iustel, Madrid, 2007.

Lalaguna Domínguez, E.: *La Diversidad de Legislaciones Civiles En España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Lasarte Álvarez, C.: *Autonomías y Derecho Privado En La Constitución Española*, Civitas, Madrid, 2016.

Martínez Vázquez de Castro, L.: *Pluralidad de Derechos Civiles Españoles: El Artículo 149.1, Regla 8 de La CE,* Civitas, Madrid, 1997.

Nieto Cruz, A.: "Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público", *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1.

DERECHO A CELEBRAR MATRIMONIO Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA CUESTIÓN DE AUTONOMÍA Y DIGNIDAD DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y LA PERSPECTIVA DE DISCAPACIDAD

RIGHT TO CELEBRATE MARRIAGE AND PEOPLE WITH DISABILITIES. A QUESTION OF AUTONOMY AND DIGNITY FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE AND DISABILITY PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 406-437

Silvia Eugenia
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: En el presente texto abordaremos el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en el marco del ordenamiento jurídico argentino vigente. Adoptando como marco teórico el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad y enmarcando la celebración de matrimonio bajo su naturaleza de derecho fundamental de carácter personalísimo, justificaremos la necesidad de su reconocimiento en favor de las personas con discapacidad, a la luz de los principios fundamentales contenidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad –en particular los principios de autonomía, libertad de tomar las propias decisiones, independencia y dignidad inherente-. Sostendremos que la sola situación de discapacidad no puede constituirse en un argumento que cercene el acceso a este derecho fundamental, a la luz del mandato de no discriminación por motivos de discapacidad y con soporte en las dimensiones esenciales del concepto de igualdad inclusiva, bajo cuyo marco debe garantizarse la realización y respeto de los derechos relacionados con el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la toma de decisiones con apoyo. Así, las nociones de persona ante la ley y de capacidad jurídica que nutren el modelo de apoyos basado en el respeto a las voluntades y preferencias de la persona y desplazan los criterios de sustitución en la toma de decisiones, obligan a los Estados a reconocer las distintas dimensiones de realización de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, entre ellos, el derecho a la celebración del matrimonio y a formar una familia.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; capacidad jurídica; discriminación por motivos de discapacidad; matrimonio; derechos personalísimos; convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; Código Civil y Comercial argentino.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the right of people with disabilities to marry according to the current Argentinian legal system. Our theoretical framework is the human rights approach and the disability perspective; in this way, we consider the celebration of marriage under as a fundamental and a very personal right. In consequence, we justify the need for its recognition in favor of people with disabilities, in light of the fundamental principles contained in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In particular, we pay attention to the principles of autonomy, of freedom to take one's own decisions, of independence and of inherent dignity. We argue that the sole situation of disability cannot constitute an argument that curtails access to this fundamental right. Our reasons are based on the mandate of non-discrimination on grounds of disability and on the essential dimensions of the concept of inclusive equality, under which framework the realization and respect of the rights related to the people with disabilities exercise of their legal capacity must be guaranteed and they must be provided with supportive decision-making. Thus, the notions of person before the law and of legal capacity that nourish the support model based on respect for the wills and preferences of the person and displace the criteria of substitution in decision-making, obliges States to recognize the different dimensions of the fulfillment of people with disabilities fundamental rights, including the right to marry and raise a family.*

KEY WORDS: *Disability; legal capacity; discrimination on the grounds of disability; marriage; personal rights; convention on the rights of persons with disabilities; argentine civil and commercial law.*

SUMARIO.- I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.- 1. El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.- A) Tres dimensiones esenciales para nuestro análisis: condición, situación y posición de discapacidad.- B) Un concepto convencional aglutinante: la discriminación por motivos de discapacidad.- C) El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.- II. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.- III. EN POS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CELEBRAR MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Algunas soluciones en el derecho comparado.- 2. La celebración del matrimonio en el derecho argentino.- IV. PALABRAS FINALES.

I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

1. El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad resulta el instrumento que plasma la conquista del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales en favor de las personas con discapacidad, bajo un enfoque y una perspectiva propios. Si bien es cierto que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos comprenden y protegen a las personas con discapacidad por su sola condición de personas, lo cierto es que ellos no consideraban el contexto específico de la discapacidad y las dificultades que a la hora del reconocimiento y ejercicio de derechos estas personas enfrentan. Puede afirmarse que desde sus dos principios fundamentales –dignidad inherente y no discriminación- uno de los objetivos centrales de la Convención ha sido adaptar o interpretar las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, para el contexto específico de la discapacidad. Efectivamente, conforme su art. 1° la Convención persigue "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".

Como es sabido, esta Convención adopta el modelo social de la discapacidad. Tal afirmación se refleja desde su Preámbulo que sostiene que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su

• Silvia Eugenia Fernández
Asesora de Incapaces del Depto Jud Mar del Plata, Ministerio Público, Provincia de Buenos Aires Argentina. Correo electrónico silviafernandez57@hotmail.com.

participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", definición que se completa con el art. 1 al establecer que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas 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".

A la luz de este modelo se entiende que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales. La discapacidad es el resultado de la "interacción" entre la condición de una persona (una diversidad física, mental, intelectual o sensorial) y las barreras sociales que le limitan y/o impiden vivir una vida en sociedad. Así, desde la filosofía del modelo social se cambia el eje de caracterización del "fenómeno" de la discapacidad, que deja de explicarse de manera reduccionista a partir de la "limitación" de la persona, para pasar a hacerse dentro de un contexto social, y como resultado de la interacción entre la persona y el entorno (o desde las "limitaciones" de la sociedad). El modelo social aboga por la "rehabilitación o normalización" de la sociedad, que debería ser pensada y diseñada para hacer frente al reconocimiento de la diversidad y a las necesidades de todas las personas. En términos generales, el tratamiento social del que son objeto las personas con discapacidad se basa en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades[1].

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores que sustentan a los derechos humanos: la dignidad; la libertad entendida como autonomía –en el sentido de desarrollo del sujeto moral- que exige que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; la igualdad inherente de todo ser humano –inclusiva de la diferencia-, la cual exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas, y la solidaridad[2].

A) Tres dimensiones esenciales para nuestro análisis: condición, situación y posición de discapacidad.

La deconstrucción de la discapacidad a la luz de la perspectiva que ofrece el modelo social, exige detectar, percibir y analizar tres dimensiones que interaccionan y que deben estar presentes en los análisis sobre la discapacidad. La primera es la "condición" de discapacidad, que es la dimensión personal. Si el modo o el modelo bajo el cual se concibe esta condición surge exclusivamente desde un diagnóstico médico, -como el de deficiencia-, entonces se convierte en insuficiencia, carencia

1 Palacios, A.: *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cermi, Madrid, 2008, pp. 27 y ss.

2 De Asís Roig, R.: "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder", en AA.VV.: *Los derechos de las personas con discapacidad, perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas* (coord. I. Campoy Cervera), Dykinson, Madrid, 2004, p. 62.

y falta de autonomía[3]. En cambio, si esta dimensión surge desde la observación y reconocimiento de la diversidad humana, la identidad será configurada en términos descriptivos y no negativos. Por ello se propone el término diversidad funcional- en remplazo del término "deficiencia", o "padecimiento"- porque de este modo se elimina la connotación negativa de las palabras que aluden a las características del ser humano[4]. La segunda dimensión a considerar es la "situación de discapacidad". Alude a la dimensión interrelacional, situacional y dinámica, que surge cuando entran en juego las barreras sociales a las que alude el modelo social de la discapacidad. La tercera dimensión es la "posición" de discapacidad, que es estructural; se sitúa en las representaciones, en las valoraciones, en la cultura, siendo el resultado de nuestros prejuicios y estereotipos[5]. La posición de discapacidad se relaciona con el valor que le asignamos a esa condición y a esa situación. Y la representación social de la discapacidad no suele ser la de la diversidad, sino la de la deficiencia, de la minusvalía, asimilada al déficit, a lo "anormal", a la incapacidad[6].

B) Un concepto convencional aglutinante: la discriminación por motivos de discapacidad.

A su turno, en el marco de esta introducción, resulta esencial referir un concepto central a la Convención de Naciones Unidas cuales el de la "discriminación por motivos de discapacidad", el que entendemos constituye un vector inescindible bajo cuyo tamiz deben medirse las intervenciones, restricciones y limitaciones al ejercicio de derechos de las personas con discapacidad, más aún cuando dichas restricciones involucran o afectan derechos personalísimos.

La definición y conceptualización de la discriminación por motivos de discapacidad guarda directa relación con la conceptualización de las tres facetas que hemos descripto en el subpunto precedente, referidas a la condición, situación y posición de las personas con discapacidad, en particular a partir del despliegue y operatividad de prejuicios y estereotipos –posición- asociados a la condición – entendida o calificada como deficiencia-, interpretados en un marco social en que entran en juego las barreras situacionales del entorno en que la persona vive y se desarrolla.

Según el art. 2 de la Convención, se entiende por discriminación por motivos de discapacidad a "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto

3 Ferreira, M.A.: "La construcción social de la discapacidad: *habitus*, estereotipos y exclusión social", en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 17, 2008-1, p. 6.

4 Palacios, A. y Romañach, J.: *El modelo de la Diversidad*, Diversitas, Madrid, 2007, pp. 34-37.

5 Brogna, P., citada por Palacios, A.: "Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos", en Palacios, A., Fernández, S. e Iglesias, M.: *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, pp. 5 y ss.

6 Palacios, A.: "Enfoque y perspectiva", cit., p. 7.

el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables". Estos ajustes razonables resultan aquellas "modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". (art. 2). La noción de discriminación por motivos de discapacidad debe entenderse de la mano del concepto de Igualdad y no discriminación contenido en el art. 5 de la Convención que reza: "1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad"[7]. El concepto de igualdad que aloja la Convención no es de una igualdad a secas, sino de una igualdad de oportunidades, que requiere el diseño de medidas positivas y políticas de reconocimiento, y sobre el cual se ha explayado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General Núm. 6 acuñando el concepto de "igualdad inclusiva". Según el Comité la igualdad inclusiva se desarrolla a lo largo de toda la Convención, ampliando y detallando el contenido de la igualdad en las siguientes dimensiones: "a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana" (párrafo 11).

C) El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.

El enfoque de derechos humanos de la mano del modelo social arriba descripto se encuentra plasmado en los principios generales de la Convención

7 La igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la Convención y son evocadas sistemáticamente en sus artículos sustantivos con el uso reiterado de la expresión "en igualdad de condiciones con las demás", que vincula todos los derechos sustantivos de la Convención con el principio de no discriminación. Observación General N° 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/6, pto. 7.

enunciados en su art. 3: "a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad". Bajo estos principios debe leerse, interpretarse y aplicarse la Convención y los mismos deben regir las decisiones que bajo su órbita adopten los Estados y los particulares. Sumado al ya enunciado principio de no discriminación, resultan esenciales para el análisis del tema propuesto en el presente texto, los principios de dignidad, autonomía individual e independencia. Ello así porque es una realidad innegable que a las personas con discapacidad sigue negándoseles en muchos aspectos de su vida el derecho a tomar sus propias decisiones, y a ello no es ajeno el ejercicio de los derechos personalísimos, entre ellos, la celebración del matrimonio. Asimismo, estos principios de autonomía individual e independencia enlazan con los contenidos de los arts. 12 sobre capacidad jurídica y 19 sobre derecho a la vida independiente.

Como explica Palacios, el enfoque de derechos humanos visualiza los puentes que existen entre el modelo social y los valores que sustentan a los derechos humanos. El enfoque y la concepción de la discapacidad como cuestión de derechos humanos supone dejar de ver a las personas como problemas para pasar a considerarlas titulares de derechos[8]. Tal cual expresa Rafael de Asís, los derechos humanos deben ser la referencia desde la cual abordar el tema de la discapacidad —no solo desde la conciencia de que las actuales regulaciones jurídicas sobre la materia reflejan esta perspectiva— sino porque los derechos humanos son una serie de instrumentos que constituyen un criterio de legitimación y de justificación[9].

A su turno, así como se propugna, construye y sostiene la aplicación de una perspectiva de género a la hora de analizar, contextualizar y defender los derechos de las mujeres, deviene pertinente hablar de una "perspectiva de discapacidad" al momento del examen, consideración y protección de los derechos humanos fundamentales de las personas con discapacidad y en particular en la toma de decisiones estatales relacionadas con el ejercicio de sus derechos fundamentales. Sostener y defender una perspectiva de discapacidad importa exigir un enfoque, una mirada nutrida de los principios fundamentales plasmados en la Convención de Naciones Unidas, que colabore en la deconstrucción de los prejuicios y estereotipos históricamente anclados en torno a la condición-situación-posición de

8 Palacios, A.: "Enfoque y perspectiva", cit., p. 50.

9 De Asís Roig, R.: "La incursión", cit., pp. 59-74.

discapacidad, cuestione y neutralice la discriminación por motivos de discapacidad y asegure un contenido de igualdad inclusiva promotor y realizador de los derechos fundamentales.

II. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.

Desde que en el presente texto se propone el análisis del derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad a la luz del ordenamiento jurídico argentino, resulta paso obligado previo el examen de la regulación de la capacidad jurídica según el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 (en adelante, CCyC). La pertinencia del análisis de la capacidad jurídica se sostiene en los términos expresados en la Observación General Núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre Igual reconocimiento como persona ante la ley[10], la que señala la íntima relación entre el derecho a celebrar matrimonio y el reconocimiento de la capacidad jurídica en los siguientes términos: "El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos los siguientes: (…) el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23) (…)".

Si bien el CCyC argentino regula la cuestión de la capacidad jurídica a partir de sus arts. 31 y siguientes, lo cierto es que los arts. 1 y 2 incorporan el bloque constitucional de derechos humanos al ámbito del derecho privado interno –no obstante su preexistente reconocimiento con rango prevalente a las leyes conforme lo dispuesto por el arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-. En efecto, según el art. 1 del CCyC en su parte pertinente, "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. (…)". Y según el siguiente art. 2 "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Así, no solo –como veremos- en la regulación concerniente a la capacidad jurídica el CCyC observó los principios y normas de derechos humanos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –que para la época de sanción del CCyC ya gozaba de rango constitucional en el derecho argentino conf. leyes 26.738 y 27.044- sino que en la interpretación de las normas

10 Observación General Núm. 1 (2014) Igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/GC/1.

internas, en la resolución de los "casos" y eventualmente incluso en supuestos de conflictos de intereses, son los instrumentos internacionales de derechos humanos los que habrán de marcar el camino y la solución de la controversia. Por su parte, resulta trascendente la mención que el art. 2 hace a los "principios y valores jurídicos" reconociendo el carácter esencial que invisten los principios jurídicos obrantes en las Convenciones y Tratados internacionales, para nuestro caso, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dicho esto, proponemos adentrarnos en el contenido de la regulación argentina vigente en materia de capacidad jurídica y ejercicio de derechos de las personas en situación de discapacidad. Para esta finalidad, se hace necesario, previo al detalle del CCyC, mencionar la sanción en el año 2010 de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, la cual si bien en sus aspectos principales constituye una normativa destinada a la regulación de la atención integral y holística de la salud mental, incorporó dos normas expresas como sus arts. 3 y 5 que reconocieron el "principio o presunción de capacidad" de las personas y la proscripción de adoptar decisiones limitantes de la misma con fundamento en diagnósticos o evaluaciones médicas –esto es, con base en la dimensión de la "condición" a que más arriba aludimos-.

El CCyC rediseña el régimen de capacidad jurídica sobre la base de que ella involucra y compromete derechos fundamentales de la persona humana. La modificación más sustancial bajo esta perspectiva es la mutación del concepto de "capacidad jurídica", que debe dejar de ser considerado como un "atributo de la persona" y afirmarse, en línea con los principios del derecho internacional, como un concreto derecho humano. En esta línea, deviene de interés citar el contenido de la ya mencionada Observación General nro. 1 sobre el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**,** dictada por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad al establecer "(…) La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo 'en todas partes'. En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho. Esto se ve reforzado por el artículo 4, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que no es posible suspender ese derecho ni siquiera en situaciones excepcionales (…). El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. Esa capacidad ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que

más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad"[11]. Nótese la mención específica que la Observación formula en torno a la relación entre el ejercicio de la capacidad jurídica y el "derecho a casarse" en cuanto derecho fundamental de reconocimiento exigible. A su turno, en sintonía con lo expuesto, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas[12] afirma que la capacidad jurídica excede la posibilidad de tomar decisiones por sí o por una tercera persona; guarda relación con el "ser persona"; de allí que las restricciones a la capacidad deben valorarse con sumo cuidado y criterio excepcional, por restringir un derecho humano: una limitación total de la capacidad jurídica por la sola existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial viola los principios de la Convención de Naciones Unidas.

De allí que toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y a su ejercicio "en igualdad de condiciones con las demás". El parámetro "en igualdad de condiciones" implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad podría verse limitada en aquellas condiciones en que "las demás personas" también podrían ver limitada su capacidad; es decir, no "exclusivamente por motivo de discapacidad". De allí que la eventual limitación que pueda establecerse -siempre referida a actos específicos- no puede basarse en criterios discriminatorios[13].

A partir del art 31 el CCyC establece un régimen de posibles restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica. Las restricciones a la capacidad no constituyen una "nueva categoría jurídica": la persona cuya capacidad ha sido restringida

11 Observación general N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11 período de sesiones, 31 de marzo al 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1.

12 Comisionado de Derechos Humanos. "¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial", Estrasburgo, 20 de febrero de 2012. www.commissioner.coe.int

13 Fernández, S.: "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos", *Revista Código Civil y Comercial,* La Ley, 2015 (julio), 01/07/2015, Buenos Aires, pp. 73 y ss.

para el ejercicio de determinados actos no es una persona incapaz ni tampoco "parcialmente incapaz": la capacidad jurídica es un derecho inherente a la condición de persona y lo que la normativa habilita es el establecimiento de determinadas restricciones para el ejercicio autónomo de ciertos actos, pero permanece subsistente la condición de capacidad; se trata de un régimen de restricciones parciales, excepcionales y revisables periódicamente. Sobre este particular se ha expedido la jurisprudencia argentina en estos términos: "La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual solo es limitada para determinados actos. Es decir, que la excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona, 'su discapacidad' (criterio subjetivo), sino que se restringe para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia (criterio objetivo). De este modo no existe en el Código Civil y Comercial un supuesto de restricción a la capacidad jurídica por motivo de discapacidad"[14].

El CCyC se estructura en torno a: (i) las restricciones particulares al ejercicio de la capacidad, que la limitan exclusivamente en la extensión determinada en la sentencia, manteniendo la regla de capacidad respecto a todos los actos que no han sido expresamente restringidos (arts. 32, 38 y concs.). A los fines de favorecer el ejercicio de estos actos por la persona se dispone el establecimiento de medidas de apoyo para la toma de decisiones (arts. 38, 43); (ii) como excepción, la declaración de incapacidad, de carácter restrictivo, en caso de absoluta imposibilidad de comunicación de la persona por cualquier medio, forma o formato adecuado y en tanto se evalúe como ineficaz el establecimiento de medidas de apoyo. El CCyC exige un criterio objetivo, que excede de un diagnóstico de la persona y/o de su pertenencia a un grupo social –personas con discapacidad-. Lo que se califica es la "absoluta" imposibilidad de interacción y/o comunicación por "cualquier modo, medio o formato adecuado"; imposibilidad no es cualquier complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto. Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo la figura de un curador que ejerza representación[15]. De tal modo, el supuesto de declaración de incapacidad no permitiría la realización del derecho a la celebración del matrimonio mediante un mecanismo sustitutivo, tal como no es permitido respecto a otros derechos personalísimos. Siendo que la persona se encuentra absolutamente impedida de expresar su voluntad, no podría manifestarla en relación a la celebración del acto jurídico del matrimonio.

14 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Mar del Plata, Argentina, sala III, 22-12-15, "D., J. s/insania y curatela", ED, 267-107, 2016.

15 Fernández, S.: "Comentario al art. 32", en Herrera, M., Caramelo G. y Picasso, S.: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* tomo 1, p. 87, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015, pp. 83 y ss.

Según el art. 31 del CCyC son principios generales que "la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume" y "las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona". En los casos en que operan estas restricciones al ejercicio, las mismas deben establecerse para actos determinados y la respuesta normativa consiste en la designación de los correspondientes sistemas de apoyo (art. 12 Convención de Naciones Unidas) que favorecerán la toma de decisiones por la persona y el respeto a sus voluntades y preferencias; así, el mecanismo de apoyo resulta la respuesta convencional y legal con miras a favorecer el ejercicio de la capacidad por parte de la persona con discapacidad, asegurar la información, facilitar la comunicación y comprensión previa y necesaria para la manifestación de voluntad tendiente a la realización de los actos y, según las condiciones que sean establecidas en la sentencia (conf. arts. 32 y 38[16]), hacerse parte o no de dichos actos, por cuanto su naturaleza no es la de sustitución ni la de integración sino justamente la de "apoyo", medida (art. 43[17]) o herramienta para el objetivo convencional de toma de decisiones personales.

III. EN POS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CELEBRAR MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La pregunta que cabe formular entonces es si la sola condición-situación-posición de discapacidad resulta un elemento determinante y suficiente a los fines de establecer restricciones en relación al ejercicio de actos personalísimos como lo es la celebración del matrimonio. Sostenemos que no y damos razones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la reglamentación de la capacidad jurídica por los Estados se ve comprendida dentro de los límites del "margen de apreciación estatal", en tanto y en cuanto no viole los principios de igualdad y no discriminación y, en especial, mientras no desdibuje y/o implique la directa anulación del derecho. Esta concepción permite indagar cuándo una determinada restricción al ejercicio de la capacidad jurídica constituye una injerencia estatal legítima, cumpliendo o respetando las nociones de razonabilidad y proporcionalidad y cuándo en cambio importa la violación a un derecho humano

16 "Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación".

17 "Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas".

fundamental. En los casos "Krušković" y "Alajos Kiss" el TEDH sostuvo que las restricciones a los derechos de las personas privadas de su capacidad jurídica si bien en principio no son contrarias al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no pueden llegar al extremo de anular los derechos de la persona[18]. Adicionalmente, si una restricción de derechos fundamentales se aplica a grupos sociales vulnerables que han sido históricamente discriminados, como ocurre en el caso de las personas con discapacidad, el margen de apreciación del Estado se reduce considerablemente, debiendo aportarse razones de peso para sostener la restricción[19]. En el caso del derecho a celebrar matrimonio, por las particularidades del mismo y su carácter personalísimo está claro que el mismo no puede "restringirse parcialmente"; de tal modo una restricción que implique prohibición a su realización sí importaría la directa anulación del derecho en los términos empleados por el TEDH. Asimismo en el asunto "Frasik contra Polonia" se afirmó que las limitaciones o prohibiciones impuestas por los Estados parte "no pueden reducirlo o restringirlo hasta el punto de afectar a su propia sustancia", por tanto, no pueden implicar, en la práctica, la prohibición del ejercicio del derecho[20] o la exclusión automática de un grupo determinado, como por ejemplo las personas que se encuentran en prisión[21].

A su turno, desde esta misma órbita europea es de interés señalar que el derecho a celebrar matrimonio se encuentra comprendido en el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que remite a las leyes nacionales que regulan su ejercicio (capacidad, prohibiciones, exigencias formales). Pero es útil advertir que tal y como apunta el TEDH, el derecho reconocido en el art. 12 CEDH no prevé ningún motivo que justifique la injerencia del Estado, como sucede en el art. 8.2 CEDH (injerencia prevista en la ley y necesaria en una sociedad democrática para proteger la salud, la moral o la protección de los derechos y libertades de terceros); de tal modo, respecto del derecho a contraer matrimonio y en atención al margen de apreciación reconocido a los Estados, el control de convencionalidad solo deberá verificar si la injerencia es arbitraria o desproporcionada[22].

Por su parte, la Convención de Nueva York en el art. 23.1.a) exige que se "reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges". Del tenor literal del precepto se deduce que solo la edad y el consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges son requisitos del

18 TEDH Krušković v. Croatia, Sentencia de 21 de junio de 2011, Expediente núm. 46185/08, párr. 30-32.

19 TEDH Alajos Kiss v. Hungary, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación núm. 38832/06, párr. 42.

20 TEDH asunto Goodwin e Y c. Reino Unido, 11 de julio de 2002.

21 TEDH, asunto Frasik c. Polonia y asunto Jaremowicz c. Polonia, 5 de enero de 2010.

22 Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 55-94.

matrimonio de las personas con discapacidad, a los que naturalmente habrán de sumarse las condiciones de ejercicio previstas con carácter general en la legislación nacional (impedimentos, formalidades, publicidad, etc.) y que no deberían contener, en principio, alusiones a las personas con discapacidad. Así entonces, si se combina la interpretación del TEDH y lo dispuesto en la CNY, la legislación nacional no podría establecer normas limitativas o prohibitivas del derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad que sean arbitrarias o desproporcionadas[23].

Avanzando en la normativa convencional específica, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad reconoce en su art. 23 el derecho a la vida familiar –el cual integra la celebración de matrimonio- y en su art. 19 el derecho a la vida independiente. Estas normas especifican el genérico derecho a la vida familiar contenido en el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dispone el art. 23 de la Convención de Naciones Unidas: "Respeto del hogar y de la familia 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y 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 las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales

23 Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p. 61.

a los menores con discapacidad y a sus familias. 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo 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. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar". A su turno y según el art. 19 en su parte pertinente, "Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; (…)". El reconocimiento del derecho a celebrar matrimonio permite a las personas con discapacidad elegir dónde y con quién vivir y en particular en qué condiciones, así como las resguarda de imposiciones en relación a vivir bajo un sistema de vida específico. En los términos del art. 19 de la Convención, "Vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten"[24].

1. Algunas soluciones en el derecho comparado.

En el derecho español, es de interés citar la ley 4/2017 del 28 de junio de modificación de la ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria. Esta última ley al establecer impedimentos o limitaciones con miras a la celebración del matrimonio refería a "deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales", locución evidentemente amplia, que interpretada literalmente, llevaba a que el encargado del Registro civil pidiera dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque la misma no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer, lo que, además, de absurdo, era contrario al art. 23.1.a de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006[25].

24 Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/5

25 de Verda y Beamonte. J.R.: "Una relectura de la legislación española en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales", *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 2019, núm. 95/1, pp. 431-482.

La ley 4/2017 es la respuesta a la demanda de la sociedad civil que, a través del movimiento asociativo de la discapacidad, "ha planteado a las fuerzas políticas, al Legislador y al Gobierno de la Nación, la modificación de este precepto para establecer, eliminando restricciones y proporcionando apoyos, un régimen legal favorecedor, de la celebración del matrimonio, si esa es la voluntad de las personas con discapacidad". La intención de la reforma es "favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio" (Preámbulo). La nueva redacción del párrafo segundo del art. 56 del Código Civil, dispone: "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. 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". Coincidimos en que la locución "condición de salud" parece un término demasiado amplio para acotar situaciones excepcionales[26]. No bastan meras dudas del encargado al respecto, sino que se requiere certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedir el dictamen, sino que deberá autorizar la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad[27]. Las deficiencias que pueden obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial pueden ser, tanto transitorias (por ejemplo, un estado de embriaguez o drogadicción), como duraderas, esto es, enfermedades o condiciones intelectuales graves que en el momento en que ha de celebrarse el matrimonio priven a quienes las padecen de la facultad de discernimiento y, en consecuencia, de la posibilidad de ponderar el significado y las consecuencias del consentimiento que deben prestar[28]. Calificada doctrina aclara que aún las personas sobre quienes haya recaído una sentencia de incapacitación podrán contraer matrimonio, si en el momento de la ceremonia nupcial tienen aptitud natural para prestar el consentimiento; y ello, sin necesidad de instar la previa modificación de la sentencia de incapacitación (y, por supuesto, sin necesidad de la autorización del tutor o curador), solución esta, que es conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad y al de libertad nupcial, que también permitirá

26 Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p. 82.

27 de Verda y Beamonte. J.R.: "Una relectura", cit., p. 470

28 de Verda y Beamonte. J.R.: "Una relectura", cit., p. 471.

al otro contrayente demandar la nulidad del matrimonio por error, si hubiera ignorado la enfermedad de aquel con quien se casa[29].

A su turno observamos que la derivación a producción de dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento resulta propia a un modelo médico hegemónico[30] apareciendo más apropiadas las alternativas que propone el CCyC argentino.

Concluyendo la interpretación con base en el derecho español, la STS de 15 de marzo de 2018 defiende "que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad… deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*".

Un modelo similar al argentino –que expondremos en última instancia-, es el que propone el derecho belga según ley del 17 de marzo de 2013 estableciendo un sistema basado en la "ordonnance" que ha de dictar el juez y en la que necesariamente ha de precisar los actos personales y patrimoniales que la persona protegida no puede realizar en atención a sus circunstancias y estado de salud (art. 492/1 CC); si el juez no especifica determinado acto, la regla es la capacidad conservada y, por tanto, la persona puede concluir el acto en cuestión. En ese listado de actos personales de naturaleza civil se incluye "el

29 de Verda y Beamonte. J.R.: "Una relectura", cit. p. 476.

30 La doctrina ha afirmado al respecto: "En este sentido, es acertada la perspectiva de la DGRN y del TS cuando afirman que exigir la capacidad natural para contraer matrimonio es coherente con su configuración como derecho humano, y, por lo tanto, respetuoso con los textos internacionales de derechos humanos de referencia (art. 12 CEDH y art. 23 CNY); ahora bien, su calificación como negocio jurídico exige una voluntad libremente formada y no aquejada de vicios invalidantes, que debe acreditarse ante el instructor del expediente, quien deberá auxiliarse de cuantos informes y pruebas precise para asegurarse de su existencia; y en este trámite procedimental se articula un instrumento de verificación que auxilia al instructor en la fase de control del consentimiento, el dictamen médico, que no debe verse como un obstáculo al *ius connubi* sino al contrario, como un elemento que permite sostener la validez del matrimonio y prevenir la influencia indebida; por tanto, alineado con el art. 12 CNY que impone a los Estados la obligación de garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en iguales condiciones con los demás (que concluyen válidamente actos y negocios jurídicos) y evitar la influencia indebida.
No solo es susceptible de control el consentimiento en el matrimonio de las personas con discapacidad mental o intelectual, también lo es en el matrimonio *in articulo mortis* o en el matrimonio de complacencia; en estos casos, existen circunstancias (la discapacidad mental o intelectual, la inminencia de la muerte o el elemento de extranjería) que pueden afectar a la validez del consentimiento y, por ello, para despejar las dudas y a fin de conjurar la nulidad, se imponen determinadas cautelas, en nuestro caso, el dictamen médico que el legislador ha extendido al matrimonio celebrado en peligro de muerte. Además, tal cautela permite detectar la existencia de influencia indebida, consecuencia de la fragilidad o vulnerabilidad que, a veces, presentan las personas con discapacidad mental o intelectual, dependientes de su entorno y de las personas que les dispensan atención y cuidados. Esta cautela cumpliría con la obligación impuesta a los Estados partes de establecer las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos en general y la influencia indebida en particular en el ejercicio del *ius connubi* de las personas con discapacidad.
Por ello, acaso podría cuestionarse no el establecimiento de cautelas que se ha visto no son arbitrarias, sino la naturaleza de las mismas; en este sentido, es bien conocido el rechazo del modelo social de la discapacidad a los dictámenes médicos considerados más propios del modelo médico rehabilitador, de suerte que una propuesta holística sería más conforme con aquel modelo y, en este sentido, podría proponerse la necesidad de recabar, en su caso, un informe familiar. social y psicosocial del contrayente. Este informe puede ser recabado hoy por el instructor del expediente a tenor de lo establecido en el art. 58 LRC, pero su carácter preceptivo, sin duda, contribuiría a la normalización del modelo social de la discapacidad. Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p. 82.

consentimiento matrimonial conforme a lo previsto en los arts. 75 y 146 del Código Civil", de suerte que si el juez no extiende la incapacidad al matrimonio, la regla es la capacidad y no hay requisito ulterior; si por el contrario el juez incluye en su selección el consentimiento matrimonial, al tratarse de un acto que no admite ni asistencia ni representación (art. 497/2 CC), se establece una cautela o mecanismo de protección denominado "autorisation dérogatoire". Esta autorización derogatoria del régimen de incapacidad previsto en la "ordonnance" que permite a la persona concluir el acto inicialmente prohibido, en aplicación del principio de proporcionalidad y de respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, exige, a tenor de lo dispuesto en el art. 145 CC, que el juez de paz valore la capacidad de la persona protegida para expresar su voluntad. Esta autorización derogatoria se ventila por el cauce previsto en el art. 1246 del Code judiciaire que prevé la audiencia de la persona protegida, de su administrador y, en su caso, de su persona de confianza. Asimismo, permite al juez de paz designar un médico experto para que emita opinión sobre el estado de salud de la persona protegida; recabar los informes que resulten útiles y oír a todas las personas que puedan ilustrarle en relación con la solicitud cursada. Por último, puede el juez de paz recabar informes de las personas que cuidan de la persona protegida o que acompañan en el cuidado de ella y su entorno[31].

En el derecho francés, se destina el art. 460 del CC, a regular las condiciones del matrimonio de la persona protegida, distinguiendo, en función de la medida de protección adoptada, que el matrimonio de una persona bajo curatela no es permitido sino con la autorización de un curador o en su defecto de un juez. El matrimonio de una persona bajo tutela no es permitido sin la autorización de un juez o del Consejo de Familia y luego de la escucha de los fututos contrayentes; mismos requisitos se exigen para la unión civil registrada (art. 461 CC). Así, en el derecho francés la existencia del consentimiento matrimonial es condición necesaria pero no suficiente, al quedar supeditada la celebración del matrimonio a la obtención de una autorización, del curador o de la autoridad judicial; esta autorización es la expresión de su consentimiento al matrimonio. No se determina a qué debe atenerse el curador o el juez de tutelas para autorizar el matrimonio. En este sentido, la doctrina especializada señala que al curador le corresponde comprobar que la persona protegida ha meditado su proyecto matrimonial y que está en condiciones de consentir válidamente ante el encargado del Registro Civil; el juez de tutelas, por su parte, debe, imperativamente, oír a los futuros contrayentes y, facultativamente, recabar la opinión de los padres y del entorno. En el trámite de audiencia podrá el juez comprobar que el proyectado matrimonio emana de una voluntad personal, seria y persistente, que la persona protegida está en condiciones de consentir y que el matrimonio es conforme a su interés personal

31 Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p. 85.

y patrimonial. La subordinación del consentimiento matrimonial a la obtención de tal autorización ha sido cuestionada ante los tribunales franceses, *Cour de Cassation* y *Conseil Constitutionnel,* -con resultado negativo- y, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En dicha instancia el demandante planteó su queja por la negativa al matrimonio, criticando el hecho de que su matrimonio está sujeto a la autorización del curador o del juez de tutela. Alegó una violación del artículo 12 de la Convención. Al resolver, la Corte recuerda que el artículo 12 del CEDH garantiza el derecho fundamental, de un hombre y una mujer, para casarse y formar una familia; el ejercicio de este derecho tiene consecuencias sociales, personales y legales, obedece tanto a las leyes nacionales procesales como sustantivas de los estados pero las limitaciones resultantes no deben restringirlo o reducirlo de una manera o en un grado que lo afectaría en su misma sustancia. En consecuencia, la cuestión de las condiciones necesarias para contraer matrimonio en las distintas legislaciones nacionales no está enteramente dentro del margen de apreciación de los Estados contratantes. Si es así, estos podrían prohibir completamente el ejercicio en la práctica del derecho al matrimonio. De modo que el margen de apreciación no puede ser tan amplio. Sin embargo, señala el TEDH, los órganos de la Convención han reconocido que las limitaciones del derecho a contraer matrimonio establecidos en la legislación nacional podrían incluir reglas formales, pero también disposiciones sustantivas basado en consideraciones generalmente reconocidas como de interés público, especialmente en términos de capacidad. A diferencia del artículo 8, que establece el derecho a respetar de la vida privada y familiar, y con el que el derecho "a contraer matrimonio y fundar una familia "tiene vínculos estrechos", el artículo 12 no proporciona ningún motivo que justifique la interferencia del Estado como permisible, tales como los que pueden invocarse en virtud del párrafo 2 del artículo 8 -que la interferencia sea "prescripto por la ley" y "necesaria en una sociedad democrática" o para "la protección de la salud o la moral" o "la protección de los derechos y libertades de los demás ". Por tanto, al examinar un caso desde la perspectiva de artículo 12, la Corte no aplica el criterio de "necesidad" o "necesidad social urgente" utilizado en el contexto del artículo 8, pero debe determinar si, tomando en cuenta el margen de apreciación del Estado, la injerencia denunciada fue arbitraria o desproporcionada. El Tribunal recuerda en primer lugar que la regulación no implica la privación del derecho a casarse, sino que el matrimonio está sujeto a una autorización previa, debido a la restricción de su capacidad legal, que es uno de los fundamentos sustantivos cuya relevancia es reconocido por la jurisprudencia. En vista de lo anterior, de las circunstancias del caso y el margen de apreciación de que gozan las autoridades internas, la Corte considera que las limitaciones impuestas a los derechos del solicitante a contraer matrimonio no han restringido o reducido este derecho de manera arbitraria o desproporcionado. En consecuencia, concluye que no hubo violación del artículo 12 de la Convención.

Finalmente, en el derecho suizo una persona sometida a curatela general, si tiene capacidad de discernimiento podrá contraer matrimonio sin requisito ulterior. La capacidad de discernimiento implica que los cónyuges estén en condiciones de comprender el sentido y alcance del compromiso adquirido y su consecuencia inmediata, la constitución de una comunidad de vida. En el procedimiento preparatorio previo a la celebración del matrimonio, el encargado del Registro deberá verificar que se cumplen las condiciones exigidas para la celebración del matrimonio, en particular la inexistencia de elementos que permitan concluir que la solicitud no responde a la expresión de la libre voluntad de los interesados (art. 100.al.1.3 CC). Si en el momento de la celebración el contrayente fuere incapaz de discernimiento y no lo recupera desde entonces, podrá anularse el matrimonio sobre la base de lo dispuesto en el art. 106 al.2 CC español[32].

2. La celebración del matrimonio en el derecho argentino.

Corresponde ahora adentrarnos en cómo normativiza el derecho interno argentino la realización del derecho a celebrar matrimonio por parte de las personas con discapacidad. La primera aclaración que en esta instancia debemos formular es que consideramos que una sentencia de restricción a la capacidad no podría en términos generales y en el marco de limitación de otros actos jurídicos –generalmente de administración y/o de disposición- prohibir o restringir la celebración del acto de matrimonio. Planteamos este posicionamiento porque lamentablemente suele observarse en muchas sentencias judiciales restricciones genéricas e indiscriminadas, tales como las de "el derecho a votar, testar o celebrar matrimonio", como si se tratara de actos similares o reflejos y sin expresar ni dar razones que sostengan este tipo de decisiones. Claramente estas resoluciones importan la aplicación de principios estereotipados en torno a la comprensión y reconocimiento de autonomía de las personas con discapacidad e incluso equiparan actos absolutamente diversos como los son los relacionados con el ejercicio de derechos políticos, la disposición de derechos patrimoniales para después de la muerte y el derecho a formar una familia. Muchas veces no surge ni siquiera de las evaluaciones interdisciplinarias los fundamentos profesionales que permitan sostener las conclusiones que se suscriben. Menos aún emergen de los cuerpos de las sentencias. Otras veces las limitaciones a priori en torno a la celebración del matrimonio se apoyan en la "condición" –diagnóstica- de discapacidad, equiparando discapacidad con incapacidad para la celebración de actos. Sobre el particular, debemos recordar que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad se ha expedido en la ya citada Observación General Núm. 1 sobre el art. 12 de la Convención, resaltando las diferencias entre los conceptos de "capacidad jurídica" y "capacidad mental" en los siguientes términos: "En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado

32 Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p. 92.

hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio".

Efectuada esta aclaración preliminar, y en torno ya a la pregunta sobre el modo en que el derecho interno argentino regula la celebración del matrimonio en el caso de las personas con discapacidad, el CCyC en su art. 403 establece los requisitos para la celebración del matrimonio, incorporando como impedimento para el mismo en su inc. g.) "la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial". La primera cuestión para resaltar es que este art. 403 no establece un impedimento de carácter "previo" a la celebración del acto, sino que el mismo se evalúa justamente en dicho momento concreto: queremos con ello decir que consideramos improcedente –como adelantamos- las restricciones "en abstracto" o "previas" para la celebración del matrimonio. Más aún cuando el CCyC otorga salvaguardas expresas para el supuesto en que se pretenda celebrar un matrimonio en el marco del impedimento descripto, tales como la oposición de los terceros autorizados por la ley (art. 412), o la acción de nulidad del matrimonio (art. 425), por lo cual el "temor" a la celebración de un acto en el marco de un impedimento no puede fundamentar ni justificar una restricción genérica a este derecho personalísimo.

El segundo aspecto a señalar es que según el ordenamiento jurídico argentino la discapacidad no es *per se* una razón legitimante de la limitación del

acto de matrimonio. La norma alude genéricamente a la falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto, con lo cual comprendería posiblemente diversidades funcionales relacionadas con la discapacidad mental e intelectual, no así *v.gr.* la discapacidad física ni sensorial. En este sentido desde la jurisprudencia comparada se ha entendido que "la capacidad para contraer matrimonio no es la plena capacidad de obrar, no se requiere que los contrayentes estén en pleno goce de sus facultades mentales e intelectuales, basta la capacidad natural, el discernimiento suficiente para conocer el compromiso que adquieren"[33]. A su turno en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 15 de marzo de 2018 en la que, cuestionada la validez del matrimonio celebrado por una persona con discapacidad mental, el Alto Tribunal estima el recurso de casación al entender que "no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como 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 del *favor matrimonii*... Ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, (por ello) la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad"[34].

Retomando al derecho argentino, la pregunta es entonces cómo es posible sortear este obstáculo cuando quien ha de celebrar el acto –el oficial público del Registro de estado civil y capacidad de las personas- considere que el peticionante del acto jurídico no cuenta con el discernimiento suficiente para ello. Frente a esta situación el art. 405 del CCyC regula la llamada dispensa judicial que posibilita la celebración del acto en estos casos, disponiendo: "Falta de salud mental y dispensa judicial. En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente". De tal modo entonces, para el derecho argentino, la situación planteada obliga a la judicialización tendiente a obtener una "dispensa" o autorización para la celebración del acto matrimonial. Este trámite

33 SAP Madrid (22ª), de 10 de enero de 2003 y 15 de marzo de 2013; cit. sin indicación de publicación o registro por Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p. 73, nota al pie 46.

34 STS de España 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478); en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 396-409, con nota de De Verda y Beamonte, J.R.: "Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer".

está sujeto a los siguientes recaudos: a) entrevista personal con los contrayentes y b) dictamen previo del equipo interdisciplinario, como así también el cumplimiento de un recaudo facultativo, consistente en c) entrevista personal con su apoyo o representante legal, con el objeto de verificar que el individuo afectado por el impedimento que se pretende sortear, d) comprende las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y e) cuenta con aptitud para la vida de relación[35].

Sobre esta regulación consideramos necesario efectuar algunas consideraciones. La primera es que no coincidimos con el carácter facultativo que la ley asigna a la entrevista del juez o jueza con el apoyo de la persona con discapacidad, por cuanto atento las funciones que el mismo inviste resulta esencial la entrevista personal por el magistrado o magistrada incluso como forma de evaluar si a la persona con discapacidad se le ha asegurado y facilitado la comprensión, información y conocimiento de las circunstancias relativas al acto y si el apoyo resulta idóneo para la función que le compete con miras a su realización. En cuanto al rol de los apoyos con relación a la celebración del acto jurídico del matrimonio, la ya citada Observación General Núm. 1 del Comité sobre capacidad jurídica, alerta que "f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad" (pto 29, f). Por su parte, la mención a la representación legal que emplea el artículo del CCyC parecería desajustada si consideramos que la sustitución por medio de la figura de un curador solamente compete en el caso de la declaración de incapacidad y tratándose éste de un supuesto en que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de manifestar su voluntad, no pareciera posible la prestación del consentimiento para el acto del matrimonio.

A su turno, en cuanto a los parámetros que tendrá en consideración el juez o jueza para conceder la dispensa o autorización el CCyC refiere a la comprensión de las consecuencias del acto jurídico así como a la aptitud de la persona para la vida de relación. También formulamos un par de consideraciones al respecto. Con relación a la comprensión de las "consecuencias del acto jurídico" sostenemos que no deben pensarse las mismas como prioritariamente relativas a los efectos jurídicos patrimoniales que la celebración del matrimonio genera –régimen patrimonial del matrimonio- por cuanto si bien es cierto que la celebración del matrimonio y la gestación del consecuente régimen patrimonial importa consecuencias jurídicas para los contrayentes –vgr. sometimiento a un régimen de deudas y responsabilidades patrimoniales- no menos cierto es que el CCyC regula

35 Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras, N.: *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 173 y ss.; arts. 3, 7, 38, 403 inc. "g", 405, 2357 y conc. CCyC.

dicho régimen patrimonial bajo los principios de igualdad y solidaridad entre los contrayentes y que incluso permite la opción por el régimen patrimonial, aspecto sobre el que debería informarse al futuro contrayente con discapacidad y a su sistema de apoyo, a fin que previa la información y comprensión necesaria, defina la conveniencia de uno u otro régimen –comunidad de ganancias o separación de bienes- según cuál de ellos resulte más protectorio de los derechos de la/s persona/s con discapacidad –pues es posible que solo uno/a de los/las contrayentes o ambos sean personas con discapacidad-. Pensamos que limitar la habilidad nupcial a la valoración de cuestiones de carácter patrimonial resulta, al menos, excesivo, toda vez que existen en el propio sistema medidas que permiten incluso proteger y resguardar el patrimonio del cónyuge comprometido. Tampoco debe obviarse que si la persona fue restringida en relación a los actos de naturaleza patrimonial, cuenta con la figura de su apoyo que operará en ese control patrimonial.

Desde la doctrina se sostiene que toda cautela que no esté dirigida única y exclusivamente a la verificación de una voluntad libremente formada y exteriorizada a través del consentimiento supone una vulneración del derecho a contraer matrimonio sobre la base de un consentimiento pleno y libre de los esposos reconocido en el art. 12 CEDH y en el art. 23 CNY. Si la autorización del curador y, en su defecto, la del juez atienden a circunstancias ajenas a la capacidad de consentir y se basan en riesgos de orden patrimonial, acaso la solución no pase por prohibir el matrimonio, sino por articular mecanismos de separación patrimonial o de supervisión de la actividad financiera o del mantenimiento en el cargo del curador. Precisamente a esto se refiere la Convención de Nueva York cuando, en su art. 12, impone a los Estados la adopción de las salvaguardas necesarias para que las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica (matrimonio) en igualdad de condiciones con los demás, igualdad que requeriría el mantenimiento tras la celebración del matrimonio de los apoyos previstos en el ámbito patrimonial (control y supervisión del curador). En conclusión, una postura tal se trata de una perspectiva paternalista y de una infantilización de las personas con discapacidad: implica, en definitiva, un régimen de sustitución en la adopción de la decisión más íntima y personal de la vida de las personas, al conceder a un tercero la facultad de impedir la celebración del enlace para proteger, en este caso, el patrimonio de la persona protegida[36].

Por su parte, consideramos en refuerzo de esta posición en torno a evitar la sobredimensión de la cuestión patrimonial, que el Código alude a la valoración acerca de la "aptitud para la vida de relación", lo cual da cuenta que el ordenamiento pone el énfasis en las consecuencias personales de la celebración del acto y no prioritariamente en las patrimoniales. Sobre este aspecto, no obstante, formulamos también una consideración de alerta en torno a con qué

36 Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p. 90.

parámetros y bajo qué estándares se determinará dicha "aptitud para la vida de relación". Y ello así porque si partimos del principio de igualdad y no discriminación y de la ya referida prohibición de discriminación por motivos de discapacidad entendemos debe serse sumamente cuidadoso en torno a introducir y evaluar requisitos que no se testean en general para las personas sin discapacidad en forma previa a la celebración de su matrimonio. Así como las personas no están sometidas a escrutinios respecto a sus aptitudes, habilidades para la convivencia o el desempeño en el hogar, construcción de relaciones positivas, buenos vínculos o carácter adecuado para la convivencia, corresponde decir que estas evaluaciones relativas a la "aptitud para la vida de relación" no podrán basarse en preconcepciones, prejuicios o significaciones estereotipadas respecto de lo que significa –según dichos estereotipos- la "vida de relación" de una persona con discapacidad en contraposición a la que se entendería "adecuada vida de relación" para el caso de una persona sin discapacidad. En concreto, ¿quién determina y bajo qué parámetros, qué es una adecuada vida de relación? ¿Es suficiente la justificación que aporta la norma en torno a que dicha evaluación surgiría de un examen interdisciplinario? ¿Es posible encontrar sesgos estereotipados aún en dichos exámenes profesionales? Pensamos que sí y por ello la necesidad de alertar respecto a que todas las evaluaciones al respecto –sean de parte del magistrado o magistrada como de su equipo interdisciplinar- deberán preservar los estándares de no discriminación por motivos de discapacidad y de igualdad inclusiva. En apoyo de lo que sostenemos entendemos pertinente adicionar que las personas con discapacidad mantienen relaciones y uniones afectivas e incluso pueden integrar una unión convivencial (arts. 509 y 510 del CCyC), supuestos en los cuales el Estado no evalúa sus aptitudes ni condiciones y que se desarrollan bajo los principios de autonomía personal y eventualmente acompañamiento y apoyo de familiares, allegados y personas de confianza.

Como aporte final, ofrecemos dos sentencias judiciales en que se ha resuelto en el marco de la acción de dispensa judicial descripta, la autorización específica para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad. En primer lugar, el Juzgado Civil y Comercial de Azul[37], Provincia de Buenos Aires, resolvió en fecha 19/5/2016, el pedido de autorización judicial planteado por el curador e hijo de una mujer con discapacidad a quien se había privado de su capacidad civil –incapacidad- a la luz del régimen anteriormente vigente –Código Civil derogado-. En el caso, sin perjuicio que a la fecha de resolver no había sido practicada la reevaluación de la sentencia en los términos del art. 40 del CCyC, el magistrado asume el análisis de la cuestión. El pedido comprendía la autorización para celebrar matrimonio con quien resultaba el conviviente durante más de veinte años, relación familiar de la cual habían nacido hijos. Cumplida la evaluación interdisciplinaria relativa al objeto

37 Juzgado Civil y Comercial del Depto Judicial de Azul, Argentina, 19/5/2016, "P., M. P. s/ Dispensa para contraer matrimonio", expte 50216. Disponible en https://jurisprudencia.colegioabogadosazul.org.ar/51.

concreto de autorización, la entrevista personal con la solicitante, así como con su apoyo y con el otro contrayente, el Juez resolvió autorizar la celebración del acto matrimonial. Para ello sostuvo "(…) M. no sólo comprende las consecuencias del acto que va a celebrar, sino que además puede explicarlas adecuadamente y exteriorizar sus propias motivaciones para concretarlo. De igual modo, se debe concluir que cuenta con aptitud para la vida en relación, refrendado ni más ni menos que por la conformación de un grupo familiar que ha subsistido a lo largo de -cuanto menos- veinte años". Este caso nos muestra y confirma lo que más arriba afirmamos en torno a que las personas desarrollan sus proyectos vitales muchas veces al margen de la injerencia del Estado y que por tal razón debe serse sumamente cauteloso –amén que ajustarse a los estándares convencionales- a la hora de desconocer o restringir derechos.

El segundo caso que citaremos fue resuelto en la provincia de Entre Ríos, por el Superior Tribunal de Justicia en fecha 11/06/2020[38]. El mismo es elegido porque las sentencias de las instancias inferiores –que el Superior Tribunal revisa y modifica- presentan el sesgo de limitantes estereotipadas y genéricas relativas a actos de naturaleza absolutamente disímil entre los que se incluye la celebración de matrimonio. En efecto, el Superior Tribunal se avoca al conocimiento de la situación a partir del recurso extraordinario interpuesto por la Unidad de Letrados en Procesos de Salud Mental dependiente del Ministerio Público de la Defensa, contra la sentencia dictada por la Sala I en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concordia, que resolvió desestimar el recurso de apelación propuesto por la Unidad de Letrados en Salud Mental y confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la restricción de la capacidad de la recurrente, y estableció como salvaguardia la necesaria autorización judicial para realizar disposiciones testamentarias, contraer matrimonio e ingresar a establecimientos militares, de seguridad y religiosos. Las restricciones se complementaron asimismo en relación a los siguientes actos –no cuestionados en el recurso extraordinario-: a) actos de disposición y administración de sus bienes por un valor que resulte equivalente o superior al ingreso mensual de la pensión de la cual es titular; b) actos de disposición, administración, garantía a título oneroso o gratuito de sus bienes registrables e inmuebles; c) contrataciones que comprometan sus ingresos a futuro o asumir obligaciones en el mismo sentido; d) gestiones en actuaciones judiciales y/o administrativas; y e) prácticas médicas y de investigación en los supuestos de excepción previstos por el art. 59 del CCC. La recurrente aduce que la sentencia no fundamenta sobre qué se intenta protegerla con la restricción para contraer matrimonio dispuesta, aplicando un paternalismo extremo en violación al art. 31 inc. b del CCC. Señala que la Cámara se funda exclusivamente en un diagnóstico –trastorno bipolar- para negar a su asistida la realización de

38 STJ, Entre Ríos, Argentina, 11/06/2020, I. C. s. Restricciones a la capacidad, Acuerdo Especial del 8/4/2020, Anexo I, pto. 15, Rubinzal Online; RC J 5865/20.

su proyecto de vida. Destaca que el diagnóstico no debe reforzar el estigma de la discapacidad, debiendo tenerse en cuenta lo que se conoce como el principio de "la dignidad del riesgo", es decir el derecho a transitar y vivir en el mundo con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. Indica que el informe del Equipo técnico interdisciplinario no aporta ningún dato del que se pueda inferir fundamento alguno para restringirle el derecho a contraer matrimonio, lo que tampoco es expuesto en las sentencias de grado. Dice que se le está quitando la posibilidad de contraer nupcias "de antemano" o "en abstracto", ya que aún ni siquiera se cuenta con datos respecto de que con quién pretenderá casarse, cuándo o dónde; pero que pese a ello pareciera darse por sentado que su parte cometerá un error con dicha decisión. Expresa que el impedimento del art. 403, inc. g) procede por falta de discernimiento para el acto matrimonial al momento del mismo, y no antes, por lo que no se debe restringir en abstracto. Afirma que resulta sumamente estigmatizante y discriminatorio para su parte que además de tener que vivir en un geriátrico a la edad de cuarenta (40) años, teniendo un hijo mayor, estando en la actualidad empleada en un programa de la Municipalidad de Concordia, y dando clases de arte en un hogar, tener que pedir autorización para contraer matrimonio y ser tratada en forma diferencial respecto de los demás ciudadanos mayores.

El Superior Tribunal revoca la sentencia de anterior instancia y señala sus vicios en los siguientes términos: "la inconveniente disminución en abstracto de la libertar para contraer nupcias debió contar con un respaldo motivacional por parte de la magistratura que le permitiese arribar a la confirmación del mencionado "recaudo previo". Esta carencia argumental conlleva, además, una arbitrariedad, y con ello la vulneración del principio reinante en la materia que procura que en los procesos como el de autos la afectación de la autonomía personal debe ser la menor posible". En concreto el Superior Tribunal alude a que los informes expedidos por el Equipo técnico interviniente bajo ningún aspecto aseveraban ni problematizaban las habilidades de la señora para la vida de relación ni su consecuente discernimiento para la celebración del acto jurídico de matrimonio. Sostiene en esta línea con relación a la previa autorización judicial para contraer matrimonio establecida en la sentencia, que "la protección pretendida en realidad trunca anticipadamente la autonomía de C., y la coloca en una situación de desigualdad y marginación en clara contradicción con el ordenamiento jurídico. Ello por cuanto las disposiciones de fondo que regulan el instituto del matrimonio expresamente prevén mecanismos tuitivos y de salvaguardia de cualquier persona que se vea privada de discernimiento para la celebración del matrimonio (arts. 403, inc. g, y 405 del CCC), acto para el cual el consentimiento no puede someterse a modalidad, plazo, condición o cargo alguno, ni contar con vicios en el mismo (arts. 408 y 409 del CCC), y frente al cual se contempla la posibilidad de oposición a su concreta celebración al verificarse alguno de los impedimentos previstos (arts. 410 y ss. del CCC), y en caso que este

se hubiese llevado delante de todas formas, la posibilidad de declarar su nulidad (art. 425, inc. b, del CCC). Frente a esto último no debe olvidarse que el acto matrimonial se celebra públicamente, con la presencia de testigos, imbuido de las demás formalidades que requiere la ley y frente al oficial público, quien de advertir la existencia del impedimento previsto en el art. 403, inc. g, -o cualquier otro-, suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad de los contrayentes o se rechace la oposición (art. 418 del CCC)". Por los argumentos expuestos, se modifica la sentencia recurrida, eliminándose la restricción previa establecida con relación a la celebración del matrimonio.

IV. PALABRAS FINALES.

La noción de dignidad resulta la base a la luz de la cual se sostienen los principios troncales de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ahora bien, el concepto mismo de dignidad ha sufrido a lo largo de la historia profundas evoluciones; es la idea de dignidad la que, paradójicamente, ha sido útil para proteger la integridad física y espiritual de las personas, como también indirectamente ha consentido la estigmatización de ciertos colectivos diferentes. Ello, pues la concepción tradicional de dignidad fue asociada al modelo de ser humano caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Éste es el sujeto o agente moral autónomo, quien puede participar en la discusión ética, desde una perspectiva relacionada con la autoconstrucción del propio plan o proyecto de vida. En tanto, quienes no presenten estas aptitudes o enfrenten mermas en el ejercicio de su autonomía plena, encontrarían ciertas dificultades para su inclusión en este discurso[39]. La cuestión que emerge aquí es, entonces, si la existencia de una discapacidad en una persona importa o involucra algún tipo de razón y si en tal caso la misma es una razón "suficiente y necesaria" a los fines de legitimar su exclusión del contrato social y de sus principios básicos. Si los actores del discurso ético jurídico son las personas consideradas "capaces o con capacidad" para darse sus propias reglas y principios, aquellos que no poseen la racionalidad exigida, aquellos que presentan alguna discapacidad, no son considerados actores. Buenos ejemplos de ello lo han constituido tradicionalmente los niños y las personas con discapacidad, quienes no son considerados sujetos del discurso, sino objetos, quedando su horizonte moral pendiente de la decisión de los sujetos capaces[40]. La propuesta que apunta a superar esta doctrina determinista se asienta en el enfoque de las capacidades y es desarrollada por Nussbaum; no pretende siquiera ser una

39 Fernández, S.: "Los cuerpos dóciles. El ejercicio de derechos personalísimos en el campo de la salud por las mujeres con discapacidad", en AA.VV.: *Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires, 2017, p. 77.

40 De Asís Roig, R.: "Sobre la capacidad", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión sobre la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad* (coord. F. Bariffi y A. Palacios), Ediar, Buenos Aires 2012, p. 14.

doctrina política completa sino una doctrina política acerca de los derechos básicos que se limita a especificar algunas condiciones necesarias para que una sociedad sea mínimamente justa, a través de un conjunto de derechos fundamentales para todos los ciudadanos. No garantizar estos derechos constituye una violación especialmente grave de la justicia básica, pues se pretenden implícitos en la noción misma de dignidad humana y de una vida acorde con ella[41].

Consideramos que estos derechos básicos involucran sin duda alguna los derechos personalísimos y, entre ellos, el derecho a la celebración del matrimonio. El objetivo, en los términos convencionales, debe ser el aseguramiento y la promoción de los derechos, bajo una lógica o perspectiva de igualdad inclusiva y la cuestión que nos involucra demuestra que la verdadera igualdad –igualdad real- para las personas con discapacidad no se agota en soluciones relacionadas con la accesibilidad física o del entorno, sino que impone un más profundo cambio actitudinal, del propio tejido social que garantice la visualización de estas personas como tales: titulares de derechos de cumplimiento tan imperativo como el esperable para todas las personas humanas.

En resumen, y retomando a Nussbaum "(….) las cuestiones de la justicia están siempre sobre la mesa (…) En otras palabras, queremos universales que se caractericen más por facilitar que por tiranizar, que creen espacios para la elección más que forzar a la gente a entrar en el modelo total de funcionamiento deseado"[42].

41 Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Paidos, Buenos Aires, 2012. p. 162.

42 Nussbaum, M.: *Las fronteras*, cit., p. 162.

BIBLIOGRAFÍA

De Asís Roig, R.: "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder", en AA.VV.: *Los derechos de las personas con discapacidad, perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas* (coord. I. Campoy Cervera), Dykinson, Madrid, 2004.

De Asís Roig, R.: "Sobre la capacidad", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión sobre la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad* (coord. F. Bariffi y A. Palacios), Ediar, Buenos Aires, 2012.

De Verda y Beamonte. J.R.: "Una relectura de la legislación española en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales", *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 2019, núm. 95/1, pp. 431-482.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España 145/2018, de 15 de marzo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 396-409.

Fernández, S.: "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos", *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley 2015 (julio), 01/07/2015, Buenos Aires.

Fernández, S.: "Comentario al art. 32", en Herrera, M., Caramelo G. y Picasso, S.: *`Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* tomo 1, p. 87, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015.

Fernández, S.: "Los cuerpos dóciles. El ejercicio de derechos personalísimos en el campo de la salud por las mujeres con discapacidad", *Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires, 2017.

Ferreira, M.A.: "La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social", en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 17, 2008-1

Guilarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución,* 32, 2018, pp. 55-94.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y LLoveras, N.: *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I; arts. 3, 7, 38, 403 inc. "g", 405, 2357 y conc. CCyC

Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión.* Paidos, Buenos Aires, 2012.

Palacios, A.: *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* Cermi, Madrid, 2008.

Palacios, A. y Romañach, J.: *El modelo de la Diversidad*, Diversitas, Madrid, 2007.

Palacios, A.: "Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos" en Palacios, A.; Fernández, S.; Iglesias, M.: *Situaciones de discapacidad y derechos humanos.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

Palacios, A.; Fernández, S.; Iglesias, M.: *Situaciones de discapacidad y derechos humanos.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Observación general Núm. 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11 período de sesiones, 31 de marzo al 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1.

Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/5.

Comisionado de Derechos Humanos. "¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial", Estrasburgo, 20 de febrero de 2012. www.commissioner.coe.int

JURISPRUDENCIA

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Mar del Plata, Argentina, sala III, 22-12-15, "D., J. s/insania y curatela", ED, 267-107, 2016.

Juzgado Civil y Comercial del Depto Judicial de Azul, Argentina, 19/5/2016, "P., M. P. s/ Dispensa para contraer matrimonio", expte 50216. Disponible en https://jurisprudencia.colegioabogadosazul.org.ar/51.

SAP Madrid (22ª), de 10 de enero de 2003 y 15 de marzo de 2013; cit. sin indicación de publicación o registro por Guitarte Martín-Calero, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución,* 32, 2018, p. 73, nota al pie 46.

STS de España, de 15 de marzo de 2018 (RAJ 2018, 1478).

STJ, Entre Ríos; Argentina, 11/06/2020, I. C. s. Restricciones a la capacidad, Acuerdo Especial del 8/4/2020, Anexo I, pto. 15, Rubinzal Online; RC J 5865/20.

TEDH Krušković v. Croatia, Sentencia de 21 de junio de 2011, Expediente no. 46185/08, párr. 30-32.

TEDH Alajos Kiss v. Hungary, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación no. 38832/06), párr. 42.

TEDH asunto Goodwin e Y c. Reino Unido, 11 de julio de 2002.

TEDH, asunto Frasik c. Polonia y asunto Jaremowicz c. Polonia, 5 de enero de 2010.

LAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA DEL LIBRO BLANCO EUROPEO SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL*

PROPOSALS FOR LEGISLATIVE REFORM OF THE EUROPEAN WHITE PAPER ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE FIELD OF SAFETY AND CIVIL LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 438-487

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación financiado "Derecho e Inteligencia Artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robótica", Ref. PID2019-108669RB-100/AEI/10.13039/501100011033, del que es investigadora principal la Dra. Margarita Castilla Barea.

Isabel ZURITA MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El objetivo de este trabajo se centra en el análisis de las principales controversias relativas a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por entes inteligentes como productos defectuosos, que recogen tanto el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial como el Informe adjunto al mismo. Ambos textos ponen en relación la normativa sobre seguridad de los productos y la de responsabilidad civil, que se intenta clarificar en este estudio en su aplicación particular a los daños causados por las máquinas inteligentes, analizando las propuestas de reforma que formula la Comisión desde el marco del ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial; robot inteligente; responsabilidad civil; productos defectuosos; seguridad de los productos.

ABSTRACT: *The aim of this paper is focused on the analysis of the main controversies related to civil liability derived from damages caused by intelligent entities such as defective products, which include both the White Paper on Artificial Intelligence and the Report attached to it. Both texts relate the regulations on product safety and civil liability, which this study attempts to clarify in its particular application to damage caused by intelligent machines, analyzing the reform proposals made by the Commission from the framework of the Spanish legal system.*

KEY WORDS: *Artificial intelligence; intelligent robot; civil liability; defective product; product safety.*

SUMARIO.- I. CONTEXTUALIZACIÓN PREVIA.- 1. Antecedentes: las sucesivas iniciativas de la Unión Europea.- 2. Los objetivos del Libro Blanco.- II. EL LIBRO BLANCO.- 1. Un ecosistema de confianza: un marco regulador claro en la UE.- 2. Ámbito y definición de inteligencia artificial a los efectos del Libro Blanco.- 3. Supervisión humana, destinatarios y cumplimiento y ejecución de los requisitos.- III. EL INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE LAS REPERCUSIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, EL INTERNET DE LAS COSAS Y LA ROBÓTICA.- 1. La seguridad de los productos.- 2. La responsabilidad civil.- IV. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE PRODUCTOS DEFECTUOSOS A LOS ENTES INTELIGENTES Y PROPUESTAS DE MEJORA LEGISLATIVA.- 1. La distinción entre producto y servicio.- A) El programa informático autónomo como producto.- B) El creador del programa como productor.- C) El programador como prestador de servicios.- 2. El problema de la prueba.- A) El concepto de producto inseguro.- B) La carga de la prueba del defecto.- C) La prueba de la relación de causalidad.- D) Impredecibilidad del sistema inteligente y presunción de defectuosidad.- E) La prueba de la culpa y la culpa de la IA.- 3. El concepto de puesta en circulación del producto y los riesgos del desarrollo.- 4. La determinación del modelo de responsabilidad, con un enfoque basado en el riesgo y la responsabilidad objetiva.- V. RECAPITULACIÓN: UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL LIBRO BLANCO.

I. CONTEXTUALIZACIÓN PREVIA.

1. Antecedentes: las sucesivas iniciativas de la Unión Europea.

Como en tantos otros ámbitos, la prolífica actividad documental de la Unión Europea en materia de Inteligencia Artificial (IA) resulta tan abrumadora como inabordable. Se nos hace tarea poco menos que ilusoria compilar y sistematizar, de forma exhaustiva, la ingente cantidad de documentos de diversa índole – directivas, resoluciones, informes, dictámenes, comunicaciones...-, emitida por muy distintos órganos e instituciones europeos sobre cuestiones relacionadas con este tema. En realidad, tan hercúleo empeño, nos parece a la par inalcanzable e innecesario.

A los efectos del estudio que aquí queremos exponer, entendemos suficiente recordar los pasos más importantes emprendidos en este terreno en la órbita comunitaria, desde el conocido Proyecto RoboLaw[1] de 2012, hasta la aparición

1 Los primeros pasos de la Unión Europea en esta materia pueden encontrarse en el llamado proyecto Robolaw -coordinado por la Dra. Erika Palmerini, de la "Scuola Superiore Sant'Anna" de Pisa-, habilitado presupuestariamente por la Comisión Europea en 2012, cuyo objetivo final era la elaboración de un informe que recogiera todas las cuestiones éticas y legales que planteaban los robots, estudiara la aplicabilidad de la normativa actual y ofreciera al mismo tiempo sugerencias de una futura legislación de la Unión y de los Estados miembros. Entre las conclusiones del informe se plantea la posibilidad de considerar la personalidad del robot, la necesidad de atender a criterios éticos desde el diseño del robot y de interpretar ampliamente, debatir y regular las human "enhancement technologies", y, finalmente, la necesidad de

• Isabel Zurita Martín
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: isabel.zurita@uca.es

del Libro Blanco sobre inteligencia artificial. En este "iter" debe destacarse, entre los documentos más significativos emitidos por la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, que, puede decirse, marcó un punto de inflexión en el tratamiento de la materia de cara a las futuras líneas de actuación, y sentó las bases de las reflexiones y actuaciones que posteriormente se han emprendido en los ámbitos de la seguridad y la responsabilidad civil. Por medio de esta resolución, el Parlamento pide a la Comisión que presente una propuesta de instrumentos legislativos y no legislativos sobre responsabilidad, en el entendimiento de que el marco normativo vigente resulta insuficiente para atender las especificidades de la robótica, y propone reflexionar sobre la posibilidad de conceder personalidad jurídica a los robots inteligentes. Por lo que se refiere al futuro instrumento legislativo, en la consideración del Parlamento la Comisión debe determinar si aplicar el enfoque de la responsabilidad objetiva o el de gestión de riesgos e insta a la Comisión a presentar una propuesta de Directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica siguiendo las recomendaciones detalladas que figuran en su propio Anexo, en el que se incluye una Carta sobre Robótica[2].

Con posterioridad, distintos organismos europeos han ido emitiendo dictámenes e informes de carácter específico o en sectores concretos, así como documentos de contenido más general u omnicomprensivo. Escaso tiempo después de la Resolución del Parlamento, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) emitió el Dictamen sobre "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad", de 31 de mayo de 2017, respondiendo a algunas de las cuestiones señaladas por el Parlamento. Por medio de este documento, el CESE revela un decidido compromiso por la defensa de una visión de la IA basada en el control humano y el claro rechazo a la introducción de cualquier tipo de personalidad jurídica para los robots[3].

Entre los documentos más generales debe destacarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité

estudiar la reforma de las normas sobre responsabilidad civil para acompasar la necesaria seguridad del consumidor con el avance de la tecnología. Se puede consultar en http://www.robolaw.eu/

2 2015/2103 (INL). El texto, del que fue ponente la luxemburguesa Mady Delvaux, y para el que se solicitaron informes de expertos –entre ellos, de la profa. Palmerini y el prof. Bertolini-, fue aprobado por mayoría (396 votos a favor, 123 en contra y 85 abstenciones). El Parlamento contó, no solo con el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos, sino con las opiniones de la Comisión de Transportes y Turismo, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, de la Comisión de Industria, Investigación y Energía, y de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (A8-0005/2017).

3 (2017/C 288/01). Se puede consultar en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES

Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de abril de 2018, "Inteligencia artificial para Europa'[4], que parte de la necesidad de que el desarrollo y utilización de la IA se enmarque en un entorno de confianza y se establezca la obligación de rendir cuentas. La Comisión anuncia en esta Comunicación la publicación de un documento de orientación para la interpretación de la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como un informe acerca de los marcos en materia de responsabilidad y de seguridad en relación con la IA, el Internet de las cosas y la robótica, donde se analicen las repercusiones de carácter general y las posibles lagunas y se expongan las directrices correspondientes.

Más específicamente, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre "La construcción de una economía de los datos europea", de 10 de enero de 2017, reflexiona sobre la aplicación de las actuales normas sobre responsabilidad en la economía de los datos a los productos y servicios basados en tecnologías emergentes como el internet de las cosas (IoT). Entre otras cuestiones, la Comisión se plantea la dificultad de aplicar la Directiva 85/347/CEE en el contexto del IoT y los sistemas conectados autónomos –por ejemplo, robóticos-, por distintos motivos, entre ellos: el carácter autónomo de estas tecnologías, las características de estos sistemas –una compleja cadena de valor del producto o servicio, con interdependencia entre proveedores, fabricantes y otros terceros-, y la incertidumbre en cuanto a la naturaleza jurídica de los dispositivos del IoT, cuestionándose si se pueden conceptuar como productos, servicios o productos asociados a la venta de un servicio.

En respuesta a lo anterior se publica el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 7 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por productos y servicios defectuosos (85/374/CEE), centrado en la evaluación de la efectividad de esta normativa en el ámbito de la inteligencia artificial. Este informe concluye que la evaluación ha demostrado que la Directiva relativa a la responsabilidad por productos defectuosos sigue siendo una herramienta adecuada[5].

Entre los últimos documentos de la Comisión Europea debe señalarse la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 8 de abril de 2019, "Generar confianza en la

4 COM (2018) 237 final.

5 COM(2018) 246 final. Véanse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo relacionado: "Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa" (2018/C 440/01); y del Comité Europeo de las Regiones sobre "Inteligencia artificial para Europa" (2019/C 168/03).

inteligencia artificial centrada en el ser humano", relativa a las directrices éticas que deben regir una IA fiable, para cuya elaboración la Comisión creó un grupo de expertos de alto nivel sobre IA, que publicó un primer borrador sobre directrices éticas en diciembre de 2018, presentando posteriormente un documento revisado en marzo del siguiente año[6].

Queremos finalmente mencionar el más reciente instrumento "Informe sobre responsabilidad derivada de la inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes", emitido por el Grupo de Expertos sobre responsabilidad y nuevas tecnologías de la Comisión Europea ("Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies"), publicado en noviembre de 2019. Este Grupo de Expertos fue creado por la Comisión Europea en marzo de 2018 -para trabajar desde dos formaciones, una sobre la Directiva sobre productos defectuosos y la otra sobre nuevas tecnologías-, a los fines de evaluar si los actuales esquemas de responsabilidad civil dan respuesta a las nuevas realidades provocadas por la inteligencia artificial y robótica de última generación. Entre las conclusiones más relevantes de este Informe sobre el diseño que deben adoptar los sistemas de responsabilidad civil, se considera que deben combinarse regímenes de responsabilidad objetivos y subjetivos. Así, el operador de un robot inteligente que incrementa el riesgo de daños a terceros en ámbitos públicos (como vehículos autónomos), debe responder bajo un régimen de responsabilidad objetiva estricto, mientras que el usuario del robot que no incrementa este riesgo de daño (artilugios de una casa inteligente, por ejemplo) respondería por incumplimiento de su deber de diligencia; también se entiende que quien usa una tecnología que conlleva cierto grado de autonomía, no debería ser considerado menos responsable por el daño causado que si lo produce un auxiliar de cumplimiento humano. Por otra parte, el Informe culmina afirmando la falta de necesidad de otorgar personalidad jurídica a los entes autónomos, en tanto la responsabilidad por los daños que estos causen ha de ser atribuida en todo caso a una persona física o jurídica[7].

2. Los objetivos del Libro Blanco.

Con estos antecedentes, en febrero de 2020 la Unión Europea publica su "Libro Blanco sobre inteligencia artificial, un enfoque europeo orientado a la excelencia y la

6 A este trabajo del grupo de expertos se refiere el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Plan coordinado sobre la inteligencia artificial" [COM(2018) 795 final], (2019/C 240/12), nuevo documento del CESE en materia de IA. El CESE pide a la Comisión que finalice y complemente su evaluación de los actos legislativos pertinentes, entre otros en el ámbito de la seguridad y responsabilidad, en relación a la finalidad prevista de IA fiable, revisándose asimismo la viabilidad de la regulación sectorial pertinente.

7 Puede consultarse el Informe completo en: https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608

confianza"[8], documento que tiene por finalidad formular alternativas políticas para alcanzar los dos objetivos sobre los que se basa la guía que respalda la Comisión Europea: promover la adopción de la inteligencia artificial (IA) y abordar los riesgos vinculados a los usos de esta nueva tecnología. El Libro Blanco se traduce en una invitación de la Comisión a los diversos colectivos interesados en esta materia –desde los Estados y otras instituciones europeas, industria, interlocutores sociales, organizaciones de la sociedad civil e investigadores, hasta el público en general-, a que presenten sus opiniones respecto de las opciones y propuestas que en él se contienen, contribuyendo así a la futura toma de decisiones de la Comisión en este ámbito de tan actual relevancia. Dicha consulta estuvo abierta hasta mayo de 2020.

Desde los primeros documentos emitidos por los distintos órganos de la Unión Europea sobre este tema, se ha insistido en la necesidad de que la IA, dado el trascendental impacto que puede tener en nuestra sociedad, suscite confianza en la ciudadanía, por lo que resulta primordial que su utilización se asiente en los valores y derechos fundamentales que la caracterizan, como la dignidad humana y la protección de la privacidad; no en vano el título de la Comunicación de la Comisión, anteriormente mencionada, "Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano"[9]. El Libro Blanco pivota, así, sobre una visión antropocéntrica de la IA, que solo puede alcanzarse garantizando una participación adecuada de las personas en las aplicaciones inteligentes de riesgo elevado.

Sobre estas premisas, el Libro Blanco ofrece alternativas políticas para facilitar un desarrollo de la inteligencia artificial seguro y fiable en Europa, apoyándose en dos pilares básicos: a) un marco político por el que se establecen medidas para armonizar los esfuerzos a escala regional, nacional y europea, al objeto de movilizar recursos para alcanzar un "ecosistema de excelencia"; y b) los elementos clave de un futuro marco normativo para la IA en Europa que genere un "ecosistema de confianza" exclusivo, que vele especialmente por el cumplimiento de las normas de protección de los derechos fundamentales y los derechos de los consumidores.

Además de la Estrategia Europea de Datos que acompaña al Libro Blanco, aparece adjunto al mismo el "Informe de la Comisión sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica", que tiene por finalidad determinar y analizar las derivaciones de carácter general y los posibles resquicios jurídicos de los marcos en materia de responsabilidad civil y de seguridad en estos ámbitos, que sirven como elemento de debate y forman parte de una consulta más amplia de las partes interesadas.

8 COM(2020) 65 final.

9 COM(2019) 168 final.

Con tan amplio campo de estudio, el alcance de este trabajo ha de centrarse, obviamente, en alguna cuestión específica. La Comisión dedica buena parte del Libro Blanco a reflexionar sobre la adecuación de la normativa europea sobre productos defectuosos, centrándose el Informe que lo acompaña en las principales cuestiones que han de ser abordadas por el legislador de la Unión Europea para alcanzar la máxima seguridad de los sistemas inteligentes y determinar eficazmente las responsabilidades que se deriven por los daños que estos causen. En este espacio concreto, el objetivo básico de nuestro estudio no será otro que el de exponer las principales controversias relativas a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por entes inteligentes como productos defectuosos que tanto el Libro Blanco como el Informe ponen sobre la mesa, para intentar darles respuesta a través de la regulación vigente en España. Ambos textos ponen en relación la normativa sobre seguridad de los productos y la de responsabilidad civil, que intentaremos clarificar aquí en su aplicación particular a los daños causados por las máquinas inteligentes, analizando las propuestas de reforma que formula la Comisión desde el marco del ordenamiento jurídico español[10].

II. EL LIBRO BLANCO.

1. Un ecosistema de confianza: un marco regulador claro en la UE.

Asumiéndose la falta de confianza como uno de los obstáculos más peligrosos para el desenvolvimiento de la IA, la Comisión Europea ha ido adoptando distintos mecanismos para desvanecer dicha desconfianza entre los consumidores y en el ámbito de los distintos sectores económicos implicados, aprobando un Plan coordinado con los Estados miembros para armonizar actuaciones, además de crear un grupo de expertos de alto nivel para recabar reflexiones sobre la materia.

10 Después de la entrega de este trabajo, el Parlamento Europeo aprueba la Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad en materia de inteligencia artificial, que incluye una propuesta de Reglamento relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial. La Resolución viene a confirmar algunas de las tomas de postura manifestadas por distintos órganos de la UE en documentos anteriores, entre ellas: la no necesidad de una revisión completa, sino de la realización de ajustes o adaptaciones, de la legislación existente, así como de la concesión de personalidad jurídica a los robots. Entre dichas adaptaciones, se considera que la Directiva 85/374/CEE debe incorporar nuevos conceptos de producto, daño, defecto y productor, incluyendo en este último a fabricantes, desarrolladores, programadores, prestadores de servicios y operadores finales. Asimismo, se entiende que cualquier actualización del marco de responsabilidad por los productos debe ir de la mano de la actualización de la Directiva 2001/95/CE, relativa a la seguridad general de los productos. Lo más destacado de esta Resolución es, en realidad, la propuesta de Reglamento, que, dejando vigente la Directiva 85/374/CEE, se centra en las reclamaciones contra el operador de un sistema de IA, distinguiendo entre estos los sistemas que implican o no un riesgo elevado. En el primer caso los operadores responden de forma objetiva –debiéndose concertar un seguro obligatorio-, y en el segundo seguirían respondiendo por culpa o negligencia en el manejo del sistema inteligente. A estos efectos, la propuesta de Reglamento define "operador inicial" y "operador final", e incluye un anexo con un listado, revisable periódicamente, de sistemas de IA que deben ser considerados de alto riesgo.

Pero, junto a este conjunto de directrices no vinculantes, se recuerda en el Libro Blanco que se hace preciso contar con un marco regulador claro, que genere la definitiva confianza de consumidores y empresas en la adopción de la IA, para acelerar su acogimiento y desarrollo sin los actuales miedos y reparos. Este entorno, también se sostiene, debe dejar margen para abordar su desarrollo en el futuro, teniendo en cuenta la vertiginosidad con la que se conducen los avances en el campo de la inteligencia artificial. Se concluye que la incapacidad por parte de la Unión Europea de ofrecer un enfoque global, podría provocar "un riesgo real de fragmentación del mercado interior, que pondría en peligro los objetivos de la confianza y la seguridad jurídica, así como el de la adopción de la IA en el mercado".

A juicio de la Comisión, este marco regulador debe centrarse en los mecanismos de minimización de los distintos riesgos de sufrir daños, especialmente los más significativos, como los que afectan a la aplicación de las normas diseñadas para proteger los derechos fundamentales y la seguridad, así como las concernientes a la responsabilidad civil. La Comisión es consciente de que la falta de disposiciones claras relativas a los requisitos y características de las tecnologías de IA –particularmente la trazabilidad de las decisiones-, puede provocar inseguridad jurídica entre las empresas, a la vez que dificultar a las personas perjudicadas recibir las correspondientes indemnizaciones por los daños sufridos en aplicación de la normativa sobre responsabilidad civil vigente en la Unión Europea.

Concretamente, en el ámbito de la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, aun señalándose al fabricante como responsable, la Comisión evidencia que puede resultar difícil demostrar, tal como exige la norma, la existencia del defecto en el producto, el daño generado y la relación de causalidad entre ambos. Se considera que la dificultad para hacer un seguimiento retrospectivo de las decisiones adoptadas mediante los sistemas inteligentes en relación a los derechos fundamentales, es predicable tanto respecto de los problemas de seguridad como de responsabilidad civil. En definitiva, la Comisión concluye que, posiblemente, "las personas que hayan sufrido daños no dispongan de un acceso efectivo a las pruebas necesarias para llevar un caso ante los tribunales, por ejemplo, y tengan menos probabilidades de obtener una reparación efectiva en comparación con las situaciones en las que los daños sean causados por tecnología tradicionales. Estos riesgos aumentarían a medida que se generalizara el uso de la IA".

En conclusión, por medio del Libro Blanco la Comisión observa que, aunque la legislación de la Unión Europea resulta "a priori" plenamente aplicable con independencia del uso de la inteligencia artificial, ello no es óbice para reconocer la importancia de realizar una evaluación sobre su adecuación para abordar los riesgos

que generan los sistemas inteligentes o la necesidad de adoptar instrumentos legales específicos. En todo caso, la Comisión entiende que conviene mejorar el marco normativo para abordar los siguientes riesgos y situaciones:

a) Aplicación y ejecución efectivas de la legislación nacional y de la Unión Europea en vigor, a cuyo fin puede resultar necesario adaptar o clarificar la normativa vigente en algunos sectores, como es el caso de la responsabilidad civil.

b) Limitaciones del ámbito de aplicación de la legislación existente de la Unión Europea, concretamente en relación a la aplicabilidad de la normativa sobre seguridad de los productos a los programas informáticos autónomos (excepto los que cuentan con normas específicas), y de la imposibilidad de aplicar "a priori" la legislación general sobre seguridad a los servicios y, por tanto, tampoco a los basados en tecnologías inteligentes (como los servicios sanitarios, financieros o de transporte).

c) Cambios en la funcionalidad de los sistemas de IA, particularmente importantes en el caso de los sistemas que requieren actualizaciones informáticas frecuentes o basadas en el aprendizaje automático. La normativa sobre seguridad se centra en los riesgos existentes en el momento de la comercialización, lo que resulta pobre a los efectos de tratar los riesgos derivados de la actualización constante del producto.

d) Incertidumbre en cuanto a la imputación de responsabilidad entre los distintos agentes económicos de la cadena de suministro, en especial en el supuesto de programas de IA incorporados al producto, una vez comercializado, por alguien que no es el productor. La legislación de la UE sobre responsabilidad civil por productos defectuosos se ocupa de la responsabilidad de los productores, dejando a las normas nacionales la determinación de la responsabilidad de los demás participantes en la cadena de suministro.

e) Cambios en el concepto de seguridad, en la medida en que la incorporación de IA en los productos y servicios puede generar riesgos que la legislación europea no aborda de manera explícita en la actualidad.

En definitiva, las preocupaciones del Libro Blanco en cuanto a la mejora del marco normativo se centran, resumidamente, en cinco cuestiones: a) la dificultad de demostrar el defecto del producto; b) la aplicabilidad de la normativa general de seguridad a los programas informáticos autónomos; c) los riesgos derivados de las actualizaciones constantes de los productos; d) la imputación de responsabilidad a los distintos agentes de la cadena de suministro; y e) el cambio del concepto de seguridad. Estos puntos son tratados con mayor profundidad en el referido

Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, adjunto al Libro Blanco.

De entrada, la Libro Blanco pone especial énfasis en la necesidad de la UE de adoptar una postura normativa conjunta, llegando a la conclusión de que, además de las posibles adaptaciones de la legislación vigente, puede resultar necesaria una nueva normativa específica sobre inteligencia artificial, al objeto de acompasar el marco jurídico europeo a la evolución tecnológica y comercial tanto actual como futura.

2. Ámbito y definición de inteligencia artificial a los efectos del Libro Blanco.

Al objeto de elaborar un futuro marco normativo europeo específico sobre inteligencia artificial, debe partirse de la determinación de su ámbito de aplicación, adoptándose la hipótesis de que debe resultar aplicable tanto a los productos como a los servicios basados en IA. Ello nos lleva a la necesidad de delimitar conceptos como "inteligencia artificial" o "robot inteligente", del que se han ido realizando aproximaciones en diversos textos europeos.

Así, para la Comisión Europea, en su Comunicación "Inteligencia artificial para Europa", de abril de 2018, "El término «inteligencia artificial" (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)"[11].

En esta materia, desconocida técnicamente por los ciudadanos en general, solemos ser bastante promiscuos en la utilización de los términos, haciendo coincidir a veces inteligencia artificial, máquina y robot, que ciertamente pueden concurrir en una sola entidad, pero que de igual modo pueden divergir, especialmente si lo que se pretende es ofrecer conceptos más estrictos o específicos. Así, la inteligencia artificial puede tomar distintas formas, ya que puede desarrollarse a través de una máquina virtual y por medio de una máquina física, llegándose en ocasiones a llamar robot a ambas entidades[12].

11 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Inteligencia artificial para Europa, de 25 de abril de 2018 [COM (2018) 237 final].

12 Siguiendo a la doctrina, la condición de robot debe hacer combinar tres factores esenciales que lo definen –sentir, pensar y actuar-, que constituyen el llamado "sense-think-act paradigm or cycle", convirtiéndolo en un dispositivo fabricado por el hombre compuesto de tres elementos, que, al actuar conjuntamente,

Particularmente, el robot se encuentra dotado de un ente físico o tangible al mismo tiempo que de un sistema de software que procesa información y configura sus funciones, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos. En el robot confluye, pues, la actuación de agentes inteligentes de software y de hardware.

Ante este desconcierto conceptual, en su Resolución de 16 de febrero de 2017, el Parlamento pide a la Comisión que proponga definiciones europeas comunes de sistema ciberfísico, sistema autónomo, robot autónomo inteligente y sus distintas subcategorías, siempre partiendo de cinco características básicas: 1) capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos; 2) capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo); 3) un soporte físico mínimo; 4) capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno; y 5) inexistencia de vida en sentido biológico.

Retomando la delimitación del concepto a los efectos del Libro Blanco, en él se clarifica que la inteligencia artificial se integra principalmente de dos elementos: los datos y los algoritmos. Estos últimos son entrenados "para inferir determinados modelos a partir de un conjunto de datos, a fin de determinar las acciones que se requieren para alcanzar un objetivo determinado. Los algoritmos pueden seguir aprendiendo mientras se utilizan. Aunque los productos basados en IA pueden funcionar de manera autónoma a partir de su percepción del entorno y sin seguir un conjunto predefinido de instrucciones, su comportamiento lo definen y restringen en gran medida sus desarrolladores. Los objetivos los definen y programan las personas, y los sistemas de IA deben optimizarse para alcanzarlos".

Sobre la base de la necesaria actualización del acervo jurídico de la UE en aras de la protección de los consumidores, el Libro Blanco parte de una premisa básica: el nuevo marco regulador en materia de IA debe ser eficaz para alcanzar sus objetivos sin ser excesivamente prescriptivo, al objeto de no agravar desproporcionadamente la carga que deban soportar las empresas (en especial las pymes). A tal fin, la Comisión se decanta por seguir un enfoque basado en el riesgo,

otorgan a tal ente la funcionalidad de un organismo artificial, capaz de operar independientemente, al margen de la actuación humana y, por ende, de condicionantes externos. Estos tres componentes, en palabras de Barrio Andrés, M. se resumen en: a) sensores, que vigilan el entorno y detectan cambios en él; b) procesadores o inteligencia artificial que deciden cómo responder; c) actuadores que operan sobre el entorno, de manera que refleje las decisiones anteriores, provocando algún tipo de cambio en el mundo alrededor de un robot. Este autor define el robot como "aquel objeto mecánico que capta el exterior, procesa lo que percibe y, a su vez, actúa positivamente sobre el mundo": "Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots", en AA.VV: *Derecho de los robots* (dir. M. Barrio Andrés), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 70; y en "Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots", *Diario La Ley*, núm. 16, 13 marzo 2018, p. 3.

que, en su opinión, garantiza que la intervención reguladora sea proporcionada. A estos efectos, deben establecerse los criterios para determinar cuándo nos encontramos ante un sistema de IA de riesgo elevado o no, que en la consideración de la Comisión dependerá tanto del sector como del uso previsto del mismo[13]. Ello no es óbice para que las aplicaciones que no se consideren de riesgo elevado queden sujetas a la normativa vigente de la UE. En cualquier caso, el propio Libro Blanco especifica que la legislación de la Unión puede ofrecer categorías de riesgos distintas a estas, como sucede en el caso de la seguridad de los productos.

3. Supervisión humana, destinatarios y cumplimiento y ejecución de los requisitos.

Como se ha adelantado, el Libro Blanco pone especial énfasis en la necesidad de contar con una IA fiable, ética y antropocéntrica, lo que solo puede conseguirse asegurando una participación adecuada del ser humano en las aplicaciones de IA de riesgo elevado. La intervención humana en el desarrollo de un sistema de inteligencia artificial puede implementarse –expone la Comisión- de distintos modos, particularmente teniendo en cuenta el momento o fase en que se realiza la supervisión: a) el resultado del sistema de IA no es efectivo hasta que una persona no lo haya validado; b) es inmediatamente efectivo, pero se garantiza la intervención humana posterior; c) se realiza un seguimiento del sistema de IA mientras funciona y es posible intervenir en tiempo real y desactivarlo; y d) en la fase de diseño, se imponen restricciones operativas al sistema de IA.

Finalmente, las dos últimas cuestiones abordadas por el Libro Blanco que nos interesa destacar son las relativas a los destinatarios y al cumplimiento y ejecución de los requisitos jurídicos aplicables. En cuanto al primer punto, se plantea la cuestión de cómo repartir las obligaciones entre los agentes económicos que participen en el proceso, entre ellos, el desarrollador, el implementador (la persona que utiliza un producto o servicio provista de IA), productor, distribuidor

13 La Comisión considera, de manera más específica, "que una aplicación de IA debe considerarse de riesgo elevado cuando presente la suma de los dos criterios siguientes:
- En primer lugar, que la aplicación de IA se emplee en un sector en el que, por las características o actividades que se llevan a cabo normalmente, es previsible que existan riesgos significativos. El primer criterio vela por que la intervención reguladora se centre en aquellas áreas en las que, de manera general, se considere que hay más probabilidad de que surjan riesgos. En el nuevo marco regulador deben detallarse de manera específica y exhaustiva los sectores que englobe. Por ejemplo, la sanidad, el transporte, la energía y determinados ámbitos del sector público. Esta lista debe revisarse periódicamente y modificarse cuando proceda en función de los desarrollos pertinentes en la práctica.
- En segundo lugar, que la aplicación de IA en el sector en cuestión se use, además, de manera que puedan surgir riesgos significativos. Este segundo criterio refleja el reconocimiento de que no toda utilización de la IA en los sectores señalados implica necesariamente riesgos significativos. Por ejemplo, si bien la atención sanitaria puede ser un sector importante, un fallo en el sistema de asignación de citas de un hospital no supondrá en principio un riesgo significativo que justifique la intervención legislativa. La evaluación del nivel de riesgo de un uso determinado puede basarse en las repercusiones para las partes afectadas. Por ejemplo, el uso de aplicaciones de IA con efectos jurídicos o similares en los derechos de un particular o de una empresa; aplicaciones que presenten el riesgo de causar lesiones, la muerte, o daños materiales o inmateriales significativos; aplicaciones que produzcan efectos que las personas físicas o jurídicas no puedan evitar razonablemente".

o importador, proveedor de servicios, usuario profesional o particular. En un futuro marco regulador, la Comisión considera que cada obligación debe dirigirse a la persona o personas que se encuentren en mejor posición para abordar todo posible riesgo, conclusión que poco aporta de tan evidente; tanto, como obvio resulta el ejemplo que quiere representar tal aseveración: "mientras que los desarrolladores de IA pueden ser los que estén en mejor posición para abordar los riesgos derivados de la fase de desarrollo, su capacidad de controlar los riesgos durante la fase de uso puede ser más limitada. En este caso, el implementador debe ser objeto de la obligación correspondiente". A continuación, no obstante, el texto también precisa que ello debe entenderse sin perjuicio de la determinación de la responsabilidad civil que corresponda a cada cual por el daño causado. Así, en atención a la normativa europea sobre responsabilidad por productos, el productor será responsable de los daños causados por los productos defectuosos, sin perjuicio de la indemnización a cargo de otros agentes que se determine por la legislación nacional de que se trate.

En relación, por último, al cumplimiento de los requisitos aplicables a sistemas de IA de elevado riesgo, la Comisión considera preciso la implementación de un control objetivo previo de conformidad, que puede incluir procedimientos de ensayo, inspección o certificación, así como controles de los algoritmos y de los conjuntos de datos utilizados en la fase de desarrollo de la aplicación inteligente. Debe tenerse en cuenta en cualquier caso la capacidad de aprendizaje de la experiencia de los sistemas inteligentes, lo que puede requerir evaluaciones reiteradas a lo largo de la vida útil de cada sistema.

En definitiva, el Libro Blanco poco o nada nuevo dice, traduciéndose en una mera reflexión sobre posibles deficiencias legales y en una declaración de intenciones. Por una parte, en él se reflejan algunas de las directrices que ya se habían ido recogiendo en los documentos anteriores; y, por otra, no ofrece respuesta a ninguna de las cuestiones que plantea pues, en realidad, su misión solo es servir de punto de partida para la consulta pública sobre las propuestas o sugerencias que trata de poner sobre la mesa. Fiel reflejo de ello es el apartado que finalmente dedica a conclusiones, que se limita básicamente a abrir dicha consulta pública a la sociedad civil, la industria y el mundo académico para que, según declara, ofrezcan respuestas concretas en torno a un enfoque europeo sobre la IA. Esta consulta permitirá –concluye-, desarrollar un diálogo amplio con todas las partes interesadas que servirá de base a los siguientes pasos que ha de seguir la Comisión. Y vuelta a empezar.

III. EL INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE LAS REPERCUSIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, EL INTERNET DE LAS COSAS Y LA ROBÓTICA.

La excesiva generalidad o la falta de concreción de ideas nuevas en el Libro Blanco vienen a ser paliadas, en parte, por el Informe de la Comisión sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, adjunto al mismo. Parece que algunas reflexiones reflejadas en el Libro Blanco, que sobrevuelan en la mente de la Comisión, toman tierra en este Informe, que se despliega en tres grandes puntos: uno introductorio, un segundo apartado dedicado a la seguridad y, finalmente, un tercer punto relativo a la responsabilidad civil.

El Informe, según se adelanta en la introducción, "tiene por finalidad determinar y analizar las repercusiones de carácter general y los posibles resquicios jurídicos de los marcos en materia de responsabilidad civil y seguridad de la IA, el internet de las cosas y la robótica, sin la pretensión de ofrecer una perspectiva exhaustiva de la normativa vigente en la materia". La sección de seguridad se basa en la evaluación de la Directiva sobre máquinas y la de responsabilidad civil en la de la Directiva sobre productos defectuosos, contando en ambos casos con la colaboración y consulta a los grupos de expertos y partes interesadas.

1. La seguridad de los productos.

El Informe parte de las características de estas tecnologías que las hacen especialmente complejas y alejadas del control humano, como son la conectividad, la autonomía y la dependencia de datos. La pluralidad de agentes intervinientes en la cadena de suministro, su código abierto a actualizaciones y mejoras y la opacidad de la toma de decisiones en los sistemas de IA, nos conducen a la dificultad de predecir el comportamiento de los productos inteligentes y, con ello, de determinar la causa de los daños que hayan podido causar.

Se pone de manifiesto en el Informe el carácter tecnológicamente neutro del marco normativo europeo sobre seguridad de los productos -Directiva 2001/95/CE sobre seguridad general de los productos[14], normativa sectorial complementaria y normativa armonizada[15]-, lo que conlleva su aplicabilidad a los productos que incorporan IA; a ello debe añadirse los actos normativos posteriores en sectores diversos, como el sanitario o de los automóviles, que ya han tenido en cuenta de forma específica aspectos relacionados con las tecnologías digitales.

14 Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DO L 11 de 15.1.2002, p. 4).

15 DO C 136 de 4.6.1985, p. 1.

Pieza clave en el tema que abordamos aquí es el concepto de seguridad, que necesariamente ha de relacionarse con el uso del producto. En este aspecto, el Informe especifica que este uso en general abarca no solo el previsto sino también el previsible y, en algunos casos, como en la Directiva sobre máquinas[16], incluso el mal uso razonablemente previsible. A estos efectos, la Comisión pone de manifiesto que el concepto de seguridad de la normativa europea es, en consecuencia, amplio al objeto de la mayor protección de los consumidores y usuarios. Debe entenderse que este concepto contempla todo tipo de riesgos derivados del producto, incluidos los cibernéticos y los derivados de la pérdida de conexión de los productos; de ahí que el Informe proponga la posibilidad de adoptar disposiciones explícitas relacionadas con el ámbito de aplicación de los actos normativos de la Unión pertinentes.

La normativa de la Unión prevé asimismo la obligación a cargo de los productores de evaluar el riesgo del uso del producto a lo largo de su vida útil, debiendo incluir además instrucciones y advertencias en su utilización para los usuarios. Dada la imprevisibilidad que en ocasiones lleva implícito el comportamiento de un sistema inteligente, el Informe contempla la posibilidad de exigir nuevas evaluaciones de los productos capaces de aprender autónomamente, así como prever explícitamente requisitos específicos de supervisión humana en la toma de decisiones, desde su diseño y durante todo el ciclo de vida de los productos y sistemas de IA.

Por otra parte, también propone el Informe incluir como obligaciones explícitas de los productores la valoración del daño psicológico que sus productos –en particular los robots con IA humanoide- puedan causar a los usuarios, especialmente a colectivos vulnerables como personas mayores. Se entiende que el producto seguro es el que garantiza un riesgo mínimo para la salud de las personas, incluyendo en este concepto de salud tanto la física como la mental.

Otro aspecto que no trata específicamente la normativa europea es el riesgo para la seguridad derivado de los datos erróneos, de ahí que en el Informe se platee la necesidad de estudiar la inclusión de requisitos específicos en la fase de diseño de los productos y mecanismos para garantizar la calidad de los datos cuando se usan con sistema de IA.

Igualmente, dada la opacidad que caracteriza a algunos sistemas de IA, se considera necesario contemplar la posibilidad de introducir requisitos de transparencia de los algoritmos, solidez y rendición de cuentas y, cuando proceda, supervisión humana. Se propone imponer a los desarrolladores de los algoritmos la obligación de revelar los parámetros de diseño y los metadatos de los conjuntos de datos si se producen accidentes. En el caso de sistemas complejos, por la

16 Directiva 2006/42/CE, sobre máquinas.

interconexión que significan entre los distintos productos que los componen, el fabricante de un dispositivo debe prever los efectos que razonablemente se puedan derivar en la seguridad de otros productos.

Por lo que se refiere a la actualización de los programas informáticos, la normativa de la Unión Europea sobre seguridad de los productos tiene en cuenta los riesgos derivados de los programas integrados en un producto en el momento de su comercialización y de sus actualizaciones posteriores previstas por el fabricante, pero no se establecen requisitos específicos para los programas informáticos autónomos. En este sentido, el Informe también sostiene que puede resultar necesario atribuir a los fabricantes la obligación de ofrecer funcionalidades para evitar la introducción de programas informáticos que afecten a la seguridad durante la vida útil de los productos inteligentes.

Finalmente, el Informe se manifiesta en materia de seguridad sobre las cadenas de valor complejas. Aunque la responsabilidad del productor respecto de la seguridad del producto final ha resultado ser adecuada para las cadenas de valor complejas en la actualidad, se debería contar con normas específicas que exijan explícitamente la cooperación entre los agentes económicos de la cadena de suministro y los usuarios para aportar seguridad en las cadenas de valor más complejas. Concretamente, se sostiene que cada agente que influya en la seguridad del producto (por ejemplo, productores de programas informáticos) y los usuarios (al modificar el producto) asumirían su responsabilidad y proporcionarían al siguiente agente de la cadena la información y las medidas necesarias.

Ineludiblemente, estas propuestas de modificaciones en el marco legal relativo a la seguridad deben ponerse en relación con la normativa sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

2 La responsabilidad civil.

Al igual que en otros puntos anteriormente referidos, en el ámbito de la responsabilidad el Informe de la Comisión adjunto al Libro Blanco parte de la normativa europea vigente en la materia, destacando, concretamente, la aplicación paralela de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos –que armonizó la responsabilidad civil de los fabricantes de productos defectuosos-, y otros regímenes nacionales no armonizados. Así, junto a la responsabilidad objetiva del productor que introduce la citada Directiva, las normas nacionales de responsabilidad civil proporcionan a las víctimas de estos daños acciones indemnizatorias basadas en la culpa, así como sin fundamento en ella. Trasladando esta premisa al campo de los productos y servicios basados en sistemas inteligentes, el Informe, tal como hace el Libro Blanco, también reincide en planteamientos obvios, como señalar la importancia de evitar que los perjudicados

por los daños causados por estas tecnologías no gocen de un nivel de protección inferior al que tienen respecto de otros productos y servicios similares, "porque podría disminuir la aceptación social de estas tecnologías emergentes y generar vacilación en cuanto a su uso".

El objeto del Informe en este punto no es otro, pues, que poner de manifiesto algunas de las dificultades que las nuevas tecnologías plantean para la normativa vigente, proponiendo posibles soluciones.

En primer lugar, se evidencia la falta de claridad en la distinción entre producto y servicio, especialmente en lo concerniente a la categorización de los programas informáticos, que a veces pueden considerarse partes componentes de un producto físico, y en otras ocasiones funcionan autónomamente. La Comisión propone, por ello, mejorar la definición de producto y el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE.

En segundo lugar, debido a la complejidad de las aplicaciones inteligentes – integradas en entornos de internet de las cosas complejos-, puede resultar muy dificultoso evaluar dónde se puede producir el perjuicio e identificar al responsable. La Comisión se plantea, por ello, en qué medida puede ser necesario invertir la carga de la prueba exigida por las normas nacionales en materia de responsabilidad civil para el caso de los daños causados por el funcionamiento de las aplicaciones de IA. Siguiendo el informe del Grupo de Expertos sobre responsabilidad y nuevas tecnologías, se apunta que podría paliarse tal dificultad probatoria vinculando la carga de la prueba al cumplimiento de obligaciones específicas en materia de ciberseguridad o de seguridad establecidas por la ley; así, si no se cumple con dicha normativa, podría modificarse la carga de la prueba exigida por las normas nacionales por lo que se refiere a la culpa y la causalidad. A la luz de la Directiva 85/374/CEE, sin embargo, un producto que no cumple con las normas de seguridad obligatorias se considera defectuoso, con independencia de la culpa del productor.

En tercer lugar, el Informe evidencia la falta de claridad normativa en cuanto a los daños derivados de violaciones de la ciberseguridad del producto. En el marco de la Directiva 85/374/CEE, la Comisión reflexiona sobre la posibilidad de que los productores invoquen las cláusulas de exoneración relativas a la aparición del defecto con posterioridad a la puesta en circulación del producto o a los riesgos del desarrollo; a ello debe añadirse la reducción de responsabilidad del fabricante que puede acaecer si el consumidor no descargó las actualizaciones oportunas a efectos de la seguridad del producto. Se concluye que, en la medida en que el concepto de uso razonablemente previsible y las cuestiones relativas a la negligencia concurrente, pueden proliferar en los sistemas dotados de inteligencia artificial, los

usuarios podrían ver mermadas sus posibilidades de verse compensados por los daños sufridos como consecuencia del producto defectuoso.

En cuarto lugar, en el marco de la autonomía y opacidad que caracteriza al ente inteligente (efecto "caja negra"), en el Informe se sostiene que, dada la dificultad de la víctima para acceder al algoritmo y a los datos, puede suceder que la presentación de la demanda de responsabilidad civil le resulta inviable. Sigue sin clarificarse, observa la Comisión, cómo demostrar la culpa de un sistema de IA que haya actuado autónomamente, ni en qué consiste la culpa de una persona que se sirve del mismo. En todo caso, es principio rector de la normativa sobre seguridad de los productos y responsabilidad civil en la Unión Europea que el productor garantice la seguridad de los productos que comercializa a lo largo de su ciclo vital y de acuerdo al uso razonablemente esperable del mismo; las funcionalidades de la IA no son óbice para que exista un derecho a tener expectativas de seguridad respecto de todos los productos. Debe esclarecerse, según el Informe, en qué condiciones las funcionalidades de aprendizaje automático pueden ampliar la responsabilidad civil del productor y en qué medida debe haber previsto el productor algunos cambios. La Comisión propone, a estos efectos, revisar el concepto de "puesta en circulación", en coordinación con los cambios relativos al marco normativo sobre seguridad de la Unión. Ello tendría por finalidad clarificar quién es el responsable civil de los cambios introducidos en el producto.

Finalmente, observa el Informe que los problemas que la autonomía y la opacidad plantean a los marcos jurídicos nacionales en materia de responsabilidad civil podrían solventarse siguiendo un enfoque basado en el riesgo. La Comisión sostiene en este sentido que los regímenes de responsabilidad objetiva pueden garantizar que, siempre que se materialice dicho riesgo, la víctima sea indemnizada con independencia de que se exista culpa o no.

En este ámbito, la Comisión recaba opiniones sobre la oportunidad de establecer una responsabilidad objetiva similar a las existentes en las normas nacionales para productos que generan riesgos similares a los entes autónomos, como automóviles, aeronaves o centrales nucleares. La Comisión estudia asimismo la posibilidad de vincular la determinación de responsabilidad a la suscripción de un seguro, siguiendo la técnica regulada por las normas de responsabilidad derivada de los vehículos a motor.

Por lo que se refiere al resto de aplicaciones de IA, la Comisión se plantea la procedencia de adaptar la carga de la prueba relativa a la causalidad y la culpa. Siguiendo al informe del Grupo de Expertos, debe tenerse en cuenta la situación en la que la parte presuntamente responsable no ha registrado los datos pertinentes para valorar la responsabilidad civil o no está dispuesto a compartirlos con la víctima.

El Informe concluye que, si bien la normativa en vigor de la UE y nacionales puede hacer frente a las vicisitudes de las tecnologías de IA, las dificultades de las mismas podrían hacer peligrar la indemnización de las víctimas. Por ello, podría contemplarse realizar determinados ajustes a la Directiva 85/374/CC, sobre la base de un enfoque basado en el riesgo, teniendo en cuenta que las distintas aplicaciones de IA presentan riesgos diferentes.

A modo de resumen, las preocupaciones de la Comisión reflejadas en este Informe se centran en cinco puntos: a) la distinción entre producto y servicio; b) la inversión de la carga de la prueba; c) la demostración de la culpa; d) el concepto de puesta en circulación del producto y los riesgos del desarrollo; y e) la determinación del modelo de responsabilidad, con un enfoque basado en el riesgo o responsabilidad objetiva.

Como puede observarse, estas cinco cuestiones son, en la práctica, coincidentes con las elevadas por el Libro Blanco, si bien formuladas de forma más concreta, al poner el acento en la normativa sobre responsabilidad. En los apartados que siguen, poniendo en relación las conclusiones de ambos textos, trataremos de ofrecer respuestas a estas preocupaciones y propuestas de mejoras legislativas realizadas por la Comisión, enfrentándolas a la aplicación práctica de la normativa española sobre responsabilidad por productos defectuosos, teniendo en cuenta su conexión con el marco legal sobre seguridad de los productos.

IV. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE PRODUCTOS DEFECTUOSOS A LOS ENTES INTELIGENTES Y PROPUESTAS DE MEJORA LEGISLATIVA.

Analicemos, pues, las principales propuestas de modificación de la normativa europea realizadas por la Comisión, atendiendo a la interpretación y aplicación práctica de la normativa española sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos a los productos dotados de inteligencia artificial.

1. La distinción entre producto y servicio.

Como se ha señalado, tanto en el Libro Blanco como en el Informe de la Comisión se pone de manifiesto la falta de claridad legal existente en relación a la distinción entre los conceptos de producto y servicio, especialmente trascendente en lo concerniente a los programas informáticos, que a veces pueden considerarse partes componentes de un producto físico, y en otras ocasiones funcionan autónomamente. A estos fines, el Informe propone mejorar la definición de producto y, por ende, el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE.

La necesidad de distinguir claramente entre producto y servicio no es una percepción novedosa, ni, evidentemente, exclusiva de los productos dotados de inteligencia artificial, aunque la Comisión sostenga que "la línea divisoria entre productos y servicios ya no es tan nítida como antes"; más bien ha sido, y es, un permanente reto para legisladores y, especialmente, para jueces y tribunales determinar en algunos casos cuándo nos encontramos ante un defecto en el producto y cuándo ante un servicio defectuoso. Y es que la distinción no es baladí, por cuanto el sistema de responsabilidad a que se atiende en uno y otro caso difiere sensiblemente. Así, mientas el productor responde bajo el prisma de una responsabilidad de corte cuasi-objetivo –por exigirse a la víctima la prueba, no solo del daño y del nexo causal, sino también del defecto del producto (art. 139 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por medio del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, LCU)-, al prestador de ciertos servicios –aquellos que incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad- se le incardina bajo un modelo de responsabilidad completamente objetiva, quedando eximido de ella, una vez probado daño y relación de causalidad, únicamente por concurrir culpa exclusiva del perjudicado (art. 148 LCU). "En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad –concreta el párrafo segundo del art. 148 LCU- los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte".

El problema en la delimitación de estos conceptos se produce cuando el producto defectuoso se integra en el desarrollo del servicio que se presta, sin que la normativa se ocupe de realizar distinción alguna al respecto. Han sido los tribunales quienes han venido desplegando progresivamente esa labor en el marco de ciertos servicios, como los servicios de gas o electricidad y, muy especialmente, los servicios sanitarios.

La Comisión sostiene que la clasificación de los programas informáticos como servicio o como producto no siempre es clara, ya que, aunque el programa que dirige las operaciones de un producto físico puede considerarse un componente de este, algunos programas informáticos autónomos podrían ser más difíciles de clasificar. De ahí que proponga que se perfeccione la definición de producto en la Directiva 85/374/CEE, para precisarse con mayor claridad su ámbito de aplicación, reflejando mejor la complejidad de las tecnologías emergentes y garantizando la indemnización por los daños causados por productos defectuosos debido a sus programas informáticos[17].

17 Esta recomendación de adaptación y clarificación de los conceptos de producto y productor se incluye también en la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, según se ha indicado en nota anterior.

A nuestro parecer, la Comisión se refiere de forma agolpada a distintas cuestiones, que conviene deslindar. Por una parte, la determinación de qué se debe entender por producto y, en el caso que nos ocupa, si un programa informático autónomo debe considerarse o no como producto; por otra, la responsabilidad del creador del programa como productor; y, finalmente, la consideración del programador como prestador de servicios.

A) El programa informático autónomo como producto.

Para resolver esta primera cuestión, hemos de delimitar el concepto de producto, partiendo ineludiblemente del art. 136 LCU, que considera producto cualquier bien mueble aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad. Este precepto precisa, para el espacio de la responsabilidad por productos defectuosos, el concepto de producto que enuncia con carácter general el art. 6 de la propia norma, para el que, sin perjuicio de lo establecido en el art. 136, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el art. 335 CC.

En virtud de este último precepto, se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el artículo anterior –en el que se enumeran los bienes inmuebles- y, en general, todos los bienes que se puedan transportar de un sitio a otro, siempre que no se produzca menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos. En la medida en que respondan a tal concepción, pues, los robots inteligentes con las características descritas por el Parlamento Europeo –entre ellas, que cuenten con un soporte físico mínimo- quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos ex art. 136 LCU. De ello podría derivarse, en consecuencia, que el robot virtual, carente de entidad física, quedaría excluido, en principio, de tal concepto.

Usualmente, sin embargo, la máquina virtual también ha de contar con un soporte físico, cualquiera que este sea, para ser guardada, copiada o trasmitida, aunque pueda simplemente ser bajada de la red. Se ha señalado por la doctrina que un software puede entenderse como producto desde el momento en que es incorporado a la estructura física de un robot[18]. De este modo, se defiende que su naturaleza de "embedded software" contrarresta el argumento que se basa en la intangibilidad de un software para negarle el carácter de producto a los fines de incluirlo en el ámbito de aplicación del art. 136 LCU[19]. Claro que

18 En este sentido, Díaz Alabart, S., para quien un robot inteligente es también en esencia un *software* que se introduce en una estructura física, por lo que puede calificarse como producto. "Hoy por hoy -concluye la citada autora-, los robots inteligentes son productos con características propias, pero productos": *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018, pp. 100-101.

19 Así lo relaciona Castells i Marquès, M., utilizando la definición de "embedded software" que enuncia el art. 9-102 (a) (44) del "Uniform Commercial Code": "[t]he term «embedded software» also includes a

el robot inteligente se puede haber comercializado, no como un paquete –"a bundle of hard-and software o closed systems"[20]-, bloqueado a las interferencias de los usuarios, sino como componentes separados –"open systems"-, adquiridos de distintos suministradores; y ello habrá de repercutir en la imputación de responsabilidad según analizaremos con posterioridad[21].

Pero en cualquier caso, creemos que el software debe ser considerado bien mueble a estos efectos incluso sin la existencia de soporte físico[22], tanto por la falta de alusión de los arts. 6 y 136 LCU a la necesaria corporeidad[23], como por aplicación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual[24] y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Esta amplitud de concepto de producto tiene asimismo relación con el concepto de productor, que el art. 138 LCU extiende al fabricante o importador de cualquier elemento integrado en un producto terminado[25].

Finalmente, su consideración como bien mueble con fundamento en el art. 335 CC también puede argumentarse acudiendo a la doctrina que defiende como

computer program embedded in godos and any supporting information provided in connection with a transaction relating to the program if (i) the progam is associated with the goodsin such a manner that it customarily is considered part of the godos, or (ii) by becoming the owner of the goods, a person acquires a right to use the program in connection with the goods": "Drones civiles", en AA.VV.: *Inteligencia artificial,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 94.

20 Wagner, G.: "Robot Liability", (June 19, 2018). Disponible en *SSRN:* https://ssrn.com/abstract=3198764 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3198764, p. 15.

21 Navas Navarro, S., observa que la consideración del programa informático como producto parece posible si no se tiene en cuenta el tipo de daños resarcibles según la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos, esto es, daños causados por muerte o lesiones corporales, daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa que no sea el propio producto defectuoso, siempre que esa cosa se destine al uso o consumo privado y el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privado. Por tanto –sostiene la mencionada autora-, para que se produzca el tipo de daños previstos por las normas en caso de productos defectuosos, el software debe ser un elemento componente del bien corpóreo de que se trate: "Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente", *Diario La Ley,* núm. 35, 10 de enero de 2020, p. 3.

22 Para Wagner, G., aunque estos softwares quedarían en principio fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE por su falta de corporeidad, debe atenderse a un concepto expansivo de producto, y la aplicación de la norma debería ser independiente del modo en que los programas de ordenador se guarden, copien o distribuyan: "Robot Liability", cit., p. 11. Entiende, sin embargo, Cauffman, C., que la identificación de producto como bien mueble *ex* art. 2 de la Directiva llevaría a la exclusión del software o, al menos, a la incerteza sobre su inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa: "Robo-liability: the European Union in search to the best way to deal with liability for damage caused by artificial intelligent", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 1-6, 2018, p. 4.

23 Bercovitz Rodríguez-cano, R.: "Comentario al art. 6", en AA.VV.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 109. Así también, Seuba Torreblanca, J.C.: "Concepto de producto", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (ed. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar, Thomson/Civitas, Pamplona, 2008, pp. 127-128. Así también Castells i Marquès, M.: "Drones recreativos. Normativa aplicable, responsabilidad civil y protección de datos", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm.1 (enero-marzo 2019), p. 317.

24 Así lo defiende Tamayo Haya, S.: "Una aproximación a la responsabilidad civil de los robots", en AA.VV.: *Congreso Internacional de Derecho Civil octavo centenario de la Universidad de Salamanca* (coord. E. Llamas Pombo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 744-745.

25 Parra Lucán, M.A.: "Comentario al art. 136", en AA.VV.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 1653.

decisivo el criterio de la susceptibilidad de apropiación –y no el de la movilidad- para determinar qué bienes pertenecen a esta categoría[26]. El carácter apropiable se identifica con la aptitud de la cosa para ser integrada en un patrimonio, a cuyo fin no es necesario que se trate de una cosa corporal. De este modo, los bienes inmateriales se considerarían bienes muebles por resultar apropiables y no estar incluidos en la categoría de bienes inmuebles *ex* art. 334 CC[27].

En respuesta a la primera reflexión, pues, el programa informático debe considerarse producto a los efectos de la aplicación de la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos. Ahora bien, la batería de argumentos legales y doctrinales a los que hemos tenido que recurrir para alcanzar tal conclusión, justifican sobremanera la propuesta de modificar el concepto de producto que enuncia la Directiva 85/374 /CEE y, por ende, el art. 136 LCU, incorporando al mismo una mención expresa a los programas informáticos.

B) El creador del programa como productor.

Por lo que se refiere a esta segunda cuestión, la respuesta viene de la mano de la cualidad del programa como parte integrante, o no, de un producto inteligente. En el primer caso, el fabricante del robot responde de los daños causados por el producto como un todo, sin perjuicio de la responsabilidad del creador del programa tanto frente al usuario como frente al fabricante del producto inteligente. El hecho de que la víctima pueda dirigirse frente al fabricante del producto globalmente considerado le garantiza su reparación, en la medida en que no tendrá que probar de forma específica el defecto técnico del sistema de software, sino que el robot inteligente es defectuoso en cuanto inseguro, como después analizaremos.

En el segundo caso, el creador del software responderá independientemente como productor frente al usuario. Habrá que distinguir si el comprador lo utiliza para fines de uso o consumo privados o para comercializarlo o reincorporarlo a la cadena de producción, puesto que en este último caso solo será resarcido de los daños personales, pero no de los materiales, con fundamento en la normativa sobre productos defectuosos (art. 129 LCU), debiendo acudir a la responsabilidad contractual o, en su caso, a las normas generales de la responsabilidad civil para ser indemnizado por los daños materiales sufridos.

Partiendo de la identificación del productor con el fabricante e importador en los términos establecidos por el art. 5 LCU, el legislador considera sujeto

26 Por eso, entiende Díez-Picazo, L., que la categoría de los bienes muebles tiene un carácter residual en tanto son muebles todos aquellos bienes que la ley no considera expresamente como inmuebles, siendo esta última categoría lo excepcional: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial,* III, Civitas, Madrid, 1995, p. 205.

27 Fernández Carballo-Calero, P. y Torres Pérez, F.: "Ámbito de aplicación", en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios* (dir. M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco), Iustel, Madrid, 2011, p. 105.

activo del daño en el art. 138 LCU al fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado; b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado; c) Una materia prima. Es evidente que la complejidad técnica de un robot inteligente diversifica considerablemente las personas que intervienen en su creación, pudiéndose considerar productores todos aquellos agentes, normalmente empresarios[28], que intervienen en el desarrollo, diseño y fabricación del robot, incluyendo a los diseñadores y programadores de software. No obstante, en el marco de la normativa reguladora de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, la individualización de cada sujeto interviniente resulta irrelevante para el perjudicado, ya que este podrá dirigirse en cualquier caso -acreditando el daño, el defecto del producto y el nexo causal- frente al fabricante del producto completo.

En virtud del art. 138 LCU, pues, el productor debe identificarse con el fabricante e importador en la Unión Europea, no solo de un producto terminado, sino también de cualquier elemento integrado en un producto terminado y de una materia prima. El fabricante del robot, como "producto terminado", será responsable de los daños que este cause con independencia del tipo de defecto que los provoque –de diseño, de producción o de información- y, consecuentemente, del sujeto interviniente en cada caso para desarrollar su trabajo, ya sea especialista en creación de hardware o de software.

No podemos desconocer, sin embargo, que si atendiéramos a la distinción entre productores –de hardware y de software–, la víctima podría dirigirse tanto frente al fabricante del robot -como un producto completo-, como a los productores de cada uno de sus componentes, entre los que cabe señalar al fabricante del software -esto es, el programador-, o del hardware[29]. Cuestión distinta es que reparar en esta distinción sea la forma más oportuna de alcanzar la indemnidad que se persigue, habida cuenta la exigencia legal de probar el defecto del producto de que se trate, en este caso la máquina virtual, y, obviamente, contando con la previa identificación individualizada del programador dentro de la completud del producto terminado. Ello dependerá de las circunstancias que rodeen el supuesto concreto, especialmente en lo referente, no solo a la dificultad probatoria, sino a

28 Wagner, G.: "Robot Liability", cit., p. 4.

29 Si tomamos como ejemplo el vehículo autónomo, explica Castell i Marquès, M., que en su creación participan tres tipos de fabricantes: el "vehicle manufacturer", constructor del vehículo previo a su automatización; el "automator", que es quien lo convierte en un coche con cierto grado de automático, y puede coincidir con el anterior; y el "programmer", el responsable del software. Los distintos fallos del vehículo podrán responder a las distintas tareas que cada fabricante asume, como por ejemplo fallos en el sistema de sensores que han de imputarse al constructor del hardware: "Vehículos autónomos y semiautónomos", en AA.VV.: *Inteligencia artificial,* cit., pp. 114-115. En la legislación del Reino Unido tampoco se ha distinguido el *software* específicamente como producto. Sostiene Atkinson, K. que "The CPA (Consumer Protection Act) 1987 was not drafted to cover "pure information". The general consensus on this point following the implementation of the CPA 1987 was that, in the event of a defect in software leading to physical damage, liability would rest with the producer of the complete system": "Autonomous cars: A driving force for change in motor liability and insurance*", Scripted,* Volume 17, Issue 1, January 2020, p. 142.

la solvencia de cada sujeto responsable. De entrada, el productor del robot debe responder del inadecuado funcionamiento de la máquina, con independencia del tipo de defecto causante de los daños, ya se encuentre este en *el hardware o en el software; en* cambio, el programador, en tanto fabricante del software, solo responderá de los defectos concernientes al programa, cuya prueba será más difícil para la víctima.

Como hemos visto, la doctrina ha distinguido a estos efectos entre la comercialización del robot inteligente como un solo paquete –"a bundle of hard-and software", también denominados "closed systems"-, cerrado a las interferencias de los usuarios, y la adquisición de los componentes de forma separada –"open systems"-, provenientes de distintos suministradores. La atribución de responsabilidad al productor en el caso de sistemas cerrados no plantea dificultad (ex art. 3 Directiva 85/374), pero sí lo hace en el supuesto de un sistema abierto a las injerencias de los usuarios o terceros (en el caso de robots con código fuente abierto, por ejemplo), pues no será de aplicación la normativa sobre productos defectuosos en relación a la responsabilidad del productor por un producto -considerado como un todo-, cuyos elementos se han comercializado separadamente; en estas circunstancias, la carga de la prueba para la identificación del responsable resulta sumamente pesada para la víctima.

Verdaderamente, en el caso de la prueba del defecto del programa, la acreditación de la falla puede resultar más complicada, sobre todo si pensamos en que se exija una prueba fehaciente de la inoperancia del algoritmo, o del entrenamiento de un robot que aprende por sí solo, y cuyo comportamiento impredecible forma parte de su esencia. Del problema de la prueba nos ocuparemos más adelante.

C) El programador como prestador de servicios.

Finalmente, la consideración del programador como prestador de servicios es algo más difícil de delimitar, y dependerá del caso de que se trate. En este ámbito, se hace referencia expresa en el Informe a las aplicaciones de IA que suelen estar integradas en entornos de internet de las cosas complejos, en los que interactúan muchos dispositivos y servicios conectados, creando un ecosistema de componentes digitales que provoca la dificultad de evaluar dónde se puede producir un perjuicio y quién es el responsable.

La Comisión se plantea primeramente la duda de si un programa autónomo se rige por la legislación de seguridad de los productos de la Unión Europea, salvando los sectores que cuenten con normativa específica. A estos efectos, se parte de que aquella legislación resulta aplicable a los productos y no a los servicios "y, por consiguiente –en palabras del Libro Blanco-, "a priori" no se aplica tampoco a los

servicios basados en las tecnologías de IA (como servicios sanitarios, financieros o de transporte)".

Esta duda de la Comisión aparece, en principio, clarificada si atendemos a lo concluido en el epígrafe dedicado al concepto de producto. Si consideramos el programa informático autónomo como producto a los efectos de la aplicación de la Directiva 85/374/CEE, la aplicabilidad de la normativa sobre seguridad resulta incuestionable, por virtud del art. 2 de la Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre: "A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «producto»: cualquier producto —incluidos los que entran en el marco de una prestación de servicios—…". En nuestro ordenamiento interno, el art. 1.2 del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos especifica que "Las disposiciones de este real decreto se aplicarán a todo producto destinado al consumidor, incluidos los ofrecidos o puestos a disposición de los consumidores en el marco de una prestación de servicios…".

Y ello nos conduce a matizar la conclusión generalizada de la Comisión sobre la inaplicabilidad "a priori" de esta normativa a servicios basados en tecnologías de IA, tales como los sanitarios, financieros o de transportes. Por una parte, cuando el sistema de inteligencia artificial se integre como producto en un servicio, la responsabilidad del creador del programa se derivará de la aplicación de la normativa sobre productos defectuosos, con independencia de la responsabilidad que pudiera surgir, en su caso, para el prestador del servicio. Por otra, en el marco legislativo español, el régimen de responsabilidad del prestador de los servicios que requieran especiales dosis de seguridad -como los sanitarios-, diseñado por la LCU, podría hacer prescindible de cara a la víctima plantearse la necesidad de aplicar la normativa general de seguridad de los productos, dado que aquel se construye sobre el máximo nivel de protección para el perjudicado, sin que resulte necesario probar el defecto, ni del producto integrado en el servicio, ni de este propiamente dicho.

La consideración del programador como prestador de servicios, sin embargo, no puede ser tratada de forma única, por cuanto su participación en la producción del daño dependerá del servicio que se preste. Piénsese, por ejemplo, en el prestador de un servicio técnico informático que proporciona un software defectuoso a un usuario particular para su ordenador, y en la empresa fabricante de un programa que se integra –junto con otros sistemas- en servicios altamente sensibles (sanitarios o de transportes, por ejemplo).

En principio, el prestador de un servicio técnico de informática o sistemas inteligentes responderá atendiendo al régimen general de responsabilidad previsto por el art. 147 LCU para los daños provocados por servicios defectuosos. Ahora bien, si el usuario de un servicio sanitario es víctima de un daño provocado por un

mal funcionamiento de un programa informático, el prestador de este servicio, ya sea una entidad pública o privada, deberá responder de igual modo que el que procura una prótesis defectuosa en una operación quirúrgica, esto es, una vez acreditado el daño y la relación de causalidad, sin que incumba al perjudicado la carga de la prueba del defecto en el producto de que se trate, ex art. 148 LCU, según hemos adelantado.

La responsabilidad del fabricante del software puede derivar de un servicio defectuoso –por deficiencias en el servicio técnico-, o de un producto defectuoso, por la existencia de una falla en el diseño de un producto incardinado en un servicio diferente. Y el programador, como productor, podrá responder, en los términos anteriormente analizados, directamente frente al usuario; aunque este, igualmente, puede accionar frente al prestador del servicio de que se trate, bajo la cobertura del art. 148 LCU –régimen especial-, o del 147 LCU, en el seno del régimen general de responsabilidad por servicios defectuosos.

No parece que los "servicios informáticos", en su generalidad, deban considerarse "per se" entre los servicios que enumera aquel precepto -que incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad-, en tanto, creemos, deberán ser considerados bajo este régimen cuando atiendan a los servicios que en él se enuncian. Cuando no se encuentren incorporados a esos servicios especiales, deberán ser tratados en los términos del régimen general de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios que establece el art. 147 LCU: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio". La casuística deberá ser resuelta por los tribunales atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En cualquier caso, hemos de concluir aquí, de forma similar a como hacíamos en relación al concepto de producto, que sería deseable una reforma legislativa que delimitase, no solo este –incluyendo expresamente el software en el art. 136 LCU-, sino los servicios que, integrando sistemas inteligentes para ser dispensados, deben considerarse de alto riesgo de producir daños, a los fines de aplicar el régimen de responsabilidad objetiva cualificado del art. 148 LCU.

En el seno del ecosistema inteligente que persigue la Comisión debería estudiarse si, entre los servicios "que incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad", tendrían que considerarse, por ejemplo, los servicios financieros que pueden llegar a entrañar daños sociales considerables. Este tipo de servicios, que se sostiene sobre sistemas inteligentes cuya falla puede resultar de complicada o imposible acreditación al perjudicado, resulta difícil de encajar en el ámbito de cobertura de la normativa sobre servicios

defectuosos, aunque no imposible. Por una parte, difícilmente puede ocasionar daños personales, a los que se restringe la reparación prevista por este régimen legal por virtud del art. 129 LCU cuando no se trate de uso o consumo privado; en este caso, sí se podría admitir la salvedad de los daños psicológicos en tanto integrantes del concepto genérico de "salud de las personas", a los que se refiere el Informe de la Comisión al tratar de las garantías del producto seguro. Por otra parte, en el caso del usuario particular de servicios financieros, la reparación alcanzaría también a los daños materiales, y no vemos por qué no podrían considerarse estos servicios, que llegan a veces a producir verdaderos descalabros económicos a los ahorradores, como servicios altamente peligrosos, en tanto provocan daños materiales reflejados en pérdidas económicas millonarias. Y si hablamos de tipología de daños, sería asimismo deseable una reforma legislativa que incluyera también como indemnizables en aquel precepto los daños morales, eliminando la referencia a ellos del art. 128 LCU.

2. El problema de la prueba.

De conformidad con la Directiva 85/374/CEE, un producto que no cumple las normas de seguridad obligatorias se considera defectuoso con independencia de la culpa de los productores. A pesar de ello, la Comisión se plantea la necesidad de reflexionar sobre cómo facilitar la carga de la prueba que se atribuye a los perjudicados, teniendo en cuenta que la Directiva depende de las normas nacionales probatorias y sobre el establecimiento de la relación de causalidad. En este sentido, se valora la posibilidad de adaptar las leyes nacionales para facilitar la prueba a las víctimas de daños relacionados con IA, reduciendo o invirtiendo la carga probatoria por lo que se refiere a la culpa y al nexo causal, por medio de una iniciativa comunitaria. Por otra parte, sostiene asimismo la Comisión en el Informe que sigue sin quedar claro cómo demostrar la culpa de una IA que haya actuado de manera autónoma, así como en qué consiste la culpa de una persona que se sirve de la IA.

También en este apartado el Informe de la Comisión resulta confuso, al mezclar cuestiones de diverso sentido conceptual en ámbitos normativos distintos. Por un lado, si nos referimos a la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos no puede hablarse de culpa, dado el carácter objetivo o cuasi-objetivo que la caracteriza; por otro, el principio de culpa que preside los regímenes nacionales de responsabilidad habrá de ser atendido en la órbita de los daños provocados por el usuario del ente inteligente, no por su productor ni, mucho menos, por el propio producto inteligente. Finalmente, en uno u otro caso, la concurrencia de los requisitos o elementos básicos de la responsabilidad civil –acción, daño y nexo causal-, resulta imprescindible para que nazca el derecho

de la víctima a ser resarcida. Lo que la Comisión se está planteando es cómo debe tratarse la exigencia de prueba para que la víctima quede indemne en todo caso.

A) El concepto de producto inseguro.

El régimen especial de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos se fundamenta en un ambiguo y amplio concepto de "defectuosidad"[30], que permite a los tribunales un dilatado campo de actuación para analizar el conflicto desde los parámetros legales que delimitan tal concepto, tomando en consideración igualmente la actitud de la propia víctima.

El art. 137 LCU entiende por producto defectuoso "aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación". A ello añade el apartado segundo del precepto que, en todo caso, "un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie". Un producto, concluye el apartado tercero, no podrá ser considerado defectuoso simplemente porque se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada. Se considera que, en relación a las normas comunitarias sobre seguridad de los productos, la Directiva 85/374/CEE constituye la red de seguridad en aquellos casos en que, a pesar de todo, se producen accidentes.

El concepto de producto defectuoso resulta, pues, extremadamente amplio, al tener en cuenta no solo la defectuosidad material del objeto, sino todas las circunstancias que rodean su presentación y puesta en circulación, distinguiéndose así entre defectos de fabricación, de diseño y de información (lo que no solo se refiere a la información externa y publicidad, sino al manual del usuario, que incluye la descripción de los contenidos, componentes, características, instrucciones y contraindicaciones de uso del producto). El deber de información juega un papel preponderante en el marco de los robots inteligentes, como productos, no únicamente de elevado nivel tecnológico, sino sobre todo como máquinas cuya ciencia se encuentra en constante perfeccionamiento. Esto nos lleva a la obligación del productor, dado el continuo desarrollo de la tecnología informática, de proporcionar al usuario las actualizaciones del software ("update") que requiera el funcionamiento correcto del producto.

30 Señala Pasquau Liaño, M. que se trata de un cambio de perspectiva que suscita una diferente "economía probatoria y argumentativa", en los procesos sobre responsabilidad por productos, donde lo relevante no es la determinación de las causas del defecto, sino el nexo de causalidad entre el defecto y el daño, estructurándose el sistema sobre la base de una noción intencionadamente vaga de defecto: "Daños causados por productos", en *La defensa de los consumidores y usuarios Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009* (dir. M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco), Iustel, 2011, pp. 1848-1849.

Debe acreditarse, por tanto, la inseguridad del producto inteligente a los fines de determinar su defectuosidad. La acreditación, sin embargo, de la inseguridad del producto cuando resulta imposible, o en extremo complicado, probar el defecto técnico concreto, ha de pasar por la delimitación del concepto de "expectativa razonable" del usuario[31], derivado de la seguridad que le cabría legítimamente esperar al perjudicado, teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, el uso razonablemente previsible del producto. Y aquí entra en juego la normativa relativa a la seguridad general de los productos, cuando se refiere al producto seguro como a aquel que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos (art. 2 b, Directiva 2001/95/CE; art. 2 a, RD 1801/2003). Más estrictamente, la Directiva 2006/42/CE, sobre máquinas, ordena al fabricante "determinar los límites de la máquina, lo que incluye el uso previsto y su mal uso razonablemente previsible" (Anexo I.1).

De todo ello puede colegirse que un producto inteligente sería inseguro y, por tanto, defectuoso, si produce riesgos para el usuario incluso cuando este lo utiliza de forma incorrecta, siempre que tal uso incorrecto sea razonablemente previsible. Y, en este sentido, también podría introducirse una reforma concreta en la normativa sobre seguridad general de los productos para añadir el mal uso previsible que pueda llevar a cabo el usuario.

B) La carga de la prueba del defecto.

Siguiendo las directrices de la Directiva 85/374/CEE, el art. 139 LCU atribuye la carga probatoria del defecto al perjudicado por los daños, de ahí que, para facilitar la indemnidad de la víctima, los tribunales españoles comenzaran a interpretar de forma abierta la exigencia de la prueba del defecto del producto que exigía el derogado art. 5 de la LPD 1994 –equivalente al actual art. 139 LCU-, atendiendo a un concepto amplio de defectuosidad. En virtud de esta doctrina jurisprudencial, se ha admitido en ocasiones simples presunciones como prueba de la defectuosidad, sobreentendiéndose prácticamente la existencia del defecto si no es posible atribuir la producción de los daños a la culpa de la víctima por utilización incorrecta del producto.

Abundando en esta idea, sobre la base de una interpretación no estricta del art. 137 LCU, producto defectuoso viene a ser sinónimo de producto inseguro, en tanto ha de considerarse defectuoso todo producto que no ofrezca la seguridad

31 Para Salvador Coderch, P. y Ramos González, S., ello tiene lugar cuando el producto "defrauda en alguna de sus características las expectativas razonables o legítimas del consumidor y le lleva a error", que le provoca daños. Por otra parte, este criterio tiene un componente fáctico y otro normativo, pues no solo apela a las expectativas reales de los consumidores, sino que también exige que estas sean legítimas; ello lleva al juez a tener que realizar un juicio de valor. El juicio de legitimidad es, por tanto, normativo; y legítimo no equivale a razonable: "Defectos de producto", cit., pp. 145-147.

que cabe legítimamente esperar del mismo; a tales fines, debe tomarse en consideración el uso que de él se va a realizar. De este modo, un producto carente de defecto inicial puede resultar inseguro porque no era el adecuado para el uso que razonablemente se preveía que se iba a hacer del mismo[32]. Atendiendo a todas las circunstancias que rodean cada caso, alguna sentencia atribuye la defectuosidad al fabricante "por exclusión", al no constar un uso inadecuado por la víctima, ni la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor[33].

Se insiste asimismo en el seno de nuestros tribunales en que el concepto de producto defectuoso no es un concepto que se delimite por el solo cumplimiento de las normas reglamentarias, pues su delimitación debe hacerse "teniendo en cuenta todas las circunstancias en función del uso y la seguridad esperadas del producto conforme a esos requerimientos, que se encuentran en situación de relación causal pues la seguridad del uso exigible está en función del uso conforme a la naturaleza del producto"[34].

Finalmente, aun partiéndose jurisprudencialmente de la atribución al perjudicado de la carga de la prueba de la defectuosidad del producto y de la falta absoluta de intervención de este en el evento dañoso (habiendo adoptado todas las medidas de precaución especificadas en el correspondiente folleto de instrucciones de uso del producto en cuestión), en caso de dudas en relación al resultado acaecido, nuestros tribunales consideran igualmente aplicable la doctrina del juicio de probabilidad cualificada, siempre que de lo actuado se desprenda que no exista prueba suficiente de responsabilidad del usuario y se planteen serias dudas de la producción del siniestro[35].

Debe puntualizarse, no obstante, que, a pesar de la utilización habitual de todos estos recursos, no siempre los tribunales han seguido idénticas pautas de interpretación, acogiéndose por el contrario a la aplicación estricta de las exigencias probatorias del art. 139 LCU. En ocasiones, partiendo de las reglas básicas de atribución de responsabilidad legalmente establecidas, los jueces enuncian distintas máximas de orden general, como la imposibilidad de determinar la defectuosidad de un producto sobre simples conjeturas o meras presunciones cuando los técnicos declaran que el producto no presenta evidencias de ser defectuoso[36].

32 Consúltese, por ejemplo, la SAP Valencia 22 junio 2005 (AC 2005, 1504); o la SAP Navarra 12 marzo 2012 (JUR 2013, 12580).

33 Véanse la SAP Islas Baleares 30 noviembre 2017 (AC 2018, 38) y la SAP Barcelona 21 enero 2015 (JUR 2015,120547).

34 A ello se refiere la SAP de Alicante de 22 de marzo de 2012 (AC 2012, 1417).

35 SAP Barcelona 3 abril 2014 (JUR 2014, 134843).

36 SAP Barcelona 8 julio 2011 (AC 2011, 1517); SAP Barcelona 10 mayo 2011 (AC 2011, 1231); SAP Las Palmas 9 febrero 2018 (JUR 2018, 206478). En esta línea, en la STS 21 septiembre 2007 (RJ 2007, 5495). Véanse también la STS 16 marzo 2007 (RJ 2007, 1859), la STS 28 septiembre 2006 (RJ 2006, 8716), la SAP La Rioja 13 junio 2006 (AC 2006, 1007), o la SAP de Valencia 4 diciembre 2006 (JUR 2007, 234974).

Puntualizan también nuestros tribunales que, aunque la alusión legal a la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho parece un concepto difícilmente determinable en algunos casos concretos, la ley quiere indicar con esta expresión que un producto no es defectuoso simplemente porque sea intrínsecamente peligroso, si las condiciones del mismo que le dan ese carácter son connaturales a la clase a la que el objeto pertenece; en definitiva, no se protege a la víctima contra un riesgo que resulta más que obvio, pues en todo caso debe aportarse la prueba de la defectuosidad que provocó los daños[37]. Por otra parte, la seguridad que cabría legítimamente esperar no es indefinida, correspondiendo al usuario que adquirió un producto sin defecto de origen, sobre el que se hace un mal uso, advertir su deterioro[38].

Debe advertirse en todo caso que estas aseveraciones deben contemporizarse con los hechos que rodean cada supuesto, que muchas veces desembocan, básicamente, en la falta de prueba del defecto. Se trata de circunstancias fácticas de las que no se puede inferir la defectuosidad de un producto sin falla de origen acreditada o en las que se tiene en cuenta la actuación de la víctima –a veces sin seguir correctamente las instrucciones de uso- como causa de ruptura del nexo causal entre el producto y los daños[39].

A este respecto debe recordarse, como también precisa la jurisprudencia, que, con independencia del criterio de imputación de responsabilidad que se adopte, el demandante debe probar la existencia de relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño sufrido. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que esta acreditación ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba[40].

Sobre esta base, en ocasiones los tribunales absuelven de responsabilidad al demandado al entender inaplicable la doctrina del "juicio de la probabilidad cualificada" –utilizada en otros casos, como hemos visto, para imputar la

37 SAP Islas Baleares 28 junio 2010 (JUR 2010, 304375). Como explica Azparren Lucas, A., aunque con carácter general se puede equiparar producto defectuoso no seguro y producto peligroso, ello se refiere a los casos en que la peligrosidad del bien no se deriva de su propia naturaleza, sino cuando el producto se convierte en peligroso por un fallo de fabricación que convierte el peligro en una circunstancia imprevisible. Esta conclusión se observa claramente en los daños causados por material pirotécnico, un tipo de producto que por su naturaleza es peligroso: "Comentario al art. 137", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, p. 1196.

38 SAP Las Palmas 3 mayo 2013 (JUR 2013, 241388).

39 Véanse, a título de ejemplo, la SAP Madrid 9 abril 2010 (AC 2010, 2251); SAP Madrid 24 noviembre 2017 (JUR 2018, 20128); o SAP Pontevedra 27 febrero 2012 (AC 2012, 416), sobre las quemaduras producidas a la usuaria por un robot de cocina al saltar el contenido por el aire, sin que se pruebe de manera alguna que dichos daños fueron ocasionados por un funcionamiento anómalo o defectuoso de la máquina y no por una utilización incorrecta. Resuelve un caso prácticamente idéntico sobre un robot de cocina la SAP Asturias 4 octubre 2018 (JUR 2019, 12870).

40 Entre otras, STS 19 febrero 2009 (RJ 2009, 1504) y, anteriormente, STS 28 septiembre 2006 (RJ 2006, 8716), STS 21 marzo 2006 (RJ 2006, 1888) o STS 21 abril 2005 (RJ 2005, 4133).

responsabilidad-, porque no conociéndose la causa, no puede atribuirse una como más probable que otra de entre las que pudieran cualificar el siniestro[41]. Este argumento contradice, pues, la doctrina aplicada en otros casos basada en la posibilidad de acreditar la defectuosidad de un producto en ausencia de pruebas directas, a través de la prueba de presunciones, habida cuenta la inviabilidad de hacerlo ante la destrucción del producto generador de los daños[42].

C) La prueba de la relación de causalidad.

Las consecuencias de la exigencia probatoria en términos estrictos es lo que, entendemos, hace plantearse a la Comisión la posible necesidad de invertir la carga de la prueba establecida por las normas nacionales para el caso de las aplicaciones de IA, especialmente si hablamos de entornos de internet de las cosas complejos. Se propone, siguiendo al grupo de expertos sobre responsabilidad y nuevas tecnologías, como se ha adelantado, vincular la carga de la prueba al cumplimiento de obligaciones específicas en materia de ciberseguridad o de seguridad establecidas por la ley, de tal manera que, si no se cumple con dichas normas, podría modificarse la carga de la prueba relativa a la culpa y la causalidad.

El planteamiento de la Comisión vuelve a ser confuso si lo situamos en el marco de la normativa sobre productos defectuosos. En el propio Informe se pone de manifiesto que, según la misma, un producto que no cumple con las normas de seguridad obligatorias se considera defectuoso; a pesar de ello, la Comisión también asume que debe reflexionarse sobre cómo facilitar la carga de la prueba a las víctimas con arreglo a la Directiva, que depende de las normas nacionales probatorias y sobre el establecimiento de la relación de causalidad.

Como hemos señalado, en nuestro país la facilitación de la prueba del defecto del producto se realiza en el seno de los tribunales sobre la base de una interpretación abierta de los términos legales, tanto en relación al concepto de producto inseguro, como en lo relativo a la prueba de la defectuosidad. Cuestión distinta es, sin embargo, la prueba de la relación de causalidad, en tanto la existencia del nexo causal es un elemento necesario –junto a acción y daño- para el nacimiento de la responsabilidad civil, y dicha acreditación ha de corresponder, ineludiblemente, al perjudicado. Es cierto, sin embargo, que la línea divisoria entre la prueba del defecto y la de la relación de causalidad es en ocasiones bastante difusa.

Si tomamos como referencia la interpretación jurisprudencial sobre la prueba del defecto, un robot inteligente que no ofrezca la seguridad que cabría esperar

41 SAP Málaga 31 enero 2017 (AC 2017, 615).

42 Caso de la SJPI Santander 6 abril 2018 (AC 2018, 1771).

es un producto inseguro y, por tanto, defectuoso; si el robot actúa de forma no esperada, se puede presumir que es defectuoso. A estos efectos, debe tenerse en cuenta las legítimas expectativas de seguridad creadas en el usuario por el producto concreto de que se trate, en función de las circunstancias que lo rodean, en especial, por virtud del art. 137 LCU, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y su puesta en circulación. Ello nos lleva a considerar un producto como defectuoso no porque no alcance toda la seguridad posible, sino aquella que legítimamente cabía esperar de él, y siempre que la víctima hiciera un uso razonablemente previsible del mismo. Sobre esta base, el fabricante deberá responder, pues, no solo por los daños ocasionados en el uso normal del producto, sino también si pudo prever que el perjudicado podría realizar un uso inadecuado, no normal, de este[43]. Esta previsión del uso anormal se encuentra incluso respaldada legalmente, como se ha indicado, en la normativa sobre seguridad de las máquinas.

Se trata, pues, de un juego probatorio que se debe observar desde las dos posiciones que se enfrentan, y del que se deriva que la actividad probatoria no únicamente se desenvuelve alrededor de la acreditación del defecto, sino también y al mismo tiempo en torno a la calificación de la conducta de la víctima. Obsérvese que el fabricante debe garantizar un nivel de seguridad que responda a las expectativas legítimas del usuario, derivadas de las cualidades técnicas y prestaciones ofrecidas por el producto y su presentación; mientras que el perjudicado deberá utilizar el producto de alguna forma que fuera previsible por el productor, aun cuando sea un uso inadecuado o imprudente del mismo[44]. Los tribunales habrán de solventar el litigio atendiendo a las especificidades de cada caso, tal como hasta ahora han venido haciendo. De este modo, en ocasiones se presumirá el proceder correcto de la víctima, ante la ausencia de prueba por parte del productor del actuar imprevisiblemente inadecuado del usuario; en otras, la falta de evidencia del defecto de fabricación de un producto exonerará al fabricante a pesar de no acreditarse la actuación imprudente o incorrecta del perjudicado en el uso del mismo. En otros tantos casos, la falta de diligencia o de

43 Pasquau Liaño, M., evidencia que la concreción del nivel de seguridad esperada y de los comportamientos normales o anormales de los usuarios planteará problemas de complicada solución: "Daños Causados", cit., pp. 1851-1852. Por su parte, Parra Lucán, M.A., pone de relieve los problemas que pueden plantearse a la hora de concretar en qué casos determinados usos incorrectos pueden calificarse como "previsibles", no excluyendo el carácter defectuoso del producto: "Comentario al art. 137", cit., p. 1671.

44 En palabras de Pasquau Liaño, M., el soporte de este sistema de responsabilidad resulta "movedizo", al estar basado en un curioso circuito: "el consumidor o usuario podrá confiar en unos mínimos de seguridad del producto, y el fabricante podrá confiar, al concebir o comercializar el producto, que no será utilizado de una manera que no pueda razonablemente prever": "Daños causados", cit., p. 1851. En este terreno, Salvador Coderch y Ramos González explican cómo la doctrina alemana ha puesto de manifiesto que las expectativas legítimas de seguridad del consumidor, por un lado, y las expectativas de usos razonables del producto que tiene el empresario, por el otro, asumen los papeles de tesis y antítesis, de un ir y venir de la mirada o una relación de intercambio. En esta relación, el fabricante deberá tener en cuenta el uso impropio o inadecuado o el error del consumidor, pero el alcance de tal deber encuentra su límite en la razonabilidad; cubre los usos negligentes, pero no alcanza al abuso o los usos disparatados o socialmente inadecuados, por más que resulten previsibles: "Defectos de producto", cit., pp. 158-159.

cuidado suficiente de la víctima hará entrar en juego la previsión del art. 145 LCU, permitiendo la exención de responsabilidad del productor por culpa exclusiva del agraviado, o la reducción de la cuantía indemnizatoria por concurrencia de culpas[45].

Las propuestas de la Comisión Europea en materia de prueba en el ámbito de los productos defectuosos no son algo novedoso, habiéndose materializado en distintos informes sobre la aplicación de la Directiva 85/374/CEE a lo largo de los años[46]. Concretamente, ya en el Libro Verde sobre responsabilidad por productos defectuosos de 1999, se evidenciaba el problema que la exigencia de demostración del defecto podría significar para la víctima, y se proponían distintos mecanismos para aliviar tal exigencia[47]. Entre ellos: a) la presunción del nexo causal cuando la víctima demuestre el daño y el defecto, o del defecto cuando la víctima demuestre la existencia de un daño resultante de un producto; b) establecer que la víctima debería demostrar esos tres elementos con una gran probabilidad, sin por ello exigir un nivel muy elevado (por ejemplo, bastaría con que la probabilidad fuera superior al 60%); c) imponer al productor la obligación de facilitar todo tipo de documentación e información útil para que la víctima pueda beneficiarse de elementos concretos para demostrar su caso; d) imponer al productor el pago de los gastos periciales bajo determinadas condiciones: por ejemplo, la víctima podría pedir al juez que el productor adelante los gastos necesarios para practicar las diligencias de la prueba.

A nuestro modo de ver, no parece que todas estas propuestas deban acogerse en todo caso. En primer lugar, aunque la presunción del nexo causal podría resultar deseable en el caso de productos ya consumidos -como ha apuntado la doctrina[48]-, no creemos que deba establecerse como regla general, en tanto deben ser los tribunales, atendidas las especificidades y circunstancias de cada supuesto litigioso, quienes valoren la aplicación de presunciones. A fin de facilitar la prueba a cargo del demandado, el legislador español introdujo la llamada distribución dinámica de la carga de la prueba en el art. 217.7 LEC -que ordena al tribunal tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del

45 Gómez Ligüerre, C. y Piñeiro Salguero, j., observan que en la LCU existe un deber de prever los usos negligentes o desconsiderados del usuario y este no puede emplear el producto confiando en un estándar de seguridad infinita. Para estos autores, el fundamento del cuidado conjunto que exige el art. 145 LCU está en la asimetría informativa que separa a productor y consumidor, dado que a veces será el fabricante quien pueda tener conocimiento de la existencia del defecto en su fabricación, y otras, si el defecto resulta patente en el momento de su puesta en circulación, será la víctima quien pueda evitar el daño a un menor coste. De esta forma –concluyen- "la responsabilidad del productor se reducirá en la misma proporción en la que desaparezca la asimetría informática, es decir, cuanto más evidente y fácilmente recognoscible sea el defecto que padece el producto": "Culpa del perjudicado", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad,* cit., pp. 381-382.

46 La incluye igualmente la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020.

47 COM(1999) 396 final

48 En este sentido, Luna Yerga, A., para quien lo actuado por el legislador español para facilitar la prueba resulta insuficiente: "Causalidad y su prueba. Prueba del defecto y del daño", en AA.VV.: *Tratado de,* cit., p. 479.

litigio-, conduciendo indirectamente a la admisión de presunciones sobre existencia del defecto y relación de causalidad, además de atender en parte a la idea de que el productor deba procurar todo tipo de documentación e información útil a la víctima. Por lo que se refiere a la regla de la probabilidad, también nuestros jueces aplican el juicio de probabilidad cualificada en los términos expuestos; pensar en una regla determinada de probabilidad resulta más que dificultoso. Finalmente, tampoco sería aconsejable imponer legalmente el adelanto de los costes judiciales por el productor de forma generalizada, a riesgo de multiplicar excesivamente demandas con exigua base probatoria[49].

En definitiva, la inversión de la carga de la prueba en relación al nexo causal que propone la Comisión se traduciría, en muchos casos, en reflejar legalmente algunas de las doctrinas ya asentadas en el seno de los tribunales. Este reflejo legal, en nuestra opinión, no debe materializarse de forma generalizada, pero sí podría ser atendido mediante la adopción de medidas particulares. Así lo entendió la Comisión en su Comunicación sobre el principio de precaución de 2 de febrero de 2000, afirmando que se atiende de alguna manera a este principio –elemento esencial de la política de la Unión Europea-, cuando la legislación comunitaria requiere autorización previa para la comercialización de ciertos productos (como medicamentos o aditivos alimentarios); mediante este mecanismo se consigue desplazar la carga de la prueba de la peligrosidad de estos productos a las empresas, en la medida en que sobre ellas recae la responsabilidad de realizar las investigaciones necesarias para la evaluación de riesgos. A pesar de ello, la Comisión deja claro que, aunque una acción adoptada en virtud del principio de precaución puede implicar en algunos supuestos una cláusula que revierte la carga de la prueba sobre el fabricante, "tal obligación no puede preverse sistemáticamente como principio general"[50].

En esta línea, la propuesta de la Comisión de vincular la carga de la prueba al cumplimiento de obligaciones específicas en materia de ciberseguridad o de seguridad establecidas por la ley nos parece más que oportuna. Entendemos, así, que sería conveniente introducir obligaciones concretas en materia de ciberseguridad en la normativa sobre seguridad general de los productos, cuyo incumplimiento hiciera inseguro al sistema productor de los daños. En la misma línea, la inclusión expresa del "mal uso previsible" en la normativa sobre seguridad general de los productos facilitaría al juzgador la presunción del nexo causal, cuya acreditación a cargo del perjudicado no puede ser condonada, pero sí, mediante este tipo de mecanismos, aliviada.

49 Luna Yerga, A. las llama "demandas de bagatela": "Causalidad y", cit., p. 480.

50 COMO(2000) 1 final.

D) Impredecibilidad del sistema inteligente y presunción de defectuosidad.

En otro orden de cosas, la Comisión también pone el acento en la autonomía del sistema inteligente. Verdaderamente, la máquina inteligente se caracteriza por una particularidad que puede hacer necesario diferenciar su tratamiento legal en relación a los daños que provoque: su capacidad de autoaprendizaje y, por ende, su autonomía y la impredecibilidad de algunas de sus acciones. La respuesta a los problemas que esto puede provocar ha de buscarse, nuevamente, en el concepto de producto defectuoso como producto inseguro según las características anteriormente analizadas.

El robot ha de estar diseñado para realizar una serie de actividades o desarrollar ciertas funciones con la seguridad que cabría legítimamente esperar en el usuario según su naturaleza, en cada caso o escenario específico; de modo que, siempre que el robot no responda a estas expectativas, debe calificarse como un producto defectuoso, en tanto inseguro, imputándosele a su fabricante la responsabilidad por los perjuicios causados. Estas expectativas deben delimitarse a través de la atribución al productor de la obligación de definir las acciones que el robot debe realizar con garantía de seguridad para el consumidor, entendiéndose que, toda vez que en el marco de esas funciones garantizadas se produzca algún daño, este se deriva de la defectuosidad del aparato.

No podemos desconocer que la utilización de tecnología avanzada suscita en el usuario mayores expectativas de seguridad, y seguirán siendo los tribunales quienes deban delimitar el concepto de defectuosidad; como es sabido, la determinación de si el producto es o no defectuoso, en atención a los parámetros del art. 137 LCU, no es estrictamente una cuestión de hecho sino una "quaestio iuris", fruto de la valoración jurídica del órgano judicial, que ha de partir del "factum" que incumbe acreditar a la parte actora. De este modo, para facilitar al perjudicado la carga de la prueba del defecto del producto, se podría presumir que el daño causado por la máquina inteligente se deriva de su defectuosidad cuando no ofreció la seguridad razonablemente esperada. Los estándares de seguridad así establecidos vendrían siendo modificados con el transcurso del tiempo, al ir adaptándose a nuevos niveles de desarrollo tecnológico, conjugándose acompasadamente con la causa de exoneración del art. 140 e) LCU y con el grado de riesgo aceptable.

Creemos positivamente que la impredecibilidad del robot no debe necesariamente asociarse con el daño. Más bien al contrario, precisamente el carácter imprevisible del comportamiento de un robot determinado responde a la idea de acertar con la solución más adecuada con fundamento en la experiencia adquirida, de modo que lo que se espera del robot es justamente que actúe con mayor eficacia que el ser humano. En consecuencia, el comportamiento eficaz o correcto de la máquina inteligente es lo legítimamente esperado por el

usuario; este confía en la seguridad que debe ofrecer un robot, cuya actuación imprevisible, surgida del autoaprendizaje basado en la experiencia, estará dirigida a dar respuesta eficaz al problema de que se trate. Si esa actuación impredecible se desvía de la réplica adecuada y produce algún daño, el fabricante de la máquina habrá de responder por ello. Debe descartarse, pues, la identificación entre imprevisibilidad del robot y peligrosidad intrínseca del producto, en el entendimiento de que ello permita a los juzgadores acordar la exoneración del productor por considerarse -como se expuso- que un bien intrínsecamente peligroso no ha de ser necesariamente defectuoso.

E) La prueba de la culpa y la culpa de la IA.

Para terminar con el tema de la prueba, debemos referirnos a las dudas que expone la Comisión sobre la falta de claridad que existe en cuanto a la demostración de la culpa de una IA que haya actuado de manera autónoma, así como en qué consiste la culpa de una persona que se sirve de la IA; ello a pesar de tener presente que, de conformidad con la Directiva 85/374/CEE, un producto que no cumple las normas de seguridad obligatorias se considera defectuoso con independencia de la culpa de los productores. Parece que la Comisión habla de culpa, pues, en dos escenarios bien distintos: el del usuario del producto y el de la máquina inteligente propiamente dicha.

Primeramente, debe precisarse que, aunque la LCU haga recaer la responsabilidad por los daños causados por el producto defectuoso sobre el fabricante, la prueba del defecto que específicamente provocó la falla del producto será determinante de la individualización última de responsabilidades, de cara al ejercicio de las acciones de repetición que, en su caso, correspondan, y a la obligación reparadora de las compañías aseguradoras. En este terreno, sí debe hablarse de negligencia, pero no frente a la víctima, sino entre los diversos agentes de la cadena de producción (diseñador del software o programador, fabricante del hardware, formador…).

De la responsabilidad del fabricante y los demás partícipes en la cadena de producción y comercialización del producto, se debe diferenciar la del propietario y la del usuario del robot –que pueden concurrir o no en la misma persona-, cuya intervención en el marco de la imputabilidad debe contemplarse desde dos perspectivas. Por una parte, como agente que interfiere en el nexo causal entre acción y resultado dañoso, afectando a la imputación de responsabilidad al productor; por otra, como causante del perjuicio frente a terceros. Al primer caso nos hemos referido ya al tratar la conducta de la víctima como causa de exoneración o reducción de la responsabilidad del productor por ruptura o interferencias en la relación de causalidad (culpa exclusiva de la víctima o concurrencia de culpas respectivamente).

Por otra parte, en lo que respecta a la responsabilidad del propietario y/o poseedor, usuario u operador del robot por los daños que este pueda ocasionar a terceros, su responsabilidad se fundamentaría en el mal uso, ajeno a las indicaciones del fabricante, que se realizara del mismo; esta cuestión quedaría al margen de la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos. Lo que debe reflexionarse en este entorno es la oportunidad de aplicar sin más las normas generales sobre responsabilidad por culpa ex art. 1902 CC, u optar por un sistema más objetivado de responsabilidad bajo la cobertura de distintos preceptos del Código Civil (art. 1905, por ejemplo, por analogía con la responsabilidad del propietario de un animal), o por la creación de un nuevo modelo de responsabilidad objetiva en la línea de la prevista para los vehículos a motor. En cualquier caso, la decisión sobre el régimen de responsabilidad más oportuno dependerá, entre otras circunstancias, del tipo de robot de que se trate, pues no ha de recibir el mismo tratamiento un robot quirúrgico o asistencial, que un dron o un vehículo no tripulado[51].

En este ámbito, juega un papel fundamental la determinación de las obligaciones que legalmente se atribuyan al productor sobre la actualización del software. Vuelve a aparecer la necesidad aquí de introducir las reformas legales necesarias en la normativa sobre seguridad de general de los productos para perfilar la atribución de responsabilidades a tenor de las garantías de funcionalidad ofrecidas por el fabricante.

En relación a clarificar la cuestión de la "culpa de la IA" a la que se refiere la Comisión, entendemos que no cabe hablar de atribución de culpa a una entidad que carece de personalidad jurídica, si es a esto a lo que alude el Informe. A falta de mayores precisiones, tenemos que descartar tanto dicha atribución como tratar el tema de la culpa en la órbita del productor frente a la víctima, en los términos ya expuestos. Si de lo que se trata es de identificar "culpa de la IA" con autonomía y, en consecuencia, responsabilidad por las acciones imprevisibles del ente inteligente, la consideración de la culpa frente al usuario también está de más.

51 Estos son los casos que entrarían dentro del ámbito de cobertura de la propuesta de Reglamento relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, realizada por la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, publicada con posterioridad a la entrega de este trabajo y antes mencionada, que se aplicaría a los operadores iniciales y finales del sistema de IA, distinguiendo entre sistema de alto riesgo o sin él, determinando la responsabilidad objetiva y subjetiva respectivamente. El operador final sería toda persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA y se beneficia de su funcionamiento; mientras que operador inicial sería toda persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología y proporciona datos y un servicio de apoyo final de base esencial y, por tanto, ejerce también grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA. El Reglamento se aplicaría a todo operador, final o inicial, siempre que la responsabilidad civil de este último no esté ya cubierta por la Directiva 85/374/CEE.

3. El concepto de puesta en circulación del producto y los riesgos del desarrollo.

Recomienda el Informe de la Comisión la revisión del concepto de "puesta en circulación" utilizado por la Directiva 85/374/CEE, al objeto de tener en cuenta que los productos pueden cambiar y ser modificados, lo que podría ayudar a aclarar quién es el responsable civil de los cambios introducidos en el producto. Con ello se evitaría que los productores pudieran invocar el principio de aparición posterior del defecto, por el que quedarían exentos de responsabilidad si aquel no existía al momento en que se puso en circulación el producto –esto es, el momento de la entrega o puesta a disposición del público a través de la cadena de producción[52]-, o el de los riesgos del desarrollo, que le eximirían igualmente si de acuerdo con los conocimientos de aquel momento no se podría haber previsto el defecto.

El art. 140 LCU -reproduciendo el art. 7 e) de la Directiva 85/374/CEE- se ocupa de las causas de exoneración del productor, enumerando una serie de circunstancias cuya prueba lo exime de responsabilidad. Entre estas causas, resulta particularmente trascendente en el campo de la robótica la referente a los llamados riesgos del desarrollo, que refleja el apartado e) del precepto, en virtud del cual el fabricante quedará exonerado si acredita "Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto".

Para invocar esta causa de exoneración el fabricante debe acreditar que, en el momento de poner en circulación el producto, los conocimientos científicos y técnicos existentes impedían apreciar el defecto causante del daño[53]. A estos fines, le será necesario demostrar que se llevaron a cabo todas las actividades necesarias que el estado de la ciencia ofrecía en ese momento para conocerlo, y que posteriormente se descubrieron avances científicos que entonces resultaban inaccesibles. En el campo de la IA, resulta de especial significación la relación entre la fecha de la puesta en circulación del producto y la continua actualización o mejora del software de que se trate; el fabricante no podrá exonerarse de responsabilidad ex art. 140 e) LCU si no facilita al usuario el "update" o "upgrade" necesario para la correcta funcionalidad del producto, del que aquel dispuso aun después de la

52 Como sostiene la doctrina, el concepto de puesta en circulación debe ser interpretado de forma amplia o flexible, incluyéndose los casos de entrega material del producto sin que haya existido ya comercialización, puesto que la finalidad básica de la norma es la protección del consumidor. En este sentido, Farnós Amorós, E. y Ruiz García, J.A.: "Falta de puesta en circulación del producto", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad,* cit., p. 501.

53 Como observan Salvador Coderch, P. y Rubí Puig, A., no se trata simplemente de probar que el proceso de diseño y fabricación atendió al estado de los conocimientos científicos y técnicos, sino que el estado de la ciencia en el momento de la comercialización del producto no permitía conocer la existencia del defecto; dado que ello será difícil de probar, lo aconsejable es preconstituir la prueba conservando los protocolos del proceso de investigación llevado a cabo: "Excepción por riesgos del desarrollo", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad,* cit., p. 604.

puesta en el mercado del mismo[54]. Sería deseable que se obligase legalmente al fabricante a tasar los plazos de vida útil del producto para cada funcionalidad en cada estadio de actualización del software. Una vez que el productor garantice los medios de actualización, recaerá, en su caso, sobre el usuario la responsabilidad por su falta de diligencia al no incorporarlos a la máquina inteligente.

Por sus propias características, la cuestión de la determinación de los riesgos del desarrollo resulta particularmente importante en el terreno de los sistemas inteligentes, lo que se refleja en algunas reflexiones doctrinales acerca de la conceptualización de tales riesgos. Se sostiene, así, que en los casos de desconocimiento de los desarrolladores de software, nos encontramos ante "lagunas del desarrollo", un concepto diferente al de estado de la ciencia o "riesgos del desarrollo". La diferencia conceptual estriba en que en este último concepto se ignora el riesgo y la potencialidad del daño, mientras que en aquel se conoce el defecto o peligrosidad del bien, pero no la forma de detectarlo y prevenirlo. Partiendo a esta conceptuación doctrinal, la exoneración de los desarrolladores de software dependerá de distintos factores, como el tipo de fallo o error, el grado de desarrollo de la tecnología y la concreta vulnerabilidad[55].

Efectivamente, las "lagunas del desarrollo" no son otra cosa que el reconocimiento de la posibilidad del actuar autónomo e impredecible de las máquinas inteligentes, que no es capaz de anular una exhaustiva actividad investigadora previa de los creadores del software. La imprevisibilidad en el comportamiento de un producto dotado de IA, sin embargo, no puede convertirse en un riesgo del desarrollo que habría de ser asumido por la sociedad. Antes bien, su productor debe responder por los daños producidos por aquel en tanto producto inseguro, según hemos concluido anteriormente.

Ello nos conduce a la necesidad de contar con una buena política de gestión de riesgos para intentar concretar en cada caso el riesgo aceptable, tomando como punto de partida las normas de seguridad de la Unión Europea y su desarrollo por los Estados miembros, requiriendo autorizaciones administrativas, tests de viabilidad, previsibilidad de los daños posibles en cada sector. Y es en este sentido en el que las propuestas de reforma legislativas en materia de seguridad emitidas por la Comisión Europea cobran especial relevancia. Entre ellas, se propone que se adopten disposiciones explícitas relacionadas con el ámbito de aplicación de los actos normativos de la Unión Europea; contemplar los riesgos cibernéticos dentro

54 Así lo especifica el Informe del Grupo de Expertos en Responsabilidad y Nuevas tecnologías, de noviembre de 2019: "Manufacturers of products or digital content incorporating emerging digital technology should be liable for damage caused by defects in their products, even if the defect was caused by changes made to the product under the producer's control after it had been placed on the market".

55 Así lo explica Vicandi, A.: "El coche autónomo y su impacto en nuestro ordenamiento jurídico", en AA.VV.: *Congreso Internacional de Derecho Civil octavo centenario de la Universidad de Salamanca* (coord. E. Llamas Pombo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 806.

del concepto de seguridad de los productos; exigir nuevas evaluaciones de los productos capaces de aprender autónomamente; implementar un control objetivo previo de conformidad; prever, también explícitamente, requisitos específicos de supervisión humana en la toma de decisiones en cada estadio de vida del sistema inteligente; o incluir entre las obligaciones del fabricante la valoración del daño psicológico que sus productos puedan causar al usuario.

La contemplación expresa de estas cuestiones en la normativa sobre seguridad general de los productos nos parece un requerimiento incontestable. Creemos que lo trascendente es que el legislador europeo y los legisladores nacionales establezcan con claridad las obligaciones de los fabricantes relacionadas con la información que se debe otorgar al usuario en cuanto a las funcionalidades de los productos inteligentes. Si en el uso del producto inteligente según las funcionalidades garantizadas se producen daños, tal producto es inseguro, con independencia de que el ente dotado de IA haya actuado autónomamente o no. También independientemente, frente a la víctima, de la negligencia humana en los controles de supervisión que de forma específica se establezcan en cada estadio de producción y comercialización del producto, por cuanto, una vez calificado este como inseguro, el productor responderá al margen de la culpa.

4. La determinación del modelo de responsabilidad, con un enfoque basado en el riesgo y la responsabilidad objetiva.

Debemos referirnos finalmente a las reflexiones de la Comisión sobre la posibilidad de solventar los problemas derivados de la opacidad y autonomía de los sistemas inteligentes en materia de responsabilidad civil siguiendo un enfoque basado en el riesgo. Nuevamente, los términos de la Comisión pueden resultar confusos, especialmente, en este caso, por el diverso modo de exponer las propuestas en el Libro Blanco y en el Informe adjunto al mismo si tenemos en cuenta las recomendaciones realizadas por la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017.

Efectivamente, la Comisión indica en el Libro Blanco que el nuevo marco regulador de la IA debe ser eficaz para alcanzar sus objetivos sin ser excesivamente prescriptivo, a fin de evitar una carga desproporcionada para las empresas. Para conseguir este equilibrio, la Comisión considera que se debe seguir un enfoque basado en el riesgo, a cuyo fin debe definirse qué es una aplicación de IA de riesgo elevado y establecer diversos controles previos de conformidad. Por su parte, también para el referido Informe las dificultades que plantean la autonomía y la opacidad a las normas nacionales de responsabilidad civil podrían tratar de solucionarse siguiendo un enfoque basado en el riesgo, si bien la reflexión de la Comisión resulta en gran medida equívoca. Merece la pena citar el Informe textualmente: "Los regímenes de responsabilidad objetiva pueden garantizar

que, siempre que se materialice dicho riesgo, la víctima sea indemnizada con independencia de que exista o no culpa; aunque debe valorarse ponderadamente las consecuencias de la elección de quién debe ser el responsable civil objetivo de las operaciones de desarrollo y asimilación de la IA, y debe asimismo considerarse un enfoque basado en el riesgo".

Como se ha señalado, en su Resolución de 16 de febrero de 2017, el Parlamento Europeo propone a la Comisión la consideración de emitir un instrumento legislativo relativo a la responsabilidad civil por los daños causados por los robots, sugiriendo su estudio desde dos posibles enfoques: el de la responsabilidad objetiva y el de la gestión de riesgos, centrado este, no en la persona que actuó de manera negligente, sino "en la persona que es capaz en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo". Parece que el Parlamento plantea la cuestión desde dos ópticas distintas, que han de llevarnos a consecuencias también dispares en el tema de la determinación de la responsabilidad.

Como es sabido, en un sistema de responsabilidad puramente objetiva solo se le requiere a la víctima la prueba del daño y de la relación de causalidad entre este y la actuación u omisión del causante del perjuicio, de modo que este únicamente quedaría exonerado por caso fortuito o fuerza mayor o por culpa exclusiva del perjudicado. El efecto más negativo de acogerse a un modelo de responsabilidad como el descrito es el freno a la innovación tecnológica que podría conllevar, de ahí que no se contemple como una solución completamente óptima al problema de la responsabilidad civil por los daños causados por los robots.

Ello conduce al Parlamento Europeo a no contemplarlo como la única solución plenamente satisfactoria al problema de la responsabilidad civil por los daños causados por las máquinas inteligentes, sugiriendo también el estudio de la posibilidad de adoptar un sistema de gestión de riesgos. La puesta en marcha del proceso de gestión de riesgos tiene por finalidad fundamental la calificación del riesgo atendiendo al nivel de pérdidas, tanto económicas como personales, que pueda producir. En función de dicha calificación –desde riesgo inaceptable hasta riesgo leve-, se habrán de tomar medidas de diversa naturaleza y alcance, determinándose los niveles de pérdidas máximas en la empresa, diversificados entre los distintos tipos de riesgo que puede generar, ya sean derivados de responsabilidad civil, empresarial, patronal o por los daños ocasionados por productos y servicios. El sistema de gestión de riesgos se dirige, en definitiva, a la determinación del nivel de riesgo aceptable, aquel del que no derivaría responsabilidad civil, que sí nacería, en principio, de adoptarse un régimen de responsabilidad puramente objetiva simplemente por el riesgo creado, cualquiera que este sea (por ejemplo, por la navegación aérea).

Visto así, el Parlamento Europeo parecía confrontar el enfoque de la gestión de riesgos con el de la responsabilidad objetiva. Ahora parece que la Comisión quiere combinar ambos enfoques, y mezcla conceptos como responsabilidad objetiva, riesgo o culpa, consiguiendo oscurecer más que clarificar esta cuestión. Al menos eso es lo que puede extraerse de la frase "Los regímenes de responsabilidad objetiva pueden garantizar que, siempre que se materialice dicho riesgo, la víctima sea indemnizada con independencia de que exista o no culpa".

Orillando el uso escasamente técnico de los términos en los que se expresa el Informe, si entendemos que lo que se está proponiendo es combinar un sistema de responsabilidad objetiva con la gestión de riesgos, creemos que la Comisión se encuentra en el mejor camino para equilibrar las expectativas de seguridad e indemnidad de las víctimas en el campo de los daños generados por entes inteligentes y la incentivación de la innovación tecnológica. Para exponer esta idea, sin embargo, no puede decirse que tanto el Libro Blanco como el Informe destaquen por su claridad.

Así, cuando la Comisión se refiere a la oportunidad de establecer una responsabilidad objetiva similar a las existentes en las normas nacionales para productos que generan riesgos similares a los entes autónomos -como automóviles, aeronaves o centrales nucleares-, y de estudiar la posibilidad de vincular la determinación de responsabilidad a la suscripción de un seguro -siguiendo la técnica regulada por las normas de responsabilidad derivada de los vehículos a motor-, parece que hace referencia a la responsabilidad objetiva en sentido estricto. En cambio, para el resto de aplicaciones de IA, la Comisión se plantea la procedencia de adaptar la carga de la prueba relativa a la causalidad y la culpa.

El Informe concluye que, si bien la normativa en vigor de la UE y nacionales puede hacer frente a las vicisitudes de las tecnologías de IA, las dificultades de las mismas podrían hacer peligrar la indemnización de las víctimas. Por ello, podría contemplarse realizar determinados ajustes a la Directiva 85/374/CC, sobre la base de un enfoque basado en el riesgo, teniendo en cuenta que las distintas aplicaciones de IA presentan riesgos diferentes.

El problema se encuentra, desde nuestro punto de vista, en mezclar escenarios y normativas diferentes. Si la Comisión analiza la adecuación de la Directiva sobre productos defectuosos, no puede hacer distinciones entre los distintos tipos de sistemas de IA, ni hablar de la culpa, porque el productor responde con independencia de ella. Otra cosa es que deba delimitarse la culpa del usuario de la máquina inteligente, quien actuó negligentemente para provocar el mal funcionamiento del robot causante del daño, en la medida en que los perjuicios no derivaron de un defecto del producto sino de la negligencia del usuario. En este sentido hay que entender la recomendación del referido "Informe sobre

responsabilidad derivada de la inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes", emitido por el Grupo de Expertos sobre responsabilidad y nuevas tecnologías de la Comisión Europea en noviembre de 2019, sobre la necesaria combinación de regímenes de responsabilidad objetivos y subjetivos en los distintos escenarios en los que las máquinas inteligentes pueden provocar daños.

En esta línea, sí nos parece oportuno acudir a la evaluación del riesgo propuesta por la Comisión para determinar los sistemas de IA de riesgo elevado, a los fines de acogerlos bajo un sistema de responsabilidad objetiva similar al existente, por ejemplo, para los vehículos a motor. No debe perderse de vista, en cualquier caso, que las aplicaciones de IA se incorporan a productos y servicios con funcionalidades y características propias, y la peligrosidad de la aplicación inteligente habrá de ser evaluada en el entorno en que se desarrolle (sanitario, de transportes, educativo, administrativo…). Así, tal como ejemplifica el Libro Blanco, en el ámbito sanitario un fallo en el sistema de asignación de citas no supondrá en principio un riesgo elevado.

V. RECAPITULACIÓN: UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL LIBRO BLANCO.

Los últimos comentarios del epígrafe anterior nos llevan directamente a la conveniencia de realizar una última recapitulación conclusiva.

Hemos de reconocer que la primera impresión que ofrece el Libro Blanco al lector es agradable, en tanto recoge todas las reflexiones de la Comisión Europea, derivadas del trabajo que se ha venido haciendo en el seno de la Unión desde hace ya años, sobre los problemas de aplicación de la vigente normativa sobre seguridad y responsabilidad a los productos inteligentes. Sin embargo, una lectura más detenida y crítica tanto del Libro propiamente dicho como del Informe adjunto al mismo, desvanece esa primera sensación, llevándonos a concluir estas páginas con una visión pobre de estos textos en cuanto a la sistematización de las ideas y la claridad de las propuestas.

Ciertamente, en los dos documentos se mezclan conceptos e ideas relativas a los distintos regímenes de responsabilidad civil existentes, tanto en el marco legislativo europeo como en el de los ordenamientos nacionales. De forma desordenada, ambos se refieren a los pormenores de los diversos sistemas de responsabilidad objetivos, por riesgo o por culpa que se pueden observar a tenor de las diferentes normas en juego, sin atender en cada caso al ámbito objetivo y subjetivo de las mismas. Hubiese sido deseable mayor sistematización y precisión

conceptual en aras de contar con una descripción clarificadora del contexto en el que nos movemos[56].

Precisado lo anterior, y a pesar de ello, entendemos, en la misma línea de reflexión de la Comisión, que la necesidad de reformas legislativas expresas, que se refieran a la claridad de conceptos y al reforzamiento de las exigencias de seguridad de los productos inteligentes, resulta patente. En este sentido, compartimos muchas de las propuestas de reforma sugeridas –tal como se ha ido desgranado a lo largo de estas páginas-, especialmente en lo concerniente a acompasar la normativa sobre seguridad general de los productos a las exigencias aplicativas de la legislación sobre responsabilidad civil.

Particularmente, nos parece crucial delimitar el concepto de producto, incorporando expresamente en el art. 136 LCU a la máquina inteligente, programa informático o software, así como evaluar la oportunidad de incluir de forma más precisa nuevos servicios basados en inteligencia artificial entre los servicios cubiertos por el régimen de responsabilidad cualificada del art. 148 LCU. Creemos igualmente perentorio extender el derecho de reparación de la víctima en el ámbito de la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos a los daños morales.

En cambio, por lo que se refiere a la facilitación de la prueba, no consideramos que pueda refrendarse legalmente presunciones de la relación de causalidad con carácter general, según se ha señalado. Consideramos que la labor judicial debe seguir siendo trascendental en la interpretación y aplicación particular de las normas a los supuestos litigiosos de que se trate, en función de las circunstancias concurrentes. Esta advertencia no contradice nuestro apoyo a la necesidad de legislar más específicamente en materia de seguridad, pues la definición de producto inseguro deberá realizarse sobre las obligaciones que se les exijan a los distintos agentes que participan en la cadena de producción y comercialización de los robots inteligentes. La prueba del defecto y del nexo causal se aliviarán en relación directamente proporcional a la definición legal de tales obligaciones y exigencia de requisitos de control. Igualmente, podría paliarse la pesadumbre de la prueba de la relación de causalidad a través de otros mecanismos indirectos, como la inclusión expresa en la normativa sobre seguridad de los productos del "mal uso previsible" por parte del productor, tal cual aparece en las normas sobre seguridad de las máquinas.

56 Esta claridad y sistematización sí la consigue la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, publicada con posterioridad a la entrega de este trabajo, a la que hemos hecho referencia en varias notas añadidas al mismo antes de su publicación.

Para concluir, no podemos dejar de reflexionar sobre la inadecuación de contemplar los avances científicos en materia de inteligencia artificial como sinónimos de dificultad probatoria y, por consecuencia, de inconveniencia o desasosiego para la víctima. Más bien al contrario, cuanto mayor sea la técnica del robot, más fácilmente se podrá detectar el origen del defecto, en tanto más perfeccionada se encontrará la trazabilidad ordenada por la Unión Europea en sus recomendaciones; de modo que podría llegarse al punto en que fuera perfectamente detectable la causa del fallo y, por tanto, el sujeto responsable. La autonomía o imprevisibilidad de la máquina inteligente no puede ser tampoco fuente de preocupación para alcanzar la indemnidad del perjudicado, en la medida en que se entienda, como se ha expuesto, que todo sistema dotado de inteligencia artificial que produzca daños como consecuencia de un comportamiento legítimamente no esperado, es un producto defectuoso, del que debe responder su fabricante.

BIBLIOGRAFÍA

Atkinson, K.: "Autonomous cars: A driving force for change in motor liability and insurance", *Scripted,* Volume 17, Issue 1, January 2020, pp. 125-151.

Azparren Lucas, A.: "Comentario al art. 137", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. pp. 1195-1203

Barrio Andrés, M.: "Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots", AA.VV.: en *Derecho de los robots* (dir. M. Barrio Andrés), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 61-81.

Barrio Andrés, M.: "Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots", *Diario La Ley*, núm. 16, 13 marzo 2018, pp. 1-7.

Bercovitz Rodríguez-cano, R.: "Comentario al art. 6", en AA.VV.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 107-111.

Castells i Marquès, M.: "Drones civiles", en AAVV: *Inteligencia artificial,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 73-99.

Castells i Marquès, M.: "Drones recreativos. Normativa aplicable, responsabilidad civil y protección de datos", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm., 1 (enero-marzo 2019), pp. 297-333.

Cauffman, C.: "Robo-liability: the European Union in search to the best way to deal with liability for damage caused by artificial intelligent", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1-6, 2018, pp. 4-6.

Díaz Alabart, S.: *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial,* III, Civitas, Madrid, 1995.

Farnós Amorós, E. y Ruiz García, J.A.: "Falta de puesta en circulación del producto", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (ed. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar), Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 491-533.

Fernández Carballo-Calero, P. y Torres Pérez, F.: "Ámbito de aplicación", en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios* (dir. M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, Iustel, Madrid, 2011, pp. 57-115.

Gómez Ligüerre, C. y Piñeiro Salguero, J.: "Culpa del perjudicado", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (ed. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar), Thomson-Civitas, Pamplona, 2018, pp. 347-414.

Luna Yerga, A.: "Causalidad y su prueba. Prueba del defecto y del daño", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (ed. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar), Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 413-490.

Navas Navarro, S.: "Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente", *Diario La Ley*, núm. 35, 10 de enero de 2020, pp. 1-17.

Parra Lucán, Mª Á.: "Comentario al art. 136", en AA.VV.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi-Thomson-Reuters, Pamplona, 2009, pp. 1653-1669.

Pasquau Liaño, M.: "Daños causados por productos", en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009* (dir. M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, Iustel, 2011, pp. 1848-1849.

Salvador Coderch, P./Rubí Puig, A.: "Excepción por riesgos del desarrollo", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (ed. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar), Thomson-Civitas, Pamplona, 2018, pp. 585-656.

Seuba Torreblanca, J.C.: "Concepto de producto", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (ed. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar, Thomson/Civitas, Pamplona, 2008, pp. 105-133.

Tamayo Haya, S.: "Una aproximación a la responsabilidad civil de los robots", en AA.VV.: *Congreso Internacional de Derecho Civil octavo centenario de la Universidad de Salamanca* (coord. E. Llamas Pombo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 218, pp. 741-756.

Vicandi, A.: "El coche autónomo y su impacto en nuestro ordenamiento jurídico", en AA.VV.: *Congreso Internacional de Derecho Civil octavo centenario de la Universidad de Salamanca* (coord. E. Llamas Pombo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 793-807.

Wagner, G.: "Robot Liability" (June 19, 2018). Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3198764 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3198764

LA POTENZIALE "PROCICLICITÀ" DI ALCUNE REGOLE A TUTELA DEI C.DD. CONTRAENTI DEBOLI ED IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NELLA CRISI ECONOMICO-SANITARIA

THE POTENTIAL "PROCICLICITY" OF SOME RULES TO PROTECT THE C.DD. WEAK CONTRACTORS AND THE LAW OF COMPETITION IN THE ECONOMIC-HEALTH CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 488-513

Giovanni BERTI
DE MARINIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de agosto de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Il diffondersi della pandemia da COVID-19 ha posto a durissima prova il mercato e, quindi, le norme che lo disciplinano. Le misure di confinamento imposte al fine di evitare il propagarsi del contagio hanno messo in luce l'attuale inadeguatezza di alcune disposizioni che disciplinano i rapporti contrattuali evidenziando come una loro rigida applicazione in un contesto economico tanto peculiare causerebbe seri ed ingenti danni al mercato. Partendo da tali premesse, il lavoro analizza la potenziale procilcicità di alcune norme a tutela del contraente debole ponendo l'accento sulla necessità di stimolare un diritto dell'emergenza che si fondi su approcci normativi meno rigidi e maggiormente attenti alle multiformi esigenze dei mercati.

PALABRAS CLAVE: Diritto dei contratti; mercato; concorrenza; pandemia; COVID-19; contraente debole; prociclicità delle norme; diritto dell'emergenza.

ABSTRACT: *The spread of the pandemic from COVID-19 has put a strain on the market and, therefore, the rules that govern it. The confinement measures imposed in order to avoid the spread of contagion have highlighted the current inadequacy of some provisions governing contractual relationships, highlighting how their strict application in such a peculiar economic context would cause serious and significant damage to the market. Starting from these premises, the work analyzes the potential procyclicality of some rules to protect the weak contractor by placing the emphasis on the need to stimulate an emergency law that is based on less rigid regulatory approaches and more attentive to the multifarious needs of the markets.*

KEY WORDS: *Contract law; pandemic; COVID-19; weak contractor; market; competition; procyclicality of norms; emergency law.*

SUMARIO.- I. PANDEMIA, MERCATO E POTENZIALE IMPATTO NEGATIVO DELLE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE: INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA. – II. IL RAPPORTO FRA LE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE E STRUTTURA CONCORRENZIALE DEL MERCATO: IL PRIVATE ENFORCEMENT QUALE STRUMENTO DI DISCIPLINA DEL MERCATO. – III. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI NORME A PROTEZIONE DEL CONTRAENTE DEBOLE ED I COSTI ECONOMICI DELLE TUTELE CONTRATTUALI IN UN MERCATO CONCORRENZIALE. – IV. LA PANDEMIA NEL MERCATO TURISTICO: APPROCCIO NAZIONALE "ANTICICLICO" DEL DIRITTO EMERGENZIALE NELLA DISCIPLINA DEL DIRITTO DI RECESSO DAI PACCHETTI TURISTICI NELL'ORIGINARIA FORMULAZIONE DELL'ART. 88 BIS DEL D.L. 17 MARZO 2020, N. 18. – V. SEGUE: DISPOSIZIONI DOMESTICHE E POTENZIALE CONTRASTO CON LA DIRETTIVA 2016/2302/UE: L'ATTUALE PORTATA DELL'ART. 88 BIS DEL D.L. N. 18 DEL 2020. - VI. "PROCICLICITÀ" DI ALCUNE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE, ESIGENZA DI SALVAGUARDARE LA CONCORRENZA NEL MERCATO UNICO E NECESSITÀ DI UN DIRITTO EMERGENZIALE EUROPEO DEI CONTRATTI.

I. PANDEMIA, MERCATO E POTENZIALE IMPATTO NEGATIVO DELLE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE: INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA.

Al di là delle evidenti e drammatiche conseguenze sanitarie determinate dal diffondersi del contagio da coronavirus, l'attenzione del giurista deve anche concentrarsi sulle ricadute che le misure adottate al fine di contenere il diffondersi della pandemia stanno avendo sulla dinamicità del mercato. Tali misure, iniziate con la delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, con la quale è avvenuta la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", hanno spinto il nostro Ordinamento ad adottare provvedimenti[1] che hanno fortemente – pur se temporaneamente – limitato le libertà fondamentali degli individui[2]. L'esigenza di proteggere il "bene" salute e di non portare al collasso i sistemi

1 Sulle incongruenze emergenti all'interno delle disposizioni d'urgenza emanate al fine di fronteggiare le conseguenze che il coronavirus può avere sugli adempimenti contrattuali, Monteverde, A.: "L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore", in AA. VV.: *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali* (curato da M. Irrera), Res, Torino, 2020, pp. 144 ss.

2 Si veda, sotto un profilo pubblicistico, le riflessioni di Massa Pinto, I.: "La tremendissima lesione del Covid-19 (anche) ai giuristi", *Questione giustizia*, del 18 marzo 2020 e Azzariti, G.: "I limiti costituzionali della situazione di emergenza provocata dal Covid 19", *ivi*, del 27 marzo 2020, il quale distingue la "legittimità dei fini" dalla dubbia "legalità dei mezzi" utilizzati per raggiungere i primi. Critici, sul punto, anche Ainis, M.: "Il bisticcio del potere", *La Repubblica*, 3 marzo 2020; Clementi, F.: "Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm", *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020; Plutino, M.: "I decreti di Conte sul Coronavirus", *Il Riformista*, 14 marzo 2020.

• Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di tipo B di Diritto dell'economia, Università degli Studi di Perugia. E-mail: giovanni.bertidemarinis@unipg.it

sanitari nazionali ha di fatto obbligato a subordinare le pur fondamentali esigenze del mercato alla tutela di interessi e valori ancor più elevati. Nella speranza che la normalità riprenda il sopravvento, sono però sotto gli occhi di tutti le ricadute negative che la quasi paralisi delle dinamiche concorrenziali del mercato ha avuto e continuerà ad avere per un lungo periodo di tempo[3].

Evidenti e persistenti sono, infatti, le sollecitazioni alle quali risultano esposte le imprese sottoposte ad una forzata inattività nell'immediato e, inoltre, a dover fare i conti con uno scenario futuro di mercato contraddistinto da elevatissimi margini di incertezza – sia economici che normativi - e, soprattutto, da inediti costi che le stesse dovranno giocoforza sostenere al fine di allinearsi alle nuove regole di sicurezza che verranno introdotte.

Tutto ciò ha generato un nuovo scenario di mercato che, in questa prima fase, ha compresso a tal punto la concorrenza da determinare di fatto un suo tendenziale azzeramento e, in una seconda fase, imporrà alle imprese di qualunque settore una riorganizzazione tale da rendere ipotizzabile l'impossibilità di tornare ad offrire i medesimi beni o servizi allo stesso prezzo. Una sofferenza che verrà percepita, in particolare, dalle piccole realtà economiche del tutto impreparate – strutturalmente e patrimonialmente – a tale inevitabile evento. Ciò potrebbe determinare la scomparsa di un folto numero di operatori economici con i quali verrebbe meno anche una ampia e variegata offerta di beni e servizi sulla quale si fonda, di fatto, il corretto articolarsi dei meccanismi concorrenziali.

Data questa situazione di fatto, il profilo che qui si intende brevemente sviluppare riguarda il ruolo che in tale scenario possono svolgere le disposizioni a tutela del contraente debole per una più corretta, equilibrata ed efficiente disciplina del mercato. Il dubbio di fondo che si tenterà di dirimere è se alcune di tali regole, dal sicuro impatto positivo se applicate in mercati dinamici, possano però generare più problemi di quanti ne risolvano se applicate in maniera rigida a mercati ai quali, pur se momentaneamente, venga preclusa quell'intraprendenza che è l'anima di ogni attività di impresa.

È evidente, infatti, che nella fase c.d. di *lockdown* abbiamo consumato senza poter produrre[4], siamo andati avanti sfruttando l'abbrivio di una macchina che, però, procedeva a motore spento. Tale dato non può essere trascurato nell'analizzare l'impatto che le disposizioni a protezione dei c.dd. contraenti deboli hanno sul mercato al fine di verificare quale dovrebbe essere l'atteggiamento che

3 Nota inoltre Scognamiglio, C.: "L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista", *giustiziacivile.com*, 2020, pp. 1 ss. che tali ripercussioni patrimoniali saranno sicuramente piú estese cronologicamente rispetto alla cessazione dell'emergenza sanitaria.

4 Di Raimo, R.: "Le discontinuità che seguono i grandi traumi. Pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancóra fonda", *giustiziacivile.com*, 2020, p. 3.

il legislatore – domestico ma soprattutto europeo data la matrice delle suddette disposizioni – dovrebbe assumere di fronte a crisi di questo genere.

II. IL RAPPORTO FRA LE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE E STRUTTURA CONCORRENZIALE DEL MERCATO: IL *PRIVATE ENFORCEMENT* QUALE STRUMENTO DI DISCIPLINA DEL MERCATO.

Non sembra qui il caso di soffermarsi diffusamente sull'incalzante evoluzione diacronica che ha caratterizzato l'approccio normativo alla tutela dei contraenti deboli[5] che, sfrondata della sua pur presente impronta paternalistica, assume con sempre più evidenza la posizione di complesso di disposizioni che contribuiscono in maniera decisa a regolare correttamente i processi concorrenziali[6]. Con tali disposizioni si vuole cioè conferire una particolare conformazione a tutti quei rapporti giuridici – contrattuali, precontrattuali e postcontrattuali[7] - che concludono il complesso ed articolato processo di produzione di beni e/o servizi all'interno delle moderne economie. Una volta che un determinato bene o servizio sia stato messo a disposizione del "consumatore", lo stesso esce fuori dal circuito produttivo/distributivo per essere, per l'appunto, semplicemente consumato.

Nonostante tale considerazione, appare chiara la rilevanza economica – e, per l'effetto, la peculiare attenzione giuridica - riservata a tale fase dal momento che tutto il procedimento di produzione e distribuzione – a sua volta composto dall'acquisto di beni e/o servizi che vengono però integrati all'interno di un ciclo produttivo - viene attivato proprio in funzione di tale ultimo passaggio economico che giustifica lo sforzo realizzato a monte[8]. Da qui deriva, come accennato, la volontà di riconoscere a tale rapporto un peculiare statuto giuridico che, *bottom up*, riesca ad influenzare positivamente l'intero percorso produttivo/distributivo rendendolo maggiormente efficiente e funzionalizzandolo, come si vedrà, all'offerta di beni o servizi che, nel rapporto qualità/prezzo, riescano ad intercettare le esigenze dei destinatari ultimi degli stessi. Tutto ciò, calato nel contesto di un mercato

5 Su cui, da ult., *vid*. De Cristofaro, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contratti*, 2019, pp. 177 ss.

6 Leary, T.B.: "Competition law and consumer protection law: Two wings of the same house", *Antitrust Law Journal*, 2005, pp. 1147 ss.; Priddis, S.: "Competition and Consumer Law in the UK", *Antitrust*, 2007, pp. 89 ss.; Barela, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)", *Riv. dir. industriale*, 2019, p. 177. Analizza invece i riflessi che in termini di tutela dei consumatori possono avere le disposizioni rivolte a disciplinare correttamente la concorrenza, Vedder, H.: "Competition law and consumer protection: How competition law can be used to protect consumers even better or not", *European Business Law Review*, 2006, pp. 83 ss.

7 Sull'ampiezza del c.d. "atto di consumo", *vid.* Capobianco, E.: "Art. 1", in AA. VV.: in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (curato da E. Capibianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), 2ª ed., Esi, Napoli, 2018, pp. 3 ss.

8 Preliminarmente, sul rapporto fra diritto del mercato e diritto dei consumatori, pur se con specifica attenzione al diritto regolatorio, *vid.* Camardi, C.: "La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo", *Jus civile*, 2013, pp. 308 ss.

competitivamente concorrenziale, dovrebbe stimolare i professionisti a tenere condotte virtuose poiché è proprio tramite queste che i c.dd. contraenti forti potranno assumere una posizione centrale nel relativo mercato di riferimento[9].

In tale contesto, la tutela del contraente considerato debole - che dovrebbe avvenire tramite norme che determinino il riequilibrio di posizioni geneticamente disequilibrate - appare essere più che l'obiettivo finale[10], lo strumento attraverso il quale permettere al destinatario delle disposizioni di riacquisire centralità all'interno di un mercato che non si limita a subire passivamente[11]. È dunque la funzione assegnata al contraente debole dalle moderne economie che giustifica e stimola l'adozione di misure giuridiche di riequilibrio al fine di imprimere una corretta disciplina al mercato dei beni e dei servizi di "consumo"[12].

La genetica debolezza nella quale viene a trovarsi il contraente svantaggiato – ed alla quale si è fatto sopra cenno – non determina infatti solo conseguenze negative sotto il profilo della disciplina del singolo rapporto ma, ampliando lo sguardo alla massa dei rapporti *standard* che compongono un determinato settore economico, incide in maniera estremamente seria anche sulla corretta conformazione del mercato di riferimento[13]. La debolezza del consumatore risiede, infatti, nella sua incapacità di scegliere in maniera consapevole i beni ed i servizi dei quali ha effettivamente bisogno risultando sovente risucchiato nel gorgo di un consumismo irrazionale. Ciò è dovuto alla capacità dei professionisti di generare bisogni e di imporre condizioni negoziali eccessivamente gravose ad un consumatore che, di fatto, si trasforma in soggetto che si limita a subire passivamente il mercato.

In un quadro così descritto, la predisposizione di disposizioni di settore in grado di ribilanciare il rapporto contraente debole/professionista trasforma il primo da mero soggetto passivo ed inconsapevole delle scelte economiche che compie, a soggetto attivo che, attraverso le proprie decisioni ed esercitando i propri diritti

9 Cfr., Barela, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)", cit., pp. 185 ss.

10 Questa appare essere, invece, l'opinione di Albanese, A.: "I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi", *Jus*, 2009, p. 349.

11 Rilevano l'importanza che nei moderni mercati assume la consapevolezza del destinatario finale dei prodotti o servizi, Posner, R.: *Economic Analysis of Law*, 9ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2020; Irti, N.: "Persona e mercato", *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 289; Van De Bergh R. e Giannaccari, A.: "L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?", *Merc. conc. reg.*, 2014, p. 401; Barela, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)", cit., p. 179.

12 Sul punto, *vid.* Zoppini, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (lo ius variandi nei del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 149.

13 Gli *standard* contrattuali vengono elaborati dall'impresa e proposti alla massa dei potenziali clienti rendendo evidente come la standardizzazione del regolamento contrattuale sia un problema non solo del singolo contraente ma dell'intero mercato. Sul punto, *vid.* le considerazioni di De Nova, G.: *Il contratto alieno*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2010, *passim*. Va inoltre segnalato come tale standardizzazione dei modelli contrattuali porta sovente le grandi imprese a proporre i medesimi schemi negoziali su base mondiale. Lo rilevano, pur con differenti impostazioni, Galgano, F.: Lex mercatoria, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 209 ss.; Bin, M.: "La circolazione internazionale dei modelli contrattuali", *Contr. Impr.*, 1993, pp. 475 ss.

nei confronti del professionista, contribuisce ad orientare il mercato favorendo tutti quei soggetti professionali che, in maniera virtuosa, offrono beni e servizi alle migliori condizioni ed al miglior rapporto qualità/prezzo. Se i professionisti si rapportano a consumatori consapevoli e protetti, sarà per loro impossibile – o quantomeno molto più difficile - porre in essere atteggiamenti economici volti all'approfittamento. Ciò li obbligherà a partecipare al mercato seguendo le regole della corretta concorrenza poiché il loro successo economico nel mercato dipenderà esclusivamente dalla loro capacità di offrire i propri prodotti in maniera da incrociare le esigenze del pubblico ed i suoi bisogni[14].

Tale ruolo assegnato alle disposizioni a tutela del contraente debole è stato riconosciuto in maniera estremamente agevole in relazione alle disposizioni di *public enfocement*[15] contenute all'interno dei codici di settore stentando però ad essere ancora riscontrato fra le finalità ultime dell'ampio complesso di norme di *private enfocement*.

Si può oggi però affermare che tali distinti apparati di *enforcement*, che conservano ovviamente forti differenze[16], presentano però una comunione di finalità che, con estrema sintesi, potrebbero essere individuate nell'esigenza di stimolare, oltre alla tutela del soggetto debole, anche l'efficienza delle transazioni e la stabilità del mercato[17].

Se infatti appare fuori dubbio l'esigenza di una attenta regolamentazione pubblicistica dell'attività economica, dall'altro sembra sempre piú opportuno stimolare una lettura sinergica dei due apparati di *enforcement*[18]. In questo senso, sia la disciplina sostanziale che sanzionatoria di matrice privatistica sarebbe in grado di

14 Nota che la corretta regolamentazione del contratto incide su una corretta regolamentazione dei processi concorrenziali di mercato, Alpa, G.: "Contratti di massa, Profili generali", *Enc. Dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 408.

15 Segnatamente, le disposizioni contenute agli artt. 18 ss. c. cons. sulle Pratiche commerciali scorrette e l'art. 37 *bis* c. cons. in relazione alla tutela amministrativa riservata alle clausole vessatorie.

16 Cfr. le considerazioni di carattere generale di D'Alberti, M.: "Poteri regolatori tra pubblico e privato", *Dir. amm.*, 2013, pp. 607 ss.

17 Mak, V.: "The Consumer in European Regulatory Private Law", *Tilburg Private Law Working Paper Series*, 2015, pp. 1 ss.

18 Evidenziano la necessità di un coordinamento fra i due sistemi di *enforcement* al fine di ottenere una ottimale regolamentazione del mercato concorrenziale, Denozza, F. e Toffoletti, L.: "Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica", in AA. VV.: *Il* private enforcement *delle norme sulla concorrenza* (a cura di F. Rossi dal Pozzo e B. Nascimbene), Giuffrè, Milano, 2009, p. 116. La problematica è sentita anche al di fuori del nostro Paese. Per l'esperienza inglese, Rodger, B.J.: "The Public Private Enforcement Relationship", in AA. VV.: *Il* private enforcement *nel diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali* (a cura di G.A. Benacchio e M. Carpagnano), Cedam, Padova, 2009, pp. 157 ss. Di sistema integrato parla Battelli, E.: "L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori", *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 207 ss. Da ult., si veda, volendo, Berti de Marinis, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019, pp. 5 ss.

supportare, in un virtuoso rapporto di reciproco sostegno, gli interventi di natura pubblicistica orientati alla corretta regolamentazione dei processi economici[19].

Il *private enforcement*[20], quindi, andrebbe maggiormente valorizzato nel moderno diritto dell'economia quale apparato di regole e sanzioni non più relegato esclusivamente alla disciplina di rapporti privati, ma portatore di potenziali riflessi sistemici comportando la nascita di un rapporto osmotico fra regole del contratto e regole del mercato[21].

III. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI NORME A PROTEZIONE DEL CONTRAENTE DEBOLE ED I COSTI ECONOMICI DELLE TUTELE CONTRATTUALI IN UN MERCATO CONCORRENZIALE.

Tali considerazioni preliminari appaiono necessarie al fine, da un lato, di affermare la potenziale influenza delle regole del contratto sulla conformazione dei mercati nei quali quelle disposizioni si applicano e, dall'altro, la necessità di verificare la "qualità" di tali norme da cui dipende la loro capacità di essere strumenti in grado di garantire, anche nelle fibrillazioni di mercato, una corretta ed equilibrata risposta ordinamentale.

Se comune è la funzione ultima assolta da tale massa di disposizioni, bisogna però distinguere le ragioni concrete che, di volta in volta, muovono la penna del legislatore. Va detto, sotto tale profilo, che la grande maggioranza delle norme a tutela del c.d. contraente debole sono rivolte a prevenire potenziali approfittamenti da parte del soggetto forte o a sanzionare soprusi già perpetrari

19 Sul punto, di recente, Sartori, F.: *Informazione economica e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 162 ove evidenzia che "sanzioni pecuniarie amministrative e civili pur differenziandosi sul piano strutturale presentano caratteri omogenei su quello funzionale: si tratta infatti di tecniche normative teleologicamente orientate a realizzare un disegno di controllo sociale delle condotte degli attori del mercato e quindi ad influire sul ruolo svolto dai diversi soggetti summenzionati nel processo di produzione, diffusione e controllo delle informazioni". Per la letteratura straniera, evidenziava la necessità di implementare entrambe le forme di tutela Shavell, S.: *Foundations of economic analysis of law*, Belknap Press, Harvard, 1984, pp. 589 ss.

20 Su cui, preliminarmente, Landes, W.M. e Posner, R.A.: "The Private Enforcement of Law", *Journal of Legal Studies*, 1975, pp. 1 ss.

21 A riprova di ciò, basti segnalare come lo stesso legislatore tenda ad affiancare rimedi privatistici a settori tendenzialmente rientranti nel *public enfocement* e rimedi pubblicistici in settori normalmente ricadenti all'interno del *private enforcement*. Rientrano nel primo caso le tutele di natura civilistica che il destinatario di una pratica commerciale scorretta può attivare personalmente nei confronti del professionista ai sensi della dir. 2014/103/UE recepita con d.l. 19 gennaio 2017, n. 3. Risulta invece espressione del coinvolgimento di tutele di natura pubblicistica all'interno di ambiti tendenzialmente interessati da disposizioni privatistiche, l'art. 37 *bis* c. cons. V., sul primo profilo, Giannaccari, A.: "In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?", *Merc. conc. reg.*, 2017, pp. 143 ss.; Granelli, C.: "Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 1074 ss.; Magli, C.: "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa", *Contr. impr.*, 2019, pp. 716 ss. Sul secondo profilo, invece, Minervini, E.: "La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 563 ss.; Angelone, M.: "La nuova frontiera del 'public antitrust enforcement': il controllo amministrativo avverso le clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 16 ss.; Rossi Carleo, L.: "Art. 37 bis", in AA. VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), cit., pp. 240 ss.

dai medesimi soggetti tentando di rimuoverne gli effetti nocivi per chi li ha subiti e, più in generale, per il mercato[22]. Prevengono potenziali futuri abusi, ad esempio, tutte quelle disposizioni che sorvegliano la corretta formazione della volontà del contraente debole il quale, potendo agire nel mercato attraverso scelte consapevoli, da un lato tutela l'integrità del proprio consenso e, dall'altro, assume un ruolo attivo nel processo di produzione/distribuzione del bene o servizio vestendo la casacca di un vero e proprio arbitro del mercato[23]. Hanno invece una funzione prevalentemente sanzionatoria di abusi già perpetrati da parte del professionista, tutte quelle disposizioni che modellano la reazione ordinamentale in maniera tale da permettere una più efficace ed agevole reazione da parte del contraente protetto rispetto a quelle assicurate dalle disposizioni di diritto comune. La disciplina sulle clausole vessatorie, sulla garanzia legale di conformità nella vendita di beni di consumo, sul danno da prodotti difettosi integrano, insieme ad altre, tale tipologia di disposizioni.

A tali provvedimenti – che per ovvie ragioni assolvono anche l'indiretta funzione di creare fiducia nel mercato da parte dei potenziali clienti consapevoli di essere sufficientemente protetti – si affiancano norme che, lungi dal prevedere una reazione rispetto ad una disfunzione – anche potenziale - introdotta dal contraente forte nel mercato, hanno esclusivamente lo scopo di stimolare l'accesso massivo a determinati settori economici. Tale obiettivo si persegue con disposizioni che vanno ad allocare i costi generati da eventi esterni ed imprevedibili proprio sul contraente forte[24].

È un dato scontato che tutta tale massa di norme, di qualunque genere esse siano, presuppone l'obbligo per il contraente onerato di farsi carico di costi organizzativi - immediati o potenziali - che lo stesso è in grado di sostenere poiché li integra all'interno di una organizzazione di natura imprenditoriale che gli permette, una volta calcolata l'incidenza del costo, di neutralizzarlo sia modulando il prezzo dei beni e dei prodotti anche in funzione dei suddetti oneri, sia facendo affidamento sulle prospettive di guadagno future.

22 Su tale profilo, *vid.* le considerazioni di Barela, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)", cit., pp. 178 ss., la quale distingue le disposizioni di "soccorso" del consumatore, da quelle di "responsabilizzazione" dello stesso che, di fatto, puntano ad autoresponsabilizzare il destinatario finale di un bene o di un servizio.

23 A queste si sommano tutte quelle disposizioni che impongono al contraente forte l'adozione di misure preventive che proteggano la controparte da potenziali – ma probabili – violazioni delle regole contrattuali quali l'imposizione di fideiussioni o garanzie di altro genere attivabili in caso di qualificati inadempimenti da parte del contraente forte (si veda, a tal proposito, l'art. 72 *bis* c. cons.) o attivabili in caso di insolvenza dello stesso (è il caso dell'art. 50 c. tur.). Si pensi, anche, ai divieti imposti al contraente forte al fine di evitare che le scelte della controparte possano essere in qualche modo coartate. In tale ultima categoria rientrerebbe, ad esempio, il divieto di pretendere o percepire acconti sul prezzo in pendenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'acquirente di un bene in c.d. multiproprietà.

24 V., sul punto, il paragrafo seguente.

Se tutto ciò è possibile all'interno di un mercato attivo e vitale, bisogna però domandarsi proprio alla luce delle conseguenze derivanti dal diffondersi del virus, quali sono gli effetti che tali norme producono all'interno di crisi tanto pervasive. Come accennato al principio, infatti, la pandemia in sé e per sé considerata e le misure di contenimento adottate sostanzialmente in tutto il mondo, hanno molto rallentato i processi economici e, per alcuni comparti, hanno determinato una vera e propria paralisi delle transazioni ed una impossibilità assoluta di adempiere ai contratti già conclusi.

La domanda da porsi è, quindi, se in tali circostanze estreme sia opportuna – ed in che misura - una rigida applicazione delle regole summenzionate o se, al contrario, gli effetti prodotti da tale applicazione sulle imprese sia tale da lasciare ipotizzare, in situazioni di crisi tanto profonda, un necessario allentamento di alcune delle citate tutele i cui costi per gli operatori risulterebbero insostenibili.

IV. LA PANDEMIA NEL MERCATO TURISTICO: APPROCCIO NAZIONALE "ANTICICLICO" DEL DIRITTO EMERGENZIALE NELLA DISCIPLINA DEL DIRITTO DI RECESSO DAI PACCHETTI TURISTICI NELL'ORIGINARIA FORMULAZIONE DELL'ART. 88 BIS DEL D.L. 17 MARZO 2020, N. 18.

L'occasione di riflessione nasce da suggestioni derivanti dall'emanazione delle misure temporanee contenute, in particolare, all'art. 88 *bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 inserito in sede di conversione dalla l. 24 aprile 2020, n. 27. Tale disposizione, poi parzialmente modificata dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 come modificato dalla l. di conversione del17 luglio 2020, n. 77[25], ha introdotto un peculiare regime transitorio applicabile ai contratti di vendita di pacchetti turistici che, da un lato, ha posto – e continua a porre anche nella sua nuova formulazione - seri dubbi interpretativi e, dall'altro, esprime in maniera estremamente evidente la fortissima tensione che soprattutto in tempi di profonda crisi viene a crearsi fra le esigenze di cui sono portatrici le singole anime del mercato di riferimento.

Mettendo da parte le problematiche più generali introdotte dal decreto legislativo da ultimo menzionato[26], sembra particolarmente rilevante ai fini della presente trattazione la peculiare disciplina del diritto di recesso dai c.dd. contratti di vendita di pacchetti turistici introdotta dall'art. 88 *bis*, commi 6 e 7, del d.l. n. 18 del 2020[27].

25 Su cui *vid. infra*. Le novità introdotte a luglio 2020, infatti, pur apportando sostanziali innovazioni non hanno di fatto cambiato l'approccio della normativa emergenziale alla tematica che, di qui a breve, si affronterà.

26 Sulle quali si rinvia a Berti de Marinis, G.: "Contratti, mercati ed emergenza sanitaria: nuove disposizioni e principi del codice civile", *Le Corti Umbre*, 2020, pp. 37 ss.

27 *Vid.* diffusamente, sul punto, Pucci, M.: "Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del coronavirus", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2020, n. 12 *bis*, pp. 592 ss.

Le difficoltà ricostruttive derivano, in questo caso, dal fatto che i contratti in parola beneficiano di una specifica disciplina contenuta agli artt. 32 ss. del codice del turismo (c. tur.) la quale è, da un lato, spiccatamente orientata alla tutela del viaggiatore quale contraente debole[28] e, dall'altro, è il frutto del recepimento di disposizioni di matrice europea (dir. 2015/2302/Ue, recepita con d.lg. 21 maggio 2018, n. 62) proponendo quindi – in caso di contrasto fra disposizioni – anche un problema di conflitto gerarchico fra fonti.

Ed in effetti un potenziale contrasto c'è, e si annida proprio nel fatto che, ai sensi del citato art. 88 *bis*, commi 6 e 7 del d.l. n. 18 del 2020, si introduce una deroga a quanto dispone l'art. 41 c. tur. per come riformato a seguito del recepimento della dir. 2015/2302/Ue. La norma contenuta nel codice di settore, nel concedere la possibilità al viaggiatore di recedere dal contratto in caso di circostanze straordinarie non imputabili a nessuno dei contraenti che incidano negativamente sulla fruizione del servizio turistico, prevede che lo stesso abbia diritto ad un integrale rimborso della prestazione effettuata entro 14 giorni dall'esecuzione del diritto di recesso. Si tratta evidentemente di una disposizione peculiare che, rendendo indifferente per il viaggiatore tutte quelle sopravvenienze che possano compromettere l'interesse dello stesso, gli garantisce un rapido ristoro gravando però il professionista dell'onere di sopportare i costi di tale tutela. Non si tratta, quindi, di una norma che vuole correggere disfunzioni del mercato, ma di una disposizione che ha il solo fine di rassicurare il futuro cliente e di rimuovere un potenziale ostacolo che potrebbe dissuadere lo stesso dall'accedere al mercato dei pacchetti turistici.

In questo contesto le disposizioni emergenziali, pur mantenendo ferma la possibilità di recedere, riconoscono al professionista la possibilità di "ristorare" il turista non solo tramite il classico rimborso, ma anche attraverso sistemi alternativi quali l'offerta di un pacchetto sostitutivo di pari valore (di valore superiore o anche inferiore rimborsando la differenza di prezzo[29]) o attraverso l'emissione di un *voucher* di importo corrispondente al rimborso dovuto e spendibile entro un anno dalla sua emissione[30].

28 Pur se in relazione all'evoluzione della trasparenza negoziale all'interno dei contratti del turismo organizzato, *vid.* sul punto le considerazioni di Boiti, C.: *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, Esi, Napoli, 2019, pp. 5 ss.

29 Novità, questa, introdotta proprio dalla l. 27 del 2020 di conversione del d.l. n. 18 del 2020 ed assente, invece, nell'originaria disciplina dell'art. 28 del d.l. n. 9 del 2020.

30 Ai sensi dell'art. 88 *bis*, comma 7, del d.l. n. 18 del 2020, la facoltà di recedere è stata estesa, essendo assente nell'art. 28 della d.l. n. 9 del 2020, anche all'organizzatore che potrà esercitarla ai sensi dell'art. 41, comma 5, lett. *b* c. tur. accedendo, anche in questo caso, alla possibilità di ristorare il viaggiatore tramite un rimborso, attraverso l'offerta di un pacchetto sostitutivo o, da ultimo, con un *voucher*. Per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 come modificato dalla l. di conversione del17 luglio 2020, n. 77, la durata del voucher è stata portata a 18 mesi. Sul punto, *vid. infra*.

Si tratta, evidentemente, di una disposizione in deroga che, così come formulata in tale primigenia versione, penalizza forse eccessivamente il viaggiatore poiché assoggetta il contraente debole che abbia già adempiuto la propria prestazione a termini giugulatori ed a conseguenze restitutorie spesso inefficaci. Sotto il primo profilo, infatti, il creditore ha l'obbligo di attivarsi entro 30 gg[31] perdendo, in caso di inattività o intempestività, il diritto al "ristoro". Questo poi si concretizzerà nella stragrande maggioranza dei casi nell'emissione di un *voucher* - data la sua capacità di preservare nell'immediato la liquidità di impresa - in luogo della restituzione della prestazione per come eseguita dal creditore.

Tali caratteristiche hanno posto, come pare evidente, serissimi dubbi circa la capacità di tali strumenti di garantire un elevato livello di tutela del cliente[32]. Sotto tale profilo, infatti, appare in primo luogo da escludere che il termine di un anno previsto per fruire della prestazione incorporata nel *voucher* sia ragionevolmente sufficiente a permettere al creditore di soddisfare il suo interesse. Anche cessate le misure di *lockdown* - e nell'evidente incertezza circa il quando tali misure verranno definitivamente abrogate -, è infatti ipotizzabile che il "clima" sociale non si rassereni nell'immediatezza. Trattandosi di contratti aventi ad oggetto spostamenti, attività di soggiorno fuori casa ed attività che implicano la contestuale presenza di molte persone nello stesso luogo, probabilmente entro l'anno dall'emissione del *voucher* non si avrà ancora quella serenità che permetterebbe al creditore di fruire di servizi similari a quelli acquistati originariamente. V'è poi da segnalare come sovente potrebbe trattarsi di prestazioni "irripetibili" in un immediato futuro ma sostituibili con prestazioni analoghe che potrebbero però non soddisfare comunque l'interesse del creditore[33].

È proprio questa la ragione per la quale, in quegli specifici ambiti normativi nei quali l'ordinamento è particolarmente attento alla protezione del contraente debole, l'imposizione da parte del professionista di buoni o *voucher* in luogo della restituzione del prezzo in caso di mancata fruizione del servizio, è ipotesi guardata con sospetto ed oggetto, peraltro, di sanzioni quale pratica commerciale scorretta nelle ipotesi in cui la mancata erogazione del servizio sia imputabile al contraente forte[34].

31 Il cui *dies a quo* decorre ai sensi dell'art. 88 *bis*, comma 2 della medesima disposizione.

32 Estremamente critica sulla disposizione commentata, Pucci, M.: "Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del coronavirus", cit., pp. 596 ss.

33 Si pensi al pacchetto turistico acquistato al fine di visitare una particolare mostra o di partecipare ad eventi organizzati presso il luogo del soggiorno, ecc.

34 V., fra gli altri, AGCM, provvedimento n. 26619 del 17 maggio 2017 relativo proprio alla cancellazione, per causa imputabile al professionista, di un "evento di natura gastronomica (cene, pranzi, *cocktail*, *lunch*, *wine tasting*…) che si sarebbe dovuto svolgere su una piattaforma innalzata e sospesa a 50 metri di altezza nei pressi dei Fori imperiali a Roma. Il professionista si trovò nell'impossibilità di erogare il servizio non avendo ottenuto le necessarie autorizzazioni amministrative ed offrì ai propri clienti un rimborso tramite *gift card*. Tale pratica è stata considerata aggressiva.

C'è però da chiedersi se tali considerazioni possano subire degli adattamenti nel "diritto della crisi", all'interno del quale bisogna guardare con occhi diversi le relazioni negoziali e nel quale, evidentemente, quella soggezione che solitamente accompagna la categoria dei contraenti deboli, deve cedere di fronte ad una sopravvenuta vulnerabilità "economica" del professionista che evidentemente chiede all'ordinamento misure eccezionali e temporanee che tutelino quei soggetti che, forti in condizione di "pace" rispetto alle proprie controparti, sono diventati deboli nei confronti delle stesse a causa degli effetti della pandemia. Al netto delle osservazioni critiche sopra formulate, e che richiederebbero una maggiore attenzione da parte del legislatore[35], non vi è dubbio che gli operatori economici del settore turistico siano fra i soggetti maggiormente colpiti, sotto il profilo economico, dalle restrizioni varate al fine di contenere il contagio. Se cosí stanno le cose, allora, quelle analizzate sono disposizioni che hanno la finalità – del tutto ragionevole – di "socializzare" determinati "costi" evitando che gli stessi vengano sopportati da pochi soggetti economici che, a causa della dimensione dell'evento che genera una diffusa impossibilità di erogare qualunque tipo di prestazione, non sarebbero in grado di sostenere gli effetti restitutori che le regole della normativa di settore imporrebbero in tali circostanze[36]. Si tratterebbe, per parafrasare impropriamente approcci normativi utilizzati in ambito bancario, di una sorta di salvataggio interno del settore turistico che tenta di circoscrivere gli effetti negativi della crisi ai soggetti che, a vario titolo, fanno parte del mercato di riferimento.

L'approccio tipico delle disposizioni di diritto comune, infatti, appare performante nella gestione della "crisi" del singolo rapporto ma, quando la "crisi" assurge ad elemento di sistema ed investe tutti i rapporti di un determinato professionista, non si può pretendere di fronteggiare tale evento con la medesima filosofia normativa che, in definitiva, risulterebbe addirittura dannosa se analizzata in una prospettiva di sistema.

Con la previsione della possibilità di sostituire il rimborso in denaro con un *voucher* di pari importo, si tenta in buona sostanza di mantenere in vita la relazione negoziale permettendo al creditore di fruire della stessa prestazione (o di altra similare) nell'immediato futuro[37]. Una impossibilità sopravvenuta della prestazione

35 *Cfr.*, le considerazioni *infra*.

36 Gigliotti, F.: "Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate", *www.giustiziacivile.com*, 2020, p. 9, ove rileva come la pandemia "consiglia senz'altro – in una prospettiva di contenimento delle inevitabili conseguenze economiche derivanti da una cosí profonda (e persino inedita, in tempi recenti) crisi globale – di mantenere fermi i flussi economici già acquisiti, pur bilanciandoli (naturalmente) con l'attribuzione di prestazioni di servizi compensative, laddove l'imposizione pura e semplice (come pure ordinariamente sarebbe dovuto) di meccanismi restitutori di consistenti somme di denaro (ove si tenga conto, ovviamente, non del singolo rapporto contrattuale concluso, ma della pluralità di prestazioni negoziate) finirebbe per aggravare una situazione di probabile recessione già fortemente preconizzata da tutti gli osservatori e analisti economici".

37 Di una novazione oggettiva imposta *ex lege* parla Santagata, R.: "Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti", *giustiziacivile.come*, 2020, p. 11.

che, quindi, piú che la caducazione del rapporto determina una sua riarticolazione[38] nella consapevolezza dell'impatto che le regole dei contratti hanno sulla tenuta dello stesso mercato di riferimento[39].

V. SEGUE: DISPOSIZIONI DOMESTICHE E POTENZIALE CONTRASTO CON LA DIRETTIVA 2016/2302/UE: L'ATTUALE PORTATA DELL'ART. 88 BIS DEL D.L. N. 18 DEL 2020

Al netto delle considerazioni sopra riportate, e sulle quali si tornerà brevemente in seguito, non può però tacersi uno spinoso problema di fondo che si annida nel presunto contrasto delle disposizioni domestiche con la direttiva 2015/2302/Ue che, uniformandosi al principio di piena armonizzazione, non permetterebbe agli Stati membri di discostarsi dalle regole in essa poste[40].

Sotto questo profilo è l'art. 12 della direttiva a sancire il diritto del viaggiatore di recedere dal contratto in caso di avvenimenti inevitabili e straordinari accaduti nel luogo di destinazione che impediscano la fruizione del servizio ed il suo conseguente diritto all'integrale rimborso delle spese sostenute. È poi stato notato come fra le "circostanze inevitabili e straordinarie" che legittimano il recesso senza spese ed il diritto al rimborso, il considerando n. 31 contempli espressamente la presenza di "rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio". Il rischio sanitario, quindi, sarebbe già contemplato dalla normativa europea e, per l'effetto, oggetto della specifica disciplina comunitaria. Tutto questo, anche alla luce delle piú recenti *Guidelines* emanate dalla Commissione europea sul punto[41], ha portato parte della dottrina a considerare illegittima la posizione assunta nella fase emergenziale da parte del nostro legislatore[42].

Non sembra che però tali considerazioni portino necessariamente ad escludere la legittimità delle deroghe domestiche alla disciplina menzionata. Sotto il profilo della gerarchia delle fonti, la pandemia in corso mi pare che imponga di evitare rigidità eccessive che precluderebbero la realizzazione degli obiettivi fissati dall'ordinamento. Si pensi solo che con disposizioni aventi il medesimo rango rispetto

38 Scognamiglio, C.: "L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?", cit., 2020, p. 9.

39 Sul rapporto fra contratto e mercato, sia concesso il rinvio a Berti de Marinis, G.: "Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione", cit., pp. 11 ss.

40 In generale sulla direttiva, De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 1099 ss.; Zampone, A.: "Riflessioni sulla dir. (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati", *Dir. trasp.*, 2018, pp. 1 ss.

41 Si tratta del documento recante *"Commission Notice Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19"* del 18 marzo 2020.

42 Questa è la posizione che, alla luce delle considerazioni sopra riportate, assume con forza Santagata, R.: "Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti", cit., pp. 6 ss.

a quelle commentate sono stati compressi diritti fondamentali espressamente sanciti dalla nostra Costituzione. La stessa Ue ha parzialmente "sospeso" - o accettato deroghe a - principi sui quali la stessa ha fondato il mercato unico: si pensi, in questo senso, alla deroga al divieto di aiuti di stato o al potenziamento del c.d. *golden power*. Se è cosí, forse il problema non va risolto in chiave eccessivamente formalistica ma cercando di valutare come la disposizione emergenziale - per sua natura temporanea - riesca a bilanciare i principi costituzionali e comunitari in una situazione transitoria di emergenza mondiale.

Lo stesso contrasto testuale dell'art. 88 *bis*, commi 6 e 7 del d.l. n. 18 del 2020 con la direttiva 2015/2302/Ue non sembra, poi, cosí insormontabile. Se è vero che la stessa direttiva contempla i "rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio" includendoli nelle ipotesi di "circostanze inevitabili e straordinarie", appare però altrettanto evidente che lo stesso legislatore comunitario con tale affermazione non abbia pensato ad una pandemia mondiale ma, piuttosto, a sporadici focolai infettivi che, circoscritti a determinate regioni del mondo (la disposizione parla di "luogo di destinazione del viaggio"), abbiano la capacità di incidere su un circoscritto numero di pacchetti turistici e non sull'intera ed indistinta massa di contratti stipulati dal professionista. Se nel primo caso è evidente che, nel bilanciamento ragionevole degli interessi, sia del tutto lineare imporre l'integrale rimborso delle spese sostenute dal viaggiatore, nel secondo caso appare lecito manifestare piú di un dubbio.

Ed allora, come accennato, bisognerà valutare come le disposizioni emergenziali riescono a bilanciare gli interessi in conflitto ma secondo il nuovo peso che gli stessi assumono nelle contingenze della pandemia. Le disposizioni a tutela del contraente debole hanno un costo economico che viene normativamente addossato al contraente "forte". Ma un professionista, qualunque esso sia, è contraente forte se può operare nel dinamismo di un mercato concorrenziale che gli permetta di assumere quei costi di impresa che, proprio grazie alla sua organizzazione professionale, è in grado di ammortizzare. Ma quando il meccanismo si inceppa, l'impresa è solo un gigantesco e pachidermico debitore che, semplicemente, non è in grado di sostenere i costi delle tutele che l'ordinamento – in situazioni normali – tende ad addossargli.

Bisogna forse abbandonare, su questo punto, una visione "consumocentrica" delle scelte legislative risultando evidente che non sia questa la filosofia di fondo di tali interventi. Gli interessi del viaggiatore sono, in tale disposizione, del tutto recessivi rispetto ad un interesse giudicato dall'ordinamento, in questo momento, chiaramente piú rilevante ed impellente nelle contingenze dell'oggi. La normativa domestica, nella sua temporanea deroga a quanto disposto dall'art. 41 c. tur., mira quindi proprio a ridurre – pur se attraverso una disciplina per alcuni versi criticabile

- il rischio che le imprese del settore falliscano trascinando dietro di sé lavoratori, fornitori, indotto ecc. La ragione di tale esigenza non va rintracciata, ancora una volta, nella volontà di porre il viaggiatore al sicuro dal fatto che, una volta fallito l'organizzatore, incontrerebbe serie difficoltà ad ottenere qualunque forma di ristoro[43], ma si colloca a monte: nel creare le condizioni che portino gli operatori del settore a non fallire.

Per far ciò comprime momentaneamente, senza eliminarle, le tutele del viaggiatore che non potrà beneficiare del rimborso nel caso di recesso, ma riceverà un *voucher* che, pur se disciplinati in maniera forse poco attenta, hanno comunque la funzione di permettergli di soddisfare - anche se parzialmente - il proprio interesse ludico/ricreativo.

VI. "PROCICLICITÀ" DI ALCUNE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE, ESIGENZA DI SALVAGUARDARE LA CONCORRENZA NEL MERCATO UNICO E NECESSITÀ DI UN DIRITTO EMERGENZIALE EUROPEO DEI CONTRATTI.

La domanda da porsi è, quindi, fino a che punto e a quali costi economico/sociali è necessario ed opportuno tutelare il c.d. contraente debole, nella consapevolezza che garantire anche all'interno di stravolgimenti di tale portata il medesimo livello di protezione potrebbe colpire a morte interi settori economici.

Bisogna quindi comprendere, se c'è, il limite oltre il quale non ha più così tanto senso porre in campo una iperprotezione del destinatario finale del bene o del servizio poiché ciò vorrebbe dire gravare il professionista di costi che lo stesso non è in grado di sostenere.

Se risultano irrinunciabili quelle disposizioni che hanno quale effetto quello di prevenire abusi -anche solo potenziali – da parte del professionista nei confronti del contraente protetto o di sanzionare violazioni già perpetrate, maggiori dubbi sussistono in relazione a quelle norme che, invece, si limitano esclusivamente a "rassicurare" il contraente protetto in relazione ai rischi tipici di un determinato mercato. Le prime, infatti, esprimono il disvalore che determinate condotte commerciali hanno all'interno di un mercato che, dunque, le reprime. Le seconde, che hanno invece lo scopo di contribuire a stimolare l'accesso massivo dei clienti

43 Secondo tale impostazione – che non si condivide - il legislatore, preso atto del fatto che imporre all'organizzatore di rimborsare la prestazione avrebbe potuto comportare il suo fallimento ed al fine di evitare di lasciare il viaggiatore senza alcuna protezione, avrebbe tentato con tale disposizione di mitigare gli effetti nefasti garantendo al contraente protetto quantomeno l'emissione di un *voucher*. È stato però correttamente notato come tutti i contratti di vendita di pacchetti turistici devono essere assistiti da garanzie assicurative o bancarie che, in caso di fallimento del professionista, garantiscano al viaggiatore il rimborso del prezzo versato. Non è quindi questo lo spirito della norma. Sul punto *vid.* Santagata, R.: "Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti", cit., pp. 5 s.

a determinati mercati, hanno la funzione di traslare rapidamente i rischi tipici di un determinato settore economico all'interno della sfera giuridica del contraente che l'ordinamento giudica "forte" attraverso meccanismi giuridici che rendono indifferente l'evento nefasto per il contraente protetto. Tutto ciò, ovviamente, in assenza di qualunque "rimprovero" che l'ordinamento possa muovere alle condotte tenute dal professionista.

Ma appare evidente che tale seconda tipologia di disposizioni, di cui l'attuale art. 41 c. tur. risulta espressione, ha un senso solo se riferita a mercati che operino in situazioni normali – anche se di crisi - e se rapportate a rischi i cui effetti siano normalmente prevedibili e, quindi, gestibili da parte del professionista tramite una adeguata pianificazione.

Applicare rigidamente tali norme a situazioni da "cigno nero", equivale ad onerare il professionista di costi insostenibili sia nelle attuali contingenze – nelle quali l'evento "pandemia" non era mai stato neanche adombrato – sia nel portare avanti la sua futura attività di impresa. Obbligare tali professionisti ad essere pronti – ove necessario - a metabolizzare internamente un rischio quale quello che si è verificato con la diffusione su scala mondiale del Covid-19, infatti, imporrebbe agli stessi di offrire i propri servizi a prezzi inaccessibili alla massa dei contraenti così frustrando la stessa funzione originariamente perseguita dalla disposizione che dovrebbe essere quello di incentivare i viaggiatori ad accedere ai servizi offerti da quel mercato.

Tutto ciò evidenzia la potenziale prociclicità di determinate disposizioni protettive. Queste, infatti, se hanno la capacità di stimolare la rapidità e l'efficienza dei processi economici all'interno di mercati dinamici, hanno però l'effetto contrario di contribuire a deprimere interi comparti produttivi nelle ipotesi nelle quali i meccanismi concorrenziali si inceppano.

Di prociclicità delle regole si è soliti parlare in relazione alle disposizioni che disciplinano i requisiti patrimoniali ed organizzativi dei soggetti vigilati nei mercati regolamentati[44], ma se si aderisce all'impostazione per la quale le stesse regole del contratto contribuiscono a modellare il mercato nel quale quei negozi vedono la luce, non sembra assolutamente peregrino riflettere sulle conseguenze che tali disposizioni possono avere sulla stabilità e sulle *performance* dei relativi mercati.

44 V., sul punto, le considerazioni di Fantetti, F.R.: "Basilea 3 e la stabilità del sistema bancario finanziario internazionale", *Resp. civ.*, 2011, pp. 297 ss. Il concetto di prociclicità emerge, chiaramente, quale riflesso delle situazioni di crisi nelle quali incorrono i mercati. *Cfr.*, sul punto, Accettella, F.: "L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE", *Banca borsa tit. cred.*, 2013, pp. 470 ss.; Supino, I.: "Individuazioni di 'fonti alternative di finanziamento' per le PMI nelle previsioni della Capital Market Union", *Contr. impr.*, 2016, p. 933; Capriglione, F.: "La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato", *Contr. impr.*, 2017, pp. 800 ss.

Non può negarsi, però, tornando al tema specifico dal quale si è cercato di trarre qualche spunto generale di riflessione, che la norma menzionata - permettendo agli organizzatori di pacchetti turistici di sostituire il rimborso in denaro con un *voucher* – abbia introdotto una disciplina che in parte stride con le specifiche disposizioni contenute nella direttiva 2015/2302/UE generando, per tal via, un potenziale *vulnus* al corretto articolarsi dei processi concorrenziali nel mercato unico europeo[45].

Tralasciando infatti la potenziale incompatibilità dell'art. 88 *bis* del d.l. n. 18 del 2020 con la direttiva 2015/2302/Ue[46], appare evidente che permettere alle imprese italiane di sostituire il rimborso in denaro con un *voucher* permette alle stesse di preservare liquidità che gli garantirebbe una posizione di privilegio rispetto alle imprese di altri Paesi europei che non abbiano adottato misure di tal genere.

Non deve quindi stupire sul punto la preoccupazione della Commissione europea che, dopo una minacciata e non ancora attuata procedura di infrazione verso l'Italia ed altri Stati membri che hanno emanato disposizioni similari, ha adottato la Raccomandazione UE 2020/648 del 13 maggio 2020. La lettura di tale documento[47] lascia trasparire le serie preoccupazioni economiche che incombono sugli organizzatori di pacchetti turistici[48] stretti nella morsa di una crisi che, da un lato, li espone alle difficoltà di rientrare nella disponibilità delle prestazioni pagate agli altri professionisti dei quali intendevano avvalersi per offrire il pacchetto oggetto di recesso (vettori, strutture ricettive ecc.) e, dall'altro, li obbligherebbe a restituire al viaggiatore l'intero costo del pacchetto entro 14 giorni[49].

45 Non può tacersi come la disposizione menzionata abbia la funzione di "legalizzare" al livello domestico una condotta che, se portata avanti da singoli operatori economici in assenza del quadro di regole sopra riportato, avrebbero una indubbia carica aggressiva che meriterebbe un intervento dell'AGCM in quanto idonea ad assicurare, a scapito del consumatore, un vantaggio competitivo alle imprese che la adottino. V., sul punto, le considerazioni riportate alla nota n. 33.

46 Sul punto già ci si è soffermati *supra*.

47 Va segnalato come tale Raccomandazione abbia un oggetto più ampio e non limitato ai soli pacchetti turistici. Al livello domestico, riprende in chiave adesiva le considerazioni formulate nella Raccomandazione della Commissione, la Segnalazione dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato del 27 maggio 2020.

48 *Cfr.*, il considerando n. 4, a mente del quale "Nell'Unione i settori dei viaggi e del turismo segnalano una riduzione delle prenotazioni tra il 60 % e il 90 % rispetto allo stesso periodo dell'anno scorso. Le richieste di rimborso presentate dai viaggiatori a causa delle cancellazioni superano di gran lunga il livello delle nuove prenotazioni. Secondo le stime preliminari della European Travel Agents' and Tour Operators' Association (ECTAA), la pandemia di Covid-19 potrebbe causare una perdita di 30 miliardi di EUR (meno 60 %) nel primo trimestre del 2020 e di 46 miliardi di EUR (meno 90 %) nel secondo trimestre rispetto al fatturato atteso in base agli anni precedenti".

49 In questo senso, *vid.* il considerando n. 13 della Raccomandazione, secondo il quale "Le numerose cancellazioni dovute alla pandemia di Covid-19 hanno portato a una situazione di flusso di cassa e di entrate insostenibile per i settori dei trasporti e dei viaggi. I problemi di liquidità degli organizzatori sono aggravati dal fatto che questi devono rimborsare al viaggiatore il costo totale del pacchetto, ma non sempre a loro volta ricevono a tempo debito il rimborso dei servizi prepagati che fanno parte del pacchetto. Ciò può di fatto comportare una ripartizione iniqua dell'onere tra gli operatori del settore dei viaggi".

Se questi sono gli effetti imposti dal quadro normativo di riferimento, appare evidente come in un momento nel quale i recessi dai pacchetti già conclusi sono infinitamente maggiori rispetto alle nuove prenotazioni[50], gli oneri gravanti sul *tour operator* siano sostanzialmente insostenibili.

Nel merito, la posizione della Commissione parte dal presupposto secondo cui la regola del rimborso in denaro possa convivere con l'offerta da parte del professionista di un *voucher* purché, però, non si privi il viaggiatore del suo diritto al rimborso[51]. Sulla scorta di tale principio, la finalità perseguita dal documento menzionato è quella di raccomandare l'adozione di misure che, rendendo maggiormente appetibili i *voucher* per i viaggiatori, stimolino i contraenti protetti – su base rigorosamente volontaria - ad orientarsi verso tale forma di ristoro in luogo dell'immediato rimborso monetario[52].

La risposta della Commissione appare però non del tutto adeguata rispetto alle premesse dalle quali prende le mosse: rilevata la sostanziale incapacità dei *tour operator* di procedere ai rimborsi nell'attuale scenario di mercato, delega agli Stati membri l'impossibile compito di rendere i *voucher* maggiormente appetibili rispetto al rimborso in denaro che comunque spetterebbe al viaggiatore entro 14 giorni dall'esercizio del diritto recesso. Sarebbe stato forse auspicabile un approccio diverso e più coraggioso alla problematica menzionata. Una volta correttamente individuato il problema sarebbe stato opportuno disciplinare tramite un regolamento i *voucher* con le caratteristiche individuate dalla Commissione nella Raccomandazione sostituendo, in via emergenziale, il rimborso in denaro con tale diversa forma di ristoro.

Come segnalato in precedenza, infatti, non possono tacersi le numerose problematiche che si annidano dietro la frettolosa disciplina nazionale dei *voucher* di cui alla primigenia formulazione dell'art. 88 *bis* del d.l. n. 18 del 2020 e che pongono serie perplessità sul fatto che gli stessi siano strumenti adeguati a bilanciare correttamente le esigenze dell'impresa con quelle dei clienti. Ma prolungare il termine entro cui il viaggiatore può usufruire del *voucher*, rendere il credito che lo stesso incorpora frazionabile al fine di permettere l'acquisto di una molteplicità di

50 *Vid.* il già menzionato considerando n. 4 della Raccomandazione.

51 In questo senso, *vid.* il considerando n. 9 secondo il quale "La direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio12 ('direttiva sui pacchetti turistici') prevede che, qualora un pacchetto turistico sia annullato a causa di 'circostanze inevitabili e straordinarie', i viaggiatori abbiano il diritto di ottenere il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, senza indebito ritardo e in ogni caso entro 14 giorni dalla risoluzione del contratto. In tale contesto, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un rimborso sotto forma di buono. Tale possibilità non priva tuttavia i viaggiatori del diritto al rimborso in denaro".

52 Questa la filosofia del provvedimento estrapolabile dal considerando n. 15, secondo cui "Rendere i buoni più attraenti, come alternativa al rimborso in denaro, ne aumenterebbe l'accettazione da parte dei passeggeri e dei viaggiatori. Ciò contribuirebbe ad attenuare i problemi di liquidità dei vettori e degli organizzatori e potrebbe portare in ultima analisi a una migliore tutela degli interessi dei passeggeri e dei viaggiatori".

diversi servizi anche disaggregati, rendere il buono cedibile a terzi ecc., potrebbero essere precauzioni che, mitigando le asperità emergenti dalla disciplina domestica, renderebbero tale inedito strumento di ristoro del tutto adeguato a preservare la liquidità delle imprese del settore senza comprimere eccessivamente i diritti del viaggiatore. Così riarticolato, quindi, tale strumento potrebbe essere imposto in via transitoria e su scala europea quale adeguato succedaneo al rimborso in denaro del prezzo del pacchetto.

Sarebbe quindi necessario, allora, pensare ad una disciplina transitoria al livello europeo che, ovviamente prendendo come riferimento un orizzonte temporale limitato, predisponga un quadro normativo emergenziale che reinterpreti le disposizioni comunitarie per adattarle elle necessità del momento. Di fronte ad un mercato europeo e ad una disciplina europea dei contratti, c'è bisogno di un diritto europeo dell'emergenza che non può passare attraverso atti di *soft law*[53] quali le raccomandazioni, ma deve fondarsi su atti vincolanti che, ispirati al pragmatismo, rileggano le norme dettate in "tempo di pace" al fine di eliminarne o mitigarne la prociclicità che, di fronte a crisi così profonde, potrebbe aggravare la già difficoltosa situazione economica di determinati mercati.

Va però segnalato come la presa di posizione della Commissione non ha lasciato indifferente il legislatore nazionale dell'emergenza che, come accennato in precedenza, ha parzialmente modificato l'art. 88 *bis* del d.l. n. 18 del 2020 con l'art. 182, comma 3 bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 introdotto con le modifiche previste dalla l. di conversione del 17 luglio 2020, n. 77. Tale nuovo intervento mitiga le asperità dei *voucher* segnalate nel corso della trattazione ma, senza ombra di dubbio, non risulta tale da riallineare le disposizioni nazionali a quelle della direttiva 2015/2302/Ue nell'interpretazione che della stessa ha dato la Commissione Ue. Permane, infatti, la possibilità per l'organizzatore del pacchetto di rimborsare con un *voucher* il viaggiatore senza lasciare a quest'ultimo alcuna possibile scelta. La durata di tale *voucher*, però, viene estesa da 12 a 18 mesi prevedendo peraltro che, in caso di mancata fruizione dello stesso prima della sua scadenza, il viaggiatore avrà diritto al rimborso in denaro[54]. Si tratta, senza dubbio, di una disciplina maggiormente equilibrata che, più di quella originaria, riesce a contemperare l'esigenza di liquidità immediata delle imprese del settore con la valorizzazione degli interessi dei viaggiatori. Ma ancora siamo lontani dalla

53 Sulla *soft law* come risposta inadeguata in temi di crisi, Berti de Marinis, G.: "Pandemia ed adeguatezza dei poteri regolatori delle Autorità di supervisione europee", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2020, n. 12 *bis*, pp. 582 ss.

54 Per completezza, va segnalato come venga anche prevista la possibilità di spendere il *voucher* anche per servizi erogati altro operatore che appartengano però allo stesso gruppo societario di quello che lo ha emesso e, ancora, la possibilità di ottenere l'erogazione dei servizi anche dopo la scadenza del voucher purché però la prenotazione degli stessi avvenga in costanza di vigenza del titolo. Va da ultimo segnalata la creazione di un fondo presso il MIBACT per indennizzare i viaggiatori che non abbiano usufruito del voucher e che non abbiano potuto ottenere il rimborso di quanto pagato a causa del fallimento dell'operatore turistico.

posizione espressa dalla Commissione che, invece, ritiene compatibile con il diritto Ue solo ed esclusivamente una normativa nazionale che lasci al viaggiatore la possibilità di scegliere fin dall'origine se ottenere il rimborso in denaro entro 14 giorni o "accontentarsi" di un *voucher.* La stessa Raccomandazione ricorda che eventuali esigenze di specifici mercati possono oggi essere affrontate da parte degli Stati membri usufruendo delle deroghe previste per gli aiuti di Stato.

Non sembra però opportuno che qualunque intervento normativo di sostegno ai settori economici passi necessariamente, in questo momento, tramite gli aiuti di Stato che si concretizzano comunque, pur se in maniera molto edulcorata, in una socializzazione di determinati costi dei quali, tramite lo schermo dello Stato, saranno chiamati prima o poi a rispondere indirettamente tutti i soggetti che formano la collettività. Nonostante l'apertura che si è avuta sul punto da parte dell'ordinamento europeo[55], non va dimenticato come la ricapitalizzazione con fondi pubblici di aree economiche rimane strumento residuale che, data la sua capacità di alterare il gioco concorrenziale, va intesa quale *extrema ratio* in assenza di altri strumenti utilizzabili.

Ed allora, forse, un diritto dei contratti maggiormente solidale, maturo, coraggioso e consapevole degli effetti che è in grado di generare sulle dinamiche economiche, potrebbe essere una valida alternativa che, senza alterare le regole della concorrenza, permetta al mercato di redistribuire in maniera più razionale i rischi in esso emergenti[56] e di ritrovare un nuovo – e si spera duraturo – equilibrio a seguito dell'attuale crisi.

55 La stessa Raccomandazione della Commissione europea del 13 maggio 2020 sopra citata insiste molto sulla possibilità per gli Stati membri di "aiutare" con specifiche misure di sostegno le imprese del settore turistico. Come noto, la grave situazione economica derivante dalla diffusione del virus ha indotto l'Unione europea ad allentare il divieto di fornire aiuti di Stato. *Cfr.*, la Comunicazione della Commissione europea sempre del 13 maggio 2020.

56 Individua nel diritto dei consumatori uno strumento poco valorizzato di redistribuzione della ricchezza, Van Loo, R.: "Broadening consumer law: Competition, protection, and distribution", *Notre Dame Law Review*, 2019, pp. 211 ss.

BIBLIOGRAFIA

Accettella, F.: "L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE", *Banca borsa tit. cred.*, 2013.

Ainis, M.: "Il bisticcio del potere", *La Repubblica*, 3 marzo 2020.

Albanese, A.: "I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi", *Jus*, 2009.

Alpa, G.: "Contratti di massa, Profili generali", *Enc. Dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997.

Angelone, M.: "La nuova frontiera del 'public antitrust enforcement': il controllo amministrativo avverso le clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014.

Azzariti, G.: "I limiti costituzionali della situazione di emergenza provocata dal Covid 19", *ivi*, del 27 marzo 2020.

Barela, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)", *Riv. dir. industriale*, 2019.

Battelli, E.: "L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori", *Eur. dir. priv.*, 2014.

Berti de Marinis, G.: "Contratti, mercati ed emergenza sanitaria: nuove disposizioni e principi del codice civile", *Le Corti Umbre*, 2020.

Berti de Marinis, G.: "Pandemia ed adeguatezza dei poteri regolatori delle Autorità di supervisione europee", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2020, n. 12 *bis*.

Berti de Marinis, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019, pp. 5 ss.

Bin, M.: "La circolazione internazionale dei modelli contrattuali", *Contr. Impr.*, 1993.

Boiti, C.: *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, Esi, Napoli, 2019.

Camardi, C.: "La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo", *Jus civile*, 2013.

Capobianco, E.: "Art. 1", in AA. VV.: in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (curato da E. Capibianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), 2ª ed., Esi, Napoli, 2018.

Capriglione, F.: "La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato", *Contr. impr.*, 2017.

Clementi, F.: "Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm", *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020.

D'Alberti, M.: "Poteri regolatori tra pubblico e privato", *Dir. amm.*, 2013.

De Cristofaro, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contratti*, 2019.

De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.

De Nova, G.: *Il contratto alieno*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2010.

Denozza, F. e Toffoletti, L.: "Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica", in AA. VV.: *Il* private enforcement *delle norme sulla concorrenza* (a cura di F. Rossi dal Pozzo e B. Nascimbene), Giuffrè, Milano, 2009.

Di Raimo, R.: "Le discontinuità che seguono i grandi traumi. Pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancóra fonda", *giustiziacivile.com*, 2020.

Fantetti, F.R.: "Basilea 3 e la stabilità del sistema bancario finanziario internazionale", *Resp. civ.*, 2011.

Galgano, F.: Lex mercatoria, Il Mulino, Bologna, 1993.

Giannaccari, A.: "In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?", *Merc. conc. reg.*, 2017.

Gigliotti, F.: "Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate", *www.giustiziacivile.com*, 2020.

Granelli, C.: "Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019.

Irti, N.: "Persona e mercato", *Riv. dir. civ.*, 1995.

Landes, W.M. e Posner, R.A.: "The Private Enforcement of Law", *Journal of Legal Studies*, 1975.

Leary, T.B.: "Competition law and consumer protection law: Two wings of the same house", *Antitrust Law Journal*, 2005.

Magli, C.: "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa", *Contr. impr.*, 2019.

Mak, V.: "The Consumer in European Regulatory Private Law", *Tilburg Private Law Working Paper Series*, 2015.

Massa Pinto, I.: "La tremendissima lesione del Covid-19 (anche) ai giuristi", *Questione giustizia*, del 18 marzo 2020.

Minervini, E.: "La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012.

Monteverde, A.: "L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore", in AA. VV.: *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali* (curato da M. Irrera), Res, Torino, 2020.

Plutino, M.: "I decreti di Conte sul Coronavirus", *Il Riformista*, 14 marzo 2020.

Posner, R.: *Economic Analysis of Law*, 9ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2020.

Priddis, S.: "Competition and Consumer Law in the UK", *Antitrust*, 2007.

Pucci, M.: "Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del coronavirus", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2020, n. 12 *bis*.

Rodger, B.J.: "The Public Private Enforcement Relationship", in AA. VV.: *Il* private enforcement *nel diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali* (a cura di G.A. Benacchio e M. Carpagnano), Cedam, Padova, 2009.

Rossi Carleo, L.: "Art. 37 bis", in AA. VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), 2ª ed., Esi, Napoli, 2018.

SANTAGATA, R.: "Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti", *giustiziacivile.come*, 2020.

SARTORI, F.: *Informazione economica e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2011.

SCOGNAMIGLIO, C.: "L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista", *giustiziacivile.com*, 2020

SHAVELL, S.: *Foundations of economic analysis of law*, Belknap Press, Harvard, 1984.

SUPINO, I.: "Individuazioni di 'fonti alternative di finanziamento' per le PMI nelle previsioni della Capital Market Union", *Contr. impr.*, 2016.

VAN DE BERGH R. e GIANNACCARI, A.: "L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?", *Merc. conc. reg.*, 2014.

VAN LOO, R.: "Broadening consumer law: Competition, protection, and distribution", *Notre Dame Law Review*, 2019.

VEDDER, H.: "Competition law and consumer protection: How competition law can be used to protect consumers even better or not", *European Business Law Review*, 2006.

ZAMPONE, A.: "Riflessioni sulla dir. (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati", *Dir. trasp.*, 2018.

ZOPPINI, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (lo ius variandi nei del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016.

INEXISTENCIA Y NULIDAD EN EL DERECHO CHILENO

NON-EXISTENCE AND NULLITY IN CHILEAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 514-531

Belén LAMA GÁLVEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: La discusión en torno a la teoría de la inexistencia en el derecho chileno presenta diversas posturas. Hay quienes están a favor de concebir la inexistencia como sanción y muchos que la niegan tajantemente; e incluso, algunos innovadores que toman una posición ecléctica frente al tema. Asimismo, los Tribunales Superiores de Justicia chilenos no han podido ponerse de acuerdo en este tema, en donde existen fallos que acogen la teoría, la rechazan, o simplemente la confunden.

PALABRAS CLAVE: Nulidad; inexistencia; Código Civil.

ABSTRACT: *The discussion around the theory of non-existence in Chilean law presents different positions. There are those who are in favor of conceiving non-existence as a sanction and many who strongly deny it; and even some innovators who take an eclectic position on the subject. Likewise, the Chilean Superior Courts of Justice have not agreed on this issue, and there are rulings that accept the theory, reject it, or simply confuse it.*

KEY WORDS: *Nullity; non-existence; Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DISCUSIÓN.- III. BREVE REFERENCIA DE DERECHO COMPARADO.- IV. ¿QUÉ HAN DICHO LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN CHILE? 1. En cuanto a su procedencia.- 2. En cuanto a los requisitos del acto jurídico.- 3. En cuanto a la legitimación activa de la acción de nulidad.- 4. En cuanto a la acción de inexistencia.- 5. En cuanto a la forma de interponer el recurso.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Clásica y de larga data, ha sido en nuestra doctrina nacional, la controversia sobre si el Código Civil chileno sanciona o no con la inexistencia los actos o contratos en que se ha omitido un requisito de existencia, distinguiéndose dos tesis encontradas que cuentan con decididos partidarios y que encabezaban, en la doctrina clásica, Luis Claro Solar y Arturo Alessandri Rodríguez, respectivamente.

Para el primero, la inexistencia tiene aplicación en el Código Civil chileno. En cambio, para el segundo, la teoría de la inexistencia sería aceptable sólo en doctrina, ya que el Código Civil no la reconoce como sanción.

Ni los autores nacionales ni la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, han tomado una decisión unívoca en esta materia, lo que ha significado que, pese al curso de los años, esta controversia siga en vigencia.

II. LA DISCUSIÓN.

La teoría de la inexistencia tuvo su origen en la doctrina francesa, por los trabajos de autores como Zachariae y Aubry et Rau. Esta teoría surgió de una discusión que se produjo a propósito de los requisitos de validez del matrimonio, básicamente a partir del principio que señala que no hay nulidad sin texto, lo que significa que no se puede alegar nulidad sin que exista una disposición expresa que la establezca. La doctrina se encontró con el dilema de que la ley francesa no señalaba sanción alguna para los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, lo que los llevó a preguntarse si acaso ellos eran válidos. Fue entonces cuando se dijo que no era posible hablar de actos nulos, simplemente esos actos no existían, siendo matrimonios aparentes[1].

1 Figueroa Yáñez, G.: *Curso de derecho civil. Teoría de los actos jurídicos*, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 203.

• Belén Lama Gálvez
Magíster © en Derecho y Ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: blama@derecho.uchile.cl.

Luego, la inexistencia misma como institución, aparece en Chile en la obra de Enrique Rossel, quien fue el primer autor que distinguió, con lógica jurídica y consecuencia para el derecho, la nulidad de la inexistencia[2]. Así, entre los autores que defienden esta teoría, se encuentra Claro Solar, para quien nuestro Código Civil recoge la teoría de la inexistencia jurídica, en términos tales que si falta una de las cosas esenciales a su existencia, el acto jurídico no puede existir, no puede producir efecto alguno; es la nada[3]. Señala, que esto se desprende de numerosos artículos, entre los cuales cita el artículo 1444[4], según el cual si falta alguna de las cosas esenciales al perfeccionamiento del contrato, éste no produce efecto alguno; y el artículo 1701[5], en orden a que la falta de instrumento público en los actos o contratos en que la ley requiera esa solemnidad, trae como consecuencia que se miren como no ejecutados.

Por su parte y desde la vereda contraria, Arturo Alessandri sostiene que la teoría de la inexistencia no encuentra acogida en el Código Civil chileno, el cual establece como máxima sanción la nulidad absoluta. Entre sus principales argumentos, refiere que el artículo 1682[6] del Código Civil sanciona con la nulidad absoluta la omisión de los requisitos que las leyes establecen para el valor de ciertos actos. Asimismo, el mencionado artículo sanciona expresamente con la nulidad absoluta los actos de los absolutamente incapaces, y si el código aceptara la teoría de la inexistencia, hubiera declarado tales actos inexistentes, pues la demencia del autor implica falta de voluntad[7].

Haciéndose cargo de los anteriores argumentos, Luis Claro Solar responde que el Código Civil chileno reglamenta la nulidad como un modo de extinguir las obligaciones, lo que explica que no se haya referido a la inexistencia si se considera que un acto inexistente no engendra obligaciones. Asimismo, refiere

2 Baraona González, J.: *La nulidad de los actos jurídicos*, Grupo Editorial Ibáñez, Santiago, 2012, p. 34.

3 Claro Solar, L.: *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Nascimiento, Santiago, 1938, p. 582.

4 Art. 1444 CC: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

5 Art. 1701 CC: La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

6 Art. 1682 CC: La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

7 Vial Del Río, V.: *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., 2012, Santiago, pp. 239-241.

que el artículo 1681[8] del Código Civil dispone que es nulo todo contrato al que falta un requisito que la ley prescribe para el valor del mismo, lo que no significa que se ha omitido un requisito de existencia, sino que la expresión valor debe mirarse como sinónimo de validez. Por último, expresa que los absolutamente incapaces, como pueden aparentemente consentir, la ley declara que adolece de nulidad absoluta[9].

A favor de esta teoría, también se encuentra el autor Víctor Vial del Río, quien refiere que el hecho de que el Código no mencione la palabra inexistencia jurídica no es causal suficiente como para afirmar que la teoría de la inexistencia no tiene acogida dentro de nuestra legislación. Al respecto, señala el antecedente de la Ley Núm. 18.046 sobre Sociedades Anónimas, la cual, en su artículo 6° señalaba que no existe la sociedad en cuya constitución se haya omitido el otorgamiento de la escritura social o la oportuna inscripción o publicación de su extracto ni la reforma en que se haya incurrido en similares omisiones. Sin embargo, la Ley Núm. 19.499 vino a modificar el citado artículo, omitiendo la referencia a la inexistencia y estableciendo la nulidad absoluta como sanción general[10]. Ahora bien, este artículo 6° tendría una excepción contemplada en el artículo 6°A[11] el que establece que la sociedad anónima que no conste de escritura pública, ni de instrumento reducido a escritura pública, ni de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada. De esta manera, estaríamos hablando de una nulidad de pleno derecho, la cual puede asimilarse a la inexistencia. Así, con la sanción de nulidad de pleno derecho que afecta a las sociedades anónimas que no cumplen con la solemnidad requerida para su existencia jurídica, el legislador, lejos de desvanecer el concepto de inexistencia como sanción jurídica, lo robustece y fortifica, desde el momento que los efectos de la mencionada nulidad de pleno derecho son exactamente los mismos que los de la inexistencia[12].

Por su parte, José Clemente Fabres, en su libro Obras Completas, posee una opinión radicalmente distinta, al negar rotundamente que el Código acogiese esta

8 Art. 1681 CC: Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

9 Vial Del Río, V.: *Teoría general*, cit., pp. 239-241.

10 Art. 6° Ley N° 18.046, inciso 1°: Sin perjuicio de lo que dispone el artículo 6° A, la sociedad anónima que no sea constituida por escritura pública o en cuya escritura de constitución se omita cualquiera de las menciones exigidas en los números 1, 2, 3 ó 5 del artículo 4°, o cuyo extracto haya sido inscrito o publicado tardíamente o en el cual se haya omitido cualquiera de las menciones que para él se exigen en el artículo 5°, es nula absolutamente, sin perjuicio del saneamiento en conformidad a la ley. Declarada la nulidad de la sociedad, ésta entrará en liquidación. La sociedad nula, sin embargo, gozará de personalidad jurídica y será liquidada como una sociedad anónima si consta de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado.

11 Art. 6° A Ley N° 18.046, inciso 1°: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la sociedad anónima que no conste de escritura pública, ni de instrumento reducido a escritura pública, ni de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada.

12 Vial Del Río, V.: *Teoría general*, cit., pp. 241-244.

teoría, aduciendo que vaga es la cuestión de señalar que sin objeto o sin causa no puede haber obligación, porque lo mismo debe decirse del consentimiento y, sin embargo, la ley ha cuidado decir que la incapacidad absoluta es motivo de nulidad, no obstante de que nadie puede ocurrírsele que un niño de tres años sea capaz de obligarse. Si la nulidad absoluta impide la existencia de la obligación, es lo mismo la obligación nula que la obligación que no existe[13].

Más radical ha sido la opinión que tiene Carlos Ducci, quien refiere lo ilógico que sería aceptar la teoría de la inexistencia, siendo una contradicción de términos. Señala que, si se ha emitido una declaración de voluntad en vista de producir un efecto jurídico, el acto existe; el solo problema que se presenta es saber si se han cumplido los requisitos de forma y fondo para producir efectos. Si no es así, el acto no es inexistente, es nulo. Luego, y radicalmente, termina diciendo que además de ilógica, la noción de inexistencia es incierta, puesto que los autores no han podido ponerse de acuerdo sobre los casos en que habría inexistencia. Y que, por último, es inútil, pues no existe un interés práctico verdadero para diferenciar la inexistencia de la nulidad absoluta[14].

Una posición más ecléctica tiene Ramón Domínguez, señalando que difícilmente puede darse un interés práctico que la haga necesaria, y que por sobre los argumentos gramaticales a favor o en contra, debe descartarse la inexistencia en nuestro derecho civil salvo en hipótesis de carencia total de algún elemento de existencia, en especial, tratándose de un requisito de solemnidad, caso en el cual podría tener cabida para negar los efectos propios del transcurso del tiempo como modo de saneamiento[15].

La mayoría de los autores recién expuestos responden a la doctrina clásica del derecho. Sin embargo, también se han referido a este problema autores recientes tales como Lilian San Martín y Jorge Baraona. Para San Martín, el Código Civil chileno no contempla la inexistencia, pues el legislador estaba consciente de la equivalencia conceptual entre los dos términos y deliberadamente decidió innovar estableciendo un plazo para el ejercicio de la acción de nulidad absoluta, excluyendo una acción meramente declarativa de nulidad o inexistencia. Refiere, que resultaría una petición de principio sostener que debe reconocerse a la inexistencia como causal de ineficacia, basándose en el hecho de que el artículo 1681 del Código Civil contempla la nulidad exclusivamente en relación a los requisitos de validez del acto y no a los de existencia, puesto que dicha distinción doctrinaria (entre requisitos

13 Fabres, J.: *Obras Completas*, Tomo III, Imprenta Cervantes, Santiago, 1908, p. 102.

14 Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 350.

15 Domínguez Águila, R.: *Teoría general del acto jurídico*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 179.

de existencia y validez) es ajena a nuestro código, el que se preocupa más bien de las condiciones que deben cumplirse para que el acto genere efectos jurídicos[16].

Para Baraona, en cambio, tanto el acto inexistente como el nulo se encuentran fuera del derecho, puesto que ambos son ineficaces. Sin embargo, la diferencia radicaría en la mayor o menor apariencia formal del acto, es decir, su existencia emanaría de la ostensibilidad del mismo acto, siendo un acto que aparentemente se conformaría con la ley. Así, la nulidad proviene de la insuficiencia del acto respecto de los requisitos legales para tener eficacia, la inexistencia de su falta de apariencia y materialidad jurídica[17].

Como vemos, esta antigua disputa está lejos de resolverse, sumándose cada vez más partidarios y detractores de la misma, volviéndola una discusión un tanto estéril si solo la circunscribimos al ámbito doctrinario. Por lo mismo, se hace necesario analizar qué es lo que han dicho los Tribunales Superiores de Justicia chilenos en esta materia.

III. BREVE REFERENCIA DE DERECHO COMPARADO.

No obstante su mérito lógico, la inexistencia no ha sido de general aceptación en el derecho comparado. En España, parte de la doctrina sostiene que el concepto de inexistencia carece de entidad suficiente como para formar una categoría independiente dentro de la teoría de las nulidades, sin embargo, la reforma de 1981 sobre matrimonio civil parece acoger la teoría de la inexistencia[18-19].

En Francia, país de origen de esta teoría, la doctrina del siglo XIX le daba amplia acogida. Posteriormente, reducida la cuestión al campo del matrimonio, la teoría de la inexistencia ha encontrado alguna recepción, pero ha sido también muy controvertida y su interés práctico no es muy claro. Tiene sus adeptos, pero en general la doctrina actual no la favorece, siendo absorbida por la noción de la nulidad absoluta[20].

Así, en el Derecho comparado, la extrema rigidez de la teoría de la nulidad, producto de ser considerada como de Derecho estricto, llevó a un exorbitante desarrollo de la teoría de la inexistencia. Pero esta teoría, por su falta de rigor científico, fue absorbida por la nulidad absoluta o de pleno derecho. De esta

16 San Martín Neira, L.: "La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el código civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3°, p. 778.

17 Baraona González, J.: *La nulidad,* cit., p. 38.

18 De Los Mozos, J.L.: *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987, p. 488.

19 *Cfr.* Ramón Fernández, F.: "Conceptualización de la Ineficacia, Invalidez e Inexistencia en el Derecho Español", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, núm 19°, pp. 63-114.

20 Domínguez Águila, R.: *Teoría general,* cit., p. 177.

forma, la teoría de la inexistencia no desapareció, sino que fue adoptada por los distintos ordenamientos jurídicos a través de la teoría de la nulidad absoluta y los casos de nulidad fueron absorbidos por la nulidad relativa[21].

IV. ¿QUÉ HAN DICHO LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN CHILE?

Estas oscilaciones doctrinarias recién analizadas, se han visto reflejadas también en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en donde a través de numerosos fallos han replicado esta discordante recepción de la teoría de la inexistencia en nuestro derecho, ya que, por un lado, tenemos fallos que descartan rotundamente que la inexistencia como sanción tenga aplicación en el derecho chileno, y por otro lado, tenemos fallos que la acogen. Sin embargo, y tal como señala San Martín, los pronunciamientos que han admitido la inexistencia lo han hecho más bien con carácter retórico o como sinónimo de nulidad absoluta[22]. A continuación, realizaré una sistematización de estos fallos, refiriéndome primero a la procedencia de la teoría de la inexistencia, distinguiendo entre aquellos que aceptan y aquellos que rechazan esta institución. Luego, me referiré a la sanción que otorgan los tribunales cuando se ha omitido un requisito de existencia del acto jurídico. Después, señalaré bajo qué situación los tribunales le reconocen la legitimación activa a alguien para demandar de nulidad absoluta, para posteriormente referirme a la acción de inexistencia y su aceptación por parte de los tribunales. Por último, indicaré aquellos criterios que utiliza la Corte Suprema para rechazar la demanda de inexistencia cuando existe una omisión de los requisitos formales en el recurso.

1. En cuanto a su procedencia.

Pareciera que, la recepción por parte de los tribunales de la teoría de la inexistencia, viene de larga data. Así, podemos ver fallos que datan del año 1945, en donde la Corte de Apelaciones de Chillán, al referirse a un recurso de apelación frente a la solicitud de declaración de nulidad de un contrato de arrendamiento de aquella época, refiere que el acto jurídico no ha nacido a la vida del derecho y en tales circunstancias será inoficioso pedir su nulidad, extralimitándose a no declarar la nulidad del acto solicitada por la recurrente, sino que su inexistencia[23].

21 Barcia Lehmann, R.: *Lecciones de Derecho Civil Chileno del Acto Jurídico*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 123.

22 San Martín Neira, L.: "La teoría", cit., p. 756.

23 Corte de Apelaciones de Chillán, 27 de septiembre de 1945, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XLIII, 1946, segunda parte, secc. 2°, pp. 38-42, Considerando Séptimo: "Que de otra parte, el hecho de que el instrumento de fojas 2 no aparezca firmado por ambos contratantes le resta toda eficacia jurídica, ya que en tal situación, el supuesto contrato de que da constancia no ha nacido aún a la vida del derecho, por no haberse producido el acuerdo de voluntades necesario para el efecto, y en tales circunstancias, es

De la misma manera ha fallado la Corte Suprema, en 1991, al referir que no se trata (el acto) de una nulidad que se pueda sanear por el transcurso del tiempo, puesto que el acto no reúne las condiciones necesarias para existir legalmente, reafirmando, por tanto, la imposibilidad de que un acto inexistente pueda sanearse con el transcurso del tiempo[24].

En un fallo muy reciente, corroborando lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que la inexistencia de un acto jurídico, se produce cuando se reúnen las condiciones de hecho esenciales para su configuración y por tanto, se reputa que el acto nunca existió y no ha podido producir efectos jurídicos[25].

Sin embargo, en la vereda contraria, tenemos también diferentes fallos en que se afirma que la tesis de la inexistencia es ajena a nuestra legislación, careciendo de fundamento tal petición, ya que sólo se concibe a la nulidad como sanción[26-27]. En este sentido falla la Corte Suprema, al señalar de manera tajante que la máxima sanción de ineficacia que nuestro sistema recoge es la nulidad absoluta, refiriendo que es claro que nuestro derecho no consulta una alusión expresa de la misma, en donde por lo general, se acepta su asimilación a la máxima sanción que nuestra normativa prevé: la nulidad absoluta[28].

inoficioso pedir su nulidad, sanción esta que está reservada sólo a aquellos actos o contratos que tienen existencia jurídica".

24 Corte Suprema, 4 de septiembre de 1991, Fallos del Mes N° 394, p. 445. "No se trata en consecuencia […] de una eventual nulidad, susceptible de sanearse por el transcurso del tiempo. Es efectivo que el art. 1.683 del Código Civil dispone que la nulidad absoluta no puede sanearse ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años. Pero ella supone un acto que adolece de una causal de nulidad absoluta y no –como en el caso de autos– de un acto que no reúne las condiciones necesarias para existir legalmente".

25 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6701-2018, 4 de febrero de 2020, Considerando Sexto: "La inexistencia de un acto jurídico, se produce cuando se reúnen las condiciones de hecho esenciales para su configuración y por tanto, se reputa que el acto nunca existió y no ha podido producir efectos jurídicos entre las partes que es lo ocurrido en este caso. En efecto, el precio que se menciona en la escritura pública analizada, no hay constancia que en alguna medida se haya desembolsado por el comprador (…) En consecuencia, no concurrieron en el otorgamiento de esa compraventa formal, las condiciones necesarias para que el acto jurídico fuese eficaz, esto es, generara los derechos y obligaciones civiles queridos por las partes".

26 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 459-2008, 25 de noviembre de 2009: "Que, en lo que dice relación con la acción judicial tendiente a obtener la declaración de inexistencia jurídica del aparente contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública de diez de diciembre de 1999, rolante a fojas 1 siguientes de estos autos, cabe tener presente que la tesis de la inexistencia del acto jurídico es ajena a nuestra legislación, y en particular al Código Civil, que no la establece como sanción de ineficacia, señalando en cambio otra sanción, que consiste precisamente en la nulidad del acto o contrato, en los casos de omisión de requisitos que la ley prescribe para la validez de aquellos. Por consiguiente, la petición de declarar la inexistencia del acto jurídico cuestionado, carece de todo fundamento".

27 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 87-2014, 2 de marzo de 2015, Considerando Segundo: "Que, como primera cuestión y para un mejor acierto del fallo es necesario tener presente que, la tesis de la inexistencia del acto jurídico es ajena a nuestro derecho, sistema legislativo y, en particular, al Código Civil, que no la establece como causal de ineficacia, señalando en cambio otra sanción, y ésta es precisamente la nulidad, para los casos de omisión de requisitos que la ley prescribe para la existencia de ciertos actos. Por consiguiente, carece de fundamento la petición en orden a declarar la inexistencia del acto jurídico cuestionado en estos autos".

28 Corte Suprema, Rol N° 271-2010, 31 de mayo de 2011: "Entre nosotros es claro –y bastante obvio– que nuestro derecho nacional no consulta una alusión expresa y sistémica de la inexistencia, ya no como sanción sino como la consecuencia negativa y máxima secuela jurídica de la ineficacia de los actos defectuosos, por

Ahora bien, por un lado, tenemos fallos que rechazan la procedencia de la inexistencia en nuestro derecho, y por otro, aquellos que la rechazan confundiendo ambas sanciones, nulidad absoluta e inexistencia, declarando que si bien la doctrina las distingue, nuestro derecho las iguala en efectos, no siendo necesario pronunciarse sobre esta última. Así, tenemos diversas sentencias, entre ellas, el antiguo fallo de la Corte Suprema, del 20 de octubre de 1954, en la cual refiere que la doctrina hace diferencias entre ambas sanciones, pero que el Código Civil confunde ambos efectos, tanto en la carencia de requisitos de existencia como de validez, no habiendo limitante en denominar a la inexistencia como nulidad absoluta[29]. En el mismo sentido, nuestro Máximo Tribunal[30],en un fallo más reciente señaló que la ineficacia de un contrato, ya sea por inexistencia o nulidad absoluta son equivalentes, pues en ambos se reputa que el acto nunca existió ni llegó a producir sus efectos[31]. Así, para estos tribunales, se reconocería la teoría de la inexistencia, pero al ser sus consecuencias idénticas, al no producir sus efectos al momento de declararse su nulidad, se confunden[32] .

2. En cuanto a los requisitos del acto jurídico.

Cuando la jurisprudencia analiza los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos, tampoco tiene una opinión uniforme en cuanto a declarar su inexistencia o nulidad[33].

Así, por un lado, refiriéndose al contrato de compraventa, ha considerado que el precio constituye el objeto de la obligación del comprador, y que es, a la vez, la causa de la obligación del vendedor, y, por tanto, la ausencia del precio con las cualidades de que legalmente debe estar revestido, acarrea la inexistencia

lo que, en general, se acepta su asimilación a la máxima sanción que nuestra normativa prevé: la nulidad absoluta".

29 Corte Suprema, 20 de octubre de 1954, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. LI, segunda parte, secc. 1°, 1954, p. 483. "La única cuestión fundamental del debate en la parte que se estudia, es la nulidad absoluta. Debe observarse a este respecto, que la doctrina jurídica hace diferencias entre dicha nulidad y la inexistencia de un acto jurídico, para concluir que la falta de voluntad, que se denomina consentimiento en los actos bilaterales, produce esta y no aquélla: pero en el Código Civil se confunden ambos efectos de la carencia de requisitos de existencia y de validez, de manera que no hay inconveniente para denominar nulidad absoluta a la inexistencia".

30 Corte Suprema, Rol N° 4537-2010, 28 de noviembre de 2012: "La ineficacia del contrato, sea por inexistencia o por la declaración de nulidad absoluta es prácticamente equivalente, pues en ambos casos se supone que el contrato nunca existió ni llegó a producir efecto alguno, por lo que la sentencia que rechazó la demanda y que declaró la inexistencia produce los mismos efectos que si hubiera rechazado la demanda declarando la nulidad absoluta del contrato".

31 En el mismo sentido, *Cfr.* Corte Suprema, Rol N° 4383-2015, 18 de enero de 2016.

32 Corte Suprema, Rol N° 38030-2017, 6 de agosto de 2018: "En tal sentido, en diversas instituciones el legislador reconoce la inexistencia de los actos, como acontece, por ejemplo, en las hipótesis reguladas en los artículos 1444, 1681, 1701, 1801, 1814 y 2055 del Código Civil, entre otros, que distinguen la diferencia entre la omisión de los requisitos de existencia y de validez de los actos. Sin perjuicio de ello, las consecuencias que produce la inexistencia y la nulidad absoluta son, en principio, idénticas, dejando de producirse los efectos del acto ante la constatación o la declaración judicial en dicho sentido, pues se confunden los efectos de la carencia de requisitos de existencia y de validez".

33 En este sentido, *Cfr.* Corte Suprema, Rol N° 4383-2015, 18 de enero de 2016.

de la causa de la obligación del vendedor, lo cual genera la inexistencia de la compraventa.[34] Atribuyendo a la falta de causa, la sanción de inexistencia. De igual forma, falló la Corte de Apelaciones de Santiago, al determinar que, si no se acredita que el pago del precio se efectuó, este no sería real ni serio, por lo cual la compraventa también deviene en inexistente[35].

Sin embargo, la jurisprudencia no es conteste en este punto, pues también tenemos fallos que refieren que no sólo debe concebirse a la causa como dependiente del objeto de la obligación de la otra parte, sino que debe mirarse individualmente, y que, a pesar de no existir contraprestación, con la sola intención de una de las partes de desprenderse de la cosa basta para configurar la causa de contrato[36].

3. En cuanto a la legitimación activa de la acción de nulidad.

Desde tiempos muy remotos que nuestros Tribunales Superiores de Justicia han entendido la acción de nulidad como una que puede ser impetrada por todo aquel que tenga interés en ello, e incluso, por el juez de oficio. Así, nuestro Máximo Tribunal, en fallo del año 1922, ha señalado que si bien, el que ha celebrado un contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba no puede alegar su nulidad, en el caso de la nulidad absoluta, ésta puede ser declarada por el juez aun sin petición de parte, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1683 del Código

34 Corte Suprema, 11 de noviembre de 1922, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XXI, 1924, segunda parte, secc. 1°, p. 973-980, Considerando Quinto: "Que así como el precio en este contrato constituye el objeto de la obligación del comprador, es, a la vez, la causa de la obligación del vendedor, puesto que el motivo que induce a éste a entregar la cosa vendida no es otro que el de llegar a obtener el precio que ha de pagarle por ella el comprador y , por tanto, la audiencia del precio con las cualidades o requisitos de que legalmente debe estar revestido, acarrea la inexistencia de la causa de la obligación del vendedor".

35 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6701-2018, 4 de febrero de 2020, Considerando Sexto: "Que no hay antecedentes que acrediten que se haya efectuado pago alguno con cargo al precio pactado en la escritura pública signada como de compraventa, mutuo e hipoteca indicada precedentemente, por quien comparece como comprador el señor Mauri Sanpons y lo que caracteriza a todo contrato de compraventa es que el precio sea real, lo que en este caso conforme al mérito de autos dista con creces de serlo si, además, se tiene en consideración que todo indica que la compraventa respondió a una decisión de autotutela del demandado Mauri Sanpons, quien había advertido a los socios de la demandante de su decisión de restarse de la sociedad y entendía que sus derechos en ella era el equivalente al valor del lote N° 7 necesitando disponer de liquidez. En el caso sublite, no existió la intención de pagar un precio serio y real por lo que el contrato entre Mauri Sanpons y la demandante Inversiones Serralada Chile Limitada devino en una compraventa inexistente ya que bajo la apariencia de un contrato de este tipo se fraguó el traspaso de un inmueble de dominio de la demandante al demandado sin que existiera para ello una causa real e ilícita".

36 Corte Suprema, 2 de enero de 1947, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XLIII, 1946, segunda parte, secc. 2°, p. 397, Considerando Noveno: "Que es un hecho no discutido que el contrato de 19 de noviembre de 1936 fue de permutación de la mencionada casa por 20.800 acciones de la Compañía Minera Laurani, y aceptando que la adquisición de las últimas hubiera sido causa de ese contrato para los señores Holzmann y Araya, no puede tenerse por cierto que fuera la causa única. En efecto, dentro del carácter de doble compraventa que jurídicamente se reconoce a la permuta, debe tenerse también como causa determinante de aquel contrato el propósito de los señores Holzmann y Araya de desprenderse de aquel inmueble en condiciones que estimaron convenientes, de lo cual resulta no ser exacto que al contrato que originó este juicio haya faltado totalmente la razón determinante de él para los señores antes nombrados, esto es, la causa a que se refiere el artículo 1445 del Código civil para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. El contrato no estaría afectado por la nulidad que se invoca como antecedentes de infracción al artículo 1682".

Civil[37]. De igual manera a fallado el mismo tribunal, pero en casi un centenar de años después, señalando que la nulidad absoluta se establece en interés general de la sociedad, pudiendo ser invocada por todo aquel que tena interés en ello, y agregando que este interés debe ser pecuniario, esto es, susceptible de ser apreciado en dinero y que debe existir al momento de solicitarse la declaración de nulidad[38]. Por último, en un fallo reciente dictado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, referida a la legitimación activa de los herederos para ejercitar la acción de nulidad de un acto jurídico celebrado por el causante, el tribunal fue claro en señalar que, si bien en vida los herederos carecen de legitimación para accionar por un interés real, actual y pecuniario, fallecido el causante, sí estarían legitimados, puesto que su interés nace en ese momento, y la ley no señala plazo ni época determinada en que se debe producir este interés, sólo exige que se le tenga en el momento de alegar la nulidad absoluta. De esta manera, las discrepancias se han producido, más bien, al precisar a qué título accionan los herederos: si como sucesores de las partes o como terceros con interés propio en la declaración de nulidad. Sin embargo, la opinión mayoritaria se ha inclinado a sostener que los herederos del contratante culpable accionan como terceros con interés en aumentar el haber de la herencia, vale decir, como un derecho propio y no como un derecho derivado de su causante[39].

37 Corte Suprema, 11 de noviembre de 1922, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XXI, 1924, segunda parte, secc. 1°, p. 973-980, Considerando Décimo: "Que si bien el que ha celebrado un contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, no puede alegar la nulidad, tratándose en el presente caso de una nulidad absoluta, como queda demostrado en los considerandos precedentes, y apareciendo esa nulidad, como aparece, de manifiesto en el contrato mismo, pudo y debió ser declarada por el juez aun sin petición de parte, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil".

38 Corte Suprema, Rol N° 4383-2015, 18 de enero de 2016, Considerando Sexto: "Por otra parte, la doctrina ha entendido que hallándose establecida la nulidad absoluta en interés general de la sociedad y no únicamente en interés de las personas que ejecutan el acto o celebran el contrato incurriendo en el vicio que lo anula, la nulidad absoluta puede ser invocada por todo el que tenga interés en ello. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que el interés requerido es un interés pecuniario, esto es, susceptible de ser apreciado en dinero y en que dicho interés debe existir al momento de solicitarse la declaración de nulidad. En definitiva, el interés consiste en obtener la invalidez del acto que perjudica en su patrimonio a quien alega la nulidad. En la especie, los actores tienen un interés actual y pecuniario en la declaración de nulidad, toda vez que a través de la acción ejercida persiguen obtener la eliminación de uno de los acreedores de la quiebra de la fallida en la cual han verificado sus créditos, lo que conllevaría a una mayor posibilidad de hacer efectivos sus créditos y con ello obtener el pago de su acreencia. En efecto, el acto impugnado aumenta el pasivo de la fallida y, por lo mismo, perjudica el patrimonio de los actores que han verificado sus créditos, de forma que éstos han demostrado su interés patrimonial y económico para los efectos de acreditar la titularidad de la acción impetrada. Se ajusta a derecho, entonces, desestimar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada".

39 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 37-2019, 27 de marzo de 2019, Considerando Quinto: "Que ahora bien, el heredero de una parte que hubiere celebrado un negocio viciado de nulidad por simulación absoluta tendrá un notorio interés en que se declare tal sanción civil. Le afecta el acto o contrato de cuya nulidad se trata celebrado por su causante, puesto que por medio de la simulación se le ha perjudicado en sus derechos hereditarios. En otras palabras, el interés subjetivo del sucesor radica en que el patrimonio del causante no sufra una disminución que ha terminado por perjudicarle, en la medida que con el acto impugnado la herencia se ha visto reducida. En vida del causante, los futuros herederos carecen legitimación para accionar por un interés real, actual y pecuniario indispensable en el actor de nulidad absoluta fundada en simulación, pero fallecido el causante, aquéllos sí están legitimados para impugnar actos jurídicos onerosos aparentes, encaminados a burlar sus derechos en la herencia. La doctrina ha sostenido que no es obstáculo para que los herederos puedan ejercitar la acción de nulidad absoluta el que su interés nazca en el momento de morir el causante, y que no lo hayan tenido antes, puesto que la ley no señala plazo o época determinada en que se debe producir este interés, sólo exige que se le tenga en el momento de alegar la nulidad absoluta". Considerando Sexto: "Que el citado artículo 1683 no preceptúa expresamente

4. En cuanto a la acción de inexistencia.

Varios de los fallos en que no se ha admitido la inexistencia como sanción, tienen su origen en el rechazo de la acción misma de inexistencia. Así, algunos fallos de Tribunales Superiores de Justicia chilenos han sido claros en señalar que no es posible demandar de inexistencia, pues esta causal de ineficacia jurídica no otorga acción que pueda sustentarse a través de una "demanda de inexistencia", dado que de la "nada" no nace acción alguna que pueda hacerse valer[40]. En el mismo sentido, han señalado que, en caso de admitirse la inexistencia, sólo puede alegarse vía excepción, puesto que ninguna acción existe para hacer declarar la inexistencia del acto, lo que equivale a la nada, y por lo tanto, no es posible que la nada pueda ser objeto de una acción ni menos constituir materia de un juicio[41].

5. En cuanto a la forma de interponer el recurso.

Muchas veces, la acción de inexistencia o nulidad ha sido rechazada por nuestros Tribunales Superiores de Justicia en razón sólo de requisitos de forma en la manera de impetrar el requerimiento. Así, en cuanto a los recursos de casación en el fondo interpuestos ante la Corte Suprema, se ha señalado que la declaración de nulidad a través de este recurso sólo puede sustentarse en la infracción de leyes que tengan el carácter de decisorias para la controversia jurídica planteada, exigencia que si el recurso no cumple, se entiende que acepta la decisión en cuanto al fondo de la cuestión debatida y, por tanto, no puede prosperar[42]. El Máximo Tribunal,

que los herederos de las partes están legitimados para pedir la nulidad. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en reconocerles esa potencia procesal. Las discrepancias se han producido, más bien, al precisar a qué título accionan los herederos: si como sucesores de las partes o como terceros con interés propio en la declaración de nulidad. Con el paso del tiempo, la opinión mayoritaria se ha inclinado a sostener que los herederos del contratante culpable no pierden su derecho a impetrar la nulidad del acto; pueden no estar habilitados para accionar en cuanto representantes de ese contrayente, pero sí lo están como terceros con interés en aumentar el haber de la herencia, vale decir como un derecho propio y no como un derecho derivado de su causante. La situación que se produce a propósito del futuro heredero envuelve una superposición de roles que, tanto se mezclan con la persona del causante, como se presentan independientes o autónomos. En efecto, el heredero se concibe como un sucesor del de cujus, pero también existe una esfera en que actuará en su propio interés, como un tercero. Según esto, al momento de ejecutarse o celebrarse el contrato cuestionado, el interés para impugnarlo reside en el causante aun cuando el artículo 1683 del Código Civil lo prive de invocarlo en la hipótesis que allí se indica, mientras que al morir éste, adviene el interés del heredero".

40 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5710-2011, 14 de junio de 2013: "Este Tribunal de Alzada, es de la opinión que no es dable demandar de 'inexistencia', pues esta causal de ineficacia jurídica no otorga acción que pueda sustentarse a través de una 'demanda de inexistencia', dado que de la 'nada' no nace acción alguna que pueda hacerse valer, por lo cual, la acción que debió intentar la actora es una restitutoria, ya sea en virtud de una tenencia de precario u otro título precario, previa constatación judicial de la inexistencia, motivo por el cual, en lo resolutivo no se hará lugar a ella".

41 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 87-2014, 2 de marzo de 2015, Considerando Tercero: "Que, sin perjuicio de lo dicho precedentemente, de admitirse la inexistencia en nuestro derecho, es del caso tener presente que si bien es cierto, la nulidad puede alegarse como acción o excepción, la inexistencia sólo puede serlo por vía de excepción. La acción de nulidad de un acto puede constituir el objeto del juicio, mientras que ninguna acción existe para hacer declarar la inexistencia del acto. El acto inexistente, en efecto, equivale a la nada, y por lo tanto, no es posible que la nada pueda ser objeto de una acción y, por lo tanto, tampoco puede constituir materia de un juicio".

42 Corte Suprema, Rol N° 3329-2015, 21 de marzo de 2016, Considerando Cuarto: "En consecuencia, si el recurrente estimaba que se ha incurrido en errores de derecho en el rechazo de su demanda de nulidad

refiriéndose al mismo tema, agrega en otro fallo que la particularidad que define al recurso de casación en el fondo es que permite la invalidación de determinadas sentencias que hayan sido pronunciadas con infracción de ley, siempre que ésta haya tenido influencia sustancial en su parte resolutiva o decisoria, y que, en tal sentido, las normas infringidas en el fallo han de ser tanto las que el fallador invocó en su sentencia para resolver la cuestión controvertida, como aquéllas que dejó de aplicar y que tienen el carácter de normas decisoria litis, puesto que en caso contrario la Corte no podría dictar sentencia de reemplazo, dado el hecho que se trata de un recurso de derecho estricto[43].

No solo en base a los requisitos de forma del recurso han rechazado estas acciones los tribunales, sino también, cuando el abogado de la recurrente ha impetrado el recurso de tal manera que no se ha acreditado por éste ninguno de los requisitos para declarar la inexistencia del acto[44], o bien, en los casos en que se ha impugnado el valor probatorio de los documentos, declarando la Corte que dicha facultad que es exclusiva y excluyente del juez de instancia, siendo por tanto rechazada la impugnación[45].

absoluta basada en la simulación del contrato, resultaba indispensable que reclamara que la sentencia impugnada ha infringido las normas en base a las cuales se estructura la pretendida simulación, ello por cuanto la declaración de nulidad a través del recurso de casación en el fondo sólo puede sustentarse en la infracción de leyes que tengan el carácter de decisorias para la controversia jurídica planteada, exigencia que el presente recurso no cumple pues en él no se contiene reproche alguno respecto de los artículos 1445, 1467 y 1560 del Código Civil, defecto en la construcción del arbitrio que supone que el impugnante, en definitiva, acepta la decisión en cuanto al fondo de la cuestión debatida y es, por esta circunstancia, que no puede prosperar".

43 Corte Suprema, Rol N° 3359-2018, 17 de abril de 2019, Considerando Quinto: "Que en este punto de la reflexión vale poner de relieve que la particularidad que en cuanto constituye su objetivo directo define al recurso de casación en el fondo es que permite la invalidación de determinadas sentencias que hayan sido pronunciadas con infracción de ley, siempre que esta haya tenido influencia sustancial en su parte resolutiva o decisoria. Semejante connotación esencial de este medio de impugnación se encuentra claramente establecida en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, que lo instituye dentro de nuestro ordenamiento positivo y se traduce en que no cualquier transgresión de ley resulta idónea para provocar la nulidad de la sentencia impugnada, la que no se configura en el mero interés de la ley, sino sólo aquella que haya tenido incidencia determinante en lo resuelto, esto es, la que recaiga sobre alguna ley que en el caso concreto ostente la condición de ser decisoria litis." Considerando Sexto: "Que en tal sentido, esta Corte ha dicho que las normas infringidas en el fallo para que pueda prosperar un recurso de casación en el fondo han de ser tanto las que el fallador invocó en su sentencia para resolver la cuestión controvertida, como aquéllas que dejó de aplicar y que tienen el carácter de normas decisoria litis, puesto que en caso contrario esta Corte no podría dictar sentencia de reemplazo, dado el hecho que se trata de un recurso de derecho estricto".

44 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 459-2008, 25 de noviembre de 2009, Considerando Décimo: "Que, en lo que dice relación con la acción de nulidad absoluta, fundada en la existencia de simulación relativa, cabe tener presente que la prueba rendida en estos autos es totalmente insuficiente en orden a acreditarla. En efecto, en el contrato impugnado consta el consentimiento de ambos contratantes, por medio del cual una de ellos vende una cosa y la otra dice comprarla; además, ambas partes están de acuerdo en el precio pagado, en los términos contemplados en la cláusula tercera. Este acto jurídico está contenido en un instrumento público, por lo que este instrumento hace fe contra todo el mundo y no sólo respecto a los declarantes, en cuanto a lo que en él han dicho los interesados; tal presunción de verdad debe subsistir mientras no se pruebe lo contrario. Por otra parte, la prueba testimonial rendida por los demandantes, conforme ha sido analizada y ponderada en los fundamentos anteriores, no constituye presunción judicial grave, precisa, múltiple y concordante que tenga el valor probatorio de plena prueba tendiente a destruir la presunción de veracidad que emana del documento público en cuestión".

45 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 87-2014, 2 de marzo de 2015, Considerando Segundo: "Que, como puede apreciarse, amén de no invocar hecho alguno constitutivo de falta de integridad o de falsedad respecto de los documentos objetados, es del caso tener presente que, de la fundamentación expuesta

V. CONCLUSIONES.

La discusión en torno a la teoría de la inexistencia está lejos de resolverse. La doctrina no está conteste a este respecto, y existen muchos autores a favor de concebir la inexistencia como sanción (Luis Claro Solar, Víctor Vial del Río, entre otros) y muchos que la niegan tajantemente (Arturo Alessandri, José Clemente Fabres, Carlos Ducci Claro, Lilian San Martín Neira, entre otros) e incluso, algunos innovadores que toman una posición ecléctica frente al tema (tales como Ramón Domínguez Águila y Jorge Baraona González). Lo cierto, es que ni la doctrina ni la jurisprudencia de nuestro Tribunales Superiores de Justicia han podido ponerse de acuerdo en este tema. Existen fallos que datan de 1945, en donde se acoge la teoría de la inexistencia ocupando similares argumentos a aquellos fallos dictados en el año 2020. Por su parte, tenemos aquellos que acogen esta sanción a propósito de la falta de requisitos de existencia o bien, la rechazan considerando que la falta de tales requisitos se sanciona sólo con la nulidad absoluta. Hay sentencias que han confundido estas dos sanciones, asimilándolas, y rechazan la teoría de la inexistencia pues consideran que sus efectos son idénticos a los de la nulidad absoluta.

Asimismo, existe una cierta consonancia en orden a establecer que la legitimación activa para demandar la nulidad es aquella compuesta por todo aquel que tenga interés en ello, calificando dicho interés como pecuniario y actual. Por otro lado, varios fallos han rechazado la inexistencia de un acto, refiriendo que la acción de inexistencia no se puede concebir, considerándola sólo como excepción.

Por último, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema como de las diferentes Cortes de Apelaciones del país, al momento de citar doctrina para sustentar sus fallos, invocan autores de la doctrina clásica, muchos de los cuales sus textos no se han actualizado y datan de hace más de 40 años, reservándose aquellos autores recientes que entregan una mirada actualizada y original de esta discusión.

en el motivo precedente, se puede observar que lo que en definitiva se ha impugnado respecto de dichos documentos es el valor probatorio de ellos, circunstancia que en nuestro derecho procesal es inadmisible pues, la facultad exclusiva y excluyente de dar o no valor probatorio a la prueba rendida sólo corresponde al Tribunal y no a las partes litigantes. Así las cosas, la impugnación formulada a fojas 780, será rechazada".

BIBLIOGRAFÍA

Baraona González, J.: *La nulidad de los actos jurídicos*, Grupo Editorial Ibáñez, Santiago, 2012, p. 34.

Barcia Lehmann, R.: *Lecciones de Derecho Civil Chileno del Acto Jurídico*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 123.

Claro Solar, L.: *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Nascimiento, Santiago, 1938, p. 582.

De Los Mozos, J.L.: *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987, p. 488.

Domínguez Águila, R.: *Teoría general del acto jurídico*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 179.

Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 350.

Fabres, J.: *Obras Completas*, Tomo III, Imprenta Cervantes, Santiago, 1908, p.102.

Figueroa Yáñez, G.: *Curso de derecho civil. Teoría de los actos jurídicos*, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 203.

Ramón Fernández, F.: "Conceptualización de la Ineficacia, Invalidez e Inexistencia en el Derecho Español", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, núm 19°, pp. 63-114.

San Martín Neira, L.: "La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el código civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3°, p. 778.

Vial Del Río, V.: *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., 2012, Santiago, pp. 239-241.

FALLOS CORTE SUPREMA

Corte Suprema, 11 de noviembre de 1922, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XXI, 1924, segunda parte, secc. 1°, pp. 973-980.

Corte Suprema, 2 de enero de 1947, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XLIII, 1946, segunda parte, secc. 2°, p. 397.

Corte Suprema, 20 de octubre de 1954, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. LI, segunda parte, secc. 1°, 1954, p. 483.

Corte Suprema, 4 de septiembre de 1991, Fallos del Mes Núm. 394, p. 445.

Corte Suprema, Rol Núm. 271-2010, 31 de mayo de 2011.

Corte Suprema, Rol Núm. 4537-2010, 28 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol Núm. 4383-2015, 18 de enero de 2016.

Corte Suprema, Rol Núm. 3329-2015, 21 de marzo de 2016.

Corte Suprema, Rol Núm. 38030-2017, 6 de agosto de 2018.

Corte Suprema, Rol Núm. 3359-2018, 17 de abril de 2019.

FALLOS CORTE DE APELACIONES

Corte de Apelaciones de Chillán, 27 de septiembre de 1945, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XLIII, 1946, segunda parte, secc. 2°, pp. 38-42.

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol Núm. 459-2008, 25 de noviembre de 2009.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Núm. 5710-2011, 14 de junio de 2013.

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol Núm. 87-2014, 2 de marzo de 2015.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Núm. 37-2019, 27 de marzo de 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Núm. 6701-2018, 4 de febrero de 2020.

PROPRIETÀ COLLETTIVA, USI CIVICI E ORDINAMENTO CIVILE IN ITALIA

COLLECTIVE OWNERSHIP, CIVIC USES AND CIVIL SYSTEM IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 532-557

Maria Cristina
CERVALE

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: La proprietà collettiva, nelle sue diverse manifestazioni risalenti nel tempo e aventi ad oggetto l'appartenenza, l'uso, la gestione di vaste porzioni di territorio con destinazione agricola, a pascolo o a bosco, costituisce un altro modo di possedere tali beni da parte delle comunità interessate, in modo da consentire la utilizzazione collettiva di alcuni beni immobili ma anche la conservazione dell'ambiente naturale come patrimonio dell'uomo e della società in cui vive.

La proprietà collettiva, denominata anche «usi civici», è stata oggetto di importanti decisioni rese dalla Corte costituzionale che ne hanno riconosciuto l'appartenenza all'ordinamento civile dello stato italiano, trattandosi di diritti reali relativi a beni immobili.

Di recente, il legislatore è intervenuto a disciplinare la materia con la legge 20 novembre 2017, n. 168, sui domini collettivi, legge che ne riconosce il rilievo costituzionale, la natura privatistica, la non alienabilità, la non divisibilità, la non usucapibilità e la perpetua destinazione agro-silvo-pastorale.

PALABRAS CLAVE: Proprietà; proprietà collettiva; usi civici; ordinamento civile.

ABSTRACT: *Collective ownership, in its various manifestations dating back over time that have as their object the belonging, use, management of large portions of land for agricultural, pasture or woodland purposes, constitutes another way of possessing these assets by communities concerned, so as to allow the collective use of some real estate while assuring the conservation of the natural environment as a heritage of man and the society in which he lives.*

Collective ownership, also known as "civic uses", has been the subject of important decisions made by Constitutional Court which recognized its belonging to the civil system of Italy, being them real rights relating to real estate.

Recently, the legislator intervened to regulate the matter with the law n. 168 of November 20, 2017 on collective domains. A law that recognizes their constitutional significance, their private nature, the fact that they can not be alienated, divided, acquired by prescription and their perpetual destination for agricultural, pasture or woodland purposes.

KEY WORDS: *Property; collective ownership; civic uses; civil system.*

SUMARIO.- I. GLI USI CIVICI, LA PROPRIETÀ COLLETTIVA E LA LORO ORIGINE.- II. L'ALTERNO RAPPORTO TRA LEGISLAZIONE STATALE E POTESTÀ NORMATIVA REGIONALE.- III. GLI USI CIVICI, LA LEGISLAZIONE REGIONALE E LA DESTINAZIONE INDUSTRIALE DI TERRENI AGRARI.- IV. GLI USI CIVICI E LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI PUBBLICI O DI PUBBLICO INTERESSE DESTINATI ALLE TELECOMUNICAZIONI, AL TRASPORTO ENERGETICO, DELL'ACQUA, DEL GAS E DELLO SMALTIMENTO DI LIQUAMI.- V. IL RECENTE CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.- VI. I PRINCIPI GENERALI DELLA LEGGE 20 NOVEMBRE 2017, N. 168, SUI DOMINI COLLETTIVI, ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO CIVILE.- VII. IL MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO IN FUNZIONE DELL'EVOLUZIONE DELL'ECONOMIA AGRICOLA E AMBIENTALE.- VIII. LA NATURA PRIVATA DEGLI ENTI ESPONENZIALI DELLE COLLETTIVITÀ TITOLARI DEI DOMINI COLLETTIVI.- IX. CONCLUSIONI.

I. GLI USI CIVICI, LA PROPRIETÀ COLLETTIVA E LA LORO ORIGINE.

La disciplina degli usi civici ha origini antiche e si sviluppa nel corso dei secoli con un interesse non sempre costante che ha risentito, a fasi alterne, dell'attenzione rivolta alle proprietà collettive, piuttosto che alla proprietà individuale; dell'esigenza di tutela della terra, della natura e dell'ambiente piuttosto che dell'industria e dell'urbanizzazione; della necessità di garantire a determinate collettività utilità e poteri di gestione di beni naturali da conservare piuttosto che da liquidare ed estinguere[1].

Gli usi civici in senso proprio emergono nei lavori della Commissione feudale napoletana che nei primi anni dell'Ottocento traduce in atti concreti i principi

1 Il costante interesse per gli usi civici, o meglio per gli assetti fondiarii collettivi, si deve a Grossi, P.: *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit., recentemente ristampato (Milano, 2017) in copia anastatica con l'aggiunta di alcuni più recenti saggi dell'Autore sul tema. Si veda anche Cerulli Irelli, V.: *Proprietà pubblica e diritti collettivi,* Padova, 1983; Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), 2ª ed., Milano, 2013. Si segnalano, inoltre: AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva*, (a cura di F. Marinelli), Pisa, 2020; Germanò A.: "La disciplina degli usi civici-domini collettivi nella ricostruzione della Corte costituzionale", *Dir. agroalim.*, 2018, pp. 661-667; AA.VV.: *Guido Cervati. Scritti sugli usi civici*, (a cura di F. Marinelli e F. Politi), L'Aquila, 2013; Politi, F.: "La circolazione dei beni di uso civico e la tutela costituzionale", *Arch. Scialoja-Bolla*, 2006, p. 13; Fulciniti, L.: *I beni d'uso civico*, 2ª ed., Padova, 2000; Lorizio, M.A.: "Gli usi civici", *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994; Petronio, U.: "Usi civici", *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 930; Palermo, A.: "Usi civici", *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975, p. 231; Cervati, G.: "Aspetti della legislazione vigente circa gli usi civici e terre di uso civico", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 88; Cortese, E.: "Domini collettivi", *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 13 ss.; Germanò, A.: "In tema di usi civici di pesca: compatibilità con la natura pubblica dell'acqua sulla quale gli stessi vengono esercitati; differenza fra usi civici e diritti esclusivi di pesca; applicabilità del codice di procedura civile al procedimento davanti al Commissario per la liquidazione usi civici", *Giur. agr. it.*, 1962, p. 639; G. Cervati, G.: "Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 519; Curis, G.: *Gli usi civici*, Roma, 1928.

• Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Dritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia. E-mail: mariacristina.cervale@univaq.it

delle leggi eversive della feudalità[2]. L'esperienza feudale che aveva permeato di sé l'epoca medievale attraverso il vincolo personale di dipendenza del vassallo al signore e la concessione, del signore al vassallo, del possesso e del godimento della terra, terminerà, nei primi anni dell'Ottocento, con l'abolizione della feudalità e la scelta di ripartire le terre che un tempo costituivano il feudo tra il barone e i cittadini del luogo. Il dominio diviso della tradizione medievale, distinto in dominio diretto e dominio utile, aveva determinato una scomposizione del diritto di proprietà tramandato dalla civiltà giuridica romana come diritto individuale, assoluto ed esclusivo; una scomposizione che rispondeva alle diverse stratificazioni sociali, gerarchicamente subordinate tra loro, attraverso le quali la vita medievale si era organizzata attorno al feudo. La trasformazione del feudo in istituto patrimoniale, poi, aveva imposto un nuovo regolamento del possesso fondiario e pertanto il concetto di proprietà fluttuava tra l'antico individualismo romano e le forme di godimento fondiario collettivo, con tutti i vincoli di carattere reale che vi erano storicamente connessi[3]. Si assiste così al passaggio dalla proprietà individuale alla proprietà collettiva, riferita ad una comunità originariamente legata ad un determinato territorio e volta al soddisfacimento di interessi collettivi, gli interessi del gruppo, attraverso lo sfruttamento del bene terra considerato necessariamente funzionale alla sopravvivenza quotidiana.

Il feudo meridionale, pertanto, accompagnerà, come struttura economico-sociale, il lungo percorso storico che porterà, nel decennio napoleonico dei primi anni dell'Ottocento, all'eversione della feudalità. Così, Giuseppe Napoleone, con la legge 2 agosto 1806, dispone che: «La feudalità con tutte le sue attribuzioni resta abolita. Tutte le giurisdizioni sinora baronali, ed i proventi qualunque, che vi siano stati annessi, sono reintegrati alla sovranità, della quale saranno inseparabili» (art. 1). Nel successivo art. 15, la suddetta legge afferma che i demani appartenenti agli aboliti feudi restano agli attuali possessori e che gli usi civici saranno conservati fino a quando di detti demani, con apposita legge, non ne sia determinata e regolata la divisione, proporzionata al dominio e ai diritti rispettivi. Pertanto, prima Giuseppe Napoleone e poi Gioacchino Murat, il suo successore, provvedono ad attuare concretamente le citate disposizioni attraverso la nomina dei componenti della Commissione feudale a cui viene assegnato il delicato compito di regolare i rapporti tra i baroni ed i cittadini, dividendo le terre che appartenevano un tempo al feudo.

2 Sul ruolo della Commissione feudale napoletana: Marinelli, F.: *Giacinto Dragonetti e la commissione feudale napoletana*, in *Bullettino Deputazione Abruzzese di Storia Patria,* L'Aquila, 2017; Trifone, R.: *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane. Dottrina, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milano, 1909; Ranelletti, O.: *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, 1898, ora in Ranelletti, O.: *Scritti giuridici scelti*, vol. IV, *I beni pubblici*, rist. Jovene, 1992; Winspeare, D.: *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1811.

3 Si veda Grossi, P.: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano, 1992.

Il descritto stato di fatto comporta una profonda modifica alla struttura proprietaria del Regno di Napoli e soprattutto permette alla citata Commissione di elaborare i principi generali della materia che ancora oggi la caratterizzano significativamente: i beni di uso civico, a differenza degli altri beni immobili di proprietà privata, non circolano e non si usucapiscono; inoltre, i diritti di uso civico non si prescrivono. Tali principi rimangono alla base della legislazione degli anni '20 del Novecento[4] che, dopo oltre un secolo di sostanziale disinteresse[5], tenta di rivalorizzare la materia attraverso un'opera di affidamento dei suddetti beni ai Comuni. Quindi, nel 1927, viene approvata la legge 16 giugno 1927, n. 1766 che costituirà e costituisce ancor oggi il punto di partenza per una riflessione di diritto positivo sul tema e che realizzerà un processo di pubblicizzazione tale da rendere la proprietà collettiva, dalla pianura padana alla Sicilia, unitaria nella disciplina e nelle funzioni[6]. Ne restano estranee solo le regole dell'arco alpino, disciplinate molto dopo nel 1994 dalla legge sulla montagna (l. 31 gennaio 1994, n. 97)[7].

Il sintagma «usi civici», tuttavia, costituisce una espressione di comodo che ricomprende al suo interno istituti e discipline varie dell'intero territorio italiano. Attualmente, sinonimo di tale espressione può essere considerato quello, ascrivibile alla dottrina contemporanea di «assetti fondiarii collettivi», cioè regimi di proprietà diversi da quella allodiale, aventi quale comune denominatore - all'interno delle peculiarità generate dai diversi contesti storici - l'utilizzazione collettiva di determinati beni immobili[8]. Pertanto, la denominazione più diffusa,

4 La legge 8 marzo 1908, n. 76, sospenderà l'applicazione di due precedenti provvedimenti legislativi ossia la legge 26 giugno 1888, n. 5489, conosciuta come legge Zucconi e la legge 4 agosto 1894, n. 397, detta legge Tittoni, dal nome dei rispettivi ispiratori. Tali leggi riguardano i territori delle *ex* Province pontificie e sono considerate dal contenuto non troppo chiaro.

5 Sottolinea tale disinteresse Grossi, P.: *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit., che costituisce un autorevole e significativo punto di riferimento per l'approfondimento della materia in esame.

6 Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), 2ª ed., Milano, 2013. Alla legge 16 giugno 1927, n. 1766 seguirà il regolamento di attuazione di cui al r.d. 26 febbraio 1928, n. 332.

7 Dapprima, la legge 3 dicembre 1971, n. 1102, relativa anch'essa allo sviluppo della montagna, si propone, all'interno della cornice costituzionale dell'art. 44, ultimo comma e dell'art. 129, la valorizzazione delle zone montane, favorendo la partecipazione delle popolazioni alla predisposizione e alla attuazione di programmi di sviluppo e dei piani dei vari comprensori montani. In seguito, la legge 8 agosto 1985, n. 431, riguardante la tutela delle zone di particolare interesse ambientale, indica i beni di uso civico come beni da tutelare. Quindi, la legge quadro sulle aree protette 6 dicembre 1991, n. 394, considera la tutela del paesaggio e dell'ambiente come tutele concorrenti a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di «integrazione tra uomo e ambiente naturale» (art. 1, terzo comma). Ancora, la legge 31 gennaio 1994, n. 97, riconosce una specifica rilevanza giuridica alla montagna, attraverso una attività di salvaguardia e di valorizzazione e attraverso la previsione di azioni riguardanti i profili territoriale, economico, sociale, culturale e delle tradizioni locali.

8 La formulazione del sintagma «assetti fondiari collettivi» si deve a Grossi P., secondo il quale «… è probabilmente equivoca la stessa qualificazione di "proprietà" per queste realtà, così atipiche se si misurano al comune e familiare modello proprietario e aventi invece una loro diversa ma intensa tipicità sotto il profilo storico-giuridico; ed è per questo che io, pur parlando anche di proprietà collettive secondo un uso comune, preferisco usare il più generico e meno vincolante sintagma di assetti fondiarii collettivi, che sottolinea unicamente quale tratto tipizzante il fenomeno organizzativo di una collettività impegnata su una certa terra»: Grossi, P.: *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, *Quodlibet Ius*, Macerata, 2019, p. 86.

quella di usi civici, intende ricomprendere sotto una unica definizione non soltanto i diritti reali di interesse pubblico su proprietà private (*iura in re aliena*) ma anche qualsiasi forma di proprietà collettiva privata.

L'evoluzione normativa, tuttavia, non si è esaurita con la legge del 1927 in quanto il legislatore ha avvertito la necessità di regolare nuovamente la materia attraverso l'emanazione della legge 20 novembre 2017, n. 168 (recante *Norme in materia di domini collettivi*). La citata legge interviene dopo quasi un secolo su una disciplina, quella appunto degli usi civici, che attendeva da tempo una rinnovata regolamentazione all'interno di un contesto il quale, partendo dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766 e dal regolamento di attuazione di cui al r.d. 26 febbraio 1928, n. 332, ricomponesse il quadro delineato anche dalle successive leggi sulla tutela dell'ambiente, del paesaggio e della montagna[9]. A ciò si aggiunga che, nel corso degli ultimi anni, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha autorevolmente contribuito a fare chiarezza su contrasti, questioni e dibattiti non soltanto di legittimità costituzionale ma anche di natura interpretativa, costituendo un necessario punto di riferimento per l'approfondimento di una materia che, stando alle ultime decisioni della Consulta, rientra a pieno titolo nell'ordinamento civile ai sensi dell'art. 117, lett. l), Costituzione in quanto riguardante diritti dominicali il cui regime giuridico non può essere modificato da provvedimenti amministrativi regionali.

II. L'ALTERNO RAPPORTO TRA LEGISLAZIONE STATALE E POTESTÀ NORMATIVA REGIONALE.

Tra le varie peculiarità che contraddistinguono gli usi civici vi è anche quella relativa al rapporto tra legislazione statale e potestà normativa regionale, un rapporto che sollecita ancora un dibattito vivace, alimentato da molteplici fattori, tra i quali si possono individuare: la riforma costituzionale del 2001, introdotta dalla legge costituzionale n. 3/2001, con cui sono state ripartite dettagliatamente le competenze legislative tra Stato e Regioni; la tematica sempre attuale del costante e ininterrotto dialogo tra diritto pubblico e diritto privato, secondo una distinzione enunciata con riferimento al diritto come ordinamento, sintesi necessaria dei due termini di confronto. A ciò si aggiunga, tra le ulteriori ragioni, la sensibilità dimostrata dalla dottrina civilistica al dettato costituzionale, quale strumento di interpretazione delle norme ordinarie e di difesa dei diritti fondamentali e la costante attenzione rivolta alla giurisprudenza della Corte costituzionale: quest'ultima, quando è possibile evitare l'abrogazione di una norma, ne propone

9 La riflessione su come le categorie classiche della proprietà e del contratto possano incidere sull'interesse ambientale e divenire «proprietà ambientale» e «contratto ecologico» si deve a: Pennasilico, M.: ""Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1261.

una lettura conforme ai principi costituzionali, creando proficuamente un diritto vivente vicino al tessuto sociale in continuo fermento.

Entro il descritto scenario, si colloca appunto la materia degli usi civici che documenta, per la sua particolare natura e funzione, come usi civici e diritto civile, legislazione statale e potestà normativa regionale creino dinamiche necessarie, inevitabili nella loro stringente correlazione con la particolare natura degli usi civici che, necessariamente, coniuga interessi privati con interessi della collettività[10].

III. GLI USI CIVICI, LA LEGISLAZIONE REGIONALE E LA DESTINAZIONE INDUSTRIALE DI TERRENI AGRARI.

La Regione Abruzzo, il cui territorio montano è in gran parte sottoposto a vincoli di natura civica sia per la presenza di tratturi sia per lo sviluppo di estesi pascoli, è tra le prime regioni ad intervenire sulla disciplina degli usi civici, mediante la legge regionale 3 marzo 1988, n. 25 (così come modificata dalla successiva legge Regione Abruzzo 8 settembre 1988, n. 77), intitolata «Norme in materia di usi civici e di gestione delle terre civiche». Proprio tale legge costituisce tuttavia oggetto di esame da parte della Corte costituzionale che, con la sentenza 30 dicembre 1991, n. 511, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, secondo comma, in essa contenuto. Tale articolo così dispone: «Nei casi in cui, per effetto di utilizzazioni improprie ormai consolidate, porzioni di terre civiche abbiano da tempo irreversibilmente perduto la conformazione fisica e la destinazione funzionale di terreni agrari, ovvero boschivi o pascolivi, il Consiglio regionale, su richiesta motivata del comune territorialmente interessato, ovvero dell'Amministrazione separata frazionale, sentito il Comune, se trattasi di beni di pertinenza frazionale, può disporre la sclassificazione di dette terre dal regime demaniale civico».

Le argomentazioni svolte affrontano il tema del rapporto tra legislazione statale, ordinamento civile e potestà legislativa regionale. Nello specifico, il contenzioso riguardava l'ente comunale e il consorzio per il nucleo industriale del medesimo comune e aveva ad oggetto la cessione a titolo gratuito, dal primo al secondo, di un

10 La questione relativa al rapporto tra materia degli usi civici, diritto civile e potestà normativa regionale ha ricevuto importanti contributi da parte della dottrina civilistica italiana: Cervati, G.: "Le proprietà collettive tra Stato e regioni", *Nuovo dir. agr.*, 1983, p. 401; Klitsche de la Grange, T.: "Usi civici e Regioni: problemi di legittimità costituzionale e coordinamento delle funzioni", *Giust. civ.*, 1981, II, p. 206; Rescigno, P.: "Diritti collettivi e usi civici", in AA.VV.: *Terre collettive e usi civici tra Stato e regioni*, (a cura della Regione Lazio), Roma, 1985; Alpa, G.: "Diritto privato (legislazione regionale)", in *Nuovo diritto privato*, Torino, 1985, p. 176; Marinelli, F.: "Usi civici e poteri delle regioni", *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1165 ; Casamassima, E.: "La Corte costituzionale ripristina la tutela giuridica demaniale e ambientale", *Giust. civ.,* 1995, I, p. 869; Alpa, G.: "Ordinamento civile e diritto privato regionale. Un aggiornamento della giurisprudenza costituzionale", *Vita not.*, 2009, p. 1279; Marinelli F.: *Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000; Benedetti, A.M.: "Proprietà e diritto privato delle Regioni (a proposito di Corte cost. n. 228/2016)", *Dir. civ. contemporaneo*, 2017.

appezzamento di terreno di natura demaniale civica per intervenuta perdita delle proprie caratteristiche. L'assunto da cui muove la Corte è che, «pur nel quadro della legge nazionale», occorre «trovare spazi a leggi regionali di sanatoria». Un assunto conciso ma significativo che oggi, rispetto alla produzione giurisprudenziale successiva, appare sicuramente vacillare sino a giungere, attraverso un percorso articolato ed incisivo, all'evoluzione di pensiero rappresentata dalla sentenza n. 113/2018[11] e dalle ulteriori successive sentenze intervenute sulla materia. La sentenza n. 131/2018, riguardante la normativa in materia emanata dalla regione Lazio è stata seguita dalla sentenza n. 178 del 2018, relativa alla legge regionale della Sardegna[12] e, ancora, dalla sentenza n. 71/2020, relativa alla legge regionale della Calabria[13].

Tornando alla decisione n. 511 del 1991, le doglianze svolte avanti la Corte consistono nella violazione dell'art. 117 Cost. (pur se nel testo anteriore alla riforma costituzionale del 2001, che comunque individuava la materia «agricoltura e foreste» per giustificare il trasferimento alle Regioni di determinate funzioni

11 La sentenza 31 maggio 2018, n. 113 costituisce un punto fermo in ordine al rapporto tra ordinamento civile e potestà normativa regionale. Essa riguarda la questione di costituzionalità dell'art. 8 della legge 3 gennaio 1986, n. 1 della Regione Lazio, *Regime urbanistico dei terreni di uso civico e relative norme transitorie*, come modificato dall'art. 8 della legge della Regione Lazio 27 gennaio 2005, n. 6, «Modifiche alla legge regionale 3 gennaio 1986, n. 1 (Regime urbanistico dei terreni di uso civico e relative norme transitorie) e successive modifiche ed alla legge regionale 6 agosto 1999, n. 14 (Organizzazione delle funzioni a livello regionale e locale per la realizzazione del decentramento amministrativo) e successive modifiche», in relazione agli artt. 3, 9, 117, secondo comma, lett. l) e s) e 118 Cost. La disposizione censurata prevede la possibilità di alienare e sanare sotto il profilo urbanistico le occupazioni di terreni gravati da uso civico e le costruzioni su di essi realizzate a condizioni di particolare favore. La decisione della Corte costituzionale, nel ritenere fondata la questione di legittimità costituzionale, ha particolare pregio per chiarezza e contenuti, così come altrettanto può dirsi per l'ordinanza con cui il Commissario per la liquidazione degli usi civici per le Regioni Lazio, Umbria e Toscana ha sollevato la questione di legittimità costituzionale. ione del decentramento amministrativo) e successive modifiche», in relazione agli artt. 3, 9, 117, secondo comma, lett. l) e s) e 118 Costituzione. Tra i contributi dottrinali che prendono spunto da tale sentenza, si ricorda: Marinelli, F.: "Il paradigma della proprietà collettiva: la Corte costituzionale e la tutela degli usi civici e dei domini collettivi", *Giur. it.*, cit.; Politi, F.: "Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive? Osservazioni alla sentenza n. 113 del 2018", cit., p. 1281.

12 La Corte costituzionale, con la sentenza 26 luglio 2018, n. 178, a pochi mesi di distanza dalla decisione n. 113/2018, torna sul tema degli usi civici all'interno della questione di legittimità costituzionale degli articoli 13, comma 1, 29, comma 1, lettera a), 37, 38, e 39 della legge della Regione autonoma della Sardegna 3 luglio 2017, n. 11 (Disposizioni urgenti in materia urbanistica ed edilizia. Modifiche alla legge regionale n. 23 del 1985, alla legge regionale n. 45 del 1989, alla legge regionale n. 8 del 2015, alla legge regionale n. 28 del 1998, alla legge regionale n. 9 del 2006, alla legge regionale n. 22 del 1984 e alla legge regionale n. 12 del 1994), in relazione all'art. 117, lett. s), Costituzione. Pur trattandosi di questioni riguardanti una regione a statuto speciale, la Corte non perde l'occasione di tornare sui temi del rapporto tra legislazione statale esclusiva e legislazione regionale per affermare che "le disposizioni previste dagli artt. 37, 38 e 39 della legge regione Sardegna n. 11 del 2017, oltre che emanate unilateralmente, riguardano una competenza che non appartiene, e non è mai appartenuta alla Regione autonoma della Sardegna… ". tuzionetanto della materia, senza la possibilità din interesse della collettività.ell'e ipotesi tassative previste dalla legge

13 La sentenza 24 aprile 2020, n. 71 dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 53 della legge della Regione Calabria 29 dicembre 2010, n. 34, «Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e procedurale (Collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2011). Articolo 3, comma 4, della legge regionale n. 8/2002», per violazione degli articoli 3, 9, 42 e 117, secondo comma, lett. s), Cost. Ciò in quanto la impugnata disposizione prevede la cessazione dei diritti di uso civico quando insistono sulle aree di sviluppo industriale; tuttavia, «se è innegabile - come in precedenza ampiamente rammentato - che la determinazione del regime giuridico dei beni immobili appartiene alla materia dell'ordinamento civile, deve concludersi che la disposizione censurata, nel disporre la descritta cessazione-estinzione, introduce, attraverso l'invasione della competenza statale, una non consentita compressione della proprietà collettiva» (Corte cost., sentenza 24 aprile 2020, n. 71).

sugli usi civici); dell'art. 118 Cost. e, infine, dell'art. 42, terzo comma, Cost. Con particolare riferimento alla violazione dell'art. 117 Cost., la Corte si pone un problema di coerenza dell'art. 10, secondo comma, legge Regione Abruzzo con i principi fondamentali risultanti e risalenti alla legge del 1927 n. 1766, di recente ribaditi ancora dalla legge 168/2017, dell'imprescrittibilità dei diritti di uso civico, dell'inusucapibilità e dell'indisponibilità delle terre collettive. Come è noto, la citata legge n. 1766 del 1927 (sul riordinamento degli usi civici nel Regno) e il successivo r.d. n. 332 del 1928 (regolamento di esecuzione della legge 1766/1927), disciplinano in un unico contesto le attività amministrative e giurisdizionali riguardanti gli usi civici. Vi rientrano, tra l'altro, la liquidazione dei diritti *in re aliena,* l'assegnazione a categoria di quelli *in re propria* (con conseguente quotizzazione dei beni con destinazione agricola e sottoposizione alla legislazione forestale di quelli con destinazione boschiva e pascoliva), le legittimazioni delle occupazioni dei terreni a vocazione agricola, le alienazioni e i mutamenti di destinazione d'uso di quelli utilizzabili come bosco o come pascolo[14].

La Corte, di fronte ad un provvedimento regionale di sclassificazione di terre civiche a sanatoria di situazioni pregresse, ha ritenuto, nei primi anni '90, non sussistere la violazione dei principi fondamentali in materia di usi civici dettati dalla legislazione statale, in quanto, nel caso di zone ad utilizzazione industriale, come era nel caso di specie, le diverse e più remunerative possibilità di occupazione, prodotte dal sopravvenuto sviluppo industriale del paese anche nelle zone tradizionalmente agricole, avevano determinato un progressivo abbandono dell'esercizio degli usi civici collegati a quelle economie. Tale fenomeno aveva comportato che terreni gravati da usi civici fossero stati alienati dai comuni, trascurando le condizioni e le procedure previste dall'art. 12 della legge del 1927[15]; tutto ciò, comunque, sempre per finalità di pubblico interesse connesse ai bisogni di urbanizzazione o di industrializzazione. A parere della Corte, quindi, pur nel quadro della legge nazionale, lo si ripete, occorre «trovare spazi a leggi regionali di sanatoria», con la conseguenza che la soluzione adottata dall'art. 10, secondo comma, della legge abruzzese, ossia la sclassificazione dei beni demaniali oltre i casi considerati dalla legislazione statale vigente, si fonda sul fatto che le terre civiche oggetto del giudizio *a quo* «hanno da tempo perduto irreversibilmente la conformazione fisica e la destinazione funzionale di terreni agrari ovvero boschivi o pascolivi».

14 Si veda anche: De Lucia, L.: "Gli usi civici tra autonomia delle collettività e accentramento statale", cit., p. 1289; Marinelli, F.: "Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive", cit., p. 38 ss.

15 L'art. 12 della legge 1766/1927 così dispone: «Per i terreni di cui alla lettera a) si osserveranno le norme stabilite nel capo 2° del titolo 4° del R. decreto 30 dicembre 1923, n. 3267. I Comuni e le associazioni non potranno, senza l'autorizzazione del Ministero dell'economia nazionale, alienarli o mutarne la destinazione. I diritti delle popolazioni su detti terreni saranno conservati ed esercitati in conformità del piano economico e degli articoli 130 e 135 del citato decreto, e non potranno eccedere i limiti stabiliti dall'art. 52 del Codice civile».

Nè sussiste violazione dell'art. 118 Cost. in quanto «il trasferimento delle funzioni amministrative in questa materia… dovrebbe intendersi in realtà come delega ai sensi dell'art. 118, secondo comma, Cost., assistita dal limitato potere normativo previsto dall'art. 7 del citato decreto (d.p.r. 616/1977)». Inoltre la Corte, in relazione alla lamentata violazione dell'art. 42, terzo comma, Cost., riguardante la possibilità di espropriazione della proprietà privata per motivi di interesse generale, ritiene che l'atto di sclassificazione non possa essere considerato assimilabile alla espropriazione forzata, essendo, nel caso di specie, ordinato alla regolarizzazione di una vendita già avvenuta «finalizzata a un insediamento industriale che rappresenta un reale beneficio per la collettività». Pertanto, avendo l'atto di sclassificazione natura meramente dichiarativa volta ad accertare la perdita delle caratteristiche che qualificavano i terreni come beni del demanio collettivo, esso non poteva essere ragione di nullità della vendita stipulata tra le parti[16].

Ne è conseguita, quindi, la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, secondo comma, della legge Regione Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25, rubricato «Sanatoria di abusi edilizi», in riferimento agli artt. 117, 118 e 42 della Costituzione, con il riconoscimento della possibilità, per il Consiglio regionale abruzzese, di provvedere alla sclassificazione delle terre civiche nei casi in cui le stesse avessero perduto irreversibilmente la loro conformazione fisica e la loro destinazione funzionale.

La questione, in linea di principio, non riguarda soltanto la Regione Abruzzo in quanto altre leggi regionali contengono precetti simili a quelli della legge abruzzese: ad esempio, analoga disciplina è prevista dall'art. 7, legge Regione Veneto 22 luglio 1994, n. 31 (Norme in materia di usi civici) che, ugualmente, prevede forme di sclassificazione di terreni di uso civico che «hanno irreversibilmente perduto la conformazione fisica e la destinazione funzionale di terreni agrari, boschivi e pascolivi per effetto di occupazioni abusive o di utilizzazioni improprie ormai consolidate»; ancora, l'art. 8 della legge Regione Molise 23 luglio 2002, n. 14 (Usi civici e gestione delle terre civiche), regolamenta forme di sanatoria in caso di «terre civiche che abbiano da tempo irreversibilmente perduto la conformazione e la destinazione funzionale»; inoltre, l'art. 24 della legge R. Calabria, 21 agosto 2007, n. 18 (Norme in materia di usi civici), regola gli effetti della cessazione definitiva dei diritti di uso civico[17].

16 Più in particolare, la Regione Abruzzo, con il citato art. 10 della legge regionale 25/1988, ha regolato il passaggio dei beni del demanio al patrimonio, in applicazione dell'art. 829 c.c, secondo il quale «il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato deve essere dichiarato dall'autorità amministrativa».

17 Le predette leggi regionali hanno seguito l'indirizzo tracciato dalla Regione Abruzzo, tanto da riproporre testualmente il concetto di perdita irreversibile della conformazione fisica e della destinazione funzionale dei terreni agrari, boschivi e pascolivi per effetto di occupazioni abusive e di utilizzazioni improprie ormai consolidate. Per quanto riguarda la Regione Calabria si ricorda, da ultimo, la citata sentenza della Corte costituzionale n. 71/2020.

IV. GLI USI CIVICI E LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI PUBBLICI O DI PUBBLICO INTERESSE DESTINATI ALLE TELECOMUNICAZIONI, AL TRASPORTO ENERGETICO, DELL'ACQUA, DEL GAS E DELLO SMALTIMENTO DI LIQUAMI.

La progressiva percezione della rilevanza degli usi civici, del loro valore intrinseco e della loro funzionalità così proficuamente legata al territorio, al paesaggio e all'ambiente porta la giurisprudenza della Corte costituzionale a modificare il proprio orientamento quando la Corte è chiamata a decidere una diversa questione relativa ad altra legge della Regione Abruzzo, nello specifico la legge regionale 27 aprile 1996, n. 23 (riguardante gli «Impianti pubblici o di pubblico interesse»). Con la decisione del 21 novembre 1997, n. 345, la Consulta, utilizzando il criterio di ragionevolezza stabilito dall'art. 3 Cost., dichiara la illegittimità costituzionale della legge impugnata, che si compone di un unico articolo[18]. L'intento del legislatore regionale era quello di semplificare le procedure di alienazione o di mutamento di destinazione delle terre civiche irreversibilmente trasformate per motivi industriali collegati ad interessi pubblici. Pertanto, secondo la suddetta legge, gli impianti a rete pubblici o di pubblico interesse, destinati alle telecomunicazioni, al trasporto energetico, dell'acqua, del gas e allo smaltimento dei liquami, si configuravano come opere di urbanizzazione e quindi non necessitavano di conformità urbanistica e non erano soggetti a concessione edilizia, ma a semplice autorizzazione comunale, che aveva l'effetto di rendere immediatamente utilizzabili i suoli civici. Tutto ciò, sul presupposto che la realizzazione dei suddetti impianti costituisse comunque una esplicazione del diritto collettivo di godimento.

Tuttavia, in questo secondo giudizio, la necessità di tutela dei beni civici risulta prevalente sulla esigenza di legittimare gli impianti di pubblico interesse. A parere della Corte, infatti, il tentativo della legge regionale di voler snellire l'*iter* procedimentale delle opere di urbanizzazione ivi previste, collegando automaticamente l'estinzione dell'uso civico all'autorizzazione del sindaco, appare contrario al criterio di ragionevolezza e, quindi, in contrasto con l'art. 3 della Costituzione. Abbandonato il criterio della prevalente utilità industriale delle zone tradizionalmente agricole applicato dalla sentenza n. 511 del 1991, criterio che in

18 L'unico articolo di cui si compone la legge Regione Abruzzo 27 aprile 1996, n. 23, merita di essere riportato per una migliore comprensione della questione: «*Disciplina degli impianti a rete.* 1. Le realizzazioni delle reti e dei relativi accessori di impianti pubblici o di pubblico interesse destinati alle telecomunicazioni, al trasporto energetico, dell'acqua, del gas e dello smaltimento di liquami, si configurano come opere di urbanizzazione e pertanto non necessitano di conformità urbanistica e non sono soggette a concessione edilizia ma a semplice autorizzazione da parte delle amministrazioni comunali. 2. Sono abrogate pertanto tutte le norme in contrasto con la presente legge e in tal senso devono intendersi modificate le normative degli strumenti urbanistici comunali ancora vigenti. 3. Nei casi in cui le predette opere o impianti e relativi accessori, dovessero insistere su terreni di natura civica, come tali individuati ai sensi della l. 16 giugno 1927 n. 1766 e della l. reg. n. 25 del 1988, successive modifiche e integrazioni, il provvedimento autorizzatorio del sindaco, rilasciato ai sensi del precedente co. 1, determina l'immediata utilizzabilità dei suoli concretando, quella autorizzata, una diversa esplicazione del diritto collettivo di godimento a favore della collettività utente e proprietaria dei beni, non ricorrendo la fattispecie di cui agli artt. 12 della l. n. 1766 del 1927, 41 del r.d. n. 332 del 1928, 6 della l. reg. n. 25 del 1988».

tale sede non viene nemmeno citato, la Consulta in un ragionamento dal respiro più ampio e richiamando la violazione dell'art. 3 Cost., ritiene la legge regionale in contrasto con la legislazione nazionale in materia (ossia la legge n. 1766 del 1927 e il successivo regolamento di esecuzione n. 332 del 1928), con la legge statale per le zone montane (l. 31 gennaio 1994, n. 97 – *Nuove disposizioni per le zone montane*) e anche con la legge Regione Abruzzo n. 25 del 1988 (art. 6)[19], in quanto le limitazioni o la liquidazione dei diritti di uso civico rientra nella competenza legislativa statale, che prevede l'obbligatorietà del procedimento di assegnazione a categoria dei terreni civici da alienare o da mutare nella destinazione e postula la compatibilità del programma di trasformazione con le valutazioni paesistiche.

La questione, come appare evidente, è complessa e la dialettica si arricchisce di nuovi argomenti in quanto l'attenzione agli impianti di rilevante impatto economico e sociale ha portato il legislatore a ritenere che «i beni gravati da uso civico non possono essere espropriati o asserviti coattivamente se non viene pronunciato il mutamento di destinazione d'uso, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico» (art. 1 *bis*, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327). L'attuale testo dell'art. 1 *bis* risulta dalle modifiche apportate dall'art. 74, comma primo, legge 28 dicembre 2015, n. 221. Sull'argomento, va segnalato che con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, era stata inserita, a conclusione dell'art. 1 *bis*, il seguente ulteriore testo: «… compreso il caso di opera interrata o che occupi una superficie inferiore al 5 per cento rispetto a quella complessiva oggetto di diritti di uso civico». Tuttavia, tale modifica non è stata confermata in sede di conversione e ciò ribadisce, da un lato, l'efficace resistenza che la materia oppone ad eventuali modifiche semplificatorie della normativa; dall'altro, l'attenzione che il legislatore costantemente pone alle tematiche trattate.

V. IL RECENTE CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Le problematiche esaminate hanno recepito nel corso degli anni una diversa impostazione, soprattutto a seguito di una sempre più crescente sensibilità giuridica manifestata nei confronti degli usi civici che ha portato ad evidenziarne la natura di diritti soggettivi, nella specie diritti reali, su cui la legislazione regionale non può esercitarsi. A ciò si aggiunga la sopravvenuta legge sui domini collettivi 20 novembre 2017, n. 168, che costituisce una significativa testimonianza

19 L'art. 6, legge Regione Abruzzo 25/1988, disciplina i mutamenti di destinazione e le alienazioni di terre civiche, prevedendo procedimenti autorizzatori che coinvolgono sia i Comuni interessati sia la Giunta regionale.

dell'attenzione manifestata dal legislatore statale all'istituto giuridico in esame[20]. Tale provvedimento normativo, come già rilevato, riconosce i domini collettivi come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie e riconosce anche la loro funzione di conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale nazionale, la loro perpetua destinazione agro-silvo-pastorale e il loro essere componenti stabili del sistema ambientale; il tutto sempre all'interno della competenza legislativa statale. Attualmente, dunque, l'ordinamento civile cui si riferisce l'art. 117, lett. l), Cost., ma anche l'ambiente e l'ecosistema, cui si riferisce la lett. s) del medesimo articolo, costituiscono materie riservate alla competenza legislativa statale, delimitano cioè un'area giuridica entro la quale il legislatore regionale non può introdursi, se non per conservare, incentivare e valorizzare attraverso i procedimenti amministrativi previsti dalla legge n. 1766 del 1927 e, quando necessario, attraverso il procedimento di mutamento di destinazione.

Pertanto, il «regime dominicale degli usi civici» costituisce materia dell'«ordinamento civile», per usare le parole della Corte (sentenza 113/2018). In particolare, le regioni a statuto ordinario non possono dettare norme circa «la disciplina della titolarità e dell'esercizio di diritti dominicali su terre civiche»; e tale limite è ribadito anche con riferimento alla Regione autonoma della Sardegna (Corte cost., 26 luglio 2018, n. 178). La configurazione dell'uso civico quale diritto reale lo rende prerogativa del diritto privato, così come anche la individuazione della natura pubblica o privata dei beni (il riferimento è agli artt. 822 e seguenti c.c.) appartiene all'ordinamento civile, con la conseguenza che rientra nella competenza legislativa statale la disciplina dell'estinzione e dell'alienazione dei beni di uso civico, entro le ipotesi tassative indicate dalla legge 1766 del 1927.

Ancora, più di recente, la Consulta con la sentenza del 24 aprile 2020, n. 71, in relazione alla dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 53 della legge della Regione Calabria 29 dicembre 2010, n. 24, conferma i principi già enunciati nel senso che la determinazione del regime giuridico dei beni immobili collettivi appartiene alla materia dell'ordinamento civile, soffermandosi altresì sul ruolo del procedimento amministrativo di mutamento di destinazione d'uso. A parere della Corte, tale procedimento non mortifica il valore dell'uso civico né riduce la consistenza del bene che ne costituisce l'oggetto: il mutamento di destinazione

20 Molti sono i contributi dottrinali in argomento: Marinelli, F.: *Dagli usi civici ai domini collettivi*, in *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, Pacini, 2019; Giulietti, W.: "La gestione dei domini collettivi dopo la legge n. 168 del 2017", in AA.VV.: *Domini collettivi e usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017* (a cura di F. Marinelli e F. Politi), Pisa, 2019, p. 57; Politi, F.: *Riflessioni sulle novità della legge n. 168 del 2017 nella prospettiva del diritto costituzionale. Cosa resta delle competenze regionali*, in AA.VV.: *Domini collettivi e usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017,* cit., p. 23; Volante, R.: "Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168, in materia di domini collettivi", *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1067; Germanò, A.: "La disciplina degli usi civici-domini collettivi nella ricostruzione della Corte costituzionale", *Dir. agroalim.*, 2018, pp. 661-667; De Lucia, L.: "Gli usi civici tra autonomia delle collettività e accentramento statale", cit., p. 1289; Fulciniti, L.: "I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi", cit., p. 547 ss. Da ultimo, Bertani, D.: *L'ordinamento dei domini collettivi*, Pisa, 2020.

d'uso può determinare, invece, un utilizzo del bene che segue le esigenze economiche e ne dispone in modo dinamico, attualizzando l'uso alle nuove dinamiche produttive[21].

La configurazione degli usi civici quali diritti reali ne determina la perpetuità e l'assolutezza, pur se gli usi civici risultano caratterizzati anche da inalienabilità, inusucapibilità e imprescrittibilità. E su tale conclusione non si può che concordare anche in considerazione del fatto che l'art. 3, terzo comma, l. 168/2017 ribadisce i suddetti principi. La caratterizzazione in senso reale, inoltre, spiega la particolare attenzione rivolta dalla dottrina civilistica al loro inquadramento sistematico, in rapporto al diritto d'uso, alle servitù prediali, alla configurazione di un diritto reale atipico[22] o, comunque, alla configurazione di una situazione dominicale eccezionale rispetto al sistema dei diritti reali per come esso è tradizionalmente conosciuto[23] (per quanto riguarda gli usi civici *in re aliena*); oltre alla proficua riflessione sui possibili contatti tra demani civici, comunione ordinaria e proprietà collettiva[24].

Dalle considerazioni sin qui svolte possono trarsi le seguenti ulteriori conseguenze. Un bene gravato da uso civico non può essere oggetto di disposizione al di fuori delle ipotesi disciplinate dalla legge 1766/1927 e del r.d. n. 332 del 1928 (e, quindi, alienazione e legittimazione nei casi ivi previsti) e, tenuto conto delle caratteristiche strutturali degli usi civici, sotto il profilo sistematico e sostanziale il regime civilistico dei beni civici non può ritenersi rientrante nella sfera di competenza legislativa delle regioni, essendo state ad esse trasferite soltanto le

21 Sul mutamento di destinazione d'uso si veda, in particolare, il successivo paragrafo VI.

22 Gli usi civici *in re aliena* consistono in *utilitates* a vantaggio di una comunità di naturali su di un determinato territorio che può appartenere sia ad un soggetto privato sia ad un'altra collettività. Tuttavia, l'accostamento al diritto di uso non appare convincente in quanto: la temporaneità del diritto di uso contrasta con la perpetuità dell'uso civico; il diritto d'uso ha contenuto generale, al contrario dell'uso civico che ha contenuto specifico; il titolare del diritto di uso ha un potere esclusivo sul bene a differenza dell'utilizzatore di un diritto di uso civico che, in quanto componente di una comunità, non può escludere dall'utilizzo del bene né gli altri membri né il proprietario privato. L'accostamento alle servitù prediali non rende possibile, con riguardo all'uso civico, individuare un fondo servente e un fondo dominante; mentre considerare gli usi civici come diritti reali atipici o come figure dominicali eccezionali non consente di risolvere il problema della loro qualificazione giuridica perché bisognerebbe comunque individuare uno schema di diritto reale di riferimento. «Si può allora soltanto immaginarlo come un diritto che ha non solo le tradizionali caratteristiche reali di inerenza al fondo, ma anche l'assolutezza, l'opponibilità a terzi, la difendibilità in giudizio; tuttavia, esso è atipico perché non è costruito come un limite al potere del proprietario, ma come parte di una situazione dominicale complessa, in cui la titolarità del diritto e la sua utilizzazione concreta convivono non come situazioni di eccezionale scomposizione del contenuto proprietario, ma come situazione normale, naturalmente costruita intorno alla dissociazione tra dominio diretto e dominio utile» (Marinelli, F.: *Gli usi civici*, cit., p. 207).

23 Marinelli, F.: *Gli usi civici*, cit., p. 191; Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, II ed., Napoli, Esi, 1990, p. 250, li definisce diritti reali *sui generis*. L'atipicità degli usi civici sarebbe, tuttavia, del tutto peculiare in quanto non si tratta di situazioni giuridiche assolutamente non disciplinate dal legislatore, di cui si tenta l'inclusione nel sistema attraverso il ricorso all'analogia: gli usi civici ricevono una disciplina specifica da parte del legislatore, pur se al di fuori del codice civile; il problema della tipicità o della atipicità rileva se si procede ad un loro inquadramento sistematico.

24 Sempre: Marinelli, F.: *Gli usi civici*, cit, p. 220. Inoltre, sia consentito il riferimento a Cervale M.C.: "Usi civici, diritto civile e tutela del paesaggio: la nuova legge sui domini collettivi", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp.1159-1183; Cervale M.C.: "La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 358-387.

funzioni amministrative. Pertanto, le procedure di legittimazione e di alienazione non possono essere modificate dagli enti territoriali regionali i quali possono esclusivamente incidere sulle modalità attraverso cui si realizzano tali mutamenti della proprietà collettiva: per esempio, attraverso l'eterodeterminazione di un canone ridotto per particolari situazioni personali (quali la residenza, il tempo di residenza, il reddito, la qualifica di coltivatore diretto, il vincolo intergenerazionale).

L'ordinamento civile si pone quale limite alla legislazione regionale in quanto fondato sull'esigenza di garantire nel territorio nazionale l'uniformità di disciplina dei rapporti tra privati: ciò determina che l'individuazione della natura pubblica o privata dei beni appartiene all'ordinamento civile e non può essere attribuita ad una norma regionale. Conseguentemente, le regioni possono esercitare i poteri di natura amministrativa relativi alle alienazioni e alle legittimazioni nel rispetto della normativa statale, non potendo invece dettare norme di carattere sostanziale che le vadano a modificare, perché ciò inciderebbe sul particolare regime della titolarità, della natura e della circolazione dei beni[25]. L'incommerciabilità derivante da tale regime comporta che la preminenza del pubblico interesse, che ha impresso al bene immobile il vincolo dell'uso civico, non ne possa consentire la circolazione, oltre i modi e i termini previsti dalla legislazione statale vigente, anche se ciò costituisce un limite all'autonomia privata. Pertanto, tutto ciò che riguarda la disciplina sostanziale degli usi civici rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato: in termini di natura (in quanto trattasi di diritti soggettivi assoluti), di funzione (nel senso di utilità per le comunità di appartenenza e di conservazione del territorio, del paesaggio e dell'ambiente), di regime giuridico (si pensi alla inalienabilità, indisponibilità, inusucapibilità, imprescrittibilità), di sdemanializzazione (secondo le ipotesi disciplinate dalla legge 1766/1927).

VI. IL MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO IN FUNZIONE DELL'EVOLUZIONE DELL'ECONOMIA AGRICOLA E AMBIENTALE.

Nell'ambito della riflessione, si può considerare anche il mutamento di destinazione d'uso, pur se si dubita se esso rientri in pieno nella materia «ordinamento civile»[26]. L'istituto non contrasta con il regime di indisponibilità del bene civico quando avviene attraverso la valutazione delle autorità competenti,

25 La Corte costituzionale, nella sentenza 178/2018, ribadisce che: «l'art. 66 del D.P.R. n. 616 del 1977, che ha trasferito alle Regioni soltanto le funzioni amministrative in materia di usi civici, non ha mai consentito alle Regioni - e non consente oggi, nel mutato contesto del Titolo V della Parte II della Costituzione - di invadere, con norma legislativa, la disciplina dei diritti (condominiali degli utenti), estinguendoli, modificandoli o alienandoli (e che) un bene gravato da uso civico non può essere oggetto di alienazione al di fuori delle ipotesi tassative previste dalla legge n. 1766 del 1927 e dal r.d. n. 332 del 1928 per il particolare regime della sua titolarità e della sua circolazione».

26 De Lucia, L.: "Gli usi civici tra autonomia delle collettività e accentramento statale", cit., p. 1295, secondo il quale «Posto che non si ha qui una sdemanializzazione, perché i diritti dominicali subiscono una limitazione temporanea, si può escludere che la relativa disciplina rientri in pieno nella materia "ordinamento civile"».

in quanto non sottrae il bene al patrimonio civico, non lo aliena né lo permuta: ne riconosce una diversa funzione, limitata nel tempo e dietro pagamento di un canone, esercitata comunque sempre per la soddisfazione di un interesse della collettività che ne rimane intestataria. Il procedimento di mutamento di destinazione potrebbe costituire la strada maestra per risolvere i conflitti tra un utilizzo moderno delle terre civiche, che tenga conto di nuove destinazioni non ipotizzabili compiutamente negli anni venti del Novecento (si pensi al trasporto di energia, ai ripetitori per le telecomunicazioni, allo sviluppo delle infrastrutture) e il permanere del vincolo di destinazione, che in tale ipotesi continua a sussistere pur essendo temporaneamente sospeso.

Si tratta di porre in rilievo un diverso valore che il bene di uso civico può offrire nel senso che il mutamento di destinazione d'uso può consentire la conservazione del rilievo pubblicistico del bene nell'ambito, però, di un diverso assetto funzionale, in tal modo valorizzando la natura dinamica dei vincoli che gravano sui patrimoni civici e adeguandola alle attuali esigenze economiche. Infatti, lo stretto rapporto tra vincolo paesistico-ambientale e regime dei beni di uso civico comporta altresì che la tutela di questi ultimi non possa consistere unicamente in una conservazione statica e determina, piuttosto, un regime di gestione che ne preservi il carattere ecologico e la disciplina giuridica in coerenza con l'evoluzione dell'economia agricola e di quella ambientale. Il carattere peculiare del mutamento di destinazione è dato proprio dalla sua compatibilità tra l'utilizzo attuale del bene di uso civico e l'interesse generale della comunità titolare del bene stesso[27].

Detto principio risulta di rilevante attualità e già si rinviene nell'art. 41 del regolamento di attuazione (r.d. 332/1928) il quale stabilisce «… che a tutte o parte delle terre sia data una diversa destinazione, quando essa rappresenti un reale beneficio per la generalità degli abitanti… In tal senso il decreto di autorizzazione conterrà la clausola del ritorno delle terre, in quanto possibile, all'antica destinazione quando venisse a cessare lo scopo per il quale l'autorizzazione era stata accordata. Qualora non sia possibile ridare a queste terre l'antica destinazione, il Ministro per l'economia nazionale potrà stabilire la nuova destinazione delle terre medesime». La citata norma evidenzia il rapporto di continuità tra la vocazione pubblica, che sussiste all'interno dell'istituto del mutamento di destinazione d'uso, e le esigenze evolutive che pure caratterizzano l'ambito disciplinare in esame. L'onerosità del mutamento di destinazione può essere modulata diversamente in ragione della durata e della difficoltà di reversibilità del bene verso l'originario assetto e, comunque, può garantire l'integrità del patrimonio civico nel suo complesso. atto

27 La Corte costituzionale ha da tempo chiarito che il carattere fondamentale del mutamento di destinazione d'uso consiste nella sua compatibilità con l'interesse generale della comunità titolare dei beni di uso civico (Corte cost., sentenza n. 103/2017).

di adozione di eneralità in ragione della durata e della difficoltà di reversibilità del bene verso l' per la generalità

VII. I PRINCIPI GENERALI DELLA LEGGE 20 NOVEMBRE 2017, N. 168, SUI DOMINI COLLETTIVI, ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO CIVILE.

La legge 20 novembre 2017, n. 168, contribuisce ad ampliare la normativa relativa agli usi civici attraverso la disciplina dei «domini collettivi»[28], senza l'abrogazione della disciplina precedentemente in vigore. Tale legge inserisce a pieno titolo i domini nella Costituzione attraverso un esplicito richiamo agli articoli 2, 9, 42 secondo comma, e 43 Cost., ne dichiara la natura privata in quanto «ordinamento giuridico primario delle comunità originarie… dotato di autonormazione… di capacità di gestione del patrimonio… caratterizzato dall'esistenza di una collettività» (art. 1, comma primo). Il riferimento all'art. 2 Cost. appare una significativa valorizzazione di tali realtà come formazioni sociali in grado di consentire lo sviluppo della personalità dell'individuo che vi partecipa: ed in effetti gli usi civici, nelle loro radici originarie e nella successiva evoluzione storica, costituiscono senza dubbio una delle più antiche espressioni di formazione sociale entro il cui ambito si gestiscono i beni di interesse collettivo, nell'interesse proprio, altrui e quindi della collettività. Il tutto, all'interno di un rapporto di natura reale tutelato dall'art. 42, secondo comma, Costituzione. Ugualmente, il richiamo all'art. 9 Cost. conferma il ruolo, assunto nel corso del tempo e confermato a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale, dei beni civici quale efficace espressione, e al tempo stesso strumento di tutela, del paesaggio e dell'ambiente; mentre l'art. 43 Cost. sottolinea il valore economico insito nei beni di uso civico attraverso la possibilità di riservare o trasferire a enti pubblici, comunità di lavoratori o di utenti, imprese relative a beni produttivi che presentino il carattere di preminente interesse generale.

La recente legge sui domini collettivi, pertanto, rivitalizza una materia assai particolare, ne riconosce la natura privatistica, recepisce anche da un punto di vista terminologico il concetto di proprietà collettiva, il ruolo della collettività, la funzione collettiva dei beni civici. I domini collettivi, per volontà della legge, esistono come ordinamenti giuridici primari delle comunità originarie in quanto preesistenti allo Stato italiano, consistenti in una utilità per i componenti di una determinata comunità di abitanti, abbiano ad oggetto lo sfruttamento di un fondo. Essi, inoltre, sono soggetti alla Costituzione; sono dotati di capacità di autonormazione e di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale che fa capo alla base

28 La circostanza che si parli ancora di usi civici e che la recente legge 168/2017 faccia riferimento, invece, ai domini collettivi non sembra giustificare una differenziazione tra le materie oggetto degli usi civici e dei domini collettivi, apparendo piuttosto come una questione terminologica. Ciò ha determinato, in un'ottica più ampia di inclusione delle varie tipologie di proprietà collettiva, l'espressione «assetti fondiari collettivi», che meglio definisce l'intera materia. Ma sul punto il dibattito è aperto: Fulciniti, L.: "I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi", *Dir. agroalim*., 2018, p. 547.

territoriale della proprietà collettiva; sono caratterizzati dall'esistenza di una collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano diritti di godimento, individualmente e collettivamente, su terreni che il comune amministra o la collettività da esso distinta ha in proprietà pubblica o collettiva (art. 1).

Il regime giuridico dei beni collettivi resta quello della inalienabilità, della indivisibilità, della inusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale (art. 3, terzo comma), in continuità con la precedente normativa.

La legge n. 168 del 2017, inoltre, affermando che «gli enti esponenziali delle collettività titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria» (art. 1, secondo comma), marginalizza il ruolo dei Comuni e delle Regioni. Ancora, con tale legge viene ad essere riaffermata positivamente la funzione ambientale della materia, che si aggiunge a quella agro-silvo-pastorale[29]. Funzione ambientale già indicata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e ribadita anche da alcune recenti decisioni che ridimensionano ulteriormente il ruolo delle Regioni, sottolineando come sia la funzione ambientale sia l'appartenenza della materia all'ordinamento civile, facciano propendere per un riequilibrio delle attribuzioni a tutto vantaggio dello Stato centrale[30].

I beni collettivi, all'interno del testo normativo, vengono individuati e classificati in relazione alle loro caratteristiche (art. 3, primo comma) e si considerano tali:

le terre di originaria proprietà collettiva della generalità degli abitanti del territorio di un comune o di una frazione, imputate o possedute da comuni, frazioni od associazioni agrarie, comunque denominate;

le terre, con le costruzioni di pertinenza, assegnate in proprietà collettiva agli abitanti di un comune o di una frazione, a seguito della liquidazione dei diritti di uso civico e di qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento[31] esercitato su terre di soggetti pubblici e privati;

29 I profili della nuova legge sui domini collettivi sono sviluppati in AA.VV.: *Domini collettivi ed usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017* (a cura di F. Marinelli e F. Politi), Pisa, 2019; Pagliari G.,: "*Prime note* sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi")", *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, p. 30.

30 Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza della Corte costituzionale 31 maggio 2018, n. 113, in relazione alla quale: Marinelli, F.: "La Corte costituzionale e la tutela degli usi civici e dei domini collettivi", *Giur. it.*, 2019, I, p. 1303; Politi, F.: "Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive? Osservazioni alla sentenza n. 113 del 2018", *Giur. Cost.*, 2018, fasc. 3, p. 1281; De Lucia, L.: "Gli usi civici tra autonomia della collettività e accentramento statale", *Giur. cost.*, 2018, fasc. 3, p. 1289. Di recente, anche la sentenza della Corte costituzionale 24 aprile 2020, n. 71.

31 La promiscuità si verifica quando più *cives* appartenenti a comuni distinti o a frazioni distinte tra loro, utilizzano insieme ed in comune, ossia promiscuamente, una determinata porzione di demanio civico, mantenendo però in altri luoghi e su altri territori la propria porzione di demanio esclusivo. La promiscuità, se presente, può costituire una caratteristica degli usi civici che ne rafforza il carattere comune e collettivo in quanto i territori promiscuamente goduti formano una comunione di beni tra comunità di utenti. L'orientamento del legislatore del 1927 (legge 1766/1927) è quello di liquidare tali situazioni di promiscuità

le terre derivanti da scioglimento delle promiscuità, dallo scioglimento di associazioni agrarie, dall'acquisto di terre ai sensi dell'art. 22, legge 1766/1927 e art. 9, legge 1102/1971, da operazioni e provvedimenti di liquidazione o da estinzione di usi civici, da permuta o da donazione;

le terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati;

le terre collettive comunque denominate, appartenenti a famiglie discendenti dagli antichi originari del luogo e le terre collettive disciplinate dalla legge 991/1952, dalla legge 1102/1971, dalla legge 97/1994;

infine, i corpi idrici sui quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici.

Il riferimento costante, per la individuazione dei beni collettivi, è alla terra, alle terre collettive e a tutte quelle realtà che nei secoli, in via originaria, risultano collegate alla terra. Tuttavia, una apprezzabile novità della recente legge è costituita dall'aver inserito, all'interno della categoria, i corpi idrici sui quali risultano esercitati usi civici da parte dei residenti. L'esplicito riferimento ai corpi idrici chiarisce ed estende espressamente la categoria del bene collettivo anche all'acqua, una risorsa vitale ed essenziale, anch'essa strettamente funzionale alla sopravvivenza umana; una risorsa preziosa, dal rilevante valore economico se gestita, commercializzata e trasformata in bene di consumo.

VIII. LA NATURA PRIVATA DEGLI ENTI ESPONENZIALI DELLE COLLETTIVITÀ TITOLARI DEI DOMINI COLLETTIVI.

Un importante rilievo assume la legge 20 novembre 2017, n. 168, per quanto riguarda l'attenzione posta non soltanto ai profili sostanziali di individuazione e qualificazione dei domini collettivi ma anche all'aspetto gestionale e di amministrazione, riconosciuto in favore degli enti esponenziali delle collettività titolari dei beni oggetto di proprietà collettiva e di uso civico. La natura privatistica di tali enti li colloca all'interno dell'ordinamento civile e, quindi, della competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Ciò non costituisce una assoluta novità in quanto già la legge n. 97/1994 (Nuove disposizioni per le zone montane), all'art. 3, attribuiva ai soggetti gestori dei beni collettivi la personalità giuridica di diritto privato. Tuttavia, e significativamente, la previsione viene ripresa e sancita dalla legge 168/2017, secondo la quale (art. 1,

e di procedere al loro scioglimento; tuttavia si tratta di un percorso non facile e, pertanto, il legislatore attuale, con la legge 168/2017, prende atto della sussistenza ancora di tali situazioni e le ricomprende tra i possibili beni collettivi.

comma secondo) «gli enti esponenziali delle collettività titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria». Trova in tal modo conferma un orientamento già espresso dalla Corte costituzionale negli anni '70 (sentenza n. 38 del 1977) in forza del quale la disciplina dell'acquisto della personalità giuridica di diritto privato delle associazioni, delle fondazioni e delle altre istituzioni di carattere privato, rientra sicuramente, diremmo oggi, nell'ordinamento civile[32]. Si rivaluta anche il ruolo dell'autonomia privata che, attraverso l'esercizio del potere di autonormazione che la legge 168/2017 riconosce, consente la costituzione di entità territoriali capaci di gestire e tutelare i beni in esame. Da un punto di vista pratico, pertanto, sta avvenendo che talune Amministrazioni Separate dei Beni di Uso civico stiano acquisendo la denominazione di «Domini collettivi dei beni di uso civico» e si stiano dotando di un proprio statuto, approvato dall'assemblea degli utenti. Tali enti assumono personalità giuridica privata di interesse pubblico ed hanno propria autonomia statutaria, amministrativa, finanziaria e contabile, oltre ad una autonomia imprenditoriale e gestionale.

IX. CONCLUSIONI.

Gli usi civici, i domini collettivi, le proprietà collettive, gli assetti fondiarii collettivi, volendo con le varie formulazioni definitorie proposte far riferimento ad una medesima esperienza giuridica, per quanto complessa e articolata, rappresentano una realtà ricca di spunti di riflessione di carattere giuridico, storico ma anche sociale ed economico.

La collocazione all'interno dell'ordinamento civile, per le ragioni espresse, ne caratterizza la disciplina, pur nel costante rapporto sia con il diritto pubblico sia, più specificamente, con la legislazione regionale in materia. La relazione tra ordinamento civile e potestà normativa regionale può, in taluni casi, apparire sfumato e portare con sé qualche incertezza sia perché non è sempre facile individuare con assoluta chiarezza gli effettivi limiti alla potestà normativa regionale in relazione all'ordinamento civile sia perché non risulta semplice stabilire il confine tra la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», riservata allo Stato *ex* art. 117, lett. s) Cost., e la «valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali», propria della potestà legislativa concorrente delle Regioni, ai sensi sempre del citato art. 117, terzo comma, Costituzione.

E l'attualità del momento rafforza la necessità di un costruttivo dialogo tra Stato e regioni da cui potrebbe trarre vantaggio anche la materia degli usi civici

32 Per quanto riguarda le forme organizzative per la gestione dei domini collettivi: Giulietti, W.: *La gestione dei domini collettivi dopo la legge n. 168 del 2017*, cit., p. 57.

che necessita sicuramente di una costante attenzione da parte degli organi centrali dello Stato ma che, al tempo stesso, non può prescindere dal suo originario collegamento alle specificità di una determinata collettività e del suo territorio.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Domini collettivi ed usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017* (a cura di F. Marinelli e F. Politi), Pisa, 2019.

AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva* (a cura di F. Marinelli), Pisa, 2020.

AA.VV.: *Guido Cervati. Scritti sugli usi civici* (a cura di F. Marinelli e F. Politi), L'Aquila, 2013.

Alpa, G.: "Ordinamento civile e diritto privato regionale. Un aggiornamento della giurisprudenza costituzionale", *Vita not.*, 2009, p. 1279 ss.

Alpa, G.: "Diritto privato (legislazione regionale)", in *Nuovo diritto privato*, Torino, 1985, p. 176 ss.

Benedetti, A.M.: "Proprietà e diritto privato delle Regioni (a proposito di Corte cost. n. 228/2016)", *Dir. civ. contemporaneo*, 2017.

Bertani, D.: *L'ordinamento dei domini collettivi*, Pisa, 2020.

Casamassima, E.: "La Corte costituzionale ripristina la tutela giuridica demaniale e ambientale", *Giust. civ.,* 1995, I, p. 869 ss.

Cerulli Irelli, V.: *Proprietà pubblica e diritti collettivi,* Padova, 1983.

Cervale M.C.: "Usi civici, diritto civile e tutela del paesaggio: la nuova legge sui domini collettivi", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp.1159-1183.

Cervale M.C.: "La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 358-387.

Cervati, G.: "Le proprietà collettive tra Stato e regioni", *Nuovo dir. agr.*, 1983, p. 401 ss.

Cervati, G.: "Aspetti della legislazione vigente circa gli usi civici e terre di uso civico", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 88 ss.

Cervati, G.: "Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 519 ss.

Cortese, E.: "Domini collettivi", *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 13 ss.

Curis, G.: *Gli usi civici*, Roma, 1928.

Klitsche de la Grange, T.: "Usi civici e Regioni: problemi di legittimità costituzionale e coordinamento delle funzioni", *Giust. civ.*, 1981, II, p. 206.

De Lucia, L.: "Gli usi civici tra autonomia della collettività e accentramento statale", *Giur. cost.*, 2018, fasc. 3, p. 1289 ss.

Fulciniti, L.: "I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi", *Dir. agroalim.*, 2018, p. 547 ss.

Fulciniti, L.: *I beni d'uso civico*, 2ª ed., Padova, 2000.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, 2ª ed., Napoli, Esi, 1990.

Germanò, A.: "La ricognizione dello stato della legislazione e della giurisprudenza sugli «usi civici» secondo la Corte costituzionale", *Dir. agroalim.*, 2020, pp. 445-454.

Germanò, A.: "La disciplina degli usi civici-domini collettivi nella ricostruzione della Corte costituzionale", *Dir. agroalim.*, 2018, pp. 661-667.

Germanò, A.: "In tema di usi civici di pesca: compatibilità con la natura pubblica dell'acqua sulla quale gli stessi vengono esercitati; differenza fra usi civici e diritti esclusivi di pesca; applicabilità del codice di procedura civile al procedimento davanti al Commissario per la liquidazione usi civici", *Giur. agr. it.*, 1962, p. 639 ss.

Giulietti, W.: "La gestione dei domini collettivi dopo la legge n. 168 del 2017", in AA.VV.: *Domini collettivi e usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017* (a cura di F. Marinelli e F. Politi), Pisa, 2019, pp. 57-71.

Grossi, P.: *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

Grossi, P.: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano, 1992.

Grossi, P.: *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Quodlibet Ius, Macerata, 2019.

Lorizio, M.A.: "Gli usi civici", *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994.

Marinelli, F.: "La Corte costituzionale e la tutela degli usi civici e dei domini collettivi", *Giur. it.*, 2019, I, p. 1303 ss.

Marinelli, F.: *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi. Beni comuni*, 2ª ed., Pisa, 2019.

Marinelli, F.: "Dagli usi civici ai domini collettivi", in *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, 2ª ed., Pacini 2019.

Marinelli, F.: "Assetti fondiari collettivi", *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, p. 72 ss.

Marinelli, F.: "Giacinto Dragonetti e la commissione feudale napoletana", in *Bullettino Deputazione Abruzzese di Storia Patria,* L'Aquila, 2017.

Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), 2ª ed., Milano, 2013.

Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), 1ª ed., Milano, 2003.

Marinelli, F.: *Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000.

Marinelli, F.: "Usi civici e poteri delle regioni", *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1165 ss.

Palermo, A.: "Usi civici", *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975, p. 231 ss.

Pennasilico, M.: ""Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1261 ss.

Pagliari G.,: ""Prime note" sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi")", *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, p. 30.

Petronio, U.: "Usi civici", *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 930 ss.

Politi, F.: "Riflessioni sulle novità della legge n. 168 del 2017 nella prospettiva del diritto costituzionale. Cosa resta delle competenze regionali", in AA.VV.: *Domini collettivi ed usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017*, Pisa, 2019, p. 23 ss.

Politi, F.: "Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive? Osservazioni alla sentenza n. 113 del 2018", *Giur. cost.*, 2018, fasc. 3, p. 1281 ss.

Politi, F.: "La circolazione dei beni di uso civico e la tutela costituzionale", in *Arch. Scialoja-Bolla*, 2006, p. 13 ss.

Rescigno, P.: "Diritti collettivi e usi civici", in *Terre collettive e usi civici tra Stato e regioni*, a cura della Regione Lazio, Roma, 1985.

TRIFONE, R.: *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane. Dottrina, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milano, 1909.

RANELLETTI, O.: *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, 1898.

RANELLETTI, O.: *Scritti giuridici scelti*, vol. IV, *I beni pubblici*, rist. Jovene, 1992.

VOLANTE, R.: "Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168, in materia di domini collettivi", *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1067 ss.

WINSPEARE, W.: *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1811.

COLACIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIETARIAS Y DE EMPRESA EN EL DERECHO ITALIANO

"COLACIÓN" OF CORPORATE SHARES AND OF COMPANY UNDER ITALIAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 558-575

Vincenzo
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente artículo estudia la colación de las participaciones sociales y de la empresa desde el punto de vista del derecho italiano. En particular, se analizan los siguientes problemas: a) ¿Si la participación social y la empresa deben ser valorados según su valor en el momento de la apertura de la sucesión? b) ¿Si la participación social y la empresa deben ser valorados según su valor contable o a su valor real?, c) ¿Si la colación de la empresa puede hacerse también *in natura?*

PALABRAS CLAVE: partición hereditaria; colación; participaciones sociales; empresa; colación por imputación; colación en natura.

ABSTRACT: *The present article deals with the distribution of shares in the company from the point of view of Italian law. In particular, the following issues are analysed: a) Should the shareholding and the company be valued according to their value at the time of opening of the succession? b) Should the shareholding and the company be valued according to their book value or at their real value? c) Can the company be sold in its natural state?*

KEY WORDS: *Hereditary partition; collation; social participations; company; collation by imputation; collation in nature.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES.- II. LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y LA EMPRESA DEBEN SER VALORADAS TENIENDO EN CUENTA SU VALOR EN EL MOMENTO DE LA DONACIÓN, CAPITALIZADOS EN EL MOMENTO DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN. - III. LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y LA EMPRESA DEBEN SER VALORADAS SEGÚN SU VALOR DE MERCADO Y NO SEGÚN SU VALOR CONTABLE. - IV. COLACIÓN DE EMPRESA POR IMPUTACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES.

Un reciente fallo de la Corte de Casación italiana en 2019[1] sobre la colación de la participación societaria licita estas reflexiones.

Esta sentencia no añade nada nuevo, no se destaca por la riqueza de sus motivaciones o argumentos, ni por la originalidad de la solución. En definitiva, se trata de una sentencia cualquiera que se limita a confirmar la orientación de la jurisprudencia ya expresada por la Corte de Casación italiana en materia[2] de colación de participaciones sociales y empresas.

1 Cass. 17 de abril de 2019, n. 10756, *Leggi d'Italia*, afirma este principio de derecho: «La quota di società è soggetta a collazione per imputazione, prevista dall'art. 750 c.c. per i beni mobili, poiché - non conferendo ai soci un diritto reale sul patrimonio societario riferibile alla società, che è soggetto distinto dalle persone dei soci - attribuisce un diritto personale di partecipazione alla vita societaria. La collazione della quota di azienda, che rappresenta la misura della contitolarità del diritto reale sulla *universitas rerum* dei beni di cui si compone, va compiuta, invece, secondo le modalità indicate dall'art. 746 c.c. per gli immobili, sicché - ove si proceda per imputazione - deve aversi riguardo al valore non delle singole cose, ma a quello assunto dalla detta azienda, quale complesso organizzato, al tempo dell'apertura della successione».

2 Según la jurisprudencia italiana, si bien la donación de la empresa debe considerarse como una donación de bienes inmuebles, ya que la universalidad que caracteriza a la empresa no podía tolerar la aplicación simultánea del criterio de los bienes muebles e inmuebles (Cass., 15 de enero de 2003, n. 502, *Vita not.*, 2003, p. 269), la donación de participaciones debe considerarse como una donación de bienes muebles (Cass., 15 de enero de 2003, n. 502, *Vita not.*, 2003, p. 269). Esto significa que la empresa puede colacionarse, a elección del donatario, ya sea por imputación o en natura, mientras que las participaciones sociales deben colacionarse, siempre, por imputación. Además, la colación de la empresa debe basarse en el valor de la sociedad en el momento de la apertura de la sucesión, mientras que la colación de las participaciones sociales debe basarse en el valor que tenían en el momento de la apertura de la sucesión. Partiendo de esta premisa y suponiendo que la donación de participaciones debe tratarse de la misma manera que cualquier donación de bienes muebles, con la consecuencia de que la colación debe hacerse únicamente por imputación y sobre la base del valor que tenían las participaciones en el momento de la apertura de la sucesión, la jurisprudencia también trata de marcar el procedimiento que debe seguir el intérprete para llegar a la determinación de este valor. En particular, Cass. 25 de septiembre de 2014, n. 20258, *Leggi d'Italia*, precisa que «dovrà determinarsi, in primo luogo, il rapporto di partecipazione rappresentato dal valore nominale della quota donata rispetto all'intero capitale nominale della società, rappresentativo del patrimonio di essa al momento della apertura della successione, tenuto conto degli aumenti (e delle eventuali perdite) di capitale maturati successivamente alla donazione e prima della morte del *de cuius*. […] Successivamente, in secondo luogo, tale rapporto di partecipazione, espresso in percentuale, deve essere moltiplicato per l'intero patrimonio netto della società, determinato con riferimento al momento della morte del *de cuius*, al fine di ricavare in via mediata (Cass. Sez. 3, 19.7.2007 n. 16031 e Sez. 1, 13.12.2006 n.

• Vincenzo Barba
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Roma "La Sapienza". Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it

La razón por la que esta decisión merece ser mencionada no es, por lo tanto, por su contenido o su principio de derecho, sino porque representa una oportunidad perdida de diálogo con la doctrina. Precisamente con el fin de fomentar, una vez más, este diálogo, es posible hacer unas reflexiones más profundas que, si bien no añade mucho a lo que ya he dicho[3] o a las interesantes consideraciones que la doctrina reciente[4] ha hecho sobre el tema, tiene la aspiración de animar el diálogo, señalando los graves problemas prácticos que lo sustentan.

La sentencia, retomando las pautas anteriores, sin siquiera preocuparse de investigar su adecuación con respecto a los intereses del caso, establece que la colación de las participaciones sociales debe hacerse por imputación, aplicando el art. 750 CC italiano[5], mientras que la colación de una empresa debe hacerse en natura o por imputación, aplicando las normas de los artículos 746 y 747 CC italiano[6].

26690) il valore patrimoniale della partecipazione societaria, in relazione all'intero patrimonio sociale, di cui essa costituisce una frazione».

3 Barba, V.: "Collazione di partecipazioni sociali e criteri di determinazione del loro valore", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 723-735.

4 Perlingieri, G.: "La collazione per imputazione e il criterio di stima *al tempo dell'aperta successione*. La collazione d'azienda", *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 85. El autor, partiendo de una investigación minuciosa del dato literal, apoyada en una lectura orientada por los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, advierte que el problema de la determinación del valor de los bienes donados debe tener lugar teniendo en cuenta los intereses que subyacen a las normas de la colación, "al fine di individuare la normativa del caso concreto e senza trascurare le conseguenze pratiche al quale il dettato normativo può condurre" (p. 89). El autor, propone, sobre la base de cinco argumentos, interpretar las normas en cuestión, en el sentido de que la valoración de los bienes muebles "è effettuata *sulla base di un valore* assunto in un determinato momento storico con possibilità quindi di considerare, nel frattempo e senza preclusione alcuna, i mutamenti di valore intervenuti tra il tempo della successione e il tempo della divisione", mentre la valutazione dei beni immobili "vista anche la possibilità di scegliere la collazione in natura" deve essere fatta al valore "assunto dal bene al momento dell'apertura della successione, senza possibilità di considerare qualsivoglia mutamento di valore nel frattempo intervenuto", mientras que la valoración de los bienes inmuebles "vista anche la possibilità di scegliere la collazione in natura" deve essere fatta al valore "assunto dal bene al momento dell'apertura della successione, senza possibilità di considerare qualsivoglia mutamento di valore nel frattempo intervenuto". En otras palabras, la colación por imputación de los bienes inmuebles debe hacerse teniendo en cuenta su precio al tiempo de la apertura de la sucesión (en el sentido de que es una deuda monetaria), mientras que en el caso de los bienes muebles de su valor (en el sentido de que es una deuda monetaria y puede tener en cuenta las diferencias de valor entre la sucesión abierta y el momento de la división). El último "è un criterio che, fino al momento della divisione, consente di porre rimedio alle eventuali svalutazioni monetarie o diminuzioni di valore subite dal bene donato successivamente alla morte del *de cuius*" (p. 132). Esta diferencia, justificada también por el dato literal, es razonable si se considera que en el primer caso el donatario, que quiere evitar la imputación según el precio, tiene siempre la facultad de conferir el bien en natura, mientras que en el segundo esta facultad queda excluida. Se considere, también, Notari, M.: "La trasmissione ereditaria di impresa", en *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, pp. 479 y ss.; Palazzo, M.: "Il problema della circolazione di azienda e partecipazioni societarie", *Vita notarile*, 2020, pp. 539 y ss.

5 El art. 750 CC italiano establece: "La collazione dei mobili si fa soltanto per imputazione, sulla base del valore che essi avevano al tempo dell'aperta successione. Se si tratta di cose delle quali non si può far uso senza consumarle, e il donatario le ha già consumate, si determina il valore che avrebbero avuto secondo il prezzo corrente al tempo dell'aperta successione. Se si tratta di cose che con l'uso si deteriorano, il loro valore al tempo dell'aperta successione è stabilito con riguardo allo stato in cui si trovano. La determinazione del valore dei titoli dello Stato, degli altri titoli di credito quotati in borsa e delle derrate e delle merci il cui prezzo corrente è stabilito dalle mercuriali, si fa in base ai listini di borsa e alle mercuriali del tempo dell'aperta successione".

6 El art. 746 CC italiano establece: "La collazione di un bene immobile si fa o col rendere il bene in natura o con l'imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce. Se l'immobile è stato alienato o

Esto significa que la colación de la empresa puede tener lugar, a elección del donatario, por imputación o en natura, mientras que colación de las participaciones sociales debe realizarse siempre por imputación. Además, la colación de la empresa y de las participaciones debe hacerse sobre la base de su valor en el momento de la apertura de la sucesión.

En mi opinión, la solución que ha sido repetida incansablemente, sin ofrecer ninguna razón nueva, significativa o innovadora, presenta al menos los siguientes problemas:

1) ¿Si la participación social y la empresa deben ser valorados según su valor en el momento de la apertura de la sucesión?

2) ¿Si la participación social y la empresa deben ser valorados según su valor contable o a su valor real[7]?

3) ¿Si la colación de la empresa puede hacerse también *in natura*?

II. LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y LA EMPRESA DEBEN SER VALORADAS TENIENDO EN CUENTA SU VALOR EN EL MOMENTO DE LA DONACIÓN, CAPITALIZADOS EN EL MOMENTO DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN.

La primera cuestión que hay que considerar es si es aceptable que la participación social y/o la empresa se evalúen al valor que tienen en el momento de la apertura de la sucesión.

El criterio sugerido por la jurisprudencia, si bien puede parecer razonable cuando se trata de la donación de una participación social de inversión, que releva, exclusivamente, en función de su rendimiento y con respecto a la cual la actividad del propietario es insignificante, se vuelve, en cambio, completamente irrazonable en el caso de la donación de una participación social de gestión o control[8] o de una empresa gestionada por el que la recibió como donación.

ipotecato, la collazione si fa soltanto con l'imputazione". El art. 747 CC italiano establece: "La collazione per imputazione si fa avuto riguardo al valore dell'immobile al tempo della aperta successione".

7 Cabe considerar que estas consideraciones no sólo son pertinentes en lo que respecta a la colación, sino que tocan otros aspectos fundamentales del derecho de sucesión y, en particular, son pertinentes a los efectos del cálculo del caudal hereditario ficticio y de la imputación *ex se*. Las conclusiones a las que se llega tienen, por lo tanto, un valor más amplio que el que se puede suponer observando sólo el tema de la colación.

8 Evidentemente, esta solución es adapta para un caso en el que el donante deja de realizar sustancialmente la actividad empresarial, confiándola exclusivamente al donatario, posiblemente en competencia con los demás socios. Se debe hacer un discurso diferente en el caso de que el donante transfiera una parte de la participación, reservándose una participación (tal vez mayoritaria), y siga llevando a cabo la actividad empresarial. En otras palabras, la verdadera discriminación no depende de si se trata de una inversión o de una participación de control, sino de si el donante continúa o deja de realizar la actividad empresarial.

En esta hipótesis, en efecto, sobre todo cuando ha transcurrido un período de tiempo significativo entre la donación y la apertura de la sucesión, el valor de la participación social o de la empresa depende principalmente de la política empresarial que se ha ejercido concretamente a lo largo de los años.

Cuando el titular de las participaciones sociales o de la empresa es el que profesionalmente realiza la actividad económica organizada, no hay duda de que el valor de la empresa y, por lo tanto, de las participaciones, crece directamente proporcional al éxito de la actividad empresarial. Cuanto mejor sea la capacidad del empresario para hacer crecer la empresa y afirmarse en los mercados, mayor será el valor de la sociedad y de la empresa.

Cuando se mueva de esta consideración, se comprende lo inaceptable que es el criterio utilizado por la jurisprudencia italiana para determinar el valor de la empresa y de las participaciones sociales. Al afirmar, de hecho, que la participación social y/o la empresa debe ser evaluada, a efectos de la herencia, en el momento de la apertura de la sucesión, terminamos inevitablemente incorporando a este valor también el resultado, ya sea positivo o negativo, de la actividad empresarial del titular de la participación social o de la empresa, es decir, el resultado de su trabajo.

En función de si el donatario es un buen o mal empresario, el valor de las participaciones y/o de la empresa se altera porque incorpora no sólo el valor intrínseco de las participaciones o de la empresa en el momento de la donación, sino también el resultado económico atribuible a la actividad empresarial del donatario. El valor de las participaciones y de la empresa es siempre directamente proporcional al rendimiento de la actividad empresarial.

Con la consecuencia de que, si hubiera sido un buen empresario, entonces terminaría financiando a los otros coherederos, que se beneficiarían de su trabajo; de lo contrario, si hubiera sido un mal empresario, entonces serían los otros coherederos los que terminarían financiándolo, cargando con las pérdidas de la mala gestión.

Este resultado paradójico, al que conduce la aplicación del citado criterio, permite advertir la insuficiencia del criterio adoptado por la jurisprudencia para valorar la participación social y la empresa y su incongruencia con los intereses en juego.

Demuestra que "la questione della determinazione del valore dei beni oggetto di collazione andrebbe rimeditata non soltanto con riferimento alle qualità di questo o di quel bene (danaro, altro bene mobile, immobile, deteriorabile,

consumabile), ma nel suo insieme"[9]. Ya que siempre es indispensable que el jurista identifique una solución coherente y adecuada con respecto a los intereses en juego y, sobre todo, que esté en armonía con los principios y valores del sistema normativo de referencia.

Por lo tanto, se requiere una interpretación diferente, que tenga en cuenta el valor real de la participación social y/o de la empresa, sin incorporar también el fruto de la actividad empresarial del titular, es decir, el fruto de su actividad profesional.

A este respecto, es necesario considerar dos requisitos opuestos.

Por una parte, es necesario tener en cuenta un valor de participación social y de la empresa que no es el valor histórico del momento de la donación, lo que llevaría inevitablemente a una situación de ventaja injustificada para el donatario y sería completamente contrario a la letra y al espíritu de la ley.

Por otra parte, es necesario evitar que los resultados de la actividad empresarial realizada por el propietario se incorporen al valor de las participaciones sociales y empresariales, ya que de lo contrario la labor del donante terminaría cayendo en la sucesión de este.

Para lograr este resultado global, creo que la única posibilidad es adoptar este criterio: estimar el valor de las participaciones y/o de la empresa y en el momento de la donación[10] y actualizar este valor al momento de la apertura de la sucesión. Para utilizar una cifra económica, que ciertamente no incorpora los resultados del trabajo del donatario, pero que, sin embargo, se valora, como todos los demás, considerando el tiempo de la apertura de la sucesión[11].

9 Perlingieri, G.: "La collazione", cit., p. 87.

10 En este sentido, Palazzo, M.: *Il problema della circolazione di azienda e partecipazioni societarie*, cit., p. 558, "In tutti i casi di donazione, diretta o indiretta, di un'azienda o di quote societarie, effettuate allo scopo di consentire il trapasso dell'attività di impresa in capo al donatario, la regola applicabile al fine di determinare il valore rilevante per la riunione fittizia e per la collazione dovrebbe essere quella del 'valore al momento della donazione', come avviene per i patti di famiglia e per il diritto tributario, in luogo di quella del valore al momento della morte".

11 No tengo conocimiento de que la cuestión específica de la colación de la participación social haya sido analizada por la jurisprudencia española de legitimidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo, en el caso de una donación de dinero para la compra de bienes inmuebles, considera, a diferencia de la Corte de Casación italiana (Cass., Sez. Un., 5 de agosto de 1992, n. 9282, *Leggi d'Italia*, cuya decisión no comparto y duramente critiqué Barba, V.: "Tecniche negoziali di intestazione di beni sotto nome altrui e problemi successori", *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 5, pp. 344-361), que el objeto de la colación es el dinero y no el bien. Sin embargo, el Tribunal Supremo afirma que no se puede aplicar el criterio nominalista, por lo que la colación debe realizarse según el valore real de dinero. En STS 3531/2019 de 5 de noviembre de 2019, (Ponente: J.L. Seoane Spiegelberg), se lee: "Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio nominalista -artículos 1170 y 1753 -, la respuesta casacional que procede en el supuesto presente es la de atender al valor real, ya que así resulta del cambio legislativo que se operó en el artículo 1045 por la reforma de 1981, que deja la determinación del valor de las donaciones recibidas para el momento en que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por lo que procede es la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al valor real, que no es otro que las

La solución propuesta es, además, la única que es coherente con los principios fundamentales del derecho italiano, ya que hay que considerar que, en un caso como éste, el principio que protege el trabajo y el ahorro (art. 36 y 47 Constitución italiana) también contribuye. Seguir el criterio sugerido por la Corte de Casación italiana acabaría, de hecho, por adoptar una solución que contrasta con estos principios, ya que acabaría frustrando la labor del empresario, de tal manera que los resultados (ya sean positivos o negativos) del trabajo del individuo beneficiarían o perjudicarían a los demás coherederos, con el consiguiente perjuicio también para la protección de los ahorros, que en esta perspectiva se vería desalentada.

La solución propuesta podría parecer anti-literaria, cuando se considera que la ley italiana establece expresamente que hay que tener en cuenta el valor del bien, en el momento "de la apertura de la sucesión". Sin embargo, es necesario considerar el interés que subyace a la regla en cuestión y su historicidad. Si, de hecho, consideramos que estas normas tienen la función de equilibrar la posición entre los herederos[12] y que se remontan a 1942, es evidente que requieren en su

cantidades que igualen el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues este es el criterio general del artículo 1045, cuya infracción se ha producido y con ello la estimación del motivo". En el mismo sentido, STS 3981/2005, de 20 de junio de 2005 (Ponente: A. Villagómez Rodil), "en la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, que es la aplicable al caso de autos, se precisa que el valor de las cosas donadas es el que corresponde "al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios", adoptándose de este modo el sistema de colación *ad valorem*, por lo que el valor de los bienes que hubieran sido objeto de donación se proyecta a tiempo posterior al de la propia donación, ya que tiene lugar en el momento de evaluar los dejados en herencia". Me parece que esta experiencia es significativa, no sólo si se compara con la experiencia italiana en cuanto a la donación de dinero para la compra de bienes inmuebles, sino, sobre todo, para comprender que, más allá de la letra de la ley, siempre es necesario encontrar una solución coherente a los intereses en juego.

12 Para una claridad extraordinaria y un resumen completo de las principales reconstrucciones, refiérase al trabajo de Cariota Ferrara, L.: "In tema di collazione", *Dir. e giur.*, 1977, p. 481 e Id.: *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, s.d., p. 677. El Autor, si bien se adhiere a la idea de que el fundamento de la colación,como, por otra parte, de todo el derecho de sucesión, es la protección del interés familiar, no deja de observar que "oggi tante elaborazioni sembrano essere giunte al solo risultato di cogliere i vari motivi che hanno potuto indurre la legge a mantenere e regolare, in un modo anziché in un altro, la collazione, non la *mens legis* e la *ratio* di essa", sin descuidar el hecho de que las diferencias entre las diversas tesis no son tales "nelle conseguenze pratiche e giuridiche, da giustificare così laboriose e sottili indagini". Habiendo superado la idea de que la colación servía para constituir una especie de copropiedad familiar de la propiedad del difunto (Coviello, L.: *Delle successioni, parte generale*, Napoli, 1935, p. 423), o que respondía a una presunta voluntad del causante (Torrente, A. y Schlesingher, P.: *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., Milano, 2004, pp. 1019 y ss.), o que sea una anticipación de la herencia (Forchielli, P.: *La collazione*, Padova, 1958, pp. 12 y ss., spec. pp. 17 y 32 y Id.: "Collazione", *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, p. 3), o que tenía una función de justicia distributiva, destinada a asegurar la composición cualitativa de la cuota (Visalli, N.: *La collazione*, Padova, 1988, pp. 34 ss.), durante mucho tiempo se consideró la colación, de acuerdo con la idea de que toda la sucesión era una disciplina dedicada a proteger la familia, una institución para proteger el interés de la familia. En este sentido, Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria,* in *Tratt. dir. civ. e comm* (dir. A. Cicu y F. Messineo), vol. XLII, 2, Milano, 1958, p. 486, "per noi, posto a fondamento della collazione la tutela di un interesse familiare, se la legge consente al genitore di derogare ad esso, è da ritenere che la volontà di deroga debba essere espressamente dichiarata". También Gazzara, G.: "Collazione (dir. civ.)", en *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 334. Más recientemente, Di Mauro, N.: *Profili della collazione delle liberalità e dell'imputazione dei debiti*, Bari, 2012, p. 41, "si tratta, in definitiva, di una disciplina costituzionalmente orientata a salvaguardare, attraverso la tutela dei diritti patrimoniali successori dei singoli componenti, il principio dell'unità della famiglia c.d. nucleare, sancito dall'articolo 29, comma 2, Cost.". Más compartible es la idea de que la colación sirve para asegurar el equilibrio y la igualdad de trato entre los coherederos. Así, Perlingieri, G.: "La collazione per imputazione e il criterio di stima *al tempo dell'aperta successione*. La collazione d'azienda", cit., 2011, p. 85; Marinaro, G.: *La successione necessaria*, Napoli 2009, p. 249 y 385.

interpretación medidas correctivas cuando la naturaleza de los bienes objeto de la donación corre el riesgo de causar graves desigualdades.

Es indispensable, como se desprende de una lectura conjunta de las normas en tema de colación, que el valor de la donación se haga en el momento de la apertura de la sucesión, mientras que no me parece indispensable que se haga referencia al valor concreto del bien en el momento de la donación, sobre todo cuando, debido a la naturaleza del bien, se puede decir, aunque con alguna hipérbole, que el bien donado es sustancialmente diferente del existente en el momento de la apertura de la sucesión. De hecho, no se puede decir que una empresa en el tiempo t1 sea igual a la misma empresa en el tiempo t2, ya que la conexión intrínseca con la actividad empresarial la convierte en un bien siempre diferente.

El criterio establecido por la ley está pensado para los bienes que pueden sufrir cambios de valor que desatiendan sustancialmente la actividad del propietario, mientras que es inadecuado cuando el bien sufre cambios de valor que están principalmente relacionados y dependen de la actividad de su propietario.

Esto se confirma claramente al considerar las disposiciones del art. 748 CC italiano[13] sobre el tema de las mejoras, gastos y deterioros de los bienes inmuebles sujetos a colación. Si, por una parte, el legislador establece que el inmueble debe ser traído a la masa hereditaria al valor que tiene en el momento de la apertura de la sucesión, por otra parte, especifica que el valor de las mejoras realizadas en el inmueble y el valor de los gastos extraordinarios incurridos por el donatario deben ser deducidos a favor de éste, y que el deterioro que ha sufrido el inmueble por su culpa debe ser cargado al donatario.

Esta norma aclara que el legislador pretendía considerar el valor intrínseco del bien descontado en el momento de la sucesión, sin considerar, sin embargo, los aumentos o disminuciones de valor del bien, que dependen exclusivamente de la actividad de su propietario.

No cabe duda de que esta norma, aunque se dicta con referencia específica a los bienes inmuebles, expresa un principio muy claro, que debe aplicarse mucho más allá del caso para el que se establece.

La colación de un bien debe tener en cuenta su valor al tiempo de la apertura de la sucesión, teniendo en cuenta cualquier aumento o disminución del valor del

13 El art. 750 CC italiano establece: "In tutti i casi, si deve dedurre a favore del donatario il valore delle migliorie apportate al fondo nei limiti del loro valore al tempo dell'aperta successione. Devono anche computarsi a favore del donatario le spese straordinarie da lui sostenute per la conservazione della cosa, non cagionate da sua colpa. Il donatario dal suo canto è obbligato per i deterioramenti che, per sua colpa, hanno diminuito il valore dell'immobile. Il coerede che conferisce un immobile in natura può ritenerne il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute per spese e miglioramenti".

bien dependiente de cualquier razón extrínseca a la actividad de su propietario, mientras que nunca podrá tener en cuenta ningún aumento o disminución del valor relacionada o dependiente de la actividad de su propietario.

Si no se quiere utilizar el criterio que propongo aquí, es decir, evaluar la participación social y la empresa según su valor en el momento de la donación, actualizado dicho valor al tiempo e la apertura de la sucesión y se prefiere utilizar el criterio literalmente fijado por la ley, el resultado no sería diferente. Si se quiere afirmar que la participación social y la empresa deben evaluarse según su valor en el momento de la apertura de la sucesión, se debe aplicar el principio expresado en el art. 748 CC. En consecuencia, el valor de la participación social y/o de la empresa en el momento de la apertura de la sucesión debe reducirse en todo aumento de valor que dependa de la actividad de su titular e incrementarse en toda disminución de valor que sea exclusivamente atribuible a su propietario.

Si bien calcular las mejoras o deterioros de un bien inmueble que han dependido de la actividad de su propietario es una tarea sencilla, determinar las mejoras o deterioros de una empresa que han dependido de la actividad del empresario es una tarea difícil y ardua. Por lo tanto, para evitar una valoración tan compleja y para aplicar los principios generales que se derivan de las normas, es sin duda preferible indicar que el valor de las participaciones sociales y de la empresa debe calcularse, a efectos de la herencia, teniendo en cuenta su valor en el momento de la donación, actualizado al tiempo de la apertura de la sucesión.

Aunque el criterio pueda parecer, a primera vista, anti-literal, me parece que, teniendo en cuenta los principios que rigen la sucesión, es la única interpretación verdaderamente conforme al derecho sucesorio italiano, con la aclaración adicional de que la interpretación puramente literal sería la que supondría un contraste sustancial con los principios de los que la disciplina es una expresión.

Por lo tanto, el resultado es claro: las participaciones sociales y la empresa deben ser valoradas de tal manera que se excluya cualquier aumento o disminución de valor que sea atribuible a la actividad de su titular.

III. LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y LA EMPRESA DEBEN SER VALORADAS SEGÚN SU VALOR DE MERCADO Y NO SEGÚN SU VALOR CONTABLE.

No menos problemática es la segunda cuestión que se plantea, es decir, cómo determinar, incluso en el momento de la donación, el valor de la participación social o de la empresa.

El problema surge porque, tanto en lo que respecta a las participaciones sociales como a la empresa, existe una tendencia general a considerar el denominado valor contable, es decir, el valor resultante de los registros contables y el presupuesto, que generalmente viene dado por el coste histórico menos la depreciación.

A este respecto, aunque la referencia al valor contable es bastante sencilla, creo que tanto la participación social como la empresa deben medirse a su *fair valu*e, entendido, como se especifica en las normas internacionales de contabilidad, como "la contraprestación por la que puede intercambiarse un activo, o liquidarse un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas en una transacción entre terceros independientes".

La diferencia de valor de la participación y de la empresa, en el momento de la donación y en el momento de la apertura de la sucesión, no depende únicamente de la variable denominada "fondo de comercio", no sólo de la variable relativa a los beneficios realizados durante los ejercicios, sino también de las variaciones de valor en función de a) bienes inmóviles; b) patrimonio auxiliar; c) variables externas.

La cuestión es si y cómo estos cambios deben tenerse en cuenta.

Los cambios en el valor de los bienes puramente inmobiliarios que no están directamente relacionados con la actividad del propietario son sustancialmente significativos, aunque no se puede pasar por alto que las normas sobre los pactos familiares dan una imagen muy diferente (véase el artículo 768-bis CC italiano), ya que se construyen precisamente con el fin de excluir esta relevancia, de modo que el valor de las participaciones o de la empresa queda congelado en el momento en que se hace el pacto. Sin embargo, hay que considerar que la disciplina del pacto familiar prevé la satisfacción simultánea de los demás legitimarios, por lo que esta regla no puede tomarse como general, para las donaciones que sólo benefician al beneficiario y que deben considerarse con el fin de reequilibrarlas mucho después.

Desde otro punto de vista, tampoco hay que olvidar que los bienes que componen la empresa y, por tanto, los que componen el patrimonio de esta no se adquieren sólo como tales, sino como bienes destinados al ejercicio de la actividad empresarial. Por lo tanto, no creo que sea del todo peregrino considerar que cualquier variación intrínseca en el valor de estos bienes debe y puede considerarse más que una variación exógena del sistema, un riesgo típico de la actividad empresarial.

Por lo tanto, es necesario un criterio para determinar cuál puede ser el valor de mercado de las participaciones o de la empresa.

La referencia a un método puramente patrimonialista, que tiene en cuenta el valor de los activos que componen la empresa, de forma que este valor coincide con la inversión neta que sería necesaria para iniciar un nuevo negocio con una estructura de capital idéntica a la que se está valorando, aunque se caracteriza por una cierta objetividad de valoración, no tiene en cuenta la capacidad de la empresa para generar flujos de caja o ingresos futuros. Es decir, tanto en lo que respecta a las participaciones como a la empresa, me parece especialmente significativo.

Por lo tanto, es un método que podría ser adecuado en la hipótesis de que se deba evaluar una empresa con una fuerte capitalización, mientras que es menos eficaz en otros casos.

En cambio, el método puramente reditual, es decir, el que tiene por objeto calcular el valor de la empresa únicamente en función de su rentabilidad, parece inadecuado porque devalúa excesivamente la capitalización de la empresa.

Tampoco parecen ser de gran utilidad los métodos de valoración mixtos, que tienen en cuenta tanto el componente de capital como el potencial de rentabilidad. Estos métodos, que están esencialmente diseñados para superar los límites de ambos, terminan no superando ninguno de ellos y sufriendo tanto los límites del uno como del otro, ya que sufren la subjetividad típica de los métodos patrimonialistas y la falta de racionalidad económica de los métodos redituales.

A este respecto, una de las soluciones preferibles es hacer referencia a los métodos financieros.

Entre ellos, considerar el valor de la empresa según el método de implementación de la renta prospectiva, es decir, considerar la empresa como una inversión financiera cuyo valor depende, principalmente, de la renta que es capaz de producir, sin tener en cuenta las denominadas variables internas del sistema, es decir, la calidad de la gestión, las cuotas de mercado, la calidad del producto, etc.

Sin embargo, más allá del tecnicismo, es evidente que tanto para determinar el valor de la participación social como para determinar el valor de la empresa es necesario tener en cuenta el valor de mercado de la participación o de la empresa en el momento mismo en que se produce la donación. En el entendimiento de que ese valor particular debe ser actualizado en el momento de la apertura de la sucesión.

Tanto la empresa como la participación social no son una mera inmovilización, sino que constituyen un instrumento para la producción de riqueza. Creo que la jurisprudencia debe considerar estos perfiles, ya que, en su defecto, el mecanismo

de colación, diseñado históricamente para lograr la igualdad entre los coherederos, acabaría convirtiéndose en un instrumento de desigualdad.

Sobre la base de estas consideraciones, una ponderación correcta de los intereses en conflicto y un equilibrio adecuado de los principios lleva a creer que la donación de una participación social debe ser colacionada a su *fair value* (no contable) en el momento de la donación, actualizado en el momento de la apertura de la sucesión.

Este criterio, sin embargo, sería coherente con la orientación de la Corte de casación italiana que, al determinar el valor de la participación a efectos de liquidación a los herederos del accionista fallecido, establece que debe tenerse en cuenta la situación patrimonial el día del fallecimiento del accionista, precisando que no se puede tener en cuenta una gestión en la que no participen ni el accionista fallecido ni sus herederos[14].

IV. COLACIÓN DE EMPRESA POR IMPUTACIÓN.

La orientación jurisprudencial que se repite en la sentencia en cuestión establece que la colación de participaciones sociales debe hacerse por imputación, aplicando el art. 750 CC italiano, mientras que la colación de una empresa debe hacerse en natura o por imputación, a elección del donatario.

Es necesario investigar si es razonable y coherente la elección de aplicar a la empresa las normas previstas para los bienes inmuebles, en la parte en que se deja al beneficiario de la donación decidir si la colación debe hacerse por imputación o en natura.

A este respecto, teniendo en cuenta la complejidad de los bienes que componen una empresa, en la que también podría haber una falta total de derechos de propiedad inmobiliaria, creo que es preferible una solución opuesta y, por lo tanto, que la colación, a menos que haya un acuerdo entre todas las personas interesadas, se realice siempre por imputación.

14 Así Cass., 14 de marzo de 1968, n. 814, *Leggi d'Italia*, donde puede leerse: "la valutazione del patrimonio di una società di persone, ai fini della liquidazione della quota del socio defunto in favore dei suoi eredi, deve essere compiuta in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si è verificato il parziale scioglimento del rapporto sociale, rispondendo, oltre che ad un'esigenza logica, ad un criterio di giustizia che, nel liquidare la quota del socio defunto, non si debba tener conto di una gestione sociale alla quale non hanno partecipato né il socio né i suoi eredi. Il principio trova applicazione anche nel caso in cui, per la stima dell'azienda sociale, sia adottato il sistema della capitalizzazione del reddito, non imponendo necessariamente tale sistema che si debba aver riguardo ai soli redditi futuri e non esistendo alcun ostacolo logico alla sua adozione con riferimento ai redditi ottenuti in un dato momento o ai redditi passati 1968)". Teniendo en cuenta esta orientación, no es realmente posible entender por qué la Corte de casación italiana, cuando tiene que determinar el valor de la donación de una participación social, no duda en afirmar que debe calcularse en proporción al patrimonio neto en el momento de la apertura de la sucesión, incluyendo así los resultados de una gestión en la que el donante no participó.

No creo que haya razones adecuadas para justificar el tratamiento diferente de las participaciones sociales respecto a las empresas, especialmente si consideramos que la valoración debe hacerse al valor de mercado en el momento de la donación, actualizando dicho valor en el momento de la apertura de la sucesión.

La particularidad del patrimonio de la empresa, su instrumentalización para el ejercicio de la actividad empresarial y la fortísima interrelación que existe entre la empresa y el desempeño de la actividad empresarial, hace que se prefiera la aplicación de una norma exactamente opuesta a la que la jurisprudencia considera admisible.

El razonamiento de la jurisprudencia podría ser plausible en el caso de empresas fuertemente capitalizadas, mientras que me parece profundamente inadecuado en comparación con todos los demás casos. Por otra parte, si es cierto que el valor de la empresa está relacionado con el carácter unitario de los bienes en su conjunto (es decir, los derechos sobre los bienes que la componen) y que la empresa tiene un valor diferente de la mera suma del valor de los bienes individuales, tanto muebles como inmuebles, es evidente que la colación en natura no sólo es ineficiente, sino que, sobre todo, no es capaz de lograr adecuadamente el equilibrio en las relaciones entre los herederos, salvo mediante las adaptaciones necesarias.

En otras palabras, me parece que el legislador había imaginado la colación en natura con respecto a los bienes inmuebles individuales, mientras que se vuelve inadecuada para una *universitas rerum* que, sólo accidentalmente, también podría estar compuesta de bienes inmuebles y que, con casi absoluta certeza, está compuesta de bienes muebles importantes.

Releyendo las normas sobre la colación, teniendo en cuenta también las normas conexas sobre la partición, surge claramente la idea de que la colación debe hacerse, en principio, siempre por imputación y que la colación en natura constituye una hipótesis especial admisible y prevista sólo en el caso de los bienes inmuebles. Si, por lo tanto, el principio general es que la colación debe hacerse por imputación, afirmar que la colación de empresa puede hacerse en natura, porque la empresa "representa la medida de la copropiedad del derecho real sobre la *universitas rerum* de los bienes que la componen"[15] me parece una petición de principio y, sobre todo, una solución incoherente con respecto a los intereses en juego.

15 Este es el razonamiento que se da en la sentencia en cuestión y en la jurisprudencia pertinente. Exactamente afirma lo siguiente: "rappresenta la misura della contitolarità del diritto reale sulla *universitas rerum* dei beni di cui si compone".

En primer lugar, porque no es cierto que la empresa represente la medida de copropiedad del derecho real, sino, más correctamente, la medida de la participación en una universalidad compuesta y compleja de derechos y respecto a la cual cualquier reducción de ella al derecho real es superficial. En segundo lugar, porque es cuestionable que en una empresa existan derechos reales sobre bienes inmuebles y, de hecho, en la mayoría de los casos la titularidad de los derechos reales es una hipótesis limitada. Por último, porque las normas que rigen la empresa y, en particular, las normas sobre la transferencia de una empresa dejan claro que su circulación se construye teniendo en cuenta la complejidad de las relaciones que la caracterizan.

Si sólo consideramos las normas sobre la transferencia de empresas, es fácil comprender que las cuestiones más controvertidas son las relacionadas con la sucesión en los contratos y la reglamentación de los créditos y las deudas, mientras que las cuestiones relacionadas con la transferencia de los derechos de propiedad inmobiliaria tienen una importancia marginal.

A la luz de estas apreciaciones y, sobre todo, reflejando que el examen global de la disciplina general sobre el tema de la partición hereditaria muestra que la colación debe hacerse, en general, por imputación, mientras que la colación en natura constituye una hipótesis especial, la solución propuesta por la jurisprudencia me parece inadecuada.

Aunque no quepa duda de que una empresa también puede estar constituida por derechos de propiedad inmobiliaria, creo que la colación debe hacerse siempre por imputación, a menos que todas las personas interesadas se pongan de acuerdo sobre la posibilidad de una colación en natura.

Por lo tanto, no se puede compartir el argumento que propone la jurisprudencia. La idea de que la colación de una empresa también puede tener lugar en natura, no puede justificarse razonablemente porque se basa en el supuesto erróneo de que la titularidad de la empresa da lugar a la titularidad de derechos de propiedad inmobiliaria y en una metodología anclada en la lógica de la subsunción o de la prioridad apofántica.

La identificación de la disciplina aplicable es una compleja actividad de interpretación en la que es esencial considerar la razón suficiente de la norma, su justificación sobre la base de un principio y la ponderación de éste con todos los demás con los que, de vez en cuando, concurre. Al mismo tiempo, ya no se da la analogía o, más precisamente, siempre se da la analogía[16], porque toda

16 "Ogni interpretazione ha natura analogica, per affinità o somiglianza, sí che l'analogia è il motore di ogni indagine ermeneutica", Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 194, nota 138; Tullio, L.: "Analogia: tra uguaglianza,

interpretación sólo puede ser analógica, es decir, basada en una razón suficiente, sin la posibilidad de suponer que hay hechos que pueden ser estricta y racionalmente subsumidos dentro de una norma, sin que esta actividad se rija por una evaluación razonable[17], que tenga en cuenta la función y que considere la adecuación de la disciplina a los intereses en juego.

Toda interpretación es, en sí misma y por definición, analógica, de modo que el intérprete no recurre a la analogía cuando un caso no puede ser decidido por una disposición legal concreta, sino siempre que tiene que aplicar alguna norma o principio. Ningún hecho es exactamente igual al puramente descrito en el supuesto de la norma, y aunque el jurista tuviera que aplicar una sola regla a un caso, seguiría siendo una aplicación analógica, es decir, una aplicación hecha por similitud y diferencia, ya que es posible aplicar una cierta regla a un determinado caso siempre de manera analógica, es decir, despojando al caso de algunas de sus peculiaridades, para hacerlo conforme (rectius: lo más cercano posible) al presupuesto de la norma.

Desde este punto de vista, la colación de la empresa me parece una clara confirmación de la necesidad de evitar cualquier hipostatización interpretativa y de la necesidad de que el intérprete identifique una disciplina del caso coherente con los intereses concretamente implicados y con los principios del sistema.

Me parece, pues, que la colación de las empresas debe hacerse siempre por imputación y que no se puede dar al beneficiario la posibilidad de elegir unilateralmente hacer una colación en natura. Me parece que no hay justificación para la aplicación pura y simple a la donación de la empresa de la regla del art. 746, párrafo 1, CC italiano, que la Corte de Casación italiana sigue repitiendo incansablemente, tal vez sin una reflexión adecuada sobre las consecuencias de la aplicación y los intereses en juego.

ragione d'essere e meritevolezza di estensione", en Perlingieri, G. y D'Ambrosio, M. (coord.): *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 120.

17 Sobre el principio de razonabilidad, por todos Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 1 y ss.

BIBLIOGRAFIA

Barba, V.: "Collazione di partecipazioni sociali e criteri di determinazione del loro valore", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, pp. 723-735.

Barba, V.: "Tecniche negoziali di intestazione di beni sotto nome altrui e problemi successori", *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 5, pp. 344-361.

Cariota Ferrara, L.: "In tema di collazione", *Diritto e giurisprudenza*, 1977, pp. 481-483.

Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, A. Morano, Napoli, s.d.

Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria,* en *Tratt. dir. civ. e comm.* (dir. A. Cicu y F. Messineo), vol. XLII, 2, Giuffré, Milano, 1958.

Coviello, L.: *Delle successioni, parte generale*, 4ª ed., interamente rifatta dal Prof. L. Coviello, G. Torella e Figlio, Napoli, 1935.

Di Mauro, N.: *Profili della collazione delle liberalità e dell'imputazione dei debiti*, Cacucci Editore, Bari, 2012.

Forchielli, P.: "Collazione", en *Enciclopedia giuridica Treccani,* vol. II, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 1 ss.

Forchielli, P.: *La collazione*, Cedam, Padova, 1958.

Gazzara, G.: "Collazione (dir. civ.)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffré, Milano, 1960, p. 334.

Marinaro, G.: *La successione necessaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009.

Notari, M.: "La trasmissione ereditaria di impresa", en AA.VV.: *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, pp. 479 y ss.

Palazzo, M.: "Il problema della circolazione di azienda e partecipazioni societarie", *Vita notarile*, 2020, pp. 539-562.

Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei princípi e valutazione comparativa degli interessi", *Rassegna di diritto civile,* 2008, pp. 146-203.

PERLINGIERI, G.: "La collazione per imputazione e il criterio di stima *al tempo dell'aperta successione*. La collazione d'azienda", *Rivista di diritto civile*, 2011, pp. 85-135.

TULLIO, L.: "Analogia: tra uguaglianza, ragione d'essere e meritevolezza di estensione", en G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO (coord.): *Fonti, metodo e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 101-122.

VISALLI, N.: *La collazione*, Cedam, Padova, 1988.

EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE REGRESO EN FAVOR DEL COHEREDERO SOLIDARIO

AROUND THE BASES OF THE RIGHT OF RESTITUTION IN FAVOR OF THE CO-HEIR SOLIDARITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 576-609

Juan Carlos
PRADO
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Previas consideraciones sobre el surgimiento de la responsabilidad por deudas hereditarias y el reconocimiento en el ordenamiento jurídico español del derecho de regreso en favor del coheredero solidario, el presente estudio aborda los fundamentos teóricos de un tal derecho, y que giran en torno al restablecimiento del equilibrio patrimonial quebrantado a causa del enriquecimiento injustificado de aquellos codeudores que, en virtud de la utilidad recibida por la intervención del solvens, fueron liberados de la parte de la deuda a la que también estaban obligados.

PALABRAS CLAVE: Deudas hereditarias; solidaridad pasiva; derecho de regreso; subrogación legal; equidad; enriquecimiento injustificado.

ABSTRACT: *Previous considerations of the emergence of liability for the hereditary debts and the recognition in the Spanish legal system to the right of restitution in favor of the co-heir solidarity, the present study approach the theoretical bases of this right, and that they revolve around the reestablishment of the patrimonial balance breakdown due to the unjustified enrichment of those co-debtors who, by virtue of the profit received by the solvens intervention, were released from the part of the debt to which they were also obligated.*

KEY WORDS: *Hereditary debts; passive solidarity; law of restitution; legal subrogation; equity; unjustified enrichment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ASPECTOS INHERENTES AL SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS HEREDITARIAS.- III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS POR EL COHEREDERO SOLIDARIO Y SU DERECHO DE REGRESO.- 1. El debate en torno al carácter solidario de la responsabilidad por deudas hereditarias.- 2. El reconocimiento del derecho de regreso para el solvens solidario.- 3. El reforzamiento de la protección del solvens a través de la subrogación legal: la cuestión inherente a la duplicidad de acciones.- IV. EL RESTABLECIMIENTO DE LA EQUIDAD PATRIMONIAL A LA BASE DEL DERECHO DE REGRESO EN FAVOR DEL SOLVENS.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Como es sabido, el instituto de la sucesión *mortis causa* encuentra su regulación en el sistema jurídico hereditario basado en los Derechos romano y germánico, y que la tradición civilista española reflejará en su codificación. Esta regulación tiene el propósito de establecer el régimen jurídico inherente a la distribución del patrimonio relicto del *de cuius* (*a*es hereditario) entre sus sucesores, sea este activo que pasivo, ya que, según el art. 659 CC: "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte". A este respecto, ante la existencia de una pluralidad de herederos que se encuentren en estado de comunidad previo a la partición de la herencia, ellos estarán legitimados a recibir el caudal relicto activo, si bien, adicionalmente, se encontrarán obligados a enfrentar el pasivo, es decir, las cargas y deudas dejadas por el *de cuius*. Además, ante una aceptación de la herencia de forma pura y simple por los llamados a la sucesión, los herederos deberán solventar las deudas no solo con el patrimonio relicto que recibieron del causante, sino también con el suyo privativo, creándose así una responsabilidad conocida como *ultra vire*s.

En este sentido, puede suceder que, existiendo varios herederos responsables, uno de ellos se haga cargo de la extinción total (*in solidum*) de las deudas y cargas que gravan en la herencia, pagando también lo que correspondía a los demás obligados. Ante lo cual, el régimen jurídico de las obligaciones solidarias se basa en el reconocimiento del derecho de regreso en favor del *solvens* que pagó por los demás codeudores y que, a su vez, se fundamenta en el evitar que se verifique en ellos un enriquecimiento injustificado, al ahorrarse el desembolso de la *pars* cuota a la que también estaban obligados, por lo que se trata de restablecer el equilibrio (*aequitas*) patrimonial quebrantado entre todos ellos.

• Juan Carlos Prado Rodríguez
Profesor de Derecho Romano y Civil. Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: jprado@usfq.edu.ec

Así pues, y no obstante el debate sobre el primer párrafo del art. 1084 CC concerniente al carácter solidario de la responsabilidad por las deudas hereditarias, este derecho de regreso es reconocido en los arts. 1084. 2º y 1085 del referido cuerpo legal, y reforzado por vía de subrogación legal con base en el art. 1210. 3º CC, al permitirle al *solvens* que se le traspasen (*ipso iure*) los derechos crediticios del acreedor satisfecho para dirigirse, a través de los respectivos instrumentos procesales, en contra de los demás obligados y así restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado ante su desembolso personal. Lo cual, sin embargo, ha generado la cuestión inherente a la dualidad y elección de las acciones de las que dispone el *solvens* para el regreso.

En consecuencia, previas consideraciones sobre el surgimiento de la responsabilidad por las deudas hereditarias y el régimen inherente a la intervención solutoria del coheredero solidario, el presente estudio aborda, desde un enfoque prevalentemente teórico doctrinal, los fundamentos jurídicos que están a la base del reconocimiento en el Derecho español, del derecho de regreso en favor del *solvens*, y que giran en torno al reequilibrio patrimonial de este último, quebrantado a causa de la utilidad que su intervención comportó en los demás obligados. Esto conlleva el considerar aquellos principios que, con base en la construcción teórica romana, la dogmática jurídica moderna retomaría para mantener al *solvens* protegido y reforzar así la referida equidad patrimonial, al constituir un principio generalmente reconocido, aquel que prohíbe enriquecerse con detrimento ajeno.

II. ASPECTOS INHERENTES AL SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS HEREDITARIAS.

En el Derecho civil español la condición de heredero está sometida a la circunstancia de que los llamados a la sucesión acepten la herencia, que es cuando pasarán a ser efectivamente herederos[1]; más tarde se procederá a la adjudicación de los bienes a través de la respectiva partición y, hasta que ésta se realice, quedará constituida la llamada comunidad hereditaria. En este sentido, la responsabilidad que surge por las deudas hereditarias tiene como pauta inicial la aceptación de los llamados a la sucesión[2], quienes a partir de ese momento asumirán la condición de herederos y, por tanto, también la de codeudores del pasivo hereditario, al recibir

1 *Cfr.* Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 12ª ed., 2017, p. 268. A este respecto observa Albaladejo García, M.: "La adquisición de la herencia en el derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1955, núm. 1, p. 10: "[…] acogemos como regla general la de que en nuestro Derecho la herencia se adquiere por la aceptación". Esta regla tiene su origen en la romana *aditio hereditatis*, la cual consistía en realizar sobre los bienes relictos algún acto que evidencie la voluntad del llamado a comportarse como heredero (*pro herede gestio*); mientras que, en la sucesión testamentaria la forma solemne de aceptación era la *cretio*, que debía llevarse a cabo en el plazo de cien días, véase d'ors, A.: *Derecho privado romano*, Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004, 10ª ed., p. 324; Manfredini, A.: *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 73 ss.

2 Según manifiesta Escriche, J.: *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, 1838, p. 8: "Aceptada llanamente la herencia, entra el heredero en todos los derechos y obligaciones del difunto,

por sucesión universal también las obligaciones que tuvo en vida el *de cuius*[3]. Esta responsabilidad subsistirá, inclusive, ante el supuesto de la venta de la herencia[4], en la que el heredero cedente seguirá respondiendo de sus cargas y deudas[5], a menos que los acreedores involucrados consientan expresamente su asunción por el cesionario[6]. Mientras que, ninguna responsabilidad surgirá para los llamados que repudien de forma solemne la herencia por las razones que estimen oportunas[7].

Pues bien, el art. 998 CC establece que "La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario". Esta alternativa determina, según Galicia Aizpurua[8], "un diferente alcance de la responsabilidad del sucesor universal por las deudas y cargas que gravitan sobre el caudal"[9]. En efecto, ante una aceptación pura y simple los herederos quedarán obligados a enfrentar el

debiendo por consiguiente pagar todas las deudas y legados que dejó este, aun cuando importen más que aquella".

3 *Cfr.* Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código civil y en los Derechos civiles autónomos", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua). Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 30. Mientras que, antes de la aceptación, la herencia se encuentra en un estado conocido desde el Derecho romano como yacente (*hereditas iacens*), véase d'ors, A.: *Derecho privado*, cit., p. 323. Situación que es propia también del Derecho español, en el que el conjunto de derechos y obligaciones que forman parte del caudal hereditario carece de un titular, véase Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 267.

4 Según Colina Garea, R.: "La venta de herencia en el Código civil español", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, 2001, núm. 5, p. 243, con esta "[…] el heredero enajena la totalidad del contenido económico, activo y pasivo, de una herencia abierta y diferida, abonando el comprador un precio alzado y satisfaciendo al vendedor todo lo que éste hubiera pagado por las deudas y cargas hereditarias, así como por los créditos que tenga contra la herencia, salvo pacto contrario".

5 *Cfr.* Espejo Lerdo de Tejada, M.: "La cesión de la herencia en el Código civil: ¿Cambio personal del heredero?, *Anuario de Derecho Civil*, 2008, vol. 61, núm. 4, p. 1919. En efecto, se considera que la venta de la herencia no transfiere la cualidad de heredero a su comprador, ya que es personalísima, y lo que se traspasa son sus bienes o la cuota de la que es titular el heredero cedente, respetándose así el aforismo *semel heres, semper heres*, *cfr.* López –Jacoste Díaz, E.: "Contratos y patrimonio. La venta de la herencia", *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 118. Véase asimismo Moretón Sanz, M. F.: "Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, núm. 716, p. 3178; Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 311 s.

6 Véase a tal respecto Moretón Sanz, M. F.: "Cuestiones sobre las deudas", cit., p. 3183. Sin embargo, para Espejo Lerdo de Tejada, M.: "La cesión de la herencia", cit., p. 1919, esta hipótesis resulta poco frecuente en la praxis, por la dificultad para el heredero de localizar a todos los acreedores y solicitarles su consentimiento. No obstante, también se suele considerar que, con base en el art. 1534 CC, el comprador deberá responder en la medida que alcance el caudal relicto, por lo que, según López –Jacoste Díaz, E.: "Contratos y patrimonio", cit., p. 117, se le atribuye una responsabilidad *intra vires*, al considerar dicha venta como "un todo o universalidad, constituido por el contenido económico, activo y pasivo de la herencia o cuota de ella".

7 Sin embargo, ante una renuncia realizada en perjuicio de los acreedores, cabe la posibilidad de recurrir al art. 1001 CC: "Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. [...]". A tal respecto, para Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 287, esto no determina que los acreedores pasen a ser herederos del causante, ya que manifiesta: "el primer inciso del párrafo 2° establece nítidamente que "la aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos". Esta situación es considerada por dicho autor (p. 287) "[...] como una medida de protección del crédito que guarda cierta analogía con las acciones subrogatoria y pauliana o revocatoria".

8 Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad", cit., p. 30.

9 En efecto, según el art. 1003 CC: "Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios". Sobre esta responsabilidad ilimitada véase Mingorance Gosálvez, M. C.: "Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015, núm. 752, pp. 3230 s.

pasivo hereditario inclusive con sus bienes privativos (*ultra vires hereditatis*)[10], ya que se asiste a la confusión de los patrimonios del *de cuius* y del heredero[11] y, en el caso exista una pluralidad de coherederos, por lo general ellos responderán de forma solidaria[12]. Mientras que, el art. 1023. 1º CC[13] regula la aceptación de la herencia a través del beneficio de inventario, supuesto en el que se habla de una responsabilidad *intra vires* que protege al heredero para que enfrente el pasivo en el límite del patrimonio relicto inventariado, sin que sea afectado en el suyo propio[14]. A este respecto, Galicia Aizpurua[15] plantea la cuestión de cuál de los dos regímenes de aceptación constituya la regla general, decantándose por aquel de la responsabilidad *ultra vires*[16], en el que los acreedores del *de cuius* gozarán de mayor protección para ver satisfechos sus créditos[17]. A esto se debe añadir lo establecido en el art. 1911 CC: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros". Por lo que, ante el fallecimiento del deudor, ocuparán su lugar sus herederos, quienes, en consecuencia, responderán también de sus deudas[18].

Con respecto al supuesto en el que exista una pluralidad de herederos que hayan aceptado la herencia y aún no se haya procedido a su partición, como observado, se crea un estado conocido como comunidad hereditaria[19], la misma que constituye la regla general, a no ser que el testador haya establecido la distribución de su patrimonio, a lo que se añade que los acreedores del *de cuius*

10 *Cfr.* Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad", cit., p. 30.

11 Sobre el debate doctrinal inherente a la confusión o separación de patrimonios, véase Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 299 s.

12 *Cfr.* Mingorance Gosálvez, M. C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 177.

13 "El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma […]".

14 *Cfr.* Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad"; cit., p. 30. En materia véase Karrera Egialde, M. M.: "El modo de solicitar el beneficio de inventario en el Código civil tras la Ley de jurisdicción voluntaria", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua) Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, pp. 135-183. Sobre los fundamentos romanistas del *beneficium inventarii*, véase d'ors, A.: *Derecho privado*, cit., pp. 329 s.

15 Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad", cit., pp. 31, 39 ss.

16 En efecto, afirma Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad", cit., pp. 44 s.: "El carácter excepcional de la limitación de la responsabilidad deriva asimismo de su concepción normativa como un *beneficio* […]".

17 Manifiesta al respecto Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad", cit., p. 48: "[…] los acreedores y legatarios tienen más protección cuando los requisitos para aceptar la herencia a beneficio de inventario se incumplen, pues de esta forma responde todo el patrimonio de los herederos y su garantía es aún mayor".

18 Ante lo cual, manifiesta Albaladejo García, M.: "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición", *Anuario de Derecho Civil*, 1967, núm. 3, p. 481: "Por lo que sería como si el art. 1.911 dijese: "Muerto el deudor, del cumplimiento de sus obligaciones responden sus herederos con todos sus bienes presentes y futuros".

19 Para Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria", *Anuario de Facultade de Dereito*, 2002, núm. 6, p. 237, esta se define como "aquella situación en la que se encuentra la herencia, desde la aceptación hasta su división o adjudicación, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de personas que han sido llamadas simultáneamente a recibir en la misma una parte alícuota o participación ideal y abstracta que no se proyecta sobre bienes determinados, sino sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado en su conjunto como una unidad (*universitas iuris*)".

estarán legitimados a oponerse a ella, conforme a lo establecido en el art. 1082 CC[20], lo que determina, según Lasarte Álvarez [21], que la comunidad hereditaria se caracterice por ser forzosa, incidental pero transitoria, ya que estará vigente hasta su respectiva adjudicación[22]. Y, con relación al contenido patrimonial que pasará a formar parte de la masa objeto de dicha comunidad hasta su partición[23], afirma Lasarte Álvarez [24] que "se heredan tanto los bienes cuanto las deudas y, encontrándose la herencia en situación de indivisión, los coherederos tendrán derecho a aquéllos y obligación de afrontar éstas".

Por cuanto afecta a la posición que ocupan los herederos en dicha comunidad, concurren dos teorías: la primera considera que la comunidad tiene su origen en el Derecho romano y la aproximan al esquema de la copropiedad por cuotas[25]; mientras que, la segunda estima que aquella deriva del Derecho germánico y en la que el patrimonio hereditario, sea activo que pasivo, es un conjunto que atribuiría derechos y responsabilidades a los herederos de forma conjunta y no dividida entre ellos[26]. A la vista de lo anterior, sería esta última teoría la que se acerca a la regulación del Derecho civil español, en donde la comunidad hereditaria es universal, al incluir el conjunto de bienes, derechos y obligaciones inherentes a la formación de la masa hereditaria, sin que a los coherederos se les atribuya facultad para disponer de los bienes del *aes* hereditario[27]. En efecto, para Colina Garea[28], en dicho ordenamiento jurídico la comunidad hereditaria no recae sobre los bienes

20 Art. 1082 CC: "Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos".

21 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 306.

22 Según cómo dispone el art. 1052 CC: "Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos".

23 Con respecto a las demás causas que determinan la finalización de la comunidad hereditaria, véase Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 261; Bosch Capdevila, E.: "La indivisión", en AA.VV.: *División de la comunidad de bienes* (coord. por M. C. Gete Alonso), Atelier, Barcelona, 2012, p. 54.

24 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 307.

25 A tal respecto observa Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., pp. 239 s., que esta teoría se caracteriza por: "a). No existe una única comunidad que recaiga sobre el patrimonio hereditario unitariamente considerado, sino que existen tantas comunidades por cuotas como objetos singulares hayan en la herencia. b). Rige el principio *nomina et debita ipso iure dividuntur*, en virtud del cual los créditos y las deudas no forman parte de la comunidad ya que se dividen automáticamente entre los coherederos en proporción a sus cuotas. c). Respecto a la propiedad y demás derechos reales divisibles, a cada coheredero le corresponde una cuota sobre cada objeto singular. d). Cada coheredero tiene plena disponibilidad sobre su cuota, pudiéndola enajenar, trasmitir onerosa o gratuitamente y gravar. e). Todo coheredero puede en cualquier momento poner fin a la situación de comunidad, mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*. f). Se trata de una situación transitoria que carece de visos de permanencia [...]".

26 Siguiendo a Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 240, sus rasgos identificativos son: a). No existen tantas comunidades como bienes haya en la herencia, sino una única comunidad que se proyecta sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado como una unidad. b). No rige el principio *nomina et debita ipso iure dividuntur*, y la comunidad hereditaria se extiende tanto al activo como al pasivo del causante, porque los créditos y las deudas no se dividen automáticamente. c). No existe división por cuotas. [...]. d). [...] en el estado de indivisión ningún coheredero puede disponer aisladamente o de modo independiente de su parte en la herencia, pues la capacidad de obrar solo corresponde a la comunidad en mano común [...]".

27 *Cfr.* Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 307.

28 Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 240.

concretos de la herencia, sino sobre su universalidad. Por tanto, surge la posibilidad de que, a instancia de los acreedores hereditarios, uno de los coherederos pague el total de las deudas comunes[29].

Ahora bien, respecto a las obligaciones a las que están sujetos los coherederos en régimen de indivisión, ante todo Asua González[30] considera que las cargas de la herencia serían las obligaciones que nacen tras la muerte del causante y la apertura de la sucesión, como la administración y defensa del caudal relicto. En este mismo orden de ideas añade Lasarte Álvarez [31] que entre las referidas cargas están los gastos funerarios, aquellos necesarios para entregar los legados, entre otros más[32]. En tal contexto, surge la cuestión de si se entienda como carga de la herencia al impuesto de sucesiones que grava para su adquisición, ante lo cual, Colina Garea[33] considera que aquel impuesto no debe considerarse como carga, ya que no nace por la muerte y la apertura de la sucesión, sino por la adquisición del heredero al aceptar la herencia. Y, respecto a las deudas propiamente dichas, aprecia Lasarte Álvarez[34] que la mayor parte de ellas no pudieron extinguirse con el fallecimiento del *de cuius*, como podían ser los gastos inherentes a su enfermedad, ya que son obligaciones nacidas antes de su muerte. Mientras que, sobre los legados, Galicia Aizpurua[35] observa cómo en la noción de cargas de la herencia se los suele integrar, extremo sobre el cual se muestra crítico en la medida en que considera que no son auténticas deudas, sino gravámenes impuestos por el causante y que surgen a la muerte de este último, siendo una liberalidad en favor de terceros que disminuye el patrimonio del testador y no el de sus sucesores, de forma que estos responden únicamente con los bienes recibidos[36].

29 Véase al respecto Gómez Calle, E.: "La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil*, 2017, vol. 70, núm. 1, p. 95.

30 Asua González, C. I.: "Concurso de herencia y sistemas de responsabilidad hereditaria", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua), Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, pp. 114 s.

31 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 297 s.

32 Respecto a los gastos generados por la masa indivisa durante el estado de comunidad, así para su conservación, administración o mejoras necesarias en los bienes, éstos constituyen el pasivo de la comunidad hereditaria, ya que, según el art. 395 CC: "Todo copropietario tendrá derecho a obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común […]". Así también, aumentarán el pasivo hereditario las indemnizaciones por daños y perjuicios consiguientes a la mora o a la responsabilidad culposa o dolosa en el cumplimiento de las obligaciones de la herencia, *cfr.* Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., pp. 247 ss.

33 Colina Garea, R.: "La venta de herencia", cit., p. 259.

34 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 297.

35 Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad", cit., pp. 31 s.

36 En tal sentido, Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 306, observa con respecto al art. 882 CC: "[…] no integran la comunidad hereditaria los bienes que hayan sido objeto de un legado específico, pues en tal caso el legatario adquiere la propiedad de tales bienes desde el momento del fallecimiento del testador". Sobre el tema véase Karrera Egialde, M. M.: "El legado y su garantía registral", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua), Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, pp. 197 ss. Sobre la atribución de toda la herencia en legados, véase Fernández-Sancho Tahoces, A. S.: "Responsabilidad del legatario por las deudas del causante en el supuesto de distribución de toda la herencia en legados", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua), Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, pp. 279-302.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS POR EL COHEREDERO SOLIDARIO Y SU DERECHO DE REGRESO.

1. El debate en torno al carácter solidario de la responsabilidad por deudas hereditarias.

Con respecto al supuesto del pago de las deudas hereditarias por el coheredero solidario, este es regulado en el art.1084 CC: "Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda".

Pues bien, es conocido el surgimiento de un debate doctrinal sobre la redacción de su primer párrafo[37], ya que, la locución "hecha la partición" comportaría el final de la indivisión del *aes* hereditario, inclusive de su pasivo, siendo posible que cada uno de los herederos provea, según el porcentaje de su *pars* cuota, a responsabilizarse de las respectivas deudas hereditarias. Sin embargo, la norma prevé que, una vez hecha la partición, los acreedores podrán dirigirse en contra de cualquiera de los herederos para exigir el pago total de sus créditos[38]. Por tanto, se evidencia una cierta ambigüedad en el tenor literal del referido párrafo, ya que, lo pertinente sería que, aún no llevada a cabo la partición, se proceda a la solicitud *in solidum* por los acreedores, y esto por estar vigente la indivisión del patrimonio relicto; mientras que, una vez hecha la partición, cada uno de los herederos respondería según su cuota hereditaria.

Para Lasarte Álvarez[39], la regla del primer párrafo consistiría en vincular solidariamente a los coherederos al pago del pasivo hereditario, ya que, ante la ausencia de una norma paralela al estado de comunidad, el referido párrafo sería objeto de aplicación extensiva a la situación de indivisión del caudal hereditario. No obstante, para dicho autor sería aplicable de forma supletoria el primer párrafo del art. 393 CC, el cual dispone que "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas", por lo que, resalta así el criterio de la mancomunidad de las deudas hereditarias[40]. En

37 Sobre las diferentes posturas doctrinarias, véase Albaladejo García, M.: "La responsabilidad", cit., pp. 484-489.

38 Y que evidencia la llamada relación externa entre herederos y acreedores, *cfr.* García Goldar, M.: "La responsabilidad del heredero por deudas sucesorias en el Código civil español y en los derechos autonómicos", *Revista Boliv. de Derecho*, julio 2019, núm. 28, p. 277.

39 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 310.

40 En efecto, manifiesta Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 310: "debería preponderar la mancomunidad de las deudas y obligaciones hereditarias, que habría de ser afrontadas por los coherederos

este sentido, parte de la doctrina[41] considera que mientras el caudal relicto se halle indiviso, los coherederos responderán en proporción de su respectiva *pars* cuota, por lo que la responsabilidad sería la mancomunada[42].

Por otra parte, hay quienes consideran que durante la comunidad existe una mancomunidad indivisible entre los coherederos[43], dado que el conjunto del caudal hereditario servirá para enfrentar las obligaciones pendientes. En efecto, Colina Garea[44] estima que la tesis sobre la divisibilidad por cuotas no encaja en el esquema de la comunidad hereditaria, en el que las deudas no se dividen entre los coherederos *ipso iure*, sino que se mantienen indivisas[45], por lo que se trata de un régimen de mancomunidad indivisible. Y, a fundamento de este razonamiento, manifiesta Albaladejo García[46]: "[…] las deudas del causante no se dividen *ipso iure* entre los coherederos en proporción a sus cuotas, sino que de ellas, *por entero*, responde ilimitadamente cualquier heredero, con los bienes de la herencia y con los suyos, la mencionada responsabilidad de los coherederos *no* es *mancomunada*". Por tanto, prevalece la tendencia a considerar que la responsabilidad solidaria existiría desde antes de la partición[47], y esto con base en la aplicación extensiva del

en proporción a sus respectivas cuotas".

41 Véase Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 258, nota 61.

42 Ante ello, Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 258, observa que los sostenedores de esta teoría se basan en que, si una vez hecha la partición la responsabilidad es solidaria, (ex art. 1084. 1° CC), en consecuencia, no lo sería antes de la misma. Sin embargo, para Albaladejo García, M.: "La responsabilidad", cit., p. 483, esta postura es equivoca, ya que el art. 1084 CC prueba que, existiendo dos responsabilidades, aquella con los bienes de la comunidad y aquella con los bienes propios, dicho artículo se limita a constatar que después de la partición sólo queda esta última, pues la otra habría desaparecido por la partición.

43 Véase Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 311.

44 Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 258.

45 Lo cual se aparta del régimen romano, ya que, observa Talamanca, M.: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 706, los créditos y deudas de la herencia, desde las XII tablas, se dividían *ipso iure* entre los herederos, lo cuales se volvían deudores por el entero solo en las obligaciones indivisibles.

46 Albaladejo García, M.: "La responsabilidad", cit. p. 482.

47 En efecto, que el régimen inherente al art. 1084. 1° es el de la responsabilidad solidaria, es afirmado por Albaladejo García, M.: "La responsabilidad", cit., p. 498: "[…] el espíritu de nuestro Código, aunque su letra sólo hable expresamente de solidaridad *después* de la partición, es sin duda, acogerla también antes". Asimismo, en p. 499 manifiesta: "Así que, por el contrario, la responsabilidad es solidaria, antes o después de la partición, aunque para antes no lo diga literalmente el Código. Como lo dice, en el art. 1.084, para después". En este sentido también Galicia Aizpurua, G.: "El sistema", cit., p. 76, observa: "[…] de suerte que el régimen de solidaridad prescrito en el art. 1084 CC en orden al pago de las deudas hereditarias, que amplía por supuesto las posibilidades de cobre de los acreedores del difunto […]". De su parte, manifiesta Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 238: "[...] la mayor parte de los autores admiten la responsabilidad solidaria de los coherederos, entendiendo que los acreedores hereditarios podrán dirigirse contra cualquiera de ellos exigiendo el pago total de la deuda, sin perjuicio del derecho de regreso que asiste al que hubiera pagado (vid. art. 1084 CC)". Véase este mismo autor en p. 258, nota 60, y también Fernández-Sancho Tahoces, A. S.: "Responsabilidad del legatario", cit., p. 292.

primer párrafo del art. 1084 CC[48], además que en el hecho de que el fallecimiento del causante no determina *ipso iure* la división de sus deudas entre los herederos[49].

Y, en tal contexto, se evidencia la relación del referido régimen hereditario con aquel sobre la extinción de la obligación solidaria pasiva[50] prevista en el art. 1144 CC: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo"[51]. Estamos pues ante la llamada relación externa de la obligación solidaria[52], donde el primer párrafo del referido precepto plantea la facultad para el acreedor de dirigirse en contra de cualquiera de los codeudores solidarios para recibir el pago *in solidum*[53]. Aún más, el segundo párrafo otorga la posibilidad de que, en caso no haya sido posible obtener el pago total del deudor elegido, pueda proceder en contra de los demás obligados hasta ver satisfecho el total de su crédito (*ius variandi*)[54]. En este sentido, el acreedor se encuentra plenamente garantizado para satisfacer su crédito, ya que, ante el requerimiento frustrado hacia el deudor solidario seleccionado, posee

48 Lo que ha sido reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; así pues, sobre la jurisprudencia favorable a la solidaridad, y existente desde el año de 1899, véase Albaladejo García, M.: "La responsabilidad", cit., pp. 490 ss. Entre ellas está la del 30 diciembre 1993 nº 1255, en la que el primer fundamento de Derecho hace referencia a la responsabilidad solidaria de los coherederos, con base en el art. 1084 CC: "[…] Para combatir la condena solidaria dedica el recurso el motivo primero, al amparo del núm. 5 del art. 1692, en el que se denuncia la infracción de los arts. 1137 y 1138 según los cuales la norma general es la mancomunidad simple salvo que de la naturaleza de la obligación o de la ley se desprenda la solidaridad. El motivo decae porque siendo cierta la norma general, también lo es que aquí los actores demandan a los herederos de un hermano, don Casimiro, de quien heredaron la deuda surgida de la adquisición de participaciones en una sociedad colectiva familiar, y los herederos deben satisfacer las deudas del causante con carácter solidario por expreso mandato del art. 1084 del CC. […]". A lo que añade Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones", cit., p. 258, que los partidarios de esta teoría alegan que, si la responsabilidad es solidaria después de la partición, también lo era antes.

49 Además, hay que observar que esta situación comporta mayor protección para los acreedores del causante, al no tener que fraccionar el cobro entre los sucesores, con el riesgo de que alguno de ellos no pueda cumplir aisladamente. Y, a tal respecto, manifiesta M. García Goldar, "La responsabilidad", cit. p. 278: "[…] el legislador abandonó el histórico principio de división automática ya desde el Proyecto de 1851, donde se introdujo la regla de la solidaridad […]".

50 Sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias existen algunas teorías que la fundamentan, así aquella de la representación por mandato tácito recíproco o *ex lege*, aquella del mutuo afianzamiento, aquella de la alternatividad subjetiva, o de la unidad de débito con pluralidad de responsables, entre otras, véase Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, vol. 45, núm. 3, pp. 855 ss.

51 Sobre el referido artículo observa Soto Nieto, F.: "La dinámica de la obligación solidaria. La obligación "*in solidum*", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1980, núm. 1220, p. 4, que, al poder el acreedor dirigirse contra cualquiera de los codeudores solidarios, no cabría la necesidad de oponer un litisconsorcio pasivo necesario ante la selección realizada por el perjudicado. Véase al respecto también Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones", cit., p. 852.

52 Véase Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, pp. 95 ss.

53 Con respecto a la contraposición entre las obligaciones solidarias y aquellas *in solidum véase* Soto Nieto, F.: "La dinámica", cit., pp. 8 ss.; Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones", cit., pp. 865 s.

54 Y, a este respecto, manifiesta Gómez Calle, E.: "La pluralidad", cit., p. 96: "Se considera ínsito en la solidaridad pasiva que el acreedor pueda variar el sujeto contra el que hacer valer su pretensión en tanto no obtenga la prestación íntegra (*ius variandi*); haber reclamado contra uno no puede impedirle hacer lo mismo contra otro, pues todos los deudores siguen obligados en tanto la prestación no se cumpla".

la facultad de ir en contra de los demás, sin que su acción sea consumada al primer requerimiento de cobro[55].

2. El reconocimiento del derecho de regreso para el solvens solidario.

Pues bien, ante el supuesto de que uno de los coherederos haya sido demandado al pago total (*in solidum*) de las deudas hereditarias, ante todo el segundo párrafo del art. 1084 CC le reconoce al *solvens* el derecho de regreso en contra de los demás obligados[56], al establecer que éste pueda citar o emplazar a sus coherederos para reclamar de ellos la parte que les correspondía pagar[57],

55 Por lo que, afirma Gómez Calle, E.: "La pluralidad", cit., p. 92: "La solidaridad es el régimen más gravoso para el deudor y el más favorable para el acreedor, pues legitima a este para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los codeudores". De su parte, Galicia Aizpurua, G.: "El sistema", cit., pp. 62 s., considera que en virtud de la confusión hereditaria, luego de una aceptación pura y simple, pueden concurrir de forma simultánea, tanto los acreedores del *de cuius* como los del heredero mismo; sin embargo, pese a que hipotéticamente podría ser más beneficiosa para los acreedores hereditarios, al ampliarse los bienes sobre los que estos podrán satisfacerse, también puede resultar perjudicial para ellos, lo que se evidencia cuando el sucesor esté excesivamente endeudado y los acreedores personales de éste se vean amenazados en la expectativa de cobrar. Al respecto observa Asua González, C. I.: "Concurso de herencia", cit., p. 125: "En tal supuesto […] habría una única masa activa en la que se integrarían tanto los bienes y titularidades del caudal como los del heredero, y una única masa pasiva en la que concurrirían los acreedores de la herencia y los propios del heredero". No obstante, el mismo Galicia Aizpurua, G.: "El sistema", cit., p. 63, también considera que los acreedores del causante deberán ser siempre preferidos a los legatarios (arts. 1027 y 1029), y ambos grupos de sujetos a los acreedores del heredero (art 1034). Lo que es confirmado por Cervilla Garzón, M. D.: "Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos", *Actualidad Civil*, 2013, núm. 1, p. 3, para quien los acreedores del *de cuius* mantienen una posición de privilegio respecto a los particulares del heredero. Véase asimismo García Goldar, M.: "La responsabilidad", cit., pp. 274 s.; Mingorance Gosálvez, M. C.: "Criterios que sigue el ordenamiento jurídico para determinar las reglas de prioridad para el cobro de las deudas hereditarias", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2002, Año 56, núm. 1931, pp. 3760 ss.

56 Respecto al significado del término regreso en el ámbito de la obligación solidaria, manifiesta Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit. p. 245: "[…] regresso (dal latino regreditor) implica il concetto di arretramento […] quando invece chi paga tutto è uno solo dei debitori […] allora sì che si verifica il regresso, perchè il condebitore solvente, surrogandosi al creditore, prende il suo posto, sicchè la direzione del pagamento, che era andata dal debitore al creditore, torna in certo senso indietro, volgendosi verso un debitore". Por otra parte, observa Jordano Barea, J.: "Las obligaciones solidarias", cit., p. 864, que este derecho de regreso se considera supletorio en la solidaridad al ser equitativo que la carga se reparta entre todos los codeudores. Mientras que, todo dependerá de las relaciones internas entre codeudores, por lo que podrá eliminarse este derecho de nivelación si el *solvens* estaba llamado a efectuarlo, así en el caso de una aseguradora.

57 Ante ello afirma García Goldar, M.: "La responsabilidad", cit. p. 282: "Una vez efectuado el pago por uno de los codeudores, desparece la solidaridad y, por lo tanto, el coheredero que hizo frente al pago sólo podrá reclamar de los otros la parte correspondiente a cada uno […] el deudor que pagó más de lo que le correspondía tiene derecho a percibir los intereses del anticipo, mientras que la hipotética insolvencia de alguno de los obligados ha de ser soportada por todos, incluyendo al que realizó el pago". Sin embargo, observa LLedó Yague, F.: "Una relectura básica en torno a la ineficacia y efectos de la partición hereditaria", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* I (coords. J. M. González Porras y E. P. Méndez González), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 2789: "El art. 1.084 C.c. no impone exactamente una responsabilidad solidaria típica, dado el derecho del demandado a hacer citar y emplazar a sus herederos. Como dice Peña, "los coherederos son llamados a juicio para que asuman, con el inicialmente demandado la posición conjunta de demandados. La explicación correcta de las expresiones "Citar y emplazar" […] es "intimidación judicial" a la comparecencia a fin de que el llamado se persone o constituya en parte. Comparezca o no […] el proceso queda entablado frente a todos los coherederos, y así, como comenta García Goyena, "o de este modo se evitará el juicio allanándose todos a pagar, o todos serán condenados en una misma sentencia". Por otra parte, manifiesta Pita Broncano, C.: "La adjudicación de bienes para pago de deudas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2005, vol. 23, p. 223: "[…] los acuerdos o pactos acordados internamente por los coherederos, sin la intervención de los acreedores, sólo producen efectos entre los coherederos, de forma que, si el acreedor dirige su demanda frente al adjudicatario de los bienes éste no podrá citar o emplazar al resto de los coherederos".

"[…] a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda". En efecto, observa Albaladejo García[58] que, una vez pagada la totalidad de la deuda por el coheredero demandado, éste dispondrá el derecho para reclamar de los demás obligados lo pagado en su favor, en proporción de sus respectivas cuotas[59]. Y, por lo que atañe a la parte final del referido párrafo, en la que se exceptúa el supuesto en el que el testador haya dispuesto que uno de los herederos quede obligado al pago, dicho autor[60] considera que el testador no puede ordenar la transmisión de sus deudas a un determinado heredero, pues éstas pasan a todos; además, si dejara establecida la distribución entre ellos del pasivo, no podrá impedir que los acreedores reclamen su pago de cualquiera de los herederos que ellos lo consideren[61].

De su parte, también reconoce el derecho de regreso para el *solvens* por la extinción del pasivo hereditario el art. 1085 CC: "El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia podrá reclamar de los demás su parte proporcional. Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar". De lo aquí establecido se recaba que el heredero que pagó más de lo que le correspondía, siendo evidente que así lo hizo al pagar también la parte que les competía a los demás obligados, se le reconoce el derecho de regreso de lo pagado en exceso, en la medida de la parte proporcional de la deuda, o el total cuando pagó de forma íntegra una deuda hipotecaria o referente a un objeto determinado, y en ambos casos podrá reclamar lo que le competía solventar a cada uno de los herederos[62].

Ante lo cual, resulta evidente que la *ratio iuris* de los referidos preceptos (1084. 2º y 1085) radica en el restablecer el equilibrio patrimonial entre los obligados, evitando así el verificarse, en aquellos deudores que se ahorraron el pago, de un enriquecimiento injustificado. A tal respecto, sabemos que el régimen jurídico de la obligación solidaria pasiva encuentra su regulación en el art. 1145 CC, el mismo que determina sus efectos extintivos en virtud de la intervención solutoria del *solvens in solidum* y, a su vez, el reconocimiento del derecho de regreso en su favor: "El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación.

58 Albaladejo García, M.: "La responsabilidad", cit., p. 513.

59 En este mismo sentido García Goldar, M.: *La liquidación de la herencia en el Código civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, Agencia Estatal Boletín oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 355.

60 Albaladejo García, M.: "La responsabilidad", cit., pp. 512 s.

61 Con base en el art. 1144 CC, véase García Goldar, M.: "La responsabilidad", cit. p. 279.

62 Véase García Goldar, M.: "La responsabilidad", cit., p. 282.

El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno"[63]. Desde esta perspectiva, también aquí se evidencia el nexo entre el 2º párrafo del art. 1084 y aquel del 1145 CC. En efecto, ambas normas le reconocen al *solvens* el derecho de regreso de lo pagado en utilidad de los demás obligados, el mismo que radica en el restablecimiento de la equidad patrimonial quebrantada a causa de la intervención solutoria del *solvens in solidum*[64].

Estamos pues, ante el surgimiento de la llamada relación interna en el ámbito de la obligación solidaria pasiva entre codeudores, donde el referido precepto evidencia la esencia del régimen de la solidaridad pasiva en el Derecho civil español[65], ya que prevé que, en el caso de que uno de los codeudores haya solventado la totalidad de las deudas, su intervención extingue la obligación también para los demás, concediéndole el derecho de reclamar de estos la parte

63 Sobre el referido artículo observa Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones solidarias", cit., p. 853, que: "Realizada la prestación, la relación obligatoria solidaria, es su aspecto externo, se extingue". Mientras que, sobre su tercer párrafo, Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso en la solidaridad de deudores", *Anuario de Derecho Civil*, 1991, vol. 44, núm.4, p. 1450, puntualiza que, en el caso de incumplimiento por insolvencia de uno de los codeudores, este deberá ser cubierto por todos los demás deudores, a excepción de quien hizo el pago total, dividiendo su cuota entre aquellos.

64 Véase a tal respecto González Pillado, E. - Grande Seara, P.: "Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 13,14 y 15", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2005, núm. 1, pp. 17 s.

65 La cual tiene su origen en el Derecho romano, en el que el acreedor podía exigir o cada uno de los deudores podía cumplir el total de la prestación y así esta quedaba disuelta respecto a los demás, *cfr.* Camacho Evangelista, F.: *Derecho privado y procesal romano*, Granada, 1999, pp. 288 ss. Sobre la *obligatio* solidaria la literatura romanista es amplísima, pero véase Segré, G.: *Lezioni di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, I y II, Torino, 1924; Archi, G. G.: *Sul concetto di obbligazione solidale*, Milano, 1940.

que le correspondía a cada uno[66], más los intereses que resulten del anticipo[67]. Esta intervención del *solvens* determina un evidente beneficio para los demás obligados, no solo por liberarlos del vínculo al que también estaban sujetos, sino por haber visto disminuido su pasivo en detrimento del patrimonio del *solvens*, por lo que, al objeto de restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado entre ellos, se le reconoce una acción dirigida a evitar un enriquecimiento injustificado en aquellos deudores que no pagaron lo que debían[68]. Esto conlleva aparejado que el *solvens* deje el rol de codeudor que lo caracterizó hasta el momento y asuma aquel de nuevo acreedor de los demás obligados[69], ya que, en virtud de su intervención, el acreedor principal fue satisfecho y, por consecuencia, se extinguió la obligación con sus deudores[70]. Estas connotaciones se enlazan al supuesto del pago de las deudas hereditarias por el coheredero *in solidum*, y fundamentan el reconocimiento del consiguiente derecho de regreso en su favor.

66 Y, a fundamento de un tal razonamiento, manifiesta Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit., p. 231: "[…] il debitore in solido che ha pagato l'intero debito avrà il diritto di ripetere dai condebitori la prestazione eccedente la parte da lui dovuta secondo la divisione dei rapporti interni […]". Con respecto al origen romanista del derecho de regreso, cabe observar como en la época romana clásica la estructura de la *obligatio* solidaria no permitía un derecho de regreso *ipso iure*, por lo que el *solvens* que pagó la deuda común cumplía con lo que él también debía y no podía dirigirse en contra de los demás para obtener la cuota de lo pagado sin el apoyo de una específica acción, la cual surgía con base en la relación jurídica que corría entre los codeudores solidarios; por tanto, si la intervención del *solvens* se verificó por mandato de los demás deudores o sin aquel, disponía, respectivamente, de la *actio mandati* o de la *actio negotiorum gestorum*, ambas en vía *contraria*, *cfr.* Albertario, E.: *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, p. 224. Mientras que, en el supuesto de que los codeudores estuvieren unidos en *societas* o tenían una herencia o propiedad común, y contraían una deuda en virtud de tales relaciones, el *solvens* disponía, respectivamente, de la *actio pro socio*, de la *actio familiae erciscundae* o de la *actio communi dividundo* para dirigirse hacia los demás en busca del regreso, *cfr.* Iglesias, J.: *Derecho romano*, Barcelona, 1999, p. 243. En consecuencia, el derecho de regreso, intrínseco en la *obligatio* solidaria, surgió en época justinianea; en efecto, para Talamanca, M.: "*Obbligazioni*" (*Diritto romano*), *Enciclopedia del Diritto*, 1979, núm. 29, p. 56, nt. 393, un tal derecho tuvo como fundamento a los *beneficium excussionis*, *cedendarum actionum* y *divisionis*. Y, el mismo término *beneficium* aludiría a un remedio excepcional en la solidaridad romana, véase P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. IV. *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 162 ss. Sobre este derecho de regreso los Glosadores medievales se dividían entre favorables y contrarios para su admisión en el derecho clásico; entre ellos, Irnerio y Martino eran favorables, mientras que Búlgaro era contrario; sobre la referida disputa, véase Hänel, G.: *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834, p. 495, Hugolinus: 357 C. *de Duobus reis* (C. 8,40,2) *Si unus ex duobus reis debendi solverit, an habeat contra alterum mandati actionem q?* (y 360); véase al respecto Rota, A.: *Note sulla dottrina del regresso nelle obbligazioni solidali presso i Glossatori*, Città di Castello, 1936, pp. 17 ss.

67 Sobre el significado de estos intereses, manifiesta Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1445: "[…] sólo se producirían respecto a la parte de la deuda que corresponda a cada uno de los deudores que no concurrieron a satisfacer la obligación *in solidum*, cuando el deudor que pagó proceda a constituirlos en mora mediante la reclamación judicial o extrajudicial del monto debido y por el tiempo que trascurra hasta que aquél sea reintegrado".

68 En tal sentido véase Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones solidarias", cit., p. 866; Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1434.

69 En efecto, según Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1447, de la solidaridad pasiva nace un derecho de crédito *ex novo* en favor del *solvens* que le permite, a través de la respectiva acción, proceder al reintegro de las cuotas que corresponden pagar a cada uno de los demás obligados.

70 Sin embargo, el vínculo obligacional no se extingue del todo, ya que aquellos deudores que no pagaron su parte se encontrarán con un nuevo acreedor que es el *solvens* solidario, quien, al haber solventado la deuda en su totalidad, se subroga *ipso iure* en los derechos crediticios que poseía el acreedor satisfecho, según el art. 1210. 3° CC; en efecto, al verse el acreedor satisfecho su crédito, ya no necesita los derechos inherentes a su crédito, por lo que podrá utilizarlos el *solvens* en contra de los demás deudores por las respectivas vías judiciales para el supuesto de que no pueda obtener el regreso de forma pacífica. Estamos pues, ante la novación como modo de extinción de las obligaciones: art. 1203 CC.: "Las obligaciones pueden modificarse: […] 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor".

3. El reforzamiento de la protección del *solvens* a través de la subrogación legal: la cuestión inherente a la duplicidad de acciones.

Como observado, de los aspectos inherentes al régimen jurídico en el que se desarrolla el cumplimiento de las obligaciones solidarias desde la perspectiva hereditaria, resulta el reconocimiento del derecho de regreso en favor del coheredero *solvens* que pagó el total del pasivo hereditario dejado por el *de cuius* y del que también eran responsables los demás herederos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español tiende a reforzar la protección del *solvens* en tal supuesto, al subrogarle *ipso iure* en los derechos crediticios del acreedor satisfecho[71] para así dirigirse en calidad de nuevo acreedor en contra de los demás obligados al objeto de recuperar la parte que le correspondía pagar a cada uno[72].

Esta subrogación *ex lege* está prevista en el art. 1210. 3º CC: "Se presumirá que hay subrogación: […] 3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda"[73]. Así pues, se consideran como terceros interesados a la deuda[74], sea a los fiadores o garantes del deudor principal, que a los codeudores solidarios de una misma obligación[75]. Por tanto, se prevé la posibilidad para el coheredero

71 A tal respecto, serían dos instituciones romanas las que estarían a la base de lo que hoy es la subrogación legal: el *beneficium cedendarum actionum* y la *successio in locum creditoris*, véase Merlo, G. M.: *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, pp. 27 ss. Con la fusión de estas dos figuras se dio origen a la subrogación legal, produciéndose así una institución jurídica en la que no hacía falta solicitar la cesión de las acciones de crédito del acreedor, ya que el traspaso se producía *ope legis* cuando una persona pagaba por otra, entrando por ficción en los derechos crediticios del acreedor satisfecho, *cfr.* Bayo Recuero, N.: *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000, pp. 117-121. En efecto, para el contexto jurídico romano, quien pagó la deuda común tenía la facultad, antes de extinguirla, de hacerse ceder las acciones que el acreedor poseía para dirigirse en contra de los demás codeudores (*cessio actionum*), que, según observa Solazzi, S.: *L'estinzion della obbligazione in diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1935, 53, se configuraba como una *nominis emptio*, es decir, la suposición ficticia de que el acreedor le vendía sus acciones crediticias al *solvens* a cambio del pago de lo que se le debía, el mismo que representaría el precio de dicha venta, y que constituye una de las teorías que están a la base de la subrogación, véase Briguglio, F.: "*Fideiussoribus succurri solet*", Milano, 1999, pp. 280 ss.; Prado Rodríguez, J. C.: "La *solutio* del tercero '*ignorante vel invito debitore*' y sus vías de regreso contra el deudor", *IVRA*, 2011, núm. 59, p. 259. En la época justinianea se conoce dicho instituto como *beneficium cedendarum actionum*, el mismo que, según Albertario, E.: *Corso di diritto*, cit. p. 209, faculta al deudor solidario que satisface al acreedor, de hacerse ceder por este último las acciones del crédito para ejercer el regreso de los demás codeudores, véase también Provera, G.: "Riflessioni sul *beneficium cedendarum actionum*", en AA.VV.: *Studi in Onore Sanfilippo*, 1983, núm. IV, pp. 609-659.

72 Sobre la *ratio iuris* de la subrogación consiguiente al pago del codeudor solidario, esta radica, según Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit. p. 232, en el hecho de que, al pagar uno de los codeudores solidarios, éste se vuelve acreedor de los demás deudores, por lo que, el traspaso de los derechos crediticios del acreedor satisfecho se verifica a causa de la nueva posición que adquiere el *solvens*. Y, en este sentido, manifiesta dicho autor (p. 246) que el codeudor "da amico diventa nemico".

73 Por tanto, la adquisición de los derechos crediticios del acreedor se verifica ante determinadas situaciones taxativamente establecidas por la ley, sin necesidad de la explícita solicitud y posterior convenio entre el *solvens* y el acreedor, véase a este respecto Del Olmo García, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, p. 391; Mucius Scaevola, Q.: *Código civil comentado y concordado*, XIX, 2ª ed. Madrid, 1957, p. 1118.

74 Respecto a la distinción con el pago realizado por el tercero extraño en el contexto normativo del art. 1210 CC, véase Carrión, S.: "La pretendida subrogación del deudor solidario solvens: ¿una errónea intelección del ordinal tercero del artículo 1210 del Código civil?", en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. J. J. Ramos Albesa* (coords. M. Cuena Casas et *al*), 2013, p. 400.

75 *Cfr.* Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit. p. 238.; Del Olmo García, P.: "Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del *Common law*: PICC, PECL, DCFR, CESL", *Anuario de Derecho Civil*, 2016, vol. 69, núm. 1, p. 13.

solvens, evidentemente interesado en el cumplimiento de la obligación común[76], de que (*ipso iure*) se le traspasen los derechos crediticios de los que dispone el acreedor[77], pero que, al haber sido satisfecho por la intervención del *solvens*, ya no los necesita y, por consecuencia, se transfieren a éste para digiriese en contra de los demás deudores para así obtener el desembolso que realizó en su favor.

Asimismo, esta subrogación se verifica sin que el *solvens* tenga que pactar o convenir con el acreedor la cesión de sus derechos crediticios (subrogación convencional)[78], en cuanto así lo prevé el párrafo 3º del art. 1210 CC. En efecto, si no estuviese incluido el supuesto que nos atañe en la referida norma, el *solvens* debería recurrir al acreedor antes de realizar el pago para pactar la cesión de sus derechos a cambio de extinguir la obligación, ya que, si lo hace posteriormente y una vez extinta la obligación, las acciones y demás derechos que poseía el acreedor también se habrían extinguido en consecuencia del pago[79]. Así pues, la subrogación es una forma técnica para que el *solvens* obtenga el regreso de lo pagado en favor de otros obligados y se fundamenta en la esencia misma de la obligación patrimonial, la cual, de haber sido un vínculo personal como lo fue en la época romana arcaica, se volvió un deber patrimonial[80], logrando así la transmisión de los créditos al objeto de incentivar a que el pago de las deudas se realice también por terceros[81]. No obstante, si realizado por estos no tiene el mismo efecto que por el deudor en persona, en donde la disolución de la obligación no deja huellas; pero si es un tercero el que paga, se abre una nueva relación jurídica, siendo necesario para liberar definitivamente al deudor que éste se desligue del *solvens* que intervino en su favor y que ahora es su nuevo acreedor, quien estará protegido a través de la subrogación con todos los derechos que poseía el acreedor principal[82]. Sin embargo, esta ulterior vía para el regreso no posee las

76 En efecto, en el pago realizado por el tercero interesado se verifica una intervención que afecta, directa o indirectamente, a sus intereses, e interviene porque quiere evitar una responsabilidad que perjudique su patrimonio; por tanto, el tercero interesado no paga para favorecer a los demás deudores, sino para proteger y mejorar sus intereses personales, por lo que se verifica en su favor la subrogación por el ministerio de la ley, *cfr.* Magini, U.: *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino, 1924, p. 69. Y por consecuencia, dispondrá de los derechos del acreedor satisfecho, lo que reforzará así su derecho de regreso, ya que, esta subrogación, manifiesta Merlo, G. M.: *La surrogazione*, cit., p. 167: "[…] non ha altro scopo che quello di rinforzare il diritto di regresso".

77 Así el art. 1212 CC: "La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas".

78 Sin embargo, para Del Olmo García, P.: *Pago de tercero*, cit., pp. 364 ss., esta forma de subrogación no es más que una subrogación legal obtenida mediante pacto. Véase a este respecto también Vattier Fuenzalida, C.: "Notas sobre la subrogación", *Revista de Derecho Privado*, 1985, núm. 69, p. 509.

79 En efecto, ante la cuestión de cómo, mientras cesa la titularidad del crédito satisfecho se mantiene el vínculo inalterado al objeto de que sub entre otro sujeto en los derechos crediticios ajenos, se han presentado algunas teorías a su fundamento, como aquella de la venta del crédito, la cesión ficticia o la del regreso legal, véase Magini, U.: *La surrogazione*, cit., pp. 79 ss.

80 Véase Prado Rodríguez, J. C.: "El régimen publicitario romano en materia de ejecución por deudas", *Index*, 2013, núm. 41, pp. 363-379.

81 Según Magini, U.: *La surrogazione*, cit., p. 1, al acreedor no le importa tanto que sea el deudor quien cumpla personalmente la deuda si ésta tiene como objeto una prestación pecuniaria, y más bien, le interesa el resultado objetivo identificado en el cumplimiento de la misma.

82 *Cfr.* Magini, U.: *La surrogazione*, cit., p. 3.

mismas connotaciones que resultarían del pago realizado por terceros extraños a la deuda, y esto porque al pagar uno de los obligados, los derechos y acciones que se traspasan al *solvens* deberán detraer la parte de la deuda que efectivamente cumplió este último[83].

Ahora bien, en tal contexto se presentó la cuestión inherente al surgimiento de una duplicidad de acciones dirigidas a proteger al *solvens in solidum*, y reflejadas, por un lado, en las acciones que, en virtud de la subrogación legal, éste es titular *ipso iure* por haber pagado en calidad de tercero interesado la deuda común (acción subrogatoria); y, por otro, la acción que le competiría con base en la norma específica que le reconoce su derecho de regreso[84]. A tal respecto, Amorth[85] considera que en un principio resultó factible proceder con ambas acciones, una después de la otra, y esto para mayor beneficio del *solvens*, donde la acción subrogatoria habría ido adquiriendo el carácter de acción subsidiaria e integrativa de la de regreso. Sin embargo, posteriormente predominó la tendencia a recurrir a la subrogación cuando el supuesto específico esté regulado entre aquellos enumerados en la norma pertinente, como sería, para el caso que nos atañe, el art. 1210. 3º CC[86].

En efecto, observa Cristóbal Montes[87], que el recurso a la subrogación tendría sentido en el ámbito de la solidaridad pasiva cuando de ésta no surge *ipso iure* el reconocimiento del derecho de regreso en favor del *solvens*, por lo que no se necesita recurrir a los "artificios" que ofrece la subrogación, ya que, aquel reconocimiento constituye suficiente protección para el *solvens*. Asimismo, y no obstante la admisión en doctrina sobre la compatibilidad de los dos recursos[88], para el referido autor no existe una tal acumulación de recursos y, menos aún, la posibilidad de que el *solvens* pueda optar por uno de ellos, y esto por la razón de

83 En efecto, el nuevo acreedor se encuentra una situación diferente a la que tenía el acreedor principal a quien se sustituye en virtud de la subrogación, y que se refleja en el hecho de que la cantidad de la prestación debida ya no es la misma que fue pretendía por el acreedor principal, ya que, habría que excluir la parte que el mismo *solvens* debía antes de ser subrogado y encontrarse en el estado de codeudor solidario, *cfr.* Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit., p. 263, quien además, manifiesta en p. 235: "[…] si tratterebbe di un caso di surrogazione sui generis […] il credito perde caractteristiche di quantità e qualità, sia perchè va detratta la parte che dodeva gravare, nei rapporti interni, a carico del solvente […]".

84 Sobre el tema de la dualidad de las acciones que competen al *solvens*, codeudor solidario, Carrión, S.: "La pretendida", cit., pp. 393-419, realiza un exhaustivo análisis, desde los antecedentes romanistas sobre la cuestión, hasta los fallos jurisprudenciales actualmente pronunciados en materia.

85 Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit. pp. 235 ss.

86 A este respecto Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit., p. 242, considera que las acciones de regreso que nacían de las relaciones internas entre los obligados, como eran la *actio pro socio*, la *actio mandati*, la *actio negotiorum gestorum* o la *actio de rem in verso*, al día de hoy se encuentran fuera del ámbito de la solidaridad, mientras que, anteriormente ésta requería que existan tales relaciones, y esto por la falta de una reglamentación y previsión de un instituto general dirigido a la repetición en favor del *solvens* que pagaba una deuda en parte o totalmente ajena a la que estaba interesado, como es la subrogación legal.

87 Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1437.

88 A pesar de que Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1438, considera que el recurso a la subrogación presenta demasiadas complicaciones, entre estas, la fragmentación del crédito a través del pago de uno de los deudores.

que, al pagar la totalidad de las deudas, la obligación solidaria se extinguiría (ex art. 1145 CC), y, por ende, resultaría "imposible hablar de subrogación en un crédito que ha dejado de existir"[89]. Por consecuencia, dejaría de existir la alternativa de elegir entre ambos recursos, y tan solo subsistiría la posibilidad de recurrir a la acción de regreso explícitamente reconocida en la normativa del Código para dirigirse en contra de los demás obligados, y esto, por su misma previsión[90]. Sin embargo, hay que observar que la subrogación legal comporta que, en el momento de hacer el pago el *solvens*, automáticamente (e*x lege*) opera el traspaso ficticio de los derechos crediticios que poseía el acreedor, sin que el *solvens* deba solicitarlos; mientras que, y como observado, en el caso no existiere la previsión del 1210. 3º CC, entonces se requeriría que, antes de efectuar el pago, el *solvens* y el acreedor acuerden dicho traspaso, precisamente para evitar que se extingan los derechos crediticios por efecto de la extinción de la obligación[91].

IV. EL RESTABLECIMIENTO DE LA EQUIDAD PATRIMONIAL A LA BASE DEL DERECHO DE REGRESO EN FAVOR DEL *SOLVENS*.

Pues bien, al pagar el coheredero el total de las deudas que también debían los demás obligados en proporción a su respectiva *pars* cuota, se asiste al quebrantamiento de la equidad patrimonial entre todos los coherederos, y esto por el desembolso individual realizado por el *solvens*, quien, en consecuencia, experimentaría un empobrecimiento en su patrimonio que equivaldría a la parte de la deuda que correspondía a los demás deudores, mientras que éstos se verían enriquecidos al no haber desembolsado lo que debían[92]. En efecto, hasta verificarse el desembolso del *solvens* se mantenía entre todos los coherederos un equilibrio patrimonial identificado en la común obligación de pagar de forma equitativa cada uno su respectiva cuota; sin embargo, con el desembolso total de uno de ellos se quebranta la referida equidad, la misma que requiere de su nivelación a través de los mecanismos procesales reconocidos para el regreso en favor del *solvens*. Este quebrantamiento queda evidenciado en el cambio de roles de los obligados, ya que, en virtud de la intervención solutoria del *solvens*, éste será el nuevo acreedor de los demás, fragmentándose así la relación interna entre todos ellos[93].

89 Así Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1439.

90 *Cfr.* Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1440.

91 Y, a la base de un tal razonamiento, véase Briguglio, F.: "*Fideiussoribus succurri solet*", cit., pp. 270 ss.; Prado Rodríguez, J. C.: "La *solutio* del tercero", cit., p. 260.

92 *Cfr.* Cannata, C. A.: "*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*. L'arricchimento ingiustificacto nel diritto romano", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. Vacca), Torino, 2005, p. 20.

93 Lo cual tiene su inicio con la solicitud del acreedor a que uno de los coherederos solvente el total de las deudas, y esto con base en el primer párrafo del 1084 CC: "[…] los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos […]". Esta elección podía recaer en aquél deudor que evidencie mayor capacidad patrimonial para enfrentar las deudas derivadas de la herencia. Sobre el tema observa Pita Broncano, C.: "La adjudicación", cit., pp. 223 s.: "[…] los acuerdos o pactos acordados internamente por los coherederos, sin la intervención de los acreedores, sólo producen efectos entre

Esta circunstancia nos acerca a la construcción dogmática de algunos principios inherentes al mantenimiento del referido equilibrio patrimonial para el supuesto *de quo*, ya que, si el *solvens* no obtiene el regreso de lo pagado por los demás obligados, se verificaría, como observado, un enriquecimiento para éstos, siendo tal incremento patrimonial considerado como injustificado desde el momento que los deudores liberados habrían mejorado su condición patrimonial sin dar nada a cambio[94], mientras que el *solvens* estaría desembolsando una cantidad pecuniaria excesiva y que no le competía a él, al ser responsabilidad también de los demás[95]. A tal respecto, constituye un principio generalmente reconocido aquel que dispone que nadie se enriquezca con daño ajeno[96], y se fundamenta en el evitar el quebrantamiento de la *aequitas*[97], cuyo restablecimiento justifica la concesión de una acción dirigida a obtener el regreso en favor de quien sufrió un empobrecimiento por el enriquecimiento de la contraparte[98].

coherederos, de forma que, si el acreedor dirige su demanda frente al adjudicatario de los bienes éste no podrá citar ni emplazar al resto de los coherederos; y asimismo si el demandado no es quien recibió los bienes para efectuar el pago, éste tendrá sólo la posibilidad de dirigirse frente al adjudicatario de los bienes hereditarios, desarrollándose en estos términos la relación que media entre los coherederos […]".

94 En efecto, se asiste de esta manera al enriquecimiento de los deudores que no pagaron su parte, y al correlativo empobrecimiento en el *solvens*, lo que se evidencia, según observa Castilla Barea, M.: "La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: la justificación de su carácter subsidiario", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. Vacca), Torino, 2005, p. 110, en el que este enriquecimiento puede consistir "o en un aumento del patrimonio del enriquecido (*lucrum emergens*), o en la evitación de una disminución del mismo (*damnum cesans*), en tanto que el empobrecimiento del actor se entiende producido cuando éste ha sufrido un daño positivo (*damnum emergens*) o cuando ha visto frustradas sus expectativas de lucro (*lucrum cesans*)".

95 Resulta difícil incluir un tal supuesto en la categoría del pago de lo no debido (*solutio indebiti*) proporcionalmente a la parte de la cuantía pecuniaria que no era de competencia del *solvens*, ya que, como es comúnmente admitido, se requiere el error en el *solvens* para configurar un tal instituto. Mientras que, en el supuesto que nos atañe, el *solvens* es consciente que está pagando una deuda ajena (*animus solvendi debiti alieni*); esto, sin embargo, no determinaría en él un cierto *animus donandi – donationis causa* en favor de los demás, ya que, una vez extinta la obligación, su intención es la de proceder para el regreso, véase Cannata, C. A.: "*Cum alterius detrimento*", cit., p. 18.

96 Y que tiene su fundamento en lo referido por Pomponio en D. 50,17,206: "Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem", y en D. 12,6,14: "Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletatiorem". Ambas fuentes aluden a la *aequitas naturalis*, concebida como la justicia distributiva para el caso concreto, y sobre la cual observa Maschi, C. A.: *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 211, que una tal locución pertenece al derecho postclásico justinianeo, ya que, a diferencia de la jurisprudencia clásica, tiene un concepto diferente. No obstante, véase las consideraciones de Talamanca, M.: "*L'aequitas naturalis* e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,7", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1993-1994, núm. 35-36, pp. 1-81. Sobre el consiguiente derecho de regreso implícito en dichas fuentes, véase Cannata, C. A.: "*Cum alterius detrimento*", cit., pp. 23 s.

97 Para Uscatescu Barrón, J.: "Acerca de un concepto romano: *aequitas*. Un estudio histórico-conceptual", *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos*, 1993, núm. 5, p. 76, "[…] *aequitas* es un sustantivo abstracto derivado del adjetivo *aequus*, *aequa*, *aequum*, cuyo significado principal es "llano", "equilibrado". Sobre la naturaleza jurídica de la *aequitas* véase Riposati, B.: "Una singolare nozione di *aequitas* in Cicerone", en AA.VV.: *Studi in Onore B. Biondi*, 1965, núm. II, pp. 447 ss.; Riccobono, S.: "Aequitas", *Novissimo Digesto Italiano*, 1937, núm. 1, p. 210.

98 Y, para contrastar dicho enriquecimiento, desde la época clásica surgieron ciertos instrumentos procesales que terminarían con la evolución justinianea de la llamada *actio de in rem verso* en su función de acción general de enriquecimiento injustificado, la misma que llegará a plasmarse en el art. 1158. 3° del CC, véase al respecto Prado Rodríguez, J. C.: "Fundamentos romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injustificado prevista en el art. 1158.3 del Código Civil Español", *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2012, núm. 5, pp. 12-35.

Por tanto, resulta evidente como la intervención del coheredero *solvens* comporta una utilidad para los demás obligados[99], al ser liberados del vínculo que los tenía sujetos a su acreedor en consecuencia de la aceptación del pasivo hereditario. En efecto, a pesar de que el *solvens* está cumpliendo con una obligación que también le concierne, su intervención determina, indirectamente, la extinción de la obligación de la que son responsables los demás herederos[100]. Esta intervención del *solvens* se identifica como una gestión útil, la misma que aporta una ventaja o beneficio a los titulares del negocio gestionado[101], que para el supuesto *de quo* serían los demás obligados; además, esta gestión se realiza sin la intención de atribuirles una liberalidad a los beneficiados, es decir, sin pretender la devolución del patrimonio objeto de dicha utilidad (*animus donandi*)[102], sino con la intención de mejorar su situación patrimonial y al mismo tiempo ver restituido cualquier desembolso que haya requerido dicha gestión[103]. De ahí que, cuando el *solvens* interviene en favor de los demás obligados, el ordenamiento jurídico le ampara con una acción que tiene el objetivo de recuperar la cantidad satisfecha al acreedor, y ello en alcance a la referida utilidad obtenida por los beneficiados[104]. Esta acción está dirigida a reclamar la cantidad que determinó que otros se hayan liberado sin dar nada a cambio, lo que equivale al haberse enriquecido de forma injustificada, quebrantando así el equilibrio que debió mantenerse entre los integrantes de la obligación solidaria pasiva[105]. En este sentido, a la referida utilidad se añade el evitar un enriquecimiento injustificado[106], principio que está a

99 Utilidad reflejada en la locución *utiliter gestum*, la cual, sin embargo, el *solvens* no está obligado a demostrar para obtener el regreso, ya que este nace de la extinción de la obligación y del consiguiente sacrificio patrimonial del *solvens*, *cfr.* Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit. p. 258. A tal respecto observa Díaz de Entre-Sotos Forns, M.: "El aprovechamiento de las ventajas de la gestión de negocios y sus consecuencias jurídicas", *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, 1989-1990, núm. 75, pp. 160 s.: "*Utiliter coeptum* implica emprender una acción útilmente, aunque de ella no resulte provecho alguno. Por el contrario, el *utiliter gestum* exige que se produzca un resultado útil, ventajoso para el *dominus*". De su parte, Sánchez Jordán, M. E.: *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 1999, p. 213, observa que en la concepción moderna existen dos modos de entender el valor de la utilidad: el subjetivo, seguido por el B.G.B y el Código civil portugués, en los que se toman como criterios para determinar la existencia de la utilidad, al interés o la voluntad del *dominus negotti*; y, el objetivo, que siguen algunos códigos inspirados en el *Code civil*, el cual consiste en que el negocio haya sido bien administrado. Véase en materia Finazzi, G.: *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, pp. 527 ss.

100 Y esta sería la razón a la base de la teoría que considera que el derecho de regreso no es connatural a la obligación solidaria, véase Bonfante, P.: *Corso di diritto*, cit., p. 159.

101 Así pues, amparándonos en la teoría del mandato tácito en el ámbito de la solidaridad pasiva, véase Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones", cit., pp. 855 s.

102 Sobre este particular véase Sánchez Jordán, M. E.: *La gestión*, cit., pp. 306 ss.

103 En este sentido, observa Sánchez Jordán, M. E.: *La gestión*, cit. p. 255, que adquiere relevancia la utilidad final de la gestión, la cual determina el fomentar las intervenciones dirigidas a procurar un beneficio ajeno, evitando siempre un eventual enriquecimiento injustificado.

104 Sobre las diferentes funciones de la utilidad, véase Sánchez Jordán, M. E.: *La gestión*, cit., pp. 218 ss.

105 *Cfr.* Tur Faundez, M. N.: *El derecho de reembolso. En el pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos*, Valencia, 1996, p. 43. En efecto, para Diez-Picazo, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, p. 47, el derecho a concederle una acción al *solvens* responde a la afirmación de que siempre que se realiza un desembolso que correspondía a otro, puede recuperarse por quien lo efectuó.

106 Con respecto a este principio, es motivo de discrepancia la terminología que acompaña al concepto de enriquecimiento, así injustificado o sin causa; sin embargo, resulta preferible calificarlo como injustificado,

la base del derecho patrimonial[107], y que justifica el regreso en contra de aquellos deudores que no cumplieron con la parte de la obligación que también debían cumplir[108].

Pues bien, al determinar el pago *in solidum* el quebrantamiento de la equidad patrimonial entre todos los obligados, se trata de restablecer dicha equidad a través del derecho de regreso reconocido en los arts. 1084. 2º y 1085 CC, y reforzado por vía de aquel artificio técnico que es la subrogación legal (ex art. 1210. 3º CC)[109]. En este sentido, ambas vías le permiten al *solvens* obtener de manera diferente la devolución de lo pagado y así nivelar el equilibrio patrimonial quebrantado, evitando el surgimiento de un enriquecimiento injusto en los demás obligados, el mismo que, inclusive, justificaría el recurso subsidiario a la acción *de in rem verso*[110], ya que, según Jordano Barea[111], el regreso entre codeudores no es más que la pretensión de "una *actio de in rem verso*, porque aquí el enriquecimiento se produce indirectamente, a través de un patrimonio indirecto; el del acreedor

en el sentido de contrario a las normas de justicia y equidad, necesarias para mantener el equilibrio en las relaciones patrimoniales. Véase al respecto De la Cámara Álvarez, M.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988, pp. 153 ss.

107 *Cfr.* Lacrúz Berdejo, J. L.: *Elementos de derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, pp. 635 s.

108 Sobre los diferentes fundamentos de un tal razonamiento, véase Estevill, P.: *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 258 ss.; Cristóbal Montes, A.: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 59 ss.

109 Esta tendencia hacia el mantenimiento de la equidad patrimonial existe desde el Derecho romano; a tal respecto, se suele incluir entre los mecanismos procesales dirigidos al regreso a la *actio familiae erciscundae*, la cual, y a pesar de su acepción clásica, con base en la interpretación de un texto atribuido a Venuleyo y colocado en D. 45,1,139, resultaría también dirigida al regreso, en el caso de que uno de los herederos hubiere enfrentado obligaciones de la comunidad hereditaria, confiriéndole así el carácter de acción útil (*actio utilis*), es decir, un instrumento procesal no previsto por el tradicional *ius civile* pero que, por iniciativa del Pretor, iba más allá de su normal ámbito de aplicación con tal de mantener la *aequitas*. Ante lo cual, observa Ricart, E.: "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20,4,19", *Reveu Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2001, núm. 48, p. 244, que el referido texto resulta manipulado por su contenido controvertido, al prever el regreso de un coheredero frente a otro con la *actio familiae ercincundae*, ya que "[…] el jurista se refiere a conceder la *actio familiae erciscundae* con carácter de útil precisamente para conseguir una finalidad para la que no está prevista, pues por medio de esta acción el árbitro solo puede dividir y asignar, pero no puede intervenir sobre *nomina*". Con respecto a la *actio utilis* en el ámbito de las relaciones solidarias afirma Bonfante, P.: *Corso di diritto*, cit., p. 157: "[…] actio utilis significhi l'azione di un rapporto interno estesa utilmente a un caso análogo". En este sentido observa Betancourt Serna, F.: *Derecho romano clásico*, 4º ed. Sevilla, 2014, pp. 336 s., que, junto con la *actio communi dividundo*, y a pesar de su carácter real, estas acciones servían también para liquidar las deudas pendientes entre los coherederos en estado de comunidad.

110 Con respecto al carácter subsidiario de la referida acción, manifiesta Kupisch, B.: "Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. Vacca), Torino, 2005, p. 290: "[…] *l'action de in rem verso* è data solamente quando l'attore non ha altra azione da contratto, gestione d'affari altrui o illecito". Asimismo, afirma Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit., p. 255: "Stante il carattere sussidiario di questa azione, sembra doversi ritenere che esista il regresso ogni qualvolta l'effetto dell'arricchimento senza causa derivi da uno specifico rapporto preesistente, e che solo nella carenza di esso trovi ingresso la sussidiaria azione generale di arricchimento". Véase al respecto también Sirena, P.: "La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa", *Rivista di Diritto Civile*, 2018, vol. 64, núm. 2, pp. 379-404; Castilla Barea, M.: "La acción de enriquecimiento", cit., pp. 115 ss.; Pietrobon, V.: "Ingiustificato arricchimento", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. Vacca), Torino, 2005, pp. 225 ss. No obstante, sobre la cuestión inherente al carácter subsidiario de la acción general de enriquecimiento injustificado, véase lo considerado por Basozabal Arrue, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", *Revista de Derecho Civil*, abril – junio 2019, vol. 6, núm. 2, pp. 99-167.

111 Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones", cit., p. 866.

que cobra el todo o el del deudor que paga íntegramente, habiéndose de realizar después la oportuna nivelación patrimonial"[112].

Por consecuencia, y con base en el principio que prohíbe enriquecerse con detrimento ajeno, cabe considerar aquella ulterior vía que tiene la función específica de contrastar el verificarse de dicho enriquecimiento injustificado, y que se canaliza a través de aquella acción que, según el caso, adquiere la denominación de reembolso o de repetición[113]. En efecto, se suele designar con el término reembolso al derecho - acción - que dispone el *solvens* que pagó sin el conocimiento del deudor (*ignorante debitore*), y que toma el lugar de la acción de negocios ajenos[114]. Mientras que, con el término repetición se conoce a la acción que le corresponde al *solvens* que pagó *prohibente debitore*[115], y que se identifica en la general acción de enriquecimiento injustificado o *de in rem verso*[116]. Ambos instrumentos procesales están previstos en el art. 1158 CC[117]; así, para el supuesto previsto en su 2º párrafo se aplicaría la acción de reembolso, mientras que en el contexto del 3º, la de repetición[118]. Y, con respecto a la diferencia entre estas dos

112 Y en tal sentido véase también Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso", cit., p. 1434.

113 Véase al respecto Tur Faundez, M. N.: *El derecho de reembolso*, cit., p. 71.

114 Sobre sus fundamentos, véase Finazzi, G.: *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Edizioni dell'Università degli Studi di Cassino, 2003, pp. 101 ss.

115 Como observa Bercoviz-Rodríguez Cano, R.: *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2001, p. 1354, se concede "la acción de repetición por la utilidad producida, cuando paga un tercero no interesado contra la voluntad del deudor (1158, 3 CC.esp.)". Esta acción correspondería al *solvens* para reclamar únicamente aquello que del pago le fue útil a los demás obligados, es decir, solo la cantidad que se pagó para liberarlos, sin contar intereses o demás recargos de gestión, y se aplica cuando se obtiene un provecho a través del patrimonio ajeno que determine un enriquecimiento injustificado, ya que para ejercerla resulta necesario el enriquecimiento de un patrimonio, el empobrecimiento de otro, y la falta de una causa legal que lo justifique, véase Núñez Lagos, R.: *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, Madrid, 1934, p. 173; Lacrúz Berdejo, J. L.: "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1969, núm. 1, p. 594; Álvarez Caperochipi, J. A.: *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, p. 154. Sobre las connotaciones de la gestión prohibida véase Pasquau Liaño, M.: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, p. 96.

116 *Cfr.* Tur Faundez, M. N.: *El derecho de reembolso*, cit., pp. 69 ss. Sobre la función de la *actio de in rem verso* como acción de enriquecimiento, a través del *iter* histórico del sistema jurídico romanista, la literatura jurídica es amplísima, pero véase Kupisch, B.: "Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno", *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 1994, núm. 1, pp. 423-446; Prado Rodríguez, J. C.: "Fundamentos romanistas"; cit., pp. 12-30. Mientras que, en la dogmática jurídica moderna, véase por todos Trabucchi, A.: "Arricchimento (Diritto civile)", *Enciclopedia del Diritto*, 1958, núm. 3, pp. 64-76.

117 "Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago". En materia véase. Albiez Dohrmann, K. J.: "El pago por tercero", en AA.VV.: *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, pp. 16 ss.; Lasso Gaite, J. F.: *Crónica de la codificación española*, IV, (Codificación civil), Madrid, 1970, p. 777; Del Olmo García, P.: *Pago de tercero*, cit., p. 62.

118 A este respecto, ya en el Proyecto de 1851 del Código civil se regulaba en el art. 1099 la acción de reembolso en sentido semejante al actual, aunque su redacción negaba cualquier acción al *solvens prohibente debitore*, puesto que se presumía que el *solvens* quiso donar, véase García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, (reimp. Edición Madrid, 1852), Zaragoza, 1974, pp. 128 ss. Sin embargo, para entonces se entendía que la acción de reembolso se ejercitaba para satisfacer un derecho distinto al que debe garantizar la entonces inexistente acción *de in rem verso* o de repetición, siendo solo posteriormente, con el Anteproyecto de 1882-1888, cuando se concede al *solvens prohibente debitore* una acción que le permita recobrar aquello que el pago le hubiese sido útil al deudor, evitándose así que el deudor se enriquezca injustamente a su costa, *cfr.* Tur Faundez, M. N.: *El derecho de reembolso*, cit., p. 71.

acciones, que para el caso de la obligación solidaria surgirían, respectivamente, ante el pago del codeudor *ignorante* y *prohibente debitore*[119], observa Díez Picazo[120] que con la acción de reembolso el *solvens* reclama el equivalente del pago realizado, mientras que, con la *de in rem verso* se reclama "el valor en que el pago le haya sido útil al deudor y éste se haya enriquecido con él". Ahora bien, desde el momento que el art. 1158 CC establece en su primer párrafo que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, se podría incluir al coheredero *solvens* solidario, ya que mantiene un evidente interés en cumplir su obligación personal, pero que también resulta ajena, lo que va de la mano con lo establecido en el art. 1210. 3º CC[121]. Sin embargo, se suele diferenciar el ámbito de aplicación para el tercero *solvens* en el contexto del referido art. 1158 CC, en el sentido de distinguir entre un tercero que tiene interés en la obligación, de aquel que tiene interés en el cumplimiento de la obligación; en este sentido, existiría un interés en el cumplimiento de la obligación cuando el *solvens* participa y es responsable de ella, en cuyo caso se produciría la subrogación ex art. 1210.3º CC, mientras que, un tercero extraño manifestaría un interés en la obligación y gozaría del amparo del art. 1158 CC[122].

A tal respecto, y en la hipótesis de que ésta sea una posible vía por seguir para alcanzar el regreso, al existir siempre el reconocimiento directo del regreso (arts. 1084. 2º y 1085 CC), surgiría siempre la cuestión inherente a la elección de la acción dirigida al regreso, así, por un lado, la *de in rem verso* (ex art. 1158 CC) y por otro la subrogatoria (ex art. 1210. 3º), al no poder utilizar ambas acciones para cobrar dos veces por haber extinto la obligación[123]. Con relación a ello, y no obstante la inclinación del *solvens* hacia el reembolso[124], cabe señalar que el art.

119 Mientras que, ante el pago realizado con el conocimiento y consentimiento de los demás deudores se aplicaría la *actio mandati*, siendo dicho conocimiento suficiente para la admisión de dicha acción, así en el caso de un mandato considerado como tácito, véase Galicia Aizpurua, G.: "Partición hereditaria y pago por la comunidad de una deuda de uno de los coherederos garantizada con un bien relicto", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2016, núm. 5, pp. 355 s.

120 Díez-Picazo, L.: "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en *Ensayos jurídicos* (1953-2011), Tomo II Derecho de obligaciones y contratos. Derecho de daños. Enriquecimiento injustificado, 2011, p. 3112.

121 *Cfr.* Galicia Aizpurua, G.: "Partición hereditaria", cit., p. 354.

122 *Cfr.* Zubero Quintanilla, S.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (714/2018)", en AA.VV.: *Comentario a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), 2018, vol. 10, p. 272, quien, además, señala con respecto a la distinción de significados inherentes al interés del tercero, el carácter similar de éstos para una parte de la doctrina. Y en un tal sentido, la referida autora aborda (p. 273) la Sentencia del TS de 7 de mayo de 2015, RJ2015, 2418, en la que se manifiesta que el art. 1158 del CC "está pensado para terceros que pagan voluntariamente deudas ajenas, sin tener ninguna obligación de pagar". No obstante, permanecen las diferentes posturas doctrinales sobre el elemento del interés del tercero para hacerlo legitimario o menos del art. 1158 CC.

123 En efecto, Galicia Aizpurua, G. "Partición hereditaria", cit. p. 356, consodra que el *solvens* se encontrará en el dilema de cual vía tomar, es decir, aquella para que se le indemnice todo el empobrecimiento sufrido, lo que incluye a los gastos del pago, lucro cesante e intereses por el desembolso, pero sin ninguna garantía que proteja su crédito, o, que se le devuelva el importe pagado, disponiendo para tal respecto de las garantías, privilegios y demás accesorios inherentes al crédito, a través del recurso a la subrogación, pero renunciando a la indemnización de los gastos realizados para el pago.

124 Así como se recabaría de la tendencia jurisprudencial evidenciada por Galicia Aizpurua, G.: "Partición hereditaria"; cit. p. 357, al afirmar que: "La jurisprudencia suele inclinarse a considerar, como acontece

1159 CC establece que en el caso de que el deudor ignore el pago del tercero, éste no podrá obligar al acreedor a que le subrogue en sus derechos, por lo que le quedaría al *solvens* recurrir a la acción de reembolso; mientras que, para el supuesto *prohibente debitore*, dispondrá de la de repetición, pero en el límite del enriquecimiento obtenido por el deudor liberado[125]. No obstante, hay que considerar que esta vía para el regreso tiene la característica de ser subsidiaria, es decir, recurrible solo en el supuesto, que no es el caso del Derecho español[126], que no se reconozca el derecho de regreso y tampoco la legitimación a la subrogación *ex lege*. Sin embargo, ambas acciones tienen como fundamento común el restablecer el quebrantamiento de la *aequitas* patrimonial[127], si bien la primera tiende a evitar un enriquecimiento que conlleva la posibilidad de reembolsar al *solvens* no solo lo que pagó, sino también las expensas del pago, así los intereses de las cantidades adelantadas por el *solvens* a modo de reparación del lucro cesante[128], mientras que, con la acción de repetición el *solvens* podrá reclamar solo y en límite de la utilidad que le aportó el pago al deudor[129].

V. CONCLUSIONES.

De lo anteriormente considerado se recaba que, ante una pluralidad de herederos que se encuentren en estado de comunidad, todos serán responsables solidariamente por el pasivo hereditario y cualquiera de ellos podrá solventar el total de las respectivas deudas, también en favor de los demás coherederos obligados, quienes, en consecuencia, se ahorrarían la parte que les correspondía cumplir de forma individual, verificándose en ellos un enriquecimiento considerado como injustificado al quebrantarse el equilibrio patrimonial entre todos los coherederos. Sin embargo, el régimen jurídico de las obligaciones solidarias inherentes al ámbito hereditario reconoce el derecho de regreso en favor del

en el presente fallo, que el solvens tiene la facultad de optar por una u otra vía, aceptando al tiempo la posibilidad de que la subrogación se entienda renunciada de forma tácita". Así la STS 29 de mayo 1984 (RJ 1984, 2804) afirma que esta "puede venir descartada por las circunstancias del caso, demostrativas de que el tercero beneficiario de la subrogación no buscó sus efectos al proceder al pago y sí únicamente la acción de reembolso […]".

125 Ambas circunstancias evidencian, por lo tanto, el fundamentar el derecho de regreso mediante la acción específica que nacía de la relación interna que se instaura entre los codeudores, desde el punto de vista de la gestión del *solvens*, y cuya teoría, como observado, habría sido superada, abriendo el paso al regreso mediante la subrogación legal (ex art. 1210. 3°), en el sentido anteriormente evidenciado por Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, cit., p. 242.

126 Y, más bien, propia del *Common law*, véase Del Olmo García, P.: "Enriquecimiento injusto", cit., pp. 20 ss.

127 En efecto, observa Álvarez Caperochipi, J. A.: *El enriquecimiento*, cit., p. 155, mientras con la de repetición el *solvens* reclama en la medida del enriquecimiento obtenido por el deudor, con la de reembolso se reclama el empobrecimiento del *solvens*.

128 Así Galicia Aizpurua, G.: "Partición hereditaria", cit., p. 352.

129 *Cfr.* Tur Fundez, M. N.: *El derecho de reembolso*, cit., p. 76. Ante lo cual, manifiesta Galicia Aizpurua, G.: "Partición hereditaria", cit., p. 352: "[…] tendrá que conformarse con que le restituya el efectivo enriquecimiento que le haya proporcionado, excluyéndose, por ende, la reparación de los perjuicios que la intervención haya irrogado al tercero, y, en especial, el lucro cesante padecido (así, los intereses de la suma anticipada si la deuda era dineraria".

solvens in solidum, al objeto de nivelar la referida equidad y evitar así el verificarse de un enriquecimiento no justificado en el patrimonio de los demás obligados.

Este derecho de regreso es reconocido por el ordenamiento jurídico español en sus arts 1084. 2º y 1085 CC, y reforzado mediante el amparo de la subrogación legal con base en el art. 1210. 3º CC. Sin embargo, ante esta dualidad de vías hacia el regreso, prevalece la tendencia a recurrir a la acción específica prevista en la norma del Código. Por tanto, se constata que el coheredero *solvens* solidario se encuentra plenamente protegido para alcanzar, a través de los mencionados instrumentos procesales, el reintegro de la cantidad desembolsada que también era de responsabilidad de los demás herederos.

Esta protección que el ordenamiento jurídico le proporciona se fundamenta en el objetivo de obtener el restablecimiento del equilibrio patrimonial que se vio quebrantado a causa de la intervención de uno de los coherederos, y tiene la precisa función de evitar que se verifique un enriquecimiento injustificado en los demás deudores, al constituir un principio generalmente reconocido, aquel que prohíbe enriquecerse con detrimento ajeno.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: "La adquisición de la herencia en el derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1955, núm. 1, pp. 3-30.

Albaladejo García, M.: "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición", *Anuario de Derecho Civil*, 1967, núm. 3, pp. 481-514.

Albertario, E.: *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948.

Albiez Dohrmann, K. J.: "El pago por tercero", en AA.VV.: *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, pp. 13-88.

Álvarez Caperochipi, J. A.: *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989.

Amorth, G.: *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959.

Archi, G. G.: *Sul concetto di obbligazione solidale*, Milano, 1940.

Asua González, C. I.: "Concurso de herencia y sistemas de responsabilidad hereditaria", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua), Thomson Reuters -Aranzadi, 2018, pp. 99-133.

Basozabal Arrue, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", *Revista de Derecho Civil*, abril-junio 2019, vol. 6, núm. 2, pp. 99-167.

Bayo Recuero, N.: *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000.

Bercoviz-Rodríguez Cano, R.: *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2001.

Betancourt Serna, F.: *Derecho romano clásico*, 4º ed. Sevilla, 2014.

Bonfante, P.: *Corso di diritto romano*, vol. IV. *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1979.

Bosch Capdevila, E.: "La indivisión", en AA.VV.: *División de la comunidad de bienes* (coord. por M. C. Gete Alonso), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 53-75.

Briguglio, F.: "*Fideiussoribus succurri solet*", Milano, 1999.

Cannata, C. A.: "*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*. L'arricchimento ingiustificacto nel diritto romano", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. Vacca), Torino, 2005, pp. 13-50.

Camacho Evangelista, F.: *Derecho privado y procesal romano*, Granada, 1999.

Carrión, S.: "La pretendida subrogación del deudor solidario solvens: ¿una errónea intelección del ordinal tercero del artículo 1210 del Código civil?", en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. J. J. Ramos Albesa* (coords. por M. Cuena Casas *et al*), 2013, pp. 393-419.

Castilla Barea, M.: "La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: la justificación de su carácter subsidiario", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. Vacca), Torino, 2005, p. 105-124.

Cervilla Garzón, M. D.: "Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos", *Actualidad Civil*, 1 (2013), pp. 1-16.

Colina Garea, R.: "Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria", *Anuario de Facultade de Dereito*, 2002, núm. 6, pp. 237-261.

Colina Garea, R.: "La venta de herencia en el Código civil español", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, 2001, núm. 5, pp. 243-268.

Cristóbal Montes, A.: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986.

Cristóbal Montes, A.: "El derecho de regreso en la solidaridad de deudores", *Anuario de Derecho Civil*, 1991, vol. 44, núm. 4, p. 1433-1452.

De la Cámara Álvarez, M.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988.

Del Olmo García, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998.

Del Olmo García, P.: "Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del Common law: PICC,PECL, DCFR, CESL", *Anuario de Derecho Civil*, 2016, vol. 69, núm. 1, pp. 5-98.

Díaz de Entre-Sotos Forns, M.: "El aprovechamiento de las ventajas de la gestión de negocios y sus consecuencias jurídicas", *Revista de la Fcultad de Derecho Universidad Complutense*, 1989-1990, núm. 75, pp. 157-195.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993.

Díez-Picazo, L.: "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en AA.VV.: *Ensayos jurídicos* (1953-2011), Tomo II (Derecho de obligaciones y contratos. Derecho de daños. Enriquecimiento injustificado), 2011, pp. 3029-3115.

Escriche, J.: *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, 1838.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: "La cesión de la herencia en el Código civil: ¿Cambio personal del heredero?, *Anuario de Derecho Civil*, 2008, vol. 61, núm. 4, pp. 1868-1971.

Estevil, P.: *El pago*, Barcelona, 1986.

Fernández-Sancho Tahoces, A. S.: "Responsabilidad del legatario por las deudas del causante en el supuesto de distribución de toda la herencia en legados", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua), Thomson Reuters - Aranzadi), 2018, pp. 279-302.

Finazzi, G.: *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Edizioni dell'Università degli Studi di Cassino, 2003.

Finazzi, G.: *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Edizioni dell'Università degli Studi di Cassino, 2006.

Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código civil y en los Derechos civiles autónomos", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. por G. Galicia Aizpurua), Thomson Reuters-Aranzadi), 2018, pp. 27-97.

Galicia Aizpurua, G.: "Partición hereditaria y pago por la comunidad de una deuda de uno de los coherederos garantizada con un bien relicto", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2016, núm. 5, pp. 345-360.

García Goldar, M.: *La liquidación de la herencia en el Código civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, Agencia Estatal Boletín oficial del Estado, Madrid, 2019.

García Goldar, M.: "La responsabilidad del heredero por deudas sucesorias en el Código civil español y en los derechos autonómicos, *Revista Boliv. de Derecho*, julio 2019, núm. 28, pp. 248-295.

García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 (reimp. de la edición Madrid, 1852).

Gómez Calle, E.: "La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil*, 2017, vol. 70, núm. 1, pp. 79-117.

González Pillado, E. - Grande Seara, P.: "Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 13,14 y 15", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2005, núm. 1, pp. 1-39.

Hänel, G.: *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834.

Iglesias, J.: *Derecho romano*, Barcelona, 1999.

Jordano Barea, J. B.: "Las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, vol. 45, núm. 3, pp. 847-874.

Karrera Egialde, M. M.: "El modo de solicitar el beneficio de inventario en el Código civil tras la Ley de jurisdicción voluntaria", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. G. Galicia Aizpurua) Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, pp. 135-183.

Karrera Egialde, M. M.: "El legado y su garantía registral", en AA.VV.: *Deudas y herencia* (coord. G. Galicia Aizpurua) Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, pp. 185-254.

Kupisch, B.: "Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno", *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 1994, núm. 1, pp. 423-446.

Kupisch, B.: "Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. Vacca), Torino, 2005, p. 269-294.

Lacrúz Berdejo, J. L.: "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1969, núm. 1, pp. 569-603.

Lacrúz Berdejo, J. L.: *Elementos de derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986.

Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

Lasso Gaite, J. F.: *Crónica de la codificación española*, IV, (Codificación civil), Madrid, 1970.

Lledó Yague, F.: "Una relectura básica en torno a la ineficacia y efectos de la partición hereditaria", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*

García I (coords. J. M. González Porras - E. P. Méndez González), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 2777-2812.

López–Jacoste Díaz, E.: "Contratos y patrimonio. La venta de la herencia", *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 115-125.

Magini, U.: *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino, 1924.

Maschi, C. A.: *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937.

Manfredini, A.: *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Giappichelli, Torino, 1991.

Merlo, G. M.: *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933.

Mingorance Gosálvez, M. C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004.

Mingorance Gosálvez, M. C.: "Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015, núm. 752, pp. 3221-3256.

Mingorance Gosálvez, M. C.: "Criterios que sigue el ordenamiento jurídico para determinar las reglas de prioridad para el cobro de las deudas hereditarias", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2002, Año 56, núm. 1931, pp. 3753-3772.

Moretón Sanz, M. F.: "Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, núm. 716, pp. 3174-3184.

Mucius Scaevola, Q.: *Código civil comentado y concordado*, XIX, 2ª ed. Madrid, 1957.

Núñez Lagos, R.: *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, Madrid, 1934.

d'ors, A.: *Derecho privado romano*, 10ª ed., Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.

Pasquau Liaño, M.: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986.

PIETROBON, V.: "Ingiustificato arricchimento", en AA.VV.: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (coord. por L. VACCA), Torino, 2005, pp. 223-232.

PITA BRONCANO, C.: "La adjudicación de bienes para pago de deudas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2005, vol. 23, pp. 221-231.

PRADO RODRÍGUEZ, J. C.: "La *solutio* del tercero '*ignorante vel invito debitore*' y sus vías de regreso contra el deudor", *IVRA*, 2011, núm. 59, pp. 217-266.

PRADO RODRÍGUEZ, J. C.: "Fundamentos romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injustificado prevista en el art. 1158.3 del Código Civil Español", *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2012, núm. 5, pp. 1-35.

PRADO RODRÍGUEZ, J. C.: "El régimen publicitario romano en materia de ejecución por deudas", *Index*, 2013, núm. 41, pp. 363-379.

PROVERA, G.: "Riflessioni sul *beneficium cedendarum actionum*", en AA.VV.: *Studi in Onore Sanfilippo*, 1983, núm. 4, pp. 609-659.

RICART, E.: "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20,4,19", *Reveu Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2001, núm. 48, pp. 237-258.

RICCOBONO, S.: "Aequitas", *Novissimo Digesto Italiano*, 1937, núm. 1, pp. 210-215.

RIPOSATI, B.: "Una singolare nozione di *aequitas* in Cicerone", en AA.VV.: *Studi in Onore di B. Biondi*, 1965, núm. 2, pp. 447-465.

ROTA, A.: *Note sulla dottrina del regresso nelle obbligazioni solidali presso i Glossatori*, Città di Castello, 1936.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 1999.

SIRENA, P.: "La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa", *Rivista di Diritto Civil*e, 2018, núm. 2, pp. 379-404.

SEGRÈ, G.: *Lezioni di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, I y II, Torino, 1924.

SOLAZZI, S.: *L'estinzione dell'obbligazione in diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1935.

SOTO NIETO, F.: "La dinámica de la obligación solidaria. La obligación "*in solidum*", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1980, núm. 1220, pp. 3-14.

TALAMANCA, M.: "*Obbligazioni*" (*Diritto romano*), *Enciclopedia del Diritto*, 1979, núm. 29, pp. 1-78.

TALAMANCA, M.: *Istitutioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990.

TALAMANCA, M.: "L'*aequitas naturalis* e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,7", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano,* 1993-1994, núm. 35-36, pp. 1-81.

TRABUCCHI, A.: "Arricchimento (Diritto civile)", *Enciclopedia del Diritto*, 1958, núm. 3, pp. 64-76.

TUR FAUNDEZ, M. N.: *El derecho de reembolso. En el pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos*, Valencia, 1996.

USCATESCU BARRÓN, J.: "Acerca de un concepto romano: *aequitas*. Un estudio histórico-conceptual", *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos*, 1993, núm. 5, pp. 73-104.

VATTIER FUENZALIDA, C.: "Notas sobre la subrogación", *Revista de Derecho Privado*, 1985, núm. 69, pp. 491-514.

ZUBERO QUINTANILLA, S.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (714/2018)", en AA.VV.: *Comentario a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA), 2018, vol. 10, pp. 261-276.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN ITALIA*

INTERPRETATION OF CONSUMER CONTRACTS IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 610-629

* El trabajo ha sido traducido por Roberto Martín López, doctorando en "Diritto dei consumi" en la Università degli Studi di Perugia-Universidad de Salamanca. Es la síntesis de la ponencia a las *IX jornadas internacional de derecho de contratos*", La Habana, 31 enero 2020.

Lorenzo
MEZZASOMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El trabajo tiene el objetivo de comprobar si los contratos de consumo llevan consigo una clave interpretativa diferente a la prevista para los contratos de derecho común. El ámbito de reflexión sigue necesariamente los pasos del art. 35, párrafo 2, del *Codice del Consumo* que introduce una interpretación *contra stipulatorum* (en el ámbito evolutivo del art. 1370 CC) y el sistema de consecuencias previstas para el caso en el que haya una cláusula poco clara e ininteligible, en el marco de los principios constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Contratti di consumo; interpretazione; trasparenza; principi costituzionali, meritevolezza.

ABSTRACT: *The objective of this work is to evaluate whether consumer contracts have a different interpretative key compared to that of the common contract law. The field of reflexion necessarily follows the steps of art. 35 of the Consumer Code, paragraph 2, which introduces an interpretation contra stipulatorum (in the evolutionary field of art. 1370 CC) and the system of consequences foreseen for the case in which there is an unclear and unintelligible clause within the framework of constitutional principles.*

KEY WORDS: *Consumer contracts; interpretation; transparency; constitutional principles; "meritevolezza".*

SUMARIO.- I. EL CONTRATO DE CONSUMO.- II. LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES: LA INTERPRETACIÓN CONTRA PROFERENTEM Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.- III. LAS CLÁUSULAS OSCURAS O AMBIGUAS.- IV. REGLAS INTERPRETATIVAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: LA RELEVANCIA DEL CONTROL DE *MERITEVOLEZZA*.

I. EL CONTRATO DE CONSUMO.

El título de mi trabajo, Interpretación de los contratos de consumo en Italia, obliga a delimitar el alcance de mi investigación, es decir, a establecer qué contratos entran dentro de este ámbito interpretativo y además a comprobar si los contratos de consumo llevan consigo una clave interpretativa diferente a la prevista para los contratos de derecho común.

Como bien sabemos, cuando nos referimos a los contratos de consumo nos situamos dentro del llamado "*secondo contratto*", es decir, el que se estipula entre un profesional y un sujeto (persona física) -el consumidor[1]- que actúa fuera de su actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional eventualmente realizada.

Es, por tanto, el acto de consumo lo que se pone de manifiesto en la evolución moderna del mismo en el que el acto promiscuo -es decir, el acto puesto en práctica tanto para fines personales como profesionales- no debe ser necesariamente excluido, asumiendo una importancia significativa el predominio

1 Sobre la definición de consumidor y, en particular, sobre los problemas de esta noción, véase, *ex multis*, Alpa, G.: "Ancora sulla definizione di consumatore", *Contratti*, 2001, pp. 205 y ss.; Gambini, M.: "Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole", *Giur. merito*, 2004, pp. 2605 y ss.; Gabrielli, E.: "Il consumatore e il professionista", en Gabrielli, E. y Minervini, E. (coord.): *I contratti dei consumatori*, I, en Rescigno y Gabrielli: *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2005, p. 33 ss.; Macario, F.: "Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale", *Obb. contr.*, 2006, pp. 872 y ss.; Verdicchio, V.: "La Corte Costituzionale e l'ambito soggettivo di applicazione della novella codicistica sui contratti del consumatore", en Tamponi, M. y Gabrielli, E. (coord.): *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 327 y ss.; Lucchesi, F.: "*sub* Art. 3", en Vettori, G. (coord.): *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007, pp. 45 y ss.; Guarino, A. jr.: "Consumatore e professionista: definizioni e disciplina", *Contratti*, 2008, pp. 251 y ss.; Bartolini, F.: "Consumatore: chi era costui?", *Danno resp.*, 2009, pp. 385. y ss.; Garatti, F.: "Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore", *ibidem*, pp. 944 y ss.; Trombetti, O.: "L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore", *Obbl. contr.*, 2010, pp. 271 y ss.; Mazzasette, F.: *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Esi, Napoli, 2012, pp. 83 y ss.; Mezzasoma, L.: "Il consumatore e il professionista", en Recinto, G., Mezzasoma, L. y Cherti, S. (coord.): *Diritti e tutele dei consumatori*, Esi, Napoli, 2014, pp. 13 y ss.; Capobianco, E.: "*sub* Art. 3", en Capobianco, E., Mezzasoma, L. y Perlingieri, G. (coord.): *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2ª ed., Esi, Napoli, 2018, pp. 17 y ss.; Chiné, G.: "*sub* Art. 3", en Cuffaro, V. (coord.): *Codice del consumo e norme collegate*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2019.

• Lorenzo Mezzasoma
Catedrático de Derecho de la Economía, Università degli Studi di Perugia. Correo electrónico: lorenzo.mezzasoma@unipg.it

del propósito del acto más que su no exclusividad. En otras palabras, es la finalidad predominante para la cual se realiza el acto la que, según el caso, llevará a calificar el acto concreto como un acto de consumo o, por el contrario, como un acto profesional[2].

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES: LA INTERPRETACIÓN *CONTRA PROFERENTEM* Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Dicho esto, la cuestión de la interpretación de los contratos con consumidores plantea la problemática de si estos últimos tienen normas de interpretación diferentes de aquellas de los contratos de derecho común[3].

El marco normativo de referencia sigue necesariamente los pasos del art. 35, párrafo 2, del *Codice del Consumo* (*ex* art. 1469 *quater*, apartado 2, *Codice Civile*)[4], que introduce una interpretación *contra stipulatorum* (*rectius*: *contra proferentem*) en el ámbito del marco evolutivo del art. 1370 CC que lleva la aplicación de forma innovadora a las normas previstas para los contratos *standard* a todos los contratos del campo del consumo. No se trata, en realidad, de una "duplicidad"[5] sino de una elección precisa encaminada a ampliar el rango de operatividad, que se aplica también a las cláusulas predispuestas para una sola operación contractual y, por lo tanto, mucho más allá de los casos en que las cláusulas se insertan en las

2 Mientras que anteriormente el Tribunal de Justicia se refirió a la marginalidad absoluta (Tribunal de Justicia, 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, *Eur. dir. priv.,* 2005, p. 1135, con comentario de Crescimanno, V.: "I *contratti conclusi con i consumatori»* nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo", y en *Corr. giur.*, 2005, p. 1381, con comentario de Conti, R.: "La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di Giustizia)", cada vez más en las recientes disposiciones comunitarias vemos la afirmación de la simple prevalencia. En este sentido, véase el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, el considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE sobre crédito inmobiliario y el considerando 22 de la Directiva 2019/771/UE sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. En la jurisprudencia comunitaria, véase Tribunal de Justicia, de 25 de enero de 2019, n. 598/16, en el que se estableció que "El artículo 15 del Reglamento n. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que un usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de «consumidor» en el sentido de ese artículo cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales".

3 Gentili, A.: *Senso e consenso*, Giappichelli, Torino, 2015; Pagliantini, S.: "L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giusticia (Il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 code civil)", Contratti, 2016, p. 1029 ss.

4 Para todos, Rizzo, V.: "*sub* Art. 1469 *quater*", *Nuove leggi civ. comm*., 1997, I, pp. 1176 y ss.; Id.: *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Esi, Napoli, rist. 2002, esp. pp. 87 y ss.; Id.: "La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici", en Bellelli, A., Mezzasoma, L. y Rizzo, F. (coord.): *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva Cee 93/13*, Esi, Napoli, 2013, pp. 39 y ss.

5 Cfr. Bigliazzi Geri, L.: "A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulato con i consumatori", en Bianca, C.M. y Alpa, G. (coord.): *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Cedam, Padova, 1996, p. 327.

condiciones generales del contrato o en modelos o formularios preparados por uno de los contratantes[6].

Del art. 35 c. cons. derivan importantes consecuencias, entre ellas destaca la afirmación del principio de transparencia y la transición de la transparencia en sentido formal, a la transparencia en el sentido sustantivo[7]. Gracias a esta disposición el control de contenido por el juez ha entrado en el sistema. El principio de transparencia, de hecho, no limita el control a la mera comprensión o conocimiento de las cláusulas, sino que despliega sus efectos sobre el contenido[8], en términos de equilibrio y corrección, con el consiguiente poder correctivo/integrador del juez[9]. Entre las numerosas sentencias que constituyen un ejemplo, podemos recordar aquí las relativas a la reducción de la pena excesivamente onerosa[10] o las relativas a las denominadas cláusulas *claims mad*e en los contratos

6 Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 88. Véase también Capobianco, E.: *Il contratto dal testo alla regola*, Giuffré, Milano, 2006, pp. 147 y 151; Minervini, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Esi, Napoli, 2001, p. 140; y, más reciente, Bianco, R.G.: "*sub* Art. 35", en Capobianco, E., Mezzasoma, L. y Perlingieri, G. (coord.): *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., esp. p. 218.

7 [7] Sobre este punto, cabe señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado y enriquecido el tema del control de contenido del contrato solamente de forma reciente y, en este contexto, la sentencia más importante es, sin duda, la del 3 de junio de 2010, c. 484/08, en el procedimiento Caja *de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, sobre la cuestión de la exclusión del control de abusividad, en el sentido del apartado 2 del art. 4 de la Directiva 93/13/CE, de las cláusulas que, de conformidad con la exigencia de claridad de redacción, se refieren al objeto de las prestaciones esenciales. Para un comentario sobre la sentencia, Pagliantini, S.: "Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa", *Riv. dir. comm.*, 2010, II, pp. 443 ss.; Viglianisi Ferraro, A.: "La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita", *Contratti*, 2010, pp. 880 y ss.; Spadafora, A.: "Il demiurgo del contratto alla ricerca del *giusto processo*", *Giust. civ.*, 2011, I, pp. 1113 y ss.; Petruso, R.: "Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia", en Cerami, P. y Serio, M. (coord.): *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 412 y ss., esp. 433 y ss.; y, más reciente, D'Amico, G.: "Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)", en D'Amico G. y Pagliantini, S.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 90 y ss.

8 Sobre la importancia del principio de transparencia en la valoración judicial del contenido, también económico, del acuerdo, véase, para todos, Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., esp. pp. 116 y ss.

9 Sobre el poder integrador y corrector del juez, véase, Lipari, N.: "Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto", en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 711 y ss.; Vettori, G.: "Contratto giusto e rimedi effettivi", *ivi*, 2015, pp. 787 y ss.; Pennasilico, M.: "Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza", en Caterini, E., Di Nella, L., Flamini, A., Mezzasoma, L. y Polidori, S. (coord.): *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, II, Esi, Napoli, 2017, p. 1475; Id.: *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 3ª, Torino, Giappichelli, 2018; Pagliantini, S.: "L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice, en Riv. dir. civ., 2012, pp. 291 y ss.; Id.: Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (atto secondo)", *Contratti*, 2016, pp. 1147 y ss. Según Federico, A.: *Profili di integrazione del contratto*, Milano, 2008, pp. 193 y ss., "la ampliación de la discrecionalidad judicial en la determinación del carácter injusto de la cláusula se ve de algún modo *compensada* por la necesidad de reequilibrar y preservar las normas contractuales recurriendo exclusivamente a las fuentes indicadas en el art. 1374 (la ley, y a falta de estas, los usos y la equidad)". En general, sobre la delicada cuestión de la relación entre la autonomía y la heteronomía en relación con las facultades del juez, véase Federico, A.: "Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale", en Caterini, E., Di Nella, L., Flamini, A., Mezzasoma, L. y Polidori, S. (coord.): *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, I, cit., pp. 669 y ss.

10 Se alude a la importante Cass., de 24 de septiembre de 1999, n. 10511, *Giust. civ.,* 1999, I, p. 2929. En el mismo orden de ideas, entre otras, Cass., de 23 de mayo de 2003, n. 8188, *Contratti, 2003,* p. 1115, en la que se afirma con firmeza la necesidad de interpretaciones funcionales "más decididamente objetivas, suficientes

de seguro[11]. Más concretamente, en relación con la primera, la evolución jurisprudencial ha permitido al juez que, mediante la equidad, pueda corregir *ex* art. 1384 CC una cláusula penal de cuantía manifiestamente excesiva, lo que se justifica no tanto por el interés de la parte agraviada por el peso de la pena, sino por un interés más general, es decir, que los contratos, o las cláusulas contenidas en ellos, alcancen equilibrios razonables sin invadir los acuerdos arbitrarios. En relación con los segundos, en cambio, se considera que si la evaluación del contenido de la negociación arroja, en función de las circunstancias del caso concreto, un resultado negativo, el contrato deberá considerarse nulo de conformidad *ex* art. 1418 CC, pero el juez, a fin de "garantizar el justo equilibrio de los intereses de las partes y prevenir o reprimir el abuso del derecho", podrá poner remedio a tal efecto destructivo aplicando el art. 1419, apartado 2, CC sobre la nulidad parcial del contrato, con la consiguiente facultad de suplir la laguna así formada, recurriendo a las reglas típicas del modelo *loss occurence* o según las congruentes indicaciones de la ley.

Y esto, seguramente, parece ser una de las específicas peculiaridades ligadas al art. 35 c. cons. en lo que respecta a la interpretación de los contratos de los consumidores desde una perspectiva que va más allá de la interpretación tradicional de los contratos de derecho común.

III. LAS CLÁUSULAS OSCURAS O AMBIGUAS.

Otro aspecto que se refiere específicamente a los contratos con consumidores es el de la consecuencia de tener cláusulas oscuras o ambiguas dentro de los mismos. Oscuridad o ambigüedad que nunca puede identificarse con la absoluta indescifrabilidad del contrato, porque en ese caso no podría ser objeto de interpretación y debería, en cambio, considerarse nulo, ya que la impenetrabilidad es asimilable a su inexistencia[12]. Por lo tanto, debemos repasar el sistema de

para que se aproveche en la intervención del juez el control de la concordancia de las negociaciones privadas con el ordenamiento general"; Cass., de 28 de septiembre de 2006, n. 21066, *Nuova giur. civ. comm.,* 2007, I, p. 778, que declara nulo el pacto de irreductibilidad de la pena, destinado a paralizar el ejercicio del poder judicial de reducción.

11 Para todos ellos, Cass., *Sez. Un.*, de 24 de septiembre de 2018, n. 22437, para un comentario, véase Carnevali, U.: "La clausola *claims made* e le Sezioni unite*: bis in idem*", *Contratti*, 2018, pp. 639 y ss.; Boiti, C.: "Le clausole *claims made* tra tipicità e pluralità dei rimedi", *Giur. comm*., 2019, pp. 1361 y ss.; Corrias, P.: "Le clausole *claims made*. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: piú conferme che smentite", *Nuova giur. civ. comm*., 2019, pp. 147 y ss.; Facci, G.: *Le Sezioni Unite* e *le* claims made*: ultimo atto*, en *Corr. giur.*, 2019, pp. 20 y ss.; Monticelli, S.: "Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm*., 2019, pp. 155 y ss.; Riva, I.: "L'ultima parola delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di clausole *claims made*", *Contr. impr*., 2019, pp. 9 y ss.; Santoro, P.: "Clausola *claims made:* la seconda stagione", *Danno resp*., 2019, pp. 41 y ss.

12 V., a este respecto, Pennasilico, M.: *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale,* 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 37, y con anterioridad, Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 94.

consecuencias previstas para el caso en el que haya una cláusula poco clara e ininteligible.

Si la primera consecuencia es la de la interpretación *contro stipulatorum* (*contra proferentem*), tal "sanción" no agota ciertamente aquellas que pueden ser las consecuencias de la falta de transparencia[13]. Y, de hecho, como ha enseñado desde hace tiempo la doctrina autorizada, si la interpretación contra el predisponente no nos lleva a la comprensión de la cláusula, de tal manera que resulte indescifrable[14], la consecuencia será la de su sumisión al juicio de abusividad que podría llevar a su declaración de abusividad[15].

Abusividad de la que resultará la "grave" sanción de la invalidez de la cláusula contractual[16] según los cánones de nulidad de la protección *ex art.* 36 c. cons., que presenta importantes divergencias con respecto a la tradicional disciplina codificada. La nulidad, de hecho, pierde su esencia exclusiva como instrumento de "demolición" y se convierte, en cambio, en un mecanismo que reequilibra la relación contractual y, al mismo tiempo, permite la conservación de sus efectos[17].

Y este perfil de la sanción es la segunda peculiaridad de la interpretación de los contratos de consumo que lleva a distinguirlos de la interpretación de los contratos de derecho común.

Pero otras particularidades deben entonces evidenciarse. En el ámbito de un juicio individual y concreto, debe atribuirse importancia a la "referencia subjetiva", reconocida "en el consumidor específico que es la contraparte del profesional en ese contrato"[18]. Pero si es cierto que la compresión del texto contractual debe apreciarse según el criterio del consumidor menos prudente y no según el del consumidor medio, es igualmente cierto que, como observa la doctrina autorizada, el art. 35, párrafo 2, c. cons. se aplica "con el contrapunto de la diligencia

13 Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 89; Pennasilico, M.: *Metodo e valore nell'interpretazione dei contratti*, Esi, Napoli, 2011.

14 Sobre la cuestión Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 92, considera que la "duda" sobre el sentido de la cláusula representa el *"presupposto operativo"* de la norma en cuestión.

15 D'Amico, G.: "Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà", en D'Amico, G. y Pagliantini, S.: *L'armonizzazione degli ordinamenti tra principi e regole*, cit., pp. 96 y ss.

16 Al respecto, cabe recordar que, si la cláusula es esencial para el contrato, la consecuencia será la nulidad del mismo.

17 Sobre la cuestión, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-costituzionale delle fonti*, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006, p. 351 y ss., observa que "los remedios deben ser adecuados a los intereses, de modo que la prevalencia de la nulidad parcial, como expresión de la prevalencia del principio de conservación de los efectos, pueda compartirse siempre que sea bueno (para el ordenamiento) que el contratante (débil) logre el resultado, al menos en parte". Y de nuevo, Pennasilico, M.: *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, cit., p. 229, observa que atribuir a la cláusula no formulada de manera clara y comprensible un carácter abusivo, equivale a rebajar el alcance del apartado 2 del art. 35 c. cons., en desprecio al principio de conservación cuando el consumidor tiene un interés en la conservación de la cláusula interpretada favorablemente.

18 Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., pp. 92 y ss.

ordinaria"[19], debiéndose considerar que el consumidor sea protegido "de los riesgos de la oscuridad y la ambigüedad, no de la pereza y la ingenuidad"[20]. Pero no es menos cierto que, en la actualidad, se habla antes que del "consumidor medio", cuya elaboración es sustancialmente jurisprudencial, del "consumidor vulnerable", que debe, en cambio, su tipificación a una intervención normativa motivada por la mayor sensibilidad a los problemas del individuo en sus condiciones de debilidad subjetiva.

Un contexto, brevemente mencionado, que, por lo tanto, no debe trasladar la investigación sobre la posición del propio consumidor el cual, como ha puesto de relieve la doctrina ya mencionada[21], debe considerarse en el ámbito de una "confianza razonable", en el sentido de que la interpretación más favorable del art. 35 c. cons. debe ser "templada por el límite de lo razonable" con una conexión innegable con el art. 1338 CC[22].

IV. REGLAS INTERPRETATIVAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: LA RELEVANCIA DEL CONTROL DE *MERITEVOLEZZA*.

Más allá de estas específicas reglas interpretativas[23], los contratos con consumidores - así como todas las normas contractuales - deben estar sujetos a un criterio interpretativo que se ajuste a los principios constitucionales[24]. Con la consecuencia que si bien se mantienen las especificidades expuestas anteriormente, a este respecto se añade una consecuencia interpretativa uniforme. Y en esta perspectiva, un papel protagonista asume una correcta interpretación del alcance del art. 1322 CC.

En esencia, en el ordenamiento jurídico italiano se adquiere ahora la idea tanto de que el art. 1322, apartado 2, CC, cuando habla de "*meritevolezza*", va mucho más allá de la legalidad, trayendo consigo la obligación de una evaluación de la

19 Pagliantini, S.: "L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (Il dopo Radlinger aspettando le floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 code civil)", *Contratti*, 2016, pp. 1029 y ss.

20 Gentili, A.: *Senso e consenso*, cit., II, p. 636.

21 Gentili, A.: *Senso e consenso*, cit., II, pp. 635-636.

22 Pagliantini, S.: "L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia", cit., pp. 1029 y ss.

23 Cabe señalar, también, que la interpretación de los contratos con consumidores deben tener en cuenta otra disposición reciente, esto es, el art. 37 *bis* c. cons., el cual, prevé una tutela administrativa de las cláusulas, que ha dado lugar a una nueva forma de equilibrio contractual; véase Minervini, E.: "L'accertamento della vessatorie, l'interpretazione delle clausole, ed il controllo amministrativo", en Id.: *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino, 2014, 3ª ed., pp. 159 y ss. Para más información, en general, véase también Rossi Carleo, L.: "La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie", *Obbl. contr.*, 2012, pp. 492 y ss.; Id.: Clausole vessatorie e tipologie di controllo: il controllo amministrativo", en Caterini, E., Di Nella, L., Flamini, A., Mezzasoma, L. y Polidori, S. (coord.): *Studi in onore di Vito Rizzo*, II, cit., pp. 2019 y ss.; Angelone, M.: "La nuova frontiera del *public antitrust enforcement:* il controllo amministrativo avverso le clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 16 y ss.

24 Laghi, P.: *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Cedam, Padova, 2012, p. 111.

conformidad con los principios constitucionales del contrato objeto de estudio[25], como del hecho de que el control de "*meritevolezza*" deba hacerse en todos los contratos y no sólo en los contratos atípicos, como se expresa en la letra de la norma. Si bien, a pesar de algunas voces disidentes[26], se considera que el control de la legalidad[27] y el control de *"meritevolezza"* son manifestaciones de exigencias sancionatorias completamente diferentes y no superponibles[28].

Al mismo tiempo, hay que decir que el control de *meritevolezza* no puede ser desvinculado de la causa contractual. El control de *meritevolezza,* de hecho, se realiza generalmente en relación con la "causa concreta" del contrato, que por lo tanto se presenta como un "instrumento" utilizado en términos de evaluación. No puede pasarse por alto cómo el control causal del contrato está asumiendo la posición de un instrumento a través del cual controlar un determinado reglamento de negociación según su adhesión y conformidad al ordenamiento[29]. Tampoco puede olvidarse que fue precisamente la referencia del juicio de *meritevolezza* a

25 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema-italo comunitario delle fonti*, cit., pp. 346 y ss., considera que la autonomía privada es merecedora de tutela solamente "si responde a los principios presentes en el plano ordinario, pero también a los jerárquicamente superiores que operan en el sistema italo-constitucional de las fuentes"; Id., "Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 777 y ss. Véase también, Lonardo, L.: *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Esi, Napoli, 1978, pp. 28 y ss.

26 Una parte de la doctrina, de hecho, considera que el concepto de *meritevolezza* se superpondría al de licitud, debiendo entenderse como sinónimos y, por lo tanto, como expresión de las mismas exigencias de control. Así, Gorla, G.: *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico. I. Lineamenti generali*, Giuffré, Milano, 1954, pp. 199 y ss.; Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffré, Milano, 1966, pp. 172 y ss., 345 y ss.; Id.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *Riv. dir. comm.*, 1979, I, pp. 8 y ss.; Roppo, V.: "Contratto", en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, pp. 118 y ss.; Id.: *Il contratto*, en *Tratt.* Iudica-Zatti, Giuffré, Milano, 2011, 2ª ed., pp. 402 y ss., che ritiene addirittura "inutile" il comma 2 dell'art. 1322 CC; Guarnieri, A.: "Meritevolezza dell'interesse", en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, pp. 324 y ss.; Id.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto", *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 799 y ss.; Gazzara, M.: "Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative", *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 55 y ss.; Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità dei negozi immobiliari", ivi, 2007, I, pp. 321 y ss.
En la jurisprudencia se inclinan por tal solución, Cass., de 13 mayo de 1980, n. 3142, *Rep. Foro it.*, 1980, *Contratto in generale*, n. 56; Cass., de 6 de febrero de 2004, n. 2288, *Contratti*, 2004, p. 801; Trib. Reggio Emilia, de 26 de marzo de 2007, *Fam. dir.*, 2008, p. 616; Trib. Trieste, de 19 de septiembre de 2007, *Notariato*, 2008, 251; Cass., de 18 de febrero de 2010, n. 3947, *Giur. it.*, 2010, p. 2038, con comentario de Rocchio, F.: "Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite".

27 Sobre el control de legalidad, véase ampliamente Chito, M.B.: "*sub* Art. 1343", en Rescigno, P. (coord.): *Codice civile*, Giuffré, Milano, 9ª ed., 2014, pp. 2450 y ss.; Maiolo, F.: "Il controllo sulla causa tra assenza e illiceità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, pp. 3 y ss.; Federico, A.: "*sub* Art. 1343", en Perlingieri, G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, Esi, Napoli, 2010, pp. 553 y ss.; Navarretta, E.: "*sub* Art. 1343", en Id. y Orestano, A. (coord.): *Dei contratti in generale*, en *Comm.* Gabrielli, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 577 y ss.; Adddis, F.: "*sub* Art. 1343", en Bonilini, G., Confortini, M. y Granelli, C. (coord.): *Codice civile commentato*, Utet, Torino, 9ª ed., 2012, pp. 2962 y ss.

28 Perlingieri, P. y Femia, P.: *Nozioni introduttive e principi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2ª ed., 2004, pp. 99 y ss.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema-italo comunitario delle fonti*, cit., pp. 346 y ss.; Id.: "I giuristi e la Costituzione italiana ancora da attuare", *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, pp. 93 y ss.; Polidori, S.: "Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale", en Perlingieri, G. y D'Ambrosio, M. (coord.): *Fonti, metodo e interpretazione, Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, Esi, Napoli, 2017, pp. 391 y ss.

29 Así, Giorgianni, M.: "Causa (dir. priv.)", en *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 547 y ss.; Alpa, G.: "Causa e tipo", *Vita not.*, 1997, pp. 3 y ss.; Id.: "La causa e il tipo", en *Trattato* Rescigno-Gabrielli, I, *I contratti in generale*, Giappichelli, Milano, 2006, pp. 541 y ss.; Rolla, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008, pp. 66 y ss. Véase también, Roppo, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 457 y ss.

la causa "en concreto" lo que permitió "afirmar la necesidad de llevar a cabo este control con referencia a cualquier contrato, excluyendo la limitación generalizada y arbitraria a los contratos atípicos"[30]. En esencia, el control de *meritevolezza* de los intereses efectuado con relación a la causa en concreto permite al juez evaluarlo "teniendo en consideración todas las circunstancias, los intereses y las finalidades que caracterizan las negociaciones individuales y alcanzar, entonces, a un control extremadamente incisivo y que es capaz de penetrar en profundidad en la negociación individual apreciando todos los matices"[31]. Y es precisamente por esta razón que este juicio se utiliza cada vez más frecuentemente para controlar la validez de las reglamentaciones contractuales que son excesivamente desproporcionadas y que surgen de un desequilibrio sustancial que se convierte en la realización de prejuicios no indiferentes para la parte contratante débil.

Así, la *Corte di Cassazione* ha recurrido precisamente al control de *meritevolezza* en el ámbito de los contratos "*ForYou*" y "*MyWay*"[32], pero también en relación con las cláusulas *claims mad*e incluidas en los contratos de seguro, para suprimir del ordenamiento todas aquellas negociaciones que, si bien abstractamente están en línea con las disposiciones imperativas de rango ordinario que rigen la materia, "doblegan la autonomía de la negociación para la consecución de fines y efectos que claramente no se ajustan" a la estructura de valores trazada por la Constitución[33].

La *meritevolezza*, por lo tanto, representa la forma adecuada de invalidar las regulaciones formalmente lícitas, pero sustancialmente desequilibradas[34], relativas al objeto del control confiado al juez, no sólo la autonomía contractual en la única operación puesta en marcha, sino en todo el ordenamiento jurídico.

30 Perlingieri, P. y Federico, A.: "Illiceità e immeritevolezza della causa", en Perlingieri, P. (coord.): *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 9ª ed., 2018, p. 582.

31 Mezzasoma, L.: "Meritevolezza e trasparenza con riferimento alla distribuzione di prodotti assicurativi", en Mezzasoma, L.: Bellucci, A., Candian, A., Corrias, P., Landini, S. y Llamas Pombo, E. (coord.), *La Banca-Assicurazione*, Esi, Napoli, 2017, p. 181.

32 Sobre el juicio de *meritevolezza* en materia de intermediación financiera, véase también, *ex multis,* Velluzzi, *"For you:* c'è *spazio* per il contratto immeritevole di tutela?*", Contratti,* 2006, pp. 889 y ss.; Pagliantini, S.: "I derivati tra meritevolezza della tutela ed effettività della tutela: *quid noctis*?", *Pers. merc.*, 2015, pp. 24 ss.; Tucci, A.: "Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso MyWay", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, pp. 368 y ss.; Versaci, G.: "Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, pp. 852 y ss. En la jurisprudencia, sobre la *"inmeritevolezza"* de los intereses perseguidos por la estipulación de los contratos *ForYou* y *MyWay*, véase Cass. de 3 de septiembre de 2015, n. 19559; Cass., de 10 de noviembre de 2015, n. 22950; Cass., de 15 de febrero de 2016, n. 2900; Cass., de 29 de febrero de 2016, n. 3949; Cass., de 13 de diciembre de 2017, n. 29985, todas en *DeJure on line*. Véase también Trib. Salerno, de 12 de abril de 2007, *Giur. it.*, 2008, p. 134, con comentario de Liace, G.

33 Así, Mezzasoma, L.: "Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, pp. 180 y ss.

34 Véase también, Prisco, I.: "Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto", en Perlingieri, G. y Carapezza Figlia, G. (coord.): *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Esi, Napoli, pp. 145 y ss.

Pero incluso en el ámbito de las obligaciones en general, el principio de *meritevolezza* halla su expresión clara en la interpretación jurisprudencial cuando se ha discutido de sobreendeudamiento y de superación de la responsabilidad universal del deudor en la primera acepción se ha hecho limitadamente a los derechos constitucionales[35].

Una interpretación que encuentra una clara expresión también en otros ordenamientos. Las importantísimas sentencias españolas sobre las "cláusulas suelo" han puesto de relieve, en efecto, cómo, desde el punto de vista de la racionalidad, el canon de la "máxima" protección del consumidor no puede acarrear efectos indirectos que resulten desestabilizadores para el sistema[36]. Sólo así, de hecho, puede ser entendida la limitación en la retroactividad de la protección que, de otro modo, habría sido indudablemente asegurada al consumidor[37].

A la luz de la jurisprudencia se adquiere la conciencia de que una interpretación por principios permite asegurar que las normas más antiguas y las normas recientemente promulgadas puedan ser leídas desde el punto de vista de la protección de la persona (y del consumidor) que responde al ordenamiento jurídico actual; al mismo tiempo, no se puede dejar de observar que el recurso a los valores y principios constitucionales y comunitarios[38], podrá, a menudo, evitar que el legislador intervenga en una continua "persecución" para garantizar la efectividad de la protección del propio consumidor[39].

35 Para un análisis en profundidad, Mezzasoma, L.: "Il sovraindebitamento e la tutela del consumatore", en Llamas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U. y Rizzo, F. (coord.): *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, Esi, Napoli, 2018, pp. 135 y ss.

36 Para un examen a fondo de las "cláusulas de suelo" véanse las consideraciones de Luna Serrano, A.: "La nullità delle clausole *suolo* o *floor* nei contratti di mutuo garantito con ipoteca (Breve nota sulla recente giurisprudenza spagnola)", *Corti umbre*, 2015, pp. 402 y ss.; Id.: "Nuovi sviluppi normativi e giurisprudenziali in tema di clausole «suolo» nelle ipoteche del diritto spagnolo", *ivi*, 2016, pp. 566 y ss. Véase también, Reyes López, M.J.: "L'incidenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel diritto dei consumi", *ibidem*, pp. 344 y ss. (trad. Boiti, C.); Llamas Pombo, E.: "La nullità della c.d. clausola suolo", en Llamas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U. y Rizzo, F. (coord.): *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali)*, Esi, Napoli, 2019, pp. 97 ss.

37 Luna Serrano, A.: "La nullità delle clausole *suolo* o *floor* nei contratti di mutuo garantito con ipoteca (Breve nota sulla recente giurisprudenza spagnola)", cit., pp. 409 y ss.

38 Perlingieri, P. y Ruggeri, L. (coord.): *Diritto privato comunitario, I e II, Atti della «Seconda settimana di studio sul diritto privato comunitario»*, Camerino, 3-7 de septiembre de 2007, Esi, Napoli, 2009.

39 Peréz-Serrabona González, J.L.: *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, 1993, Granada, p. 228 escribe "Es un principio también orientador, general o mejor, informador del ordenamiento jurídico: el principio pro consumatore, de cuya existencia y reconocimiento son prueba las normas citadas. Si el Código recoge la premisa de que hay que proteger al deudor y lo hace porque se entiende que éste es el débil, el nuevo principio, proteger al consumidor; debe interpretarse, en su caso, las normas, de tal modo que lo benefician, porque él sí es, en los contratos de consumo, la parte más débil de la contratación, hasta el punto de que, si no es débil, si actúa en plano de total igualdad, puede no ser, incluso, consumidor".

Esto confirma, por lo tanto, el papel fundamental de la interpretación en sí misma, que debe llevar a integrar y remodelar los efectos de las posibles sanciones dependiendo del caso concreto[40].

40 Berti de Marinis, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norma imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019, pp. y 207.

BIBLIOGRAFÍA

ADDDIS, F.: "*sub* Art. 1343", en BONILINI, G., CONFORTINI, M. y GRANELLI, C. (coord.): *Codice civile commentato*, Utet, Torino, 9ª ed., 2012, pp. 2962 y ss.

ALPA, G.: "Ancora sulla definizione di consumatore", *Contratti*, 2001, pp. 205 y ss.

ALPA, G.: "Causa e tipo", *Vita not*., 1997, pp. 3 y ss.

ALPA, G.: "La causa e il tipo", en *Trattato* Rescigno-Gabrielli, I, *I contratti in generale*, Giappichelli, Milano, 2006.

ANGELONE, M.: "La nuova frontiera del *public antitrust enforcement*: il controllo amministrativo avverso le clausole vessatorie", *Rass. dir. civ*., 2014, pp. 16 y ss.

BARTOLINI, F.: "Consumatore: chi era costui?", *Danno resp*., 2009, pp. 385 y ss.

BERTI DE MARINIS, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norma imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019.

BIANCO, R.G.: "*sub* Art. 35", en CAPOBIANCO, E., MEZZASOMA, L. y PERLINGIERI, G. (coord.): *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2ª ed., Napoli, Esi, 2018, p. 218.

BIGLIAZZI GERI, L.: "A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulato con i consumatori", en BIANCA, C.M. y ALPA, G. (coord.): *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Cedam, Padova, 1996, p. 327.

BOITI, C.: "Le clausole *claims made* tra tipicità e pluralità dei rimedi", *Giur. comm*., 2019, pp. 1361 y ss.

CAPOBIANCO, E.: *Il contratto dal testo alla regola*, Giuffré, Milano, 2006.

CAPOBIANCO, E.: "*sub* Art. 3", en CAPOBIANCO, E., MEZZASOMA, L. y PERLINGIERI, G. (coord.): *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2ª ed., Napoli, Esi, 2018, pp. 17 y ss.

CARNEVALI, U.: "La clausola *claims made* e le Sezioni unite: *bis in idem*", *Contratti*, 2018, pp. 639 y ss.

CHINÉ, G.: "*sub* Art. 3", en CUFFARO, V. (coord.): *Codice del consumo e norme collegate*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 2019.

Chito, M.B.: "*sub* Art. 1343", en Rescigno, P. (coord.): *Codice civile*, Giuffré, Milano, 9ª ed., 2014, pp. 2450 y ss.

Conti, R.: "La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di Giustizia)", *Corr. giur.*, 2005, p. 1381.

Corrias, P.: "Le clausole *claims mad*e. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: piú conferme che smentite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 147 y ss.

Crescimanno, V.: "I *contratti conclusi con i consumatori* nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo", en *Eur. dir. priv.,* 2005, p. 1135.

D'Amico, G.: "Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)", en D'Amico G. y Pagliantini, S.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 90 y ss.

Facci, G.: "Le Sezioni Unite e le *claims made*": *ultimo atto*, *Corr. giur.*, 2019, pp. 20 y ss.

Federico, A.: "Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale", en Caterini, E., Di Nella, L., Flamini, A., Mezzasoma, L. y Polidori, S. (coord.): *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, I, Esi, Napoli, 2017, pp. 669 y ss.

Federico, A.: *Profili di integrazione del contratto*, Milano, 2008.

Federico, A.: "*sub* Art. 1343", en Perlingieri, G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 1, Esi, Napoli, 2010, pp. 553 y ss.

Ferri, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *Riv. dir. comm.*, 1979, I, pp. 8 y ss.

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffré, Milano, 1966.

Gabrielli, E.: "Il consumatore e il professionista", en Gabrielli E. y Minervini E. (coord.): *I contratti dei consumatori*, I, en Rescigno y Gabrielli: *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2005, pp. 33 y ss.

Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità dei negozi immobiliari", *Riv. dir. priv.*, 2007, I, pp. 321 y ss.

Gambini, M.: "Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole", *Giur. merito*, 2004, pp. 2605 y ss.

Garatti, F.: "Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore", *Danno resp.*, 2009, pp. 944 y ss.

Gazzara, M.: "Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative", *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 55 y ss.

Gentili, A.: *Senso e consenso*, Torino, Giappichelli, 2015.

Giorgianni, M.: "Causa (dir. priv.)", en *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 547 y ss.

Gorla, G.: *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico. I. Lineamenti generali*, Giuffré, Milano, 1954, pp. 199 y ss.

Guarino, A. jr.: "Consumatore e professionista: definizioni e disciplina", *Contratti*, 2008, pp. 251 y ss.

Guarnieri, A.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto", *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 799 y ss.

Guarnieri, A.: "Meritevolezza dell'interesse", en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, pp. 324 y ss.

Laghi, P.: *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Cedam, Padova, 2012.

Lipari, N.: "Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 711 y ss.

Llamas Pombo, E.: "La nullità della c.d. clausola suolo", en Llamas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U. y Rizzo, F. (coord.): *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali)*, Esi, Napoli, 2019, pp. 97 y ss.

Lonardo, L: *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Esi, Napoli, 1978.

Lucchesi, F.: "*sub* Art. 3", en Vettori, G. (coord.): *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007, pp. 45 y ss.

Luna Serrano, A.: "La nullità delle clausole *suolo* o *floor* nei contratti di mutuo garantito con ipoteca (Breve nota sulla recente giurisprudenza spagnola)", *Corti umbre*, 2015, pp. 402 y ss.

Luna Serrano, A.: "Nuovi sviluppi normativi e giurisprudenziali in tema di clausole «suolo» nelle ipoteche del diritto spagnolo", *Corti umbre*, 2016, pp. 566 y ss.

Macario, F.: "Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale", *Obb. contr.*, 2006, pp. 872 y ss.

Maiolo, F.: "Il controllo sulla causa tra assenza e illiceità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, pp. 3 y ss.

Mazzasette, F.: *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Napoli, Esi, 2012, pp. 83 y ss.

Mezzasoma, L.: "Il sovraindebitamento e la tutela del consumatore", en Llamas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U. e Rizzo, F. (coord.): *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, Esi, Napoli, 2018, pp. 135 y ss.

Mezzasoma, L.: "Il consumatore e il professionista", en Recinto, G., Mezzasoma, L. y Cherti, S. (coord.): *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, Esi, 2014, pp. 13 y ss.

Mezzasoma, L.: "Meritevolezza e trasparenza con riferimento alla distribuzione di prodotti assicurativi", en Mezzasoma, L., Bellucci, A., Candian, A., Corrias, P., Landini, S. y Llamas Pombo, E. (coord.): *La Banca-Assicurazione*, Esi, Napoli, 2017, p. 181.

Mezzasoma, L.: "Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, pp. 180 y ss.

Minervini, E.: "L'accertamento della vessatorie, l'interpretazione delle clausole, ed il controllo amministrativo", en Id., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino, 2014, 3ª ed., pp. 159 y ss.

Minervini, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Esi, Napoli, 2001, p. 140.

Monticelli, S.: "Nullità della *claims made* e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 155 y ss.

Navarretta, E.: "*sub* Art. 1343", en Id. y Orestano, A. (coord.): *Dei contratti in generale*, en *Comm.* Gabrielli, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 577 y ss.

Pagliantini, S.: "I derivati tra meritevolezza della tutela ed effettività della tutela: *quid noctis*"?, *Pers. merc.*, 2015, pp. 24 y ss.

PAGLIANTINI, S.: "*Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (atto secondo)*", *Contratti*, 2016, pp. 1147 y ss.

PAGLIANTINI, S.: "*L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giusticia (Il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 code civil)*", *Contratti*, 2016, pp. 1029 y ss.

PAGLIANTINI, S.: "L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice", *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 291 y ss.

PAGLIANTINI, S.: "Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa", *Riv. dir. comm.*, 2010, II, pp. 443 y ss.

PENNASILICO, M.: *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 3ª, Torino, Giappichelli, 2018.

PENNASILICO, M.: "Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza", en CATERINI, E., DI NELLA, L., FLAMINI, A., MEZZASOMA, L. y POLIDORI, S. (coord.): *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, II, Esi, Napoli, 2017, p. 1475.

PENNASILICO, M.: *Metodo e valore nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, Esi, 2011.

PERÉZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.: *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, 1993, Granada.

PERLINGIERI, P. y FEMIA, P.: *Nozioni introduttive e principi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2ª ed., 2004.

PERLINGIERI, P. y FEDERICO, A.: "Illiceità e immeritevolezza della causa", en PERLINGIERI, P. (coord.): *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 9ª ed., 2018, p. 582.

PERLINGIERI, P. y RUGGERI, L. (coord.): *Diritto privato comunitario, I e II, Atti della «Seconda settimana di studio sul diritto privato comunitario»*, Camerino, 3-7 de septiembre de 2007, Esi, Napoli, 2009.

PERLINGIERI, P.: "I giuristi e la Costituzione italiana ancora da attuare", *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, pp. 93 y ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-costituzionale delle fonti*, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006.

Perlingieri, P.: "Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 777 y ss.

Petruso, R.: "Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia", en Cerami, P. y Serio, M. (coord.): *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 412 y ss.

Polidori, S.: "Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale", en Perlingieri, G. y D'Ambrosio, M. (coord.): *Fonti, metodo e interpretazione, Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, Esi, Napoli, 2017, pp. 391 y ss.

Prisco, I.: "Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto", en Perlingieri, G. y Carapezza Figlia, G (coord.): *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Esi, Napoli, pp. 145 y ss.

Reyes López, M.J.: "L'incidenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel diritto dei consumi", *ibidem*, pp. 344 y ss. (trad. C. Boiti).

Riva, I.: "L'ultima parola delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di clausole *claims made*", *Contr. impr.*, 2019, pp. 9 y ss.

Rizzo, V.: "La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici", en Bellelli, A., Mezzasoma, L. y Rizzo, F. (coord.): *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva Cee 93/13*, Napoli, Esi, 2013, pp. 39 y ss.

Rizzo, V.: "*sub* Art. 1469 *quater*", *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, I, pp. 1176 y ss.

Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, Esi, rist. 2002.

Rocchio, F.: "Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite", *Giur. it.*, 2010, p. 2038.

Rolla, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008.

Roppo, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 457 y ss.

Roppo, V.: "Contratto", en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, pp. 118 y ss.

Roppo, V.: *Il contratto*, en *Tratt.* Iudica-Zatti, Giuffré, Milano, 2011, 2ª ed.

Rossi Carleo, L.: "Clausole vessatorie e tipologie di controllo: il controllo amministrativo", en Caterini, E., Di Nella, L., Flamini, A., Mezzasoma, L. y Polidori, S. (coord.): *Studi in onore di Vito Rizzo*, II, Esi, Napoli, 2017, pp. 2019 y ss.

Rossi Carleo, L.: "La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie", *Obbl. contr.*, 2012, pp. 492 y ss.

Santoro, P.: "Clausola *claims made*: la seconda stagione", *Danno resp.*, 2019, pp. 41 y ss.

Spadafora, A.: "Il demiurgo del contratto alla ricerca del "giusto processo", *Giust. civ.*, 2011, I, pp. 1113 y ss.

Trombetti, O.: "L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore", *Obbl. contr.*, 2010, pp. 271 y ss.

Tucci, A.: "Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso MyWay", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, pp. 368 y ss.

Velluzzi: "*For you*: c'è *spazio* per il contratto immeritevole di tutela"?, *Contratti*, 2006, pp. 889 y ss.

Verdicchio, V.: "La Corte Costituzionale e l'ambito soggettivo di applicazione della novella codicistica sui contratti del consumatore", en Tamponi, M. y Gabrielli, E. (coord.): *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, pp. 327 y ss.

Versaci, G.: "Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, pp. 852 y ss.

Vettori, G.: "Contratto giusto e rimedi effettivi", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pp. 787 y ss.

Viglianisi Ferraro, A.: "La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita", *Contratti*, 2010, pp. 880 y ss.

EXAMEN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE FIANZA: A PROPÓSITO DE LA FIANZA SOLIDARIA Y LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN

EXAMINATION OF UNFAIR TERMS IN THE BAIL CONTRACT: REGARDING JOINT AND SEVERAL BAIL AND THE WAIVER OF THE BENEFITS OF ORDER, DIVISION AND EXCUSAL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 630-691

Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto analizar la problemática de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza y, en especial, las cláusulas relativas al pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, las cuales hacen más gravosa la prestación del fiador respecto a la situación existente, en defecto de pacto, por las normas dispositivas. Para ello, se abordará como cuestión previa el contrato de fianza y las relaciones entre el acreedor y el fiador. Luego nos adentraremos en los requisitos que exigen los Juzgados y Tribunales para que este pueda ser considerado un consumidor, abordando algunos aspectos problemáticos. Posteriormente, analizaremos el tratamiento de las cláusulas relativas al afianzamiento como condiciones generales de la contratación, profundizando en los controles de incorporación, transparencia y contenido, para, finalmente, indagar en los efectos, respecto al contrato de fianza en el caso de que se declarase la nulidad, por abusivo, del pacto de solidaridad y las citadas renuncias, abordando las facultad de integración de los órganos jurisdiccionales según los cánones hermenéuticos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Fianza, fianza solidaria; beneficios de excusión; orden y división; condiciones generales de la contratación; cláusulas abusivas; contrato de préstamo; integración contractual.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyse the problem of unfair terms in the surety contract and, in particular, the terms related to the solidarity pact and the waiver of the benefits of order, division and excussion, which make the guarantor's performance more burdensome than it would be in the absence of an agreement under the statutory rules. To this end, the bail contract and the relations between the creditor and the guarantor will be addressed as a preliminary matter. Then we will delve into the requirements demanded by the Courts and Tribunals for this to be considered a consumer, addressing some problematic aspects. Subsequently, we will analyse the treatment of the clauses related to the bail as general conditions of the contract, deepening into the controls of incorporation, transparency and content, to finally investigate the effects with respect to the bail contract in the event that the solidarity pact is declared null and void for being abusive, and the aforementioned waivers, addressing the faculty of integration of the courts according to the hermeneutical canons of the Court of Justice of the European Union.*

KEY WORDS: *Bail; performance bond; benefits of excussion; order and division; general conditions of the contract; abusive clauses; loan contract; contract integration.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NOTAS GENERALES DEL AFIANZAMIENTO COMO GARANTÍA PERSONAL.- 1. El contrato de fianza.- 2. Los beneficios de excusión, orden y división.- 3. El pacto de solidaridad.- III. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR EN EL AFIANZAMIENTO: PROBLEMÁTICA SUBYACENTE A LA CALIFICACIÓN DEL FIADOR EN LA FIANZA MERCANTIL.- 1. Planteamiento de la postura negacionista del carácter de consumidor del fiador.- 2. El TJUE al rescate del fiador.- 3. El problema de las personas jurídicas como garantes.- 4. Práctica de los Juzgados y Tribunales españoles tras la jurisprudencia del TJUE.- 5. El supuesto particular del fiador que es cónyuge del administrador o socio de la mercantil prestataria.- IV. EL PACTO DE SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.- V. EXAMEN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE EXTENSIÓN DEL AFIANZAMIENTO.- 1. Control de inclusión y de transparencia.- A) Presunción de conocimiento por el consumidor de la repercusión de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión.- B) Hacía un control de transparencia real de las cláusulas de extensión del afianzamiento.- 2. Control de abusividad o de contenido.- VI. EFECTOS EN EL CONTRATO DE FIANZA DE LA NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIAS A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN.- 1. Planteamiento general de la cuestión: La integración del contrato como obstáculo para alcanzar los objetivos del art. 7 Directiva 93/13.- 2. Examen de la función integradora del Juez según supuestos concretos.- A) La nulidad del interés de demora y su imposible integración.- B) La integración de la cláusula del vencimiento anticipado.- C) El IRPH como último hito en materia de integración contractual.- 3. Tendencias respecto al afianzamiento.- A) Nulidad parcial del contrato de fianza.- B) Nulidad total del contrato de fianza.- 4. Recapitulación: ¿Hacía una nueva cuestión prejudicial?- A) Argumentos que abogan por la conservación del contrato de fianza.- B) La nulidad total del afianzamiento como medida respetuosa con los objetivos del Derecho de la Unión Europea en materia de consumidores y usuarios.- C) El necesario y obligado planteamiento de una cuestión prejudicial.- VII. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA.

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, han aumentado exponencialmente los contratos de préstamos bancarios en los que la entidad bancaria exige al prestatario, para la concesión del crédito, la perfección de un contrato de fianza, acumulándose a veces esta garantía personal con la constitución de un derecho real de hipoteca.

Son numerosos los factores que han propiciado estas garantías. El incremento de los contratos de préstamos hipotecarios por el estallido de la burbuja inmobiliaria ha provocado que, en defecto de contratos de arrendamiento, los contratos de compra y venta de viviendas proliferasen. Coetáneamente a este fenómeno se ha unido las exigencias de los bancos de constituir garantías adicionales para asegurar la satisfacción de la deuda principal[1].

1 En el mercado inmobiliario marcó un antes y un después, respecto a las garantías, el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de

• Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico: manuelangel.gomez@uca.es

No obstante, en esta vorágine del pacto de afianzamiento, los bancos no han exigido, simple y llanamente, la existencia de fiadores que cubran la posible responsabilidad del deudor principal, sino que se han perfeccionado contratos de fianza donde el fiador renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, pasando a convertirse en fiador solidario.

Al aumento de estas prácticas bancarias la ha seguido una enorme litigiosidad, la cual va *in crescendo,* siendo necesario que en este trabajo abordemos con espíritu crítico las numerosas resoluciones que han recaído sobre el particular.

Dicho esto, en el presente estudio abordaremos, a modo de introducción, el contrato de fianza y la extensión de la misma, planteándonos si el afianzamiento constituye una cláusula bancaria o un contrato autónomo e independiente relacionado con otro principal. Nos sumergiremos en los requisitos que debe reunir el fiador para ser considerado un consumidor, a fin de que en la relación contractual que le liga con el acreedor se apliquen las normas tuitivas de consumidores y usuarios. Luego estudiaremos el tratamiento de la fianza como condición general de la contratación y su tratamiento desde la perspectiva de las normas de consumidores y usuarios, en concreto, el examen de su posible abusividad y sus efectos, para, finalmente, abordar, a modo de recapitulación, unas breves conclusiones extraídas del resultado del presente estudio.

II. NOTAS GENERALES DEL AFIANZAMIENTO COMO GARANTÍA PERSONAL.

Se puede definir la obligación como una relación jurídica[2] por virtud la cual una persona, denominada deudor, tiene el deber jurídico de realizar una prestación en favor de otra, acreedor, quién tiene derecho a exigírsela[3]. La obligación está compuesta de tres clásicos elementos: los sujetos, que son el acreedor y el deudor, el objeto, el cual se identifica con la prestación o la deuda, y el vínculo entre el acreedor y deudor, equivalente al nexo que les liga. A pesar de que este último elemento responda a un concepto unitario, ello no es óbice para que dentro del mismo se distinga entre el débito, que es el deber del deudor de cumplir la prestación y el correlativo derecho del acreedor a exigírsela, y la responsabilidad,

regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, por virtud del cual se establece el límite, para poder emitir participaciones hipotecarias, del ochenta por ciento respecto a la relación entre el préstamo o crédito garantizado y el valor de la vivienda hipotecada, de modo que para cubrir el importe total de la deuda principal los bancos han tendido a la utilización de garantías adicionales ante posibles impagos.

2 Larenz, K.: *Derecho de obligaciones*, Edersa, Madrid, 1958, p. 18.

3 O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil,* t. II, *Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 39.

que es la sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de la prestación y el derecho del acreedor a dirigirse contra el mismo en caso de incumplimiento[4].

La responsabilidad, como tal, está cristalizada en el art. 1911 CC, que consagra el principio de responsabilidad universal del deudor, diciendo que "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros". Sin embargo, y aun existiendo este principio, como subraya Lasarte, la eterna "espada de Damocles" de toda obligación se plantea ante los escenarios de incumplimiento en que pueda incurrir el deudor, teniendo como correlativo efecto la insatisfacción de las legítimas expectativas del acreedor. Esta coyuntura, que no se ha tornado infrecuente en tiempos de crisis económica, es consustancial al deseo de todo acreedor a la búsqueda de medios y mecanismos para garantizarse o asegurarse la satisfacción de su derecho de crédito. La expresión "garantía del crédito" hace referencia a cualquier medio por virtud del cual el acreedor puede asegurarse el cumplimiento de la obligación o agravar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento[5].

Una de estas garantías es la fianza que, como vehículo jurídico y garantía de naturaleza personal, permite al acreedor exigir al deudor que otras personas asuman, subsidiaria o solidariamente, el cumplimiento de la obligación, de modo que, una vez perfeccionada, el acreedor tendrá la posibilidad de acudir a otro patrimonio para la efectividad de la obligación: el patrimonio del fiador[6].

Trasladando lo expuesto al ámbito bancario, y como dijimos al principio, se ha tornado práctica habitual de las entidades bancarias la de perfeccionar afianzamientos ante el riesgo de impago de los contratos de préstamo, los cuales a veces están incluso asegurados con bienes inmuebles, por medio de la constitución de una hipoteca, siendo preciso que en las sucesivas líneas abordemos, aun someramente, las vicisitudes del contrato de fianza.

1. El contrato de fianza.

La fianza se encuentra regulada en el Título XIV del Libro IV del Código Civil, definiéndose, siguiendo la dicción del art. 1822 CC, como el contrato por virtud del cual "se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste". O´Callaghan la define de modo semejante, al decir que "es el contrato por el que una parte –fiador- asume la obligación de cumplir la contraída por otro

4 Beltrán de Heredia y Onís, P.: *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989, p. 42, Diez-Picazo, J.L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, p. 159.

5 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 208.

6 Lasarte Álvarez, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 208.

–fiado- en el caso de no hacerlo éste, frente a su acreedor"[7], o de Cossío, que la caracteriza como "un contrato en virtud del cual una persona vincula su propio patrimonio a la responsabilidad por la deuda de otra persona"[8].

Dos de las características principales del contrato de fianza es la accesoriedad y la subsidiariedad. La *accesoriedad* de la fianza significa que esta depende y está subordinada a una obligación que garantiza[9], lo que implica que la fianza no puede existir sin una obligación principal[10] y que, consecuentemente, las vicisitudes de esta, como la extinción, le afectan[11], pero no necesariamente a la inversa[12]. Respecto a la *subsidiariedad*, implica que la obligación del fiador es subsidiaria a la del deudor principal, de modo que, pese a que la obligación del fiador perfeccionada concurra desde que existe el consentimiento, este solo responderá cuando el deudor principal incumpla la obligación que garantiza la fianza. Algunos autores, como Marqués Mosquera, refiriéndose a la subsidiariedad, han llegado a afirmar que "en principio, el fiador sólo *se obliga* para el caso de que el deudor principal no cumpla"[13]; sin embargo, dicha proposición no nos parece acertada, pues el fiador se obliga desde el preciso instante en que presta su consentimiento a fin de perfeccionar el contrato de fianza[14], existiendo el débito desde ese momento y postergándose la responsabilidad hasta el incumplimiento del deudor principal[15].

7 O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil,* t. II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 575.

8 De Cossío y Corral, A. y AA.VV.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Obligaciones y Contratos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 581.

9 La accesoriedad se manifiesta en algunos preceptos de la LEC, como en el art. 52.1.3º, que dispone que, salvo que rija el foro de la autonomía de la voluntad (sumisión expresa o táctica), "en las demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, será tribunal competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayeren".

10 Véase las SSTS 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1479), 5 febrero 1992 (RJ 1992, 830) o 4 mayo 1993 (RJ 1993, 3403).

11 Claro ejemplo de que fianza correrá la misma suerte que la obligación principal es el art. 1847 CC, que dice que "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones".

12 Puede suceder, efectivamente, que se extinga el contrato de fianza manteniéndose la vigencia de la obligación principal que garantiza, como es el supuesto, entre otros, del art. 1851 CC, que contempla la extinción del contrato de fianza por la prórroga concedida por el acreedor al deudor principal.

13 Marqués Mosquera, C.: "La fianza en los préstamos hipotecarios", *Cuadernos de Derecho y Comercio Extraordinario*, 2014, p. 271. La misma imprecisión late en la SAP Guipúzcoa 24 noviembre 2015 (JUR 2015, 211415), que afirma que "el principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple", o en la SAP Barcelona 6 noviembre 2014 (JUR 2015, 43530), que dice, en el fundamento de derecho tercero, que, consecuencia del principio de subsidiariedad de la fianza, el fiador se obliga cuando el deudor incumple: "El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda".

14 Busto Lago, J.M., Colás Escandón, A.Mª, Moralejo Imbernón, N.: "Contratos de garantía", en AA.VV.: *Tratados de contratos,* t. IV (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 5143-5146. En el seno de la jurisprudencia, puede verse las SSTS 22 julio 2002 (RJ 2002,7476) y 12 noviembre 2008 (RJ 2009,405).

15 Así lo expone, Gómez-Blanes, P.: *El principio de Accesoriedad de la Fianza*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 96, que dice que "la fianza existe desde que se constituye; su exigibilidad se pospone y supedita al nacimiento de la deuda garantizada y a su consumación". También la STS 16 junio 1999 (RJ 1999, 4475), citada por la STS 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 7476), que, en resumidas cuentas, señala que la obligación inherente a la fianza existe desde la perfección del contrato y no cuando se produce el incumplimiento, pues en este último caso nos iríamos a la exigibilidad de la deuda: "El Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar

2. Los beneficios de excusión, orden y división.

El problema de la inmensa mayoría de los contratos bancarios donde existe un afianzamiento, es que la entidad bancaria exige al fiador, antes de la perfección del contrato, que renuncie a los clásicos beneficios de excusión, orden y división, los cuales forman parte de la arquitectura jurídica que explica las relaciones entre las partes del contrato de fianza.

El beneficio de excusión, que, pese a no ser lo mismo, representa el reverso del carácter subsidiario de la fianza[16], tiene como consecuencia que el fiador puede negarse a cumplir su obligación si el deudor tiene patrimonio suficiente[17], tal y como dispone el art. 1830 CC, que reza que "el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor"[18]. Lo describe Castilla Barea como un "un plus, puesto que supone no solo la posibilidad de que, ante la reclamación del acreedor, el fiador le exija un previo requerimiento de pago al deudor principal, sino que además aquél deba perseguir e intentar ejecutar el patrimonio del obligado principal antes de proceder a la ejecución del patrimonio del obligado en garantía"[19].

Este beneficio, desde nuestro punto de vista, afecta a la responsabilidad y no al débito, el cual existe desde la perfección de la garantía, ya que el acreedor, aun concurriendo el beneficio de excusión, podrá demandar al fiador; otra cosa es que este no quede obligado a pagar la deuda hasta que se haya ejecutado todos los bienes del deudor principal[20]. El beneficio de orden no se aleja del de

de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor".

16 Lo explica con detalle el fundamento de derecho segundo de la SAP Barcelona 26 junio 2020 (JUR 2020, 237121): "No es posible identificar subsidiariedad y beneficio de excusión. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (artículo 1830 del Código Civil)".

17 O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil,* t. II*, Derecho de obligaciones*, cit., p. 583.

18 También está previsto el beneficio de excusión para los supuestos de subfianza en el art. 1836 CC: "El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto al fiador como del deudor principal".

19 Castilla Barea, M.: "Comentario al artículo 1822 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (R. Bercovitz Rodríguez Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12465.

20 Al respeto puede verse el art. 1834 CC, el cual dice que "el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos". La misma postura aquí sostenida defiende la jurisprudencia, como las SSTS 17 junio 1985 (RJ 1985, 3277), 20 enero 1999 (RJ 1999, 3), la cual se remite a la STS 15 marzo 1972 (RJ 1972, 1253), 17 marzo 1985 (RJ, 1985, 3277), y, más recientemente, 20 febrero 2008 (RJ 2008, 3046), cuyo fundamento de derecho tercero dice lo siguiente: "La cuestión que se plantea en casación es si, pese a ello, cabe demandar al fiador y cabe dictar sentencia en que el fiador responda, subsidiariamente a los deudores, del cumplimiento de la obligación de pago de las deudas pendientes. La sentencia de la Audiencia Provincial lo analiza con perfecto detalle y esta Sala llega a la misma solución; lo expresa en estos términos: 'En este caso la oposición del beneficio de excusión y el señalamiento de bienes del deudor no impedirá que se dicte la sentencia condenando al fiador a pagar al acreedor con carácter subsidiario. En la sentencia ni siquiera tiene que hacerse pronunciamiento alguno sobre el beneficio de excusión aunque el fiador lo hubiera

excusión, pues implica que el el patrimonio del fiador deberá ser agredido después de agotar el del deudor principal.

Al margen del beneficio de excusión y orden, y en los supuestos de cofianza[21], existe el beneficio de división, reconocido en el art. 1837 CC, que supone que, en caso de incumplimiento del deudor principal, los cofiadores responderán mancomunadamente[22]; es decir, el acreedor no podrá reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, cesando este beneficio, *ex* art. 1837 CC, en los mismos supuestos en los que cesa el beneficio de excusión.

Como dice Lasarte, el paralelismo legal existente entre el beneficio de excusión y división se manifiesta en el segundo párrafo del art. 1837 CC, que establece que "el beneficio de división contra los fiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal"[23]. Los supuestos en que cesa el beneficio de excusión se encuentran en el art. 1831 CC, siendo los dos primeros los que más abundan en la práctica bancaria: cuando el fiador haya renunciado expresamente (art. 1831.1º CC) y cuando se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1832.2º CC); en las próximas líneas hablaremos de este último caso.

3. El pacto de solidaridad.

En defecto de pacto, la fianza será simple; sin embargo, tal y como dispone el art. 1822 CC, es posible que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, en cuyo caso se observará las prescripciones de lo dispuesto en la sección 4ª, capítulo III, Título I, del Libro IV del Código Civil. En el marco del régimen aplicable, cuando existe pacto de solidaridad del fiador es relevante el art. 1144 CC, de plena aplicación, que dispone que "el acreedor puede dirigirse contra cualquiera

opuesto con señalamiento de bienes del deudor, al ser requerido extrajudicialmente de pago o en el escrito de contestación a la demanda (reiterando su contestación al requerimiento extrajudicial o, en ausencia de éste, por primera vez). El beneficio de excusión sólo va a desplegar su eficacia en la fase de ejecución de la sentencia firme que condene al pago del deudor y del fiador con carácter subsidiario. De tal manera que no podrá acudirse a la vía de apremio contra los bienes del fiador mientras previamente no se haya agotado esa vía de apremio contra los bienes del deudor designados por el fiador al oponer el beneficio de excusión'. Por tanto, haya señalado o no bienes de los deudores -que sí los ha señalado- puede el fiador ser demandado y ser condenado, subsidiariamente respecto a los deudores principales. Lo cual es corroborado por el artículo 1834 del Código civil que permite al acreedor demandar al fiador e instar su condena, en la condición de deudor subsidiario que corresponde a éste: al ser demandado subsidiariamente, el fiador está en condiciones de oponer el beneficio de excusión desde la contestación a la demanda hasta la ejecución de la sentencia". Se pronuncia en el mismo sentido Pérez Álvarez, M.A.: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 84, que dice que "la existencia del beneficio de excusión supone, antes que un orden en la reclamación de la deuda, un orden en la ejecución del crédito que, en virtud de la oposición del beneficio, ha de ser satisfecho en primer lugar, cuando sea posible, sobre el patrimonio del deudor".

21 Según Diez Picazo, L.: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial,* vol. I, *Introducción. Teoría del contrato,* Civitas, Madrid, 1993, p. 445, puede definirse la cofianza como la situación en la cual existen varios fiadores que garantizan a un mismo fiador, frente al mismo acreedor y por una misma deuda, encontrándose todos los diversos fiadores en el mismo plano de responsabilidad de la obligación garantizada.

22 O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil,* t. II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 587.

23 Lasarte Álvarez, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, cit., p. 414.

de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente". El hecho de que la fianza sea solidaria no implica, ni mucho menos, que esta se convierta en una obligación solidaria[24] y, por ende, que la garantía quede desnaturalizada o pierda el carácter de accesoriedad[25] y de subsidiariedad[26].

Entendemos que el afianzamiento no pierde su naturaleza propia, ni que por el hecho de ser solidaria se asimile, completamente, a una obligación solidaria, o que la deuda se divida por cuotas entre deudor y fiador como si se tratara de dos deudores solidarios[27] a los que se les aplique el segundo párrafo del art. 1145 CC, en vez del art. 1838 CC. Lo que ocurre es que, en las relaciones internas, el deudor es el obligado principal y el fiador el garante, y en las relaciones externas, el acreedor puede dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador solidario[28].

24 Pascual Brotóns, C.C.: *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*, Reus, Madrid, 2015, p. 42.

25 La fianza solidaria sigue teniendo el carácter de accesoriedad respecto a la obligación principal, porque, como destaca Pérez Álvarez, M.A.: *Solidaridad en la fianza*, cit., p. 113, al fiador solidario se le sigue aplicando las normas que regulan la fianza, como, por ejemplo, los arts. 1824, 1826, 1849 o 1851 CC, de modo que la fianza estará al albur de la obligación principal que garantiza.

26 La STS 8 julio 2014 (RJ 2014, 3731), declaró que "en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que, para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal".

27 Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1986, p. 763, dice que, aunque el fiador se obligue de forma solidaria, este no pierde su condición y naturaleza de fiador. En contra, existen resoluciones que, incurriendo en una suerte de reduccionismo, equiparan al deudor principal con el fiador solidario. Al respecto, puede verse el fundamento de derecho segundo de la STS 11 noviembre 1987 (RJ 1987, 8369): "Lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1822 del Código Civil, da paso en realidad, a una situación autónoma, distinta y perfectamente asimilable, hasta el momento del pago, a la relación jurídica que se establece entre el acreedor y los deudores solidarios; en la fianza solidaria la acción contra el fiador es autónoma, y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor; en el supuesto de fianzas solidarias desaparece el beneficio de excusión, y puede el acreedor dirigir su reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que éste pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él; *y que a virtud de la solidaridad pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de «in solidum »*"; también la SJPI Vitoria 28 noviembre 2017 (JUR 2018, 1050), que expone, refiriéndose a los beneficios de orden, división y excusión, que "renunciados estos beneficios el fiador se coloca exactamente en la misma posición que el deudor", o la SAP Álava 12 junio 2017 (AC 2017, 494) y SAP Valencia 17 octubre 2018 (JUR 2018, 292476), que dicen que "el fiador solidario que renuncia a estos beneficios se convierte en deudor, y lo hace sin contraprestación alguna, no puede exigir que primero se persigan bienes de quien debe, sin repartir la garantía dada con los demás". También la SJPI San Sebastián 14 noviembre 2016 (JUR 2016, 265473): "El fiador solidario que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden no es un simple avalista, sino que se transmuta en auténtico deudor". Otras resoluciones, pese a distinguir la figura del deudor principal respecto a la del fiador, no niegan que la solidaridad o la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión los coloca en una situación parecida, como la SJPI San Sebastián 14 de noviembre 2016 (JUR 2016, 265473), que expresa que "la renuncia a los derechos de excusión, división y orden, coloca al fiador solidario en una situación semejante a la del deudor principal, pese a no serlo, lo que supone un desequilibrio injustificado que perjudica al consumidor".

28 Diez Picazo, L y Gullón, a.: *Sistemas de Derecho Civil,* vol. II, Tecnos, Madrid, 2012, p. 500, De Cossío y Corral, A. y AA.VV.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Obligaciones y Contratos*, cit., p. 581, Colás Escandón A.M.: "Contratos de garantía", en AA.VV.: *Tratados de Contratos*, t. IV (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 5143, y Lasarte Álvarez, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, cit., p. 418, explicando este último muy gráficamente lo dicho: "A la relación externa entre acreedor y fiador les serían de aplicación los artículos 1.137 y siguientes; a la relación interna entre deudor y fiador les competerían los artículos 1.838 y siguientes". En el mismo sentido puede verse, la SJM San Sebastián 29 junio 2015 (AC 2016, 19), que, apoyándose en la STS 14 noviembre 1981 (RJ 1981, 4510), dice lo siguiente: "Sin embargo, no se comparte la equiparación entre la posición del fiador que ha renunciado al beneficio de excusión y la del deudor solidario que sostiene la parte actora. Los fiadores

Por otro lado, el beneficio de excusión no tiene lugar cuando se haya constituido la fianza como solidaria, en cuyo caso, según algunas resoluciones, bastaría con que concurra la situación objetiva de incumplimiento, ligada al principio de subsidiariedad, para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador[29].

III. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR EN EL AFIANZAMIENTO: PROBLEMÁTICA SUBYACENTE A LA CALIFICACIÓN DEL FIADOR EN LA FIANZA MERCANTIL.

Como dijimos en la introducción de este trabajo, en la práctica forense abundan los contratos de afianzamiento en los que la entidad bancaria, como parte acreedora, establece como condición para conceder un préstamo que los fiadores renuncien a los beneficios de orden, división y excusión, predisponiéndose, además, la solidaridad del afianzamiento, de modo que, a costa de debilitar el carácter subsidiario de la fianza, la entidad bancaria consigue mayores garantías en aras de obtener la satisfacción de su crédito.

Los escenarios que se plantean son variados; desde un matrimonio que desea adquirir una vivienda habitual y contrata un préstamo hipotecario, colocándose los familiares, como los padres, en la posición de fiadores solidarios, hasta empresas que, para obtener financiación, contratan un préstamo, exigiendo el acreedor la perfección de una fianza mercantil[30]. Estos últimos casos son los que, desde la perspectiva de la consideración de consumidor, plantean más problemas, a la vista de que los fiadores a veces tienen relación con la mercantil prestataria como administradores o socios de la misma. Sin embargo, ocurre otras veces que los fiadores, por los lazos de amistad o parentesco con las personas que encarnan los distintos órganos de la mercantil, aceptan renunciar a determinados derechos desde el altruismo y la generosidad, desconociendo que, con base en la solidaridad

siguen siéndolo a pesar de la renuncia y no se colocan en igual posición que el deudor principal como se explica a continuación. Antes del pago, el fiador puede proceder, a diferencia de un deudor solidario, frente al deudor en determinadas circunstancias (artículo 1.843 del CC) y una vez efectuado el pago, nace en favor del fiador la acción de reembolso del importe satisfecho con intereses y gastos (artículo 1.838 del CC) y la de subrogación en los derechos y acciones que el acreedor tenía con el deudor (artículo 1.839 del CC); tal y como alega Kutxabank en su contestación. Además, de conformidad con el artículo 1.852 del CC los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Como puede verse, la similitud del fiador con el deudor se da en la relación respecto del acreedor, pero no ha de olvidarse que a través de la fianza se constituye una garantía personal y que de ella nace también una relación entre deudor y fiador dirigida a que este quede reparado de la garantía prestada".

29 SAP Barcelona 6 noviembre 2014.

30 Según el art. 439 CCom, "será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante". Afirma con acierto Raga Blanch, P.V.: *Subrogación por pago y juicio ejecutivo basado en pólizas de contratos mercantiles y escrituras públicas (Fianza, Solidaridad, Acumulación de acciones, Sucesión Procesal, con referencias a la nueva LEC), Revista General de Derecho*, Valencia, 2000, p. 66, que la calificación de la fianza como mercantil atiende a un criterio eminentemente objetivo.

del afianzamiento, se colocan en una situación vulnerable en la que tendrán que responder con todo su patrimonio.

1. Planteamiento de la postura negacionista del carácter de consumidor del fiador.

Los supuestos de afianzamientos de empresas por fiadores sin ninguna vinculación con la mercantil prestataria, efectivamente, son los que mayores controversias han planteado. Existen numerosas resoluciones que, atendiendo al contrato de préstamo y, en concreto, a la condición de los deudores como empresarios o profesionales, consideraban que, al estar vinculado el objeto del préstamo con una actividad empresarial o profesional, este carácter afectaba a los fiadores, aun no teniendo ninguna relación con la mercantil prestataria, de modo que entendían que los fiadores estaban afectados por la naturaleza de la obligación principal o, dicho de otra manera, que el fiador no podía desvincularse del estatuto jurídico por el que se rige esta, vetando así la aplicación de las normas tuitivas de consumidores y usuarios.

Abogando por esta tesis, pueden verse la SAP Pontevedra 15 febrero 2016[31], el AAP Pontevedra 6 abril 2016[32], la SAP Madrid 8 mayo 2014[33] o la SAP Granada 3 octubre 2014[34]. Esta última, en una interpretación errónea de la STS 8 julio 2014[35] y, en concreto, las consecuencias del carácter accesorio y subsidiario de la fianza, niega el carácter de consumidor del fiador por el simple hecho de que el préstamo iba destinado a financiar la actividad empresarial de la mercantil prestataria: "La financiación buscada por la sociedad prestataria, razón por la que se suscribe el contrato de préstamo garantizado con hipoteca con un bien propiedad de la entidad mercantil, excluye la condición de consumidores del avalista dada la naturaleza de obligación accesoria de la fianza respecto al contrato principal".

También puede verse el AAP Barcelona 5 diciembre 2014[36] que dice que "la circunstancia de que quien intervino en el contrato en calidad de fiadora sea una persona física no modifica las anteriores conclusiones porque lo relevante, a los efectos de excluir el contrato de la legislación protectora en materia de consumo, es la condición de no consumidor del prestatario y la naturaleza de la operación financiera, que nítidamente está destinada a servir al tráfico o giro de la empresa prestataria, aparte de que la obligación asumida por el fiador es meramente accesoria de la principal y el mismo ostenta una condición jurídica idéntica, desde

31 SAP Pontevedra 15 febrero 2016 (JUR 2016, 50889).

32 AAP Pontevedra 6 abril 2016 (JUR 2016, 105461).

33 SAP Madrid 8 mayo 2014 (JUR 2014, 234995),

34 SAP Granada 3 octubre 2014 (AC 2014, 2096).

35 STS 8 julio 2014 (RJ 2014, 3731).

36 AAP Barcelona 5 diciembre 2014 (JUR 2015, 62548).

la perspectiva de las obligaciones frente al prestamista, a la de aquel obligado principal. Ello justifica que no sea de recibo la aplicación al contrato de un régimen jurídico distinto según se pretenda su cumplimiento frente al obligado principal o frente a los fiadores''[37].

En resumidas cuentas, la interpretación que secundaba las citadas sentencias gravitaba sobre los siguientes puntos: En primer lugar, lo que determina la legislación aplicable a los fiadores, aun cuando estos carecen de vinculación con la empresa prestataria, es la naturaleza del contrato principal, de modo que si la actividad financiada por el préstamo tiene carácter empresarial o profesional se excluye, automáticamente, la aplicación de las normas tuitivas de consumidores y usuarios. En segundo lugar, como quiera que la fianza es accesoria respecto a la obligación principal, el afianzamiento debe seguir el régimen del préstamo o contrato de crédito, manteniendo el fiador la misma posición que el deudor principal, de modo que si este es un empresario o profesional aquel correrá la misma suerte, y a la inversa[38]. Por último, no era admisible, según el planteamiento

37 Similar razonamiento late en el AAP Valencia 17 abril 2015 (JUR 2015, 167600), que dice, en el fundamento de derecho segundo, que "siendo la fianza una obligación accesoria, ha de referirse la cuestión planteada a la principal, esto es, a la contraída por la mercantil prestataria Oremar SA, que lo fue obviamente en el ámbito de su actividad empresarial. El que el destino o finalidad de los 490.000 euros objeto del préstamo fuera la 'refinanciación de deudas' no excluye su destino profesional, pues es forzoso colegir que las deudas a cuya refinanciación debía atender aquél eran las contraídas por la misma mercantil en el desarrollo de su actividad empresarial y la parte apelante ni siquiera sugiere que la utilidad del préstamo nada tuviera que ver con el ejercicio empresarial de la prestataria (…) los fiadores o avalistas del préstamo a la mercantil no pueden ser considerados consumidores y no puede por ello serles de aplicación el art. 695 .1.4 LEC, que permite la alegación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato (…) Lo que acabamos de decir es asimismo aplicable a quienes intervinieron como hipotecantes, pues la garantía que ofrecieron no puede ser desvinculada de la operación a la que servía". En la misma senda el AAP Santa Cruz de Tenerife 21 julio 2015 (JUR 2015, 249138): "La cuestión ya ha sido analizada en varias ocasiones por esta Sección que ha señalado que la condición de fiador y garante hipotecarios del crédito confieren una posición especial en orden al examen del carácter de consumidor, pues dada la naturaleza accesoria de la garantía no es la situación personal del fiador o hipotecante la que atribuye tal condición, sino la que resulta de la obligación garantizada, de manera que ostentará esta condición si esta obligación dimana de una relación de consumo por intervenir un consumidor y un empresario, pero no si garantiza una relación entre empresarios; es decir, lo fundamental no es la condición de consumidor del hipotecantes, sino la del prestatario afianzado con la hipoteca, pues es su condición como tal la que se comunica a la persona física que interviene en esa misma condición como garante". También puede verse el AAP Barcelona 16 de septiembre de 2011 (JUR 2012, 29198) que, citando la la SAP Barcelona 14 abril 2011 (JUR 2011, 198338), en un caso en el que el prestatario era una mercantil, dice lo siguiente: "Esa legislación tuitiva del consumidor es inaplicable al caso concreto, al no ostentar el prestatario la condición de consumidor. Naturalmente, la naturaleza de la operación financiera no se desnaturaliza en función de que el fiador (ahora ejecutado) sea una persona física". Posteriormente, el mismo Tribunal ratificó su criterio con el AAP Barcelona 19 enero 2012 (JUR 2012, 87844) y 23 septiembre 2014 (AC 2014, 2268).

38 Puede verse la SAP Madrid 14 marzo 2013 (JUR 2013, 156399), que dice, en el fundamento de derecho cuarto, que "en cuanto a que si les alcanzaría tal calificación como fiadores, teniendo en cuenta que la fianza es un contrato, por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona jurídica en orden al desenvolvimiento de su actividad empresarial, y por lo demás de modo solidario, dado el carácter accesorio del contrato de fianza, que sigue en todo a la obligación principal, el fiador mantiene una misma posición que el deudor principal. No siendo admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios, se apliquen normativas distintas, según la condición de los obligados (deudor principal o fiador)". En el mismo sentido, el AJPI Madrid 3 febrero 2014 (AC 2014, 379), que reconoce la condición de consumidores a los fiadores por el hecho de que los prestatarios eran personas físicas que adquirieron su vivienda habitual, diciendo que no admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativa distinta. De dicha *ratio* se colige que, efectivamente, si la fianza fuese mercantil y el deudor principal contratara como empresario o profesional, los fiadores correrán la misma

por el que abogan las citadas resoluciones, que a un mismo contrato se le apliquen normas distintas, atendiendo a la condición del fiador, ya que el afianzamiento es una cláusula contractual del contrato de préstamo y no un contrato independiente y autónomo.

Sin embargo, este planteamiento, amén de erróneo, ha quedado obsoleto, tal y como veremos a continuación.

2. El TJUE al rescate del fiador.

Como hemos visto, el planteamiento de las sentencias que negaban, automáticamente, el tratamiento de consumidor a los fiadores obedece, entre otros motivos, a la idea de que el afianzamiento es accesorio respecto al contrato principal, siendo imposible que a un mismo contrato se le apliquen normas distintas.

Sin embargo, como vimos en el apartado en el que tratamos, a rasgos generales, las vicisitudes del contrato de fianza, el carácter accesorio y subsidiario del afianzamiento respecto a la obligación principal no debe desnaturalizar que la fianza, lejos de configurarse como una cláusula del documento contractual del préstamo en el que está inserto[39], es un contrato autónomo e independiente, que origina un vínculo obligatorio distinto respecto al contrato principal con el que está relacionado[40].

suerte, con independencia de que perfeccionaran el afianzamiento desde el altruismo y al margen de cualquier connotación empresarial.

39 Sánchez Paredes, M. L.: "Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM 1 Oviedo 18.2.2010)", *Anuario de derecho concursal*, núm. 21, 2010, p. 375, que mantiene una postura ambigua, postula que la fianza "más que un contrato en sí mismo, es una cláusula añadida a un contrato, dirigida a cubrir los riesgos derivados de la póliza de crédito (…) es una cláusula del contrato de préstamo donde la garantía se otorga asumiendo los fiadores las obligaciones de la sociedad beneficiaria del crédito y de forma solidaria".

40 Véase, *ad exemplum*, la STS 16 junio 1999 (RJ 1999, 4475), que dice que los fiadores, pese al carácter solidario de la fianza, "tienen personalidad distinta de la obligada principal"; en el mismo sentido la STS 22 julio 2002 (RJ 2002, 7476) y, más recientemente, el fundamento de derecho quinto de la STS 27 enero 2020 (RJ 2020, 145), que dibuja el siguiente planteamiento: "Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple, como ha destacado la doctrina, mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador)". En el seno de la jurisprudencia europea, es relevante la STJUE 17 marzo 1998 (TJCE 1998, 52), que expone que si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente "ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal". Respecto a la doctrina, la idea de que la fianza origina un vínculo obligatorio distinto respecto al contrato de préstamo con el que está relacionado subyace en la definición de Monserrat Valero, A.: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 51 y 52, que, al tratar del contrato de fianza, dice que "la obligación del fiador (obligación fideiusoria) es una verdadera obligación distinta de la obligación del

A efectos de examinar la posible catalogación como consumidor de un fiador que ha perfeccionado un contrato de fianza mercantil, debemos tener en cuenta que, según el considerando décimo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13), las normas relativas a las cláusulas abusivas, las cuales van destinadas a dotar de una protección más eficaz al consumidor, "deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor", quedando excluidos "los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades". Como se puede ver, la Directiva 93/13 no excluye de su ámbito de aplicación los contratos de garantía.

Respecto a la noción de consumidor, la letra b) del art. 2 Directiva 93/13, lo define como "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional"[41]. Sin embargo, respecto al afianzamiento, surgieron varias peticiones que fueron articuladas a través de una cuestión prejudicial ante el TJUE: la primera fue si el concepto de consumidor expuesto comprende a las personas físicas que, no teniendo ninguna relación con la empresa prestataria, asumieron la posición de fiadores en un contrato de fianza mercantil; la segunda gravitó si la Directiva 93/13 comprendía, única y exclusivamente, los contratos de venta de bienes o prestación de servicios, o también estaban bajo su ámbito de aplicación los contratos de garantía, que tiene por objeto, en ocasiones, garantizar la obligación dimanante de un contrato de préstamo cuyo beneficiario o prestatario es una sociedad mercantil.

deudor garantizado (obligación principal) frente a la doctrina más antigua que consideraba que había una obligación con dos deudores".

41 En el Derecho nacional, el art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), reputaba como consumidores y usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, excluyendo el art. 1.3 del concepto a "quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". A fin de reforzar la protección de los consumidores y, en concreto, aproximar la ley nacional a las normas comunitarias, se publicó 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 (TRLGDCU), armonizando el concepto de consumidor respecto a la Directiva 93/13 sin desatender sus particularidades, pues la definición del art. 1.3, pese a asemejarse al concepto comunitario, sigue englobando en el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre que "actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Posteriormente, el concepto de consumidor fue acreedor de una nueva reforma con la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modo que, quedaran amparados por las normas tuitivas, las personas físicas que "actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" y las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica "que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". Como dijo recientemente la STS 11 abril 2019 (RJ 2019, 1364), la noción legal de consumidor que existe actualmente en el TRLCU pone el acento en que el contrato se haya realizado fueran de un ámbito empresarial o profesional y no, como hacía la LCU, en el fin del contrato.

El ATJUE 19 noviembre 2015[42] dio respuesta a estos interrogantes, diciendo que la protección que brinda la Directiva 93/13 es especialmente importante en aquellos contratos en los que una persona asume personalmente el compromiso de satisfacer la deuda de un tercero, presentándose el contrato de fianza como un contrato distinto respecto al contrato de préstamo principal, de forma que, la calidad en la que actuaron los fiadores, debe apreciarse respecto al contrato de fianza del que son parte o, dicho de otra manera, según un *criterio funcional*, equivalente a valorar si en su relación contractual actuaron al margen de su actividad empresarial o profesional[43]. Es decir, respecto a la fianza mercantil, dijo el TJUE que el Juez nacional deberá valorar si el fiador actúo por razón de los vínculos funcionales que mantenía con la sociedad prestataria, "como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social", en cuyo caso la regulación del afianzamiento quedaría extramuros de las normas tuitivas de consumidores y usuarios, o bien, actuó con fines privados o altruistas, al margen de cualquier relación empresarial o profesional[44].

A la vista de la doctrina del TJUE, queda claro que si un fiador es administrador de la mercantil prestataria quedaría excluido del concepto de consumidor; asimismo, también quedaría excluido, al compás de la doctrina del TJUE, cuando ostenta una participación significativa en el capital social. Dicho esto, cabe preguntarse qué se entiende por *participación significativa*. A nuestro juicio, por participación significativa en la empresa debe entenderse, al margen de cifras numéricas o porcentuales que puede adquirir un cariz relativo y hasta divergente según el cuerpo legal al que nos remitamos[45], que el fiador, que a la sazón es socio,

42 ATJUE 19 noviembre 2015 (TJCE 2015, 386).

43 Según la RDGRN 13 junio 2019 (JUR 2019, 10150), que se remite a la jurisprudencia del TJUE citada, la averiguación de la condición del fiador a fin de determinar el ordenamiento jurídico aplicable se ha de hacer según su relación "con el objeto garantizado o con su actividad profesional", y no al compás de la naturaleza de la obligación garantizada por la fianza.

44 Doctrina reiterada en el ATJUE 14 septiembre 2016 (TJCE 2016, 329).

45 Véase, *ad exemplum*, que el art. 151 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedad de Capital (TRLSC) consagra la prohibición de no establecer participaciones reciprocas que no excedan del *diez por ciento* de la cifra de capital de la sociedad participadas. El art. 174 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores (TRLMV), define participación significa como "aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos un *10 por ciento del capital o de los derechos de voto* atribuidos a las acciones de la empresa o que permita ejercer una influencia significativa en la gestión de la empresa de servicios y actividades de inversión en la que se tiene la participación (…)", sin embargo, el citado art. circunscribe dicha definición a las empresas de servicios y actividades de inversión española. O el art. 283 del novísimo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC), que enumera las "personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica", diciendo respecto a los socios, en los ordinales 1º y 4º del primer apartado, que se consideraran especialmente relacionados con la persona jurídica los que "conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un *cinco por ciento del capital social*, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un *diez por ciento* si no los tuviera" y "los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un *cinco por ciento del capital social*, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un *diez por ciento* si no los tuviera".

tenga una preeminencia en la empresa que pueda influir de manera relevante en su toma de decisiones con potencialidad para que su voluntad, manifestada a través del órgano societario, coincida con la de la empresa, o bien que el fiador tenga un interés profesional o empresarial directo con la operación que garantiza, de modo que pueda sacar algún rédito o beneficio económico.

Sensu contrario, se podría afirmar, desde nuestro punto de vista, que si el fiador garantiza una obligación cuyo deudor principal es la mercantil con la que está vinculado, a aquel se le podría aplicar las normas protectoras de los consumidores y usuarios siempre que la participación o actividad profesional del fiador fuese tan tenue, en relación a la operación y a la mercantil deudora, que pudiese considerarse marginal o residual, de modo que su papel, desde el fin crematístico, fuese inexistente o insignificante[46].

3. El problema de las personas jurídicas como garantes.

Tampoco debe ser óbice para la aplicación de las normas tuitivas de consumidores y usuarios, aunque el TJUE no se pronunciara al respecto, que el fiador sea una persona jurídica que garantice un crédito ajeno. Hay que tener en cuenta que el art. 3 TRLGDCU, sobre todo a raíz de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (Ley 3/2014), permite que sean considerados como consumidores las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica "que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". En este sentido, la propia idiosincrasia de la norma española[47], al contrario de lo que sucede con la letra b) del art. 2 Directiva 93/13[48], no excluye a las personas jurídicas del concepto de consumidor, pudiendo estas estar protegidas por estas normas tuitivas siempre que, en la operación concreta, actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Según la tesis de algunos autores, como Pagador López, es harto difícil sostener que una sociedad actúe sin ánimo de lucro, a la vista de que, tanto el art. 1655 CC como el art. 116 CCom, dicen que es consustancial a toda sociedad el ánimo

46 Nos remitimos, en el sentido expuesto, a las SSTJUE 20 enero 2005 (TJCE 2005, 24) y 25 enero 2018 (TJCE 2018, 25), que analizan la condición de consumidor cuando la persona que celebra el contrato lo hace para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional.

47 Así lo dice el apartado tercero TRLGDCU: "Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas".

48 La dicción del instrumento europeo dice que es consumidor "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad".

de lucro[49]. Sin embargo, no estamos de acuerdo con dicha idea, pues, que sea inherente a toda sociedad el ánimo de lucro no es óbice para que, en relación a determinados actos o negocios jurídicos, dicho *animus* brille por su ausencia[50], como se puede ver, paladinamente, en la donación, donde, siendo elemento característico de este negocio la liberalidad del donante, no hay impedimento para que una sociedad mercantil se configure como donante, más cuando su actuación se guía por motivos altruistas.

Sin embargo, en la proposición "ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial" surge un problema desde la perspectiva de las personas jurídicas, pues en la fianza mercantil, cuyo objeto es garantizar una obligación relativa al comercio, la actividad comercial o empresarial siempre va a estar presente, aun cuando la mercantil fiadora actúe sin ánimo de lucro y al margen de su propia actividad empresarial. Puede ocurrir que una empresa perfeccione con una entidad bancaria un contrato de préstamo con un fin adscrito a su actividad y, siendo requisito esencial para la financiación la perfección de un afianzamiento, otra empresa, que no está vinculada con la prestataria y actuando desde el altruismo, garantice mediante una fianza solidaria y con la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, la satisfacción del crédito. El quid de la cuestión, a fin de reputar a esta como consumidor, es la dicción del segundo párrafo del art. 3 TRLGDCU que dice que la persona jurídica podrá ser consumidor siempre que actúe sin ánimo de lucro "en un ámbito ajeno *a una* actividad comercial o empresarial". Como se puede ver, el precepto difiere respecto a lo dispuesto en su primer párrafo, que, tratando la condición de consumidor de las personas físicas, dice que estas deben actuar "con un propósito ajeno *a su* actividad comercial, empresarial, oficio o profesión", de modo que, *stricto sensu*, si una persona física actúa en una actividad comercial o empresarial que no es la suya propia, sino una ajena, podrá ser considerada como consumidor, máxime si no concurre el ánimo de lucro, al contrario de lo que sucede con las personas jurídicas, donde el legislador parece que ha querido "sancionar" con la exclusión de las normas tuitivas cuando la actuación de esta gravite en torno a cualquier actividad profesional o empresarial, aun cuando no sea la suya propia ¿despiste o previsión del legislador español?

Desde nuestro punto de vista, valorando que: (i) Una persona jurídica puede actuar, en una operación concreta, sin ánimo de lucro, movida por fines altruistas;

49 Pagador López, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas,* Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 182.

50 Paz-Ares, C.: "La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad", en AA.VV.: *Curso de Derecho mercantil*, vol. I (dir. Uría y Menéndez), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 471-475. Fue llamativo el caso que desembocó en la SAP Málaga 6 marzo 2015 (AC 2015, 718), que, después de citar el art. 3 TRLGDCU, confirmó la condición de consumidor de una sociedad de responsabilidad limitada, diciendo lo siguiente: "Es una sociedad cuya única actividad es la de bienes inmuebles, concretando el perito Don Ceferino que 'la sociedad no ejerce ningún tipo de actividad sujeta el Impuesto sobre el valor Añadido, la actividad de la referida sociedad se limita a la mera tenencia de bienes muebles o inmuebles, por lo que tiene la consideración de consumidor final".

(ii) que, según el TJUE, es posible reputar como consumidor a fiadores siempre que, en caso de una fianza mercantil, no tenga una participación significativa en el capital social de la prestataria ni encarne ningún órgano de administración; (iii) y, por último, que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, el concepto de consumidor debe interpretarse en relación a la posición de una persona en un contrato determinado y no con la situación subjetiva de dicha persona, "dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto de otras"[51]; entendemos que a las personas jurídicas que tengan la condición de garantes se le pueden aplicar las normas tuitivas de consumidores y usuarios siempre que concurran los requisitos esbozados.

4. Práctica de los Juzgados y Tribunales españoles tras la jurisprudencia del TJUE.

A partir del canon hermenéutico del TJUE en torno a los fiadores podemos afirmar que nuestros Tribunales han secundado un criterio uniforme en torno a dicha doctrina, salvo alguna excepción, siendo una de ellas la que desembocó en la STC 75/2017, de 19 de junio[52], donde el recurrente en amparo denunció que se había infringido, amén del derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, ya que el AAP La Rioja 29 enero 2016 no aplicó las resoluciones del TJUE citadas anteriormente, reputando como profesionales a unos hipotecantes que, lejos de tener una vinculación con la mercantil prestataria, carecían de relación con esta[53]. El Alto Tribunal, como no podía ser de otro modo, tachó la resolución objeto de recurso como arbitraria e irrazonable, al no aplicar injustificadamente el concepto de consumidor cristalizado en la Directiva 93/13, concediendo el amparo al recurrente y declarando la nulidad de las resoluciones objeto de recurso[54].

51 SSTJUE 3 julio 1997 (TJCE 1997, 142), 20 enero 2005 (TJCE 2005, 24), y 25 enero 2018 (TJCE 2018, 25).

52 STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75).

53 El AJPI núm. 2 de Logroño 17 octubre 2013 dijo que "no puede considerarse a estos efectos que sea aplicable la normativa de consumidores y de usuarios, puesto que los hipotecantes avalistas lo son de una mercantil —la sociedad ejecutada— en una operación crediticia de la sociedad con finalidad mercantil... Por tanto, no considerándose consumidores y no tratándose de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, aunque el objeto de la hipoteca sea la vivienda habitual de dos ejecutados, no puede considerarse que los intereses moratorios pactados sean abusivos, siendo la sanción pactada por el incumplimiento". Dicho auto fue objeto de un recurso de apelación, que desembocó en el Auto Audiencia Provincial La Rioja 29 enero 2016, que, desestimándolo, razonó que los recurrentes, aun siendo personas físicas, no ostentan la condición de consumidores, ya que garantizaron mediante hipoteca un crédito concertado en beneficio de una sociedad mercantil y, en consecuencia, no le es aplicable el control de abusividad de las cláusulas contractuales impuesto en la Directiva 93/13 ni en la Ley de condiciones generales de la contratación, que indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos celebrados con consumidores".

54 Nos remitimos al fundamento de derecho cuarto de la STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75): "Además, el órgano judicial conocía de la existencia de esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues el mencionado Auto de su Sala Sexta fue debidamente aportado por los recurrentes en el escrito instando el incidente de nulidad de actuaciones y, por tanto, formaba parte del objeto de debate. En suma, en el momento de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones el órgano judicial conocía que un pronunciamiento del Tribunal de Justicia declaraba de forma explícita que las personas

Al margen de dicha resolución, los Tribunales han reconocido a los fiadores el carácter de consumidores siguiendo la exégesis del TJUE. Así, y siguiendo a la jurisprudencia *stricto sensu*, la STS 28 mayo 2018[55] fue una de las más interesantes, pues se trataba de un supuesto de cofianza mercantil solidaria donde los administradores de la mercantil prestataria eran fiadores, también algunos de sus socios y, por último, una fiadora que no tenía ninguna posición de gerencia ni participación en la empresa. Respecto a los fiadores que eras administradores y tenían una participación del 25% en la mercantil deudora, el Tribunal Supremo descartó su condición de consumidores, pues, valorando que la finalidad del préstamo era la financiación del activo circulante de la empresa prestataria, era evidente que los socios tenían un interés en dicha operación, amén de un vínculo funcional con la mercantil. Sin embargo, respecto a la fiadora, que no tenía ningún tipo de relación con la mercantil, afirmó su condición de consumidor, estimando a su vez la ineficacia de la cláusula suelo que fue objeto de recurso.

5. El supuesto particular del fiador que es cónyuge del administrador o socio de la mercantil prestataria.

Ahora bien, cabe plantearse lo siguiente: ¿Podría reputarse consumidor al fiador que, careciendo de vinculación o participación significativa en la empresa prestataria, es cónyuge del administrador o de un socio con una participación relevante? Este supuesto ha llegado varias veces al Tribunal Supremo, como tuvo de oportunidad de analizar la STS 7 noviembre 2017[56], donde se denunció por abusivas determinadas cláusulas de un préstamo hipotecario. Dicho préstamo, cuyos prestatarios era un matrimonio, tenía como finalidad unificar en una sola operación diversas deudas contraídas por el marido en el ejercicio de su actividad empresarial, que solo ejercía este. Ante la vindicación de la condición de consumidor de la esposa, prestataria e hipotecante, el Alto Tribunal se planteó si esta intervino fuera de una actividad empresarial o profesional. Para resolver dicha

físicas pueden ser consideradas consumidoras a efectos de su debida protección frente a las cláusulas contractuales abusivas, siempre que no actúen en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con la sociedad de la que resultan garantes. Frente a todo ello, el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja ni cita, ni valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Dumitru Tarcău,* sino que se limita analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otras Audiencia Provinciales anteriores a esta resolución comunitaria y a concluir que los recurrentes no ostentan la condición de consumidores ya que garantizaron un crédito concertado por una sociedad mercantil y, por consiguiente, no le es de aplicación la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas contractuales abusivas. El órgano judicial tampoco valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su decisión de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de que la demandante de amparo le había instado a ello invocando expresamente el referido Auto del Tribunal de Justicia (…) Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar siquiera la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto *Cilfit*, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso»; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal".

55 STS 28 mayo 2018 (RJ 2018, 2281).

56 STS 7 noviembre 2017 (RJ 2017, 4763).

controversia, se remitió a los arts. 6 y 7 CCom y al art. 1365.2º CC, en relación al art. 21 CCom, diciendo que, como quiera que de los ingresos de la actividad empresarial del marido se nutre la economía familiar, la recurrente había prestado su consentimiento, aun tácitamente, a fin de que los bienes resultantes de estos ingresos respondieran de la deuda derivada del préstamo, motivo por el cual entiende que esta no podía acogerse a las normas relativas a los consumidores y usuarios. En cambio, en la STS 28 mayo 2018, analizada anteriormente, se consideró que la fiadora, que era cónyuge del administrador de la mercantil prestataria, si tenía la condición de consumidor, al socaire de que no desempeñaba ningún cargo orgánico ni tenía una participación significativa en la sociedad.

Dada dicha vacilación jurisprudencial, la STS 28 mayo 2020[57] acogió el planteamiento de la STS 7 noviembre de 2017, en un litigio en el que el prestatario era una sociedad unipersonal donde el marido era socio único y la esposa perfeccionó un afianzamiento que garantizaba un préstamo de la mercantil, estando ambos casados en régimen de gananciales. El Tribunal consideró que, al poseer la esposa la cotitularidad del capital social de la mercantil deudora, como consecuencia de la sociedad de gananciales, y tener que responder personalmente de la deuda, no se podía afirmar que esta era ajena a la empresa o, en palabras del TJUE, que carecía de cualquier participación en su capital social o de una relación funcional con la prestataria[58]. Interpretando el criterio jurisprudencial *sensu contrario*, se colige que si el fiador está casado en régimen de separación de bienes con el administrador o socio de la mercantil prestataria, no siendo de aplicación los arts. 1347.1º y 1365.2º CC, y aquel ha mostrado su oposición expresa al ejercicio del comercio por parte del cónyuge, de conformidad con el art. 7 CCom, el fiador podría ser considerado un consumidor en la fianza mercantil, pudiendo los Juzgados y Tribunales valorar el carácter abusivo de las cláusulas relativas a la extensión de la fianza.

IV. EL PACTO DE SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Según el art. 3.1 Directiva 93/13 "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". El art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), define las condiciones generales como "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia

57 STS 28 mayo 2020 (RJ 2020, 1345).

58 En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente el AAP Valencia 25 mayo 2020 (JUR 2020, 233322).

de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Prima facie, podría decirse que la fianza, como tal, no es una condición general de la contratación, ya que ha sido objeto de negociación por las partes, gozando el fiador de la libertad de contratar, pues rara vez desconocerá este que ha prestado el consentimiento para perfeccionar un contrato de fianza. Este es el planteamiento de la SAP Valencia 14 junio 2016[59] que, apoyándose en que la fianza es un contrato autónomo y no una cláusula contractual, excluye la normativa de consumidores y usuarios del ámbito de aplicación de la misma, diciendo que el consumidor debió haber sustentado su acción en las normas generales de nulidad de los contratos y no fundamentándola en el carácter abusivo de sus cláusulas[60].

A nuestro juicio, aunque la sentencia parta de la tesis correcta de que el afianzamiento es un contrato y no una cláusula del contrato de préstamo en la que está documentalmente inserta, el hecho de que el mismo no se puede catalogar, por ser un contrato autónomo, como una condición general de la contratación, no es óbice para que determinadas cláusulas, como el pacto de solidaridad o la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión[61], puedan ser consideradas como tal, al ser posible, y habitual, que al fiador le resulte negada la posibilidad de negociar el contenido y extensión de la fianza[62], siendo posible así someter dichas cláusulas al triple control de incorporación, transparencia y abusividad, tal y como veremos posteriormente.

59 SAP Valencia 14 junio 2016 (JUR 2016, 215304).

60 Así lo expresa el fundamento de derecho segundo: "La doctrina sobre la fianza expuesta concluye que la fianza es un contrato autónomo, típico, regulado en el Código Civil en los arts. 1822 a 1856 CC y no una cláusula contractual. Por ello, la acción de nulidad de la fianza no puede sustentarse a través de la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales con base en la normativa de consumidores, pues no es parte de un contrato sino un contrato en sí, que liga al fiador con el acreedor, que podrá ser impugnado a través de las normas generales de nulidad de los contratos (arts. 1300 y ss. Código Civil). Dado que la parte actora ha sustentado su pretensión en la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales y no en la acción de nulidad de los contratos procede desestimar el recurso de apelación planteado".

61 Debe distinguirse la fianza en sí misma considerada del pacto de solidaridad o la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, pues pese a que aquella, naturalmente, difícilmente podrá reputarse como una condición general de la contratación, ello no es óbice para que determinados aspectos de lo que algunos autores bautizaron como "relación obligatoria de fianza", pueda ser conceptuados como tal. Puede verse, respecto a la terminología acuñada, García-Cueco Mascarós. J.: "La fianza", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado,* t. III, vol. 3º (coord. J. F. Delgado de Miguel), Civitas, Madrid, 2001, pp. 518 y ss.

62 Es interesante el punto de vista de Pagador López, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas,* cit., pp. 102-104, que dice en la contratación mediante condiciones generales de la contratación "una de las partes no llega a autodeterminarse libremente con toda la plenitud que el ordenamiento presupone; o sea, que se puede afirmar que desaparece típicamente la posibilidad de libre autodeterminación plena para la parte adherente y en su lugar se produce una heterodeterminación unilateral a cargo del predisponente". En opinión del citado autor, el proceso de conformación contractual mediante condiciones generales justifica un control de contenido, ya que "el adherente puede decidir si contrata o no (libertad de decisión negocial) pero le resulta negada la posibilidad de contribuir a conformar la reglamentación negocial reguladora de la relación contractual que establece". Este planteamiento maneja, entre otras, la SAP Pontevedra 14 mayo 2014 (JUR 2014, 145294): "Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual".

Igualmente, la SAP Barcelona 6 noviembre 2014, descarta que las renuncias a los beneficios de orden, división y excusión se traten de condiciones generales de la contratación, argumentado que la fianza, con tales renuncias, es una modalidad prevista en los arts. 1831 y 1832 CC y que la solidaridad de la misma es lo más habitual en dichos contratos[63]. Resulta curioso, como sucede en este caso, que algunas resoluciones apelen al carácter habitual de la solidaridad en la fianza como argumento a fin de negar al pacto de solidaridad el tratamiento como condición general de la contratación, pues, precisamente, por ser habitual en la práctica bancaria, con el objeto de reforzar la garantía personal, se está reconociendo que las entidades bancarias predisponen la solidaridad con una vocación de ser incorporada a una pluralidad de contratos, estando presente la nota de "generalidad" propia de las condiciones generales de la contratación.

Es ilustrativa, por su exégesis, la SJM Barcelona 17 diciembre de 2015[64], que dice, en su fundamento de derecho segundo, respecto al tratamiento como condición general de la contratación de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, que "el fiador no tiene capacidad alguna para negociar la incorporación de esa cláusula de renuncia de tales derechos, sino que forma parte de las condiciones económicas que le ofrece el banco para concederle al deudor principal la financiación requerida, a modo de oferta irrevocable, lo que ratifica la idea de que estamos ante una cláusula impuesta y por tanto, ante una condición general de la contratación, lo que permite entrar en el control de su posible abusividad"[65].

63 Véase el fundamento de derecho segundo: "No podemos aceptar, por tanto, que la cláusula 12ª del contrato de préstamo hipotecario no fuera el producto de un proceso de negociación entablado entre las partes y que ese acuerdo no se extendiera al régimen de la fianza, cuando éste es uno de los previstos en el Código Civil y cuando es notorio que la fianza solidaria sin beneficio de excusión y división es la modalidad más habitual en este tipo de contratos. El hecho de que la cláusula impugnada se refiera al objeto principal del contrato no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el contrato (sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 (ROJ 1916/2013). Lo que rechazamos es que en este caso el aval, en su modalidad de fianza solidaria con renuncia a los beneficios de orden y división, fuera impuesta por una de las partes y con la 'finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos' (artículo 1 de la LCGC)".

64 SJM Barcelona 17 diciembre de 2015 (JUR 2016, 100741).

65 Lo explica también magistralmente la SJM Segovia 28 marzo 2016 (JUR 2016, 72022): "La doctrina expuesta es suficiente para concluir, sin necesidad de ningún esforzado examen analítico, que tanto el contrato de crédito mercantil de 30 de diciembre de 2003 cuanto la póliza de préstamo de 16 de diciembre de 2008, cualquiera que sea la rúbrica que los encabece, son contratos de adhesión que fueron celebrados entre una entidad bancaria -como profesional o predisponente- y usuarios de servicios financieros -los deudores principales y los fiadores fueron adherentes- que contienen condiciones generales de contratación. En efecto, la simple lectura de las cláusulas contenidas en ambos contratos evidencia que estamos ante estipulaciones que no sólo se incorporan en un contrato, sino que han sido redactadas de antemano por la entidad financiera demandada, sin que la contraparte haya podido influir en su contenido, por más que lo haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha. Estamos en presencia de cláusulas que no dejan margen alguno a la negociación o debate precontractual, sino que se limitan a imponer una situación dada que, o se toma o se deja, sin margen al

V. EXAMEN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE EXTENSIÓN DEL AFIANZAMIENTO.

A tenor del art. 82.1 TRLGDCU "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". En el caso de que el fiador tenga la condición de consumidor, para valorar si el pacto de solidaridad o las renuncias a los citados derechos de orden, división y excusión pueden ser abusivos, deberá efectuarse el triple control de incorporación, transparencia y abusividad[66].

Atendiendo a ello, en las próximas líneas se expondrán los requisitos que deben reunir las cláusulas relativas al afianzamiento para que puedan declararse abusivas.

1. Control de inclusión y de transparencia.

Siguiendo a la doctrina, el control de incorporación no trata de garantizar, necesariamente, un conocimiento pleno por el consumidor del contenido de las cláusulas predispuestas, sino de que este conozca que existen y que tenga, al menos, la posibilidad de conocerlas[67]. Los requisitos que deben tener las cláusulas no negociadas individualmente para superar el control de incorporación, según el art. 80 TRLGDCU y arts. 5 y 7 LCGC, son: claridad, concreción, accesibilidad, legibilidad, sencillez de la redacción y comprensión. Todo ello con el fin de atender a una transparencia formal, siendo preciso que se utilicen accidentes tipográficos como el uso de negrita, una redacción clara y una letra igual o superior al milímetro y medio, de modo que el consumidor tenga conocimiento de la reglamentación que disciplina el contrato que perfecciona.

Además del control de incorporación, las cláusulas del contrato de fianza deben superar el control de transparencia[68], que, aun relacionado con el primero,

cruce de propuestas que pudiera derivar en un acuerdo resultante de mutuas cesiones y contraofertas. La redacción literal de las cláusulas no recoge concesión alguna a la posición contractual de los deudores y fiadores. Es pues inverosímil que, atendido el tenor literal de las cláusulas, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real".

66 Es reiterada la jurisprudencia que declara que los controles de transparencia real y de contenido o abusividad, única y exclusivamente, cabe hacerse en los contratos celebrados con consumidores, pudiendo citarse, entre otras, las SSTS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306), 20 enero 2017 (RJ 2017, 926), 23 noviembre 2017 (RJ 2017, 6184), 28 mayo 2018 (RJ 2018, 2281).

67 Pertíñez Vílchez, F.: "Artículo 80", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 696 y 697.

68 En palabras de la STJUE 23 abril 2015 (TJCE 2015, 179): "Esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva, no siendo suficiente un control de «transparencia formal», sino también de «transparencia real".

debe distinguirse[69], implicando este filtro que la cláusula contractual no solo sea comprensible en el plano formal y gramatical, sino que el consumidor, que se encuentra en una situación de inferioridad respecto al empresario, pueda conocer, de manera concreta, el mecanismo de la cláusula y la repercusión económica que tendrá, a fin de que tenga posibilidades de valorar las consecuencias que puedan derivar para él[70] y pueda, en palabras de Plaza Penadés, dar un "consentimiento informado"[71].

Realizadas estas aportaciones introductorias sobre el control de incorporación y de transparencia, cabe preguntarse si un consumidor medio sabría distinguir entre una fianza simple y solidaria, su distinta repercusión económica, así como el significado de los beneficios de orden, división y excusión, y las consecuencias de renunciar a los mismos. Dicha cuestiones no son baladíes en el presente trabajo, ya que, atendiendo a la práctica forense, son numerosas las cláusulas relativas al afianzamiento predispuestas con un lenguaje netamente jurídico, sin accidentes tipográficos y sin explicar previa ni coetáneamente al consumidor qué supondría, ante el incumplimiento del deudor principal, la fianza solidaria en contraposición a la simple[72].

69 SSTS 9 de mayo 2013 (RJ 2013, 3088) y 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714).

70 Así lo expresó la STS 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857), que dijo que el control de transparencia tiene por objeto que "el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte". También la STS 9 de mayo 2013 (RJ 2013, 3088), que en el fundamento de derecho decimosegundo decía lo siguiente: "La transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (…)la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato". En el mismo sentido se ha pronunciado las SSTJUE 30 de abril 2014 (TJCE 2014, 105), 23 abril 2015 (TJCE 2015, 179) y 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171), diciendo esta última que "la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

71 Plaza Penadés, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la Ley*, núm. 8112, junio 2013, p. 9. Álvarez Moreno, Mª. T.: La *protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto),* Reus, Madrid, 2015, p. 44, habla, en relación a la finalidad del deber de información, de "consentimiento consciente".

72 En aras de dotar a este trabajo de un enfoque práctico y que el lector pueda hacerse una idea cabal sobre las prácticas bancarias en relación al afianzamiento, a continuación exponemos un fragmento de los contratos de fianza que predominan en la práctica forense: "El/Los Fiador/es consignando/s en el apartado correspondiente garantiza/n al Banco el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por el/los beneficiario/s del préstamo constituyéndose en consecuencias, mientras no quede reembolsada la operación, en fiador/es solidario/s del/de los Prestatario/s, con igual carácter solidario ente sí y con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división y cualesquiera otros que, con carácter general o particular, pudieran corresponderles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 439 y siguientes del Código de Comercio y 1.144, 1.822, 1.831 y 1.837 y concordantes del Código Civil, relevando además al Banco de toda notificación por falta de pago del/de los mencionado/s beneficiario/s del préstamo".

A) Presunción de conocimiento por el consumidor de la repercusión de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión.

Existen muchas resoluciones que, sin entrar a valorar el control de contenido, que luego analizaremos, estiman que el pacto de solidaridad o las meritadas renuncias supera el control de transparencia real, a pesar de que el documento contractual no explique al consumidor, en la esfera del profano, la relevancia de perfeccionar una fianza solidaria, en contraposición a la simple, o lo que implica las renuncias a los beneficios de orden, división y excusión. Así, entre las sentencias y autos que han recaído sobre el particular, existen numerosas resoluciones que presuponen el conocimiento del consumidor en torno al carácter solidario de la fianza con base a que esta es la más habitual en los contratos de préstamos bancarios que garantizan o que, simplemente, el hecho de que la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión esté reconocido en el Código Civil la convierten en transparente, no faltando tampoco resoluciones judiciales que presuponen el conocimiento del fiador por el simple hecho de que la solidaridad y la fianza delimita esencialmente la naturaleza y el alcance de la fianza[73].

Ejemplo de lo expuesto lo tenemos en el AAP Castellón 27 junio 2016[74], que consideró que la fianza solidaria predispuesta por la entidad bancaria era transparente, aludiendo a que el término "fianza solidaria" no era de difícil entendimiento[75]. También analiza el control de transparencia la SJM Barcelona 17 diciembre 2015, que, pese a reconocer que las renuncias a los beneficios de orden, división y excusión se redactó en términos jurídicos, manifiesta que la cláusula no adolece de falta de transparencia, ya que las citadas renuncias están reconocidas en el Código Civil y, en todo caso, la ignorancia de ella no exime de su cumplimiento, aduciendo, además, que dicha práctica en relación al afianzamiento se ha convertido en regla general[76]. Otras resoluciones, como la

73 Así lo dice el fundamento de derecho tercero de la SJM Barcelona 13 julio 2016 (JUR 2016, 229313): "Precisamente por ese carácter esencial de la cláusula que define la naturaleza y alcance de la obligación del fiador, entiendo que el consumidor medio se percata de su importancia, pues delimita la responsabilidad del aval prestado, aun cuando éste sea accesorio respecto de una obligación principal, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato".

74 AAP Castellón 27 junio 2016 (JUR 2016, 211484).

75 Si atendemos al fundamento de derecho primer *in fine* del citado Auto, podemos ver que la solidaridad se dispuso del siguiente modo: "Dña. Lina se constituye en garante solidario en todas las obligaciones contraídas en la presente escritura por la Parte prestataria, con expresa renuncia a los beneficios de división, excusión y orden". Ante dicha cláusula, redactada en términos jurídicos, el Tribunal dice, en el fundamento de derecho segundo, lo que sigue: "Entendemos que pasa todos los filtros de transparencia porque el término 'fianza solidaria' no puede considerarse de difícil entendimiento (que es en el efecto en que se concreta el desarrollo normativo posterior), se destaca, se inserta en una breve condición contractual destinada exclusivamente a fijar esta garantía personal y es precisamente su prestación la razón de ser de la intervención de la oponente en el otorgamiento de la escritura de préstamo, lo que ya de por sí desmonta por completo la construcción de la posición de la parte recurrente".

76 Así lo manifestó el siguiente pasaje del fundamento de derecho sexto: "Es más, aunque si bien es cierto es que tal renuncia es la excepción en el Código Civil, no es menos cierto que tal excepción se ha convertido en la regla general hasta el punto que si hiciéramos una encuesta a la gente de qué significa ser fiador de alguien, la mayor parte definiría tal figura como responder por otra en caso de impago, es decir, en el sentir

SJM San Sebastián 29 junio 2015[77], hablan del deber de autoresponsabilidad del consumidor, esgrimiendo que si el fiador hubiese sido diligente a la hora de firmar se habría percatado de que renunciaría a determinados beneficios[78].

Similar exégesis ha secundado el Tribunal Supremo recientemente. Así, en la STS 27 enero 2020[79], donde analizó la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión en un litigio en el que, por razones temporales, era de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), manifestó, en resumidas cuentas, que basta, para que se cumpla el control de incorporación y de transparencia, con que el encabezamiento de la cláusula relativa al afianzamiento vaya acompañada de accidentes tipográficos, como el uso de mayúscula y negrita, además de que las citadas renuncias estén dotadas de una explicación breve sobre sus consecuencias, siendo suficiente con que se exprese, en palabras de la citada sentencia, que el acreedor podrá "dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos"[80]. Días después, el Alto Tribunal confirmó el anterior criterio, en la STS de 12 de febrero de 2020[81], donde, pese a afirmar que el control de transparencia en relación a la fianza va ligado a que el fiador solidario sea consciente de que si el deudor no paga aquel responderá en las mismas condiciones que este, pudiéndole reclamar el acreedor la totalidad de la deuda, entiende que, dado que la fiadora era también coprestataria solidaria en otros dos préstamos con garantía hipotecaria con la misma entidad, aquella conocía que la fianza solidaria era condición esencial para la concesión del préstamo[82].

Desde nuestro punto vista, y mostrando nuestro rechazo a la línea seguida por el Tribunal Supremo, la exigencia de que la incorporación de las condiciones generales de la contratación sea transparente no debe reducirse a que resulten comprensibles en el plano formal y gramatical, sino que, de acuerdo con la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al

general, ya está interiorizado que en la mayor parte de los casos, no habrá esa excusión previa de bienes del deudor principal para poder dirigirse contra el fiador". En el mismo sentido puede verse la SJM Barcelona 17 diciembre 2015 (JUR 2016, 100741), SAP Cáceres 20 mayo 2016 (JUR 2016, 153872), SAP Guipúzcoa 24 julio 2015 (JUR 2015, 211415).

77 SJM San Sebastián 29 junio 2015 (AC 2016, 19).

78 Así lo dice el fundamento de derecho cuarto: "Valoro que quien firma un contrato como fiador de manera diligente debe prestar especial atención al texto de la escritura dedicado específicamente a su posición, al tratarse de la estipulación que determina el alcance de su obligación concreta como fiador. La cláusula es breve pero de forma clara especifica la renuncia y posibilita que los consumidores se percaten de que, con la firma, dejan de lado ciertos beneficios de los que hubieran sido titulares. Se tiene presente también que nos hallamos ante un contrato autorizado por Notario ante quien pueden aclararse los términos de afianzamiento en cuanto a sus límites en caso de albergar cualquier duda".

79 STS 20 enero 2020 (RJ 2020, 145).

80 Nos remitimos al punto cuarto del fundamento de derecho sexto.

81 STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 329).

82 Se remite a la jurisprudencia citada el AAP Castellón 11 junio 2020 (JUR 2020, 230685), para desestimar la petición del consumidor que había perfeccionado varios contratos de fianza.

predisponente o profesional, aquel conozca, de modo claro y comprensible, las condiciones contractuales y las consecuencias de la perfección del contrato en los términos redactados por el predisponente, con información suficiente en aras de que decida si desea o no quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas previamente[83].

B) Hacía un control de transparencia real de las cláusulas de extensión del afianzamiento.

Desde nuestro punto de vista, a fin de valorar si la entidad bancaria en los contratos de afianzamiento cumple el control de incorporación y de transparencia, nos debemos remitir a los arts. 80 TRLGDCU y 7 LCGC. El primero de ellos dispone que las cláusulas no negociadas individualmente deben estar redactadas con concreción, claridad y sencillez, ser accesibles y legibles, no cumpliendo este requisito "si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura"[84]. Además, es importante la letra b) del art. 7 LCGC, que, sancionando con la no incorporación las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, dispone que podrán ser incorporadas si el adherente la acepta expresamente y "se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito de la necesaria transparencia de las cláusulas contenida en el contrato".

Esta última remisión nos conduce a la normativa bancaria y, en concreto, a la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (Circular 5/2012), que establece que el contenido de la fianza debe ser objeto de un mínimo de información contractual, a fin de que el fiador adopte una decisión informada sobre las distintas obligaciones que va a asumir[85]. Así, la letra a) del apartado 2.7, norma sexta, Capítulo III, de la Circular 5/2012, exige que la entidad bancaria indique "la delimitación clara y detallada de la obligación cuyo cumplimiento se comprometa a garantizar la entidad, así como la identificación del afianzado o titular de esa obligación y del beneficiario de la garantía otorgada", disponiendo la letra b) que se ha de hacer constar, obligatoriamente, "el contenido y extensión de la garantía (…) explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar la ejecución de la misma", y, en particular, "si se reconocen o no a la

83 Puede verse SSTJUE 21 marzo 2013 (TJCE 2013, 93), 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105), 23 abril 2015 (TJCE 2015, 179), 21 diciembre 2016 (TJCE 2016, 309), 20 septiembre 2017.

84 La STS 5 julio 1997 (RJ 1997, 6151), tachó como nula una cláusula de sumisión expresa por no reunir, entre otras cosas, el control de incorporación, diciendo que no puede afirmar que se cumplió el requisito de concreción, claridad y sencillez en la redacción, previsto en el art. 10.1. letra a) LGDCU, si "la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo".

85 Véase el apartado 2.7. de la norma sexta, del Capítulo III, de la Circular 5/2012, que consagra la información precontractual en los supuestos de "avales, fianzas y garantías".

entidad garante los beneficios de división, excusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias".

En resumidas cuentas, y mostrando nuestro rechazo a la idea que albergan algunos Juzgados y Tribunales en torno a la presunción de conocimiento por el consumidor de la fianza solidaria, al amparo de su habitualidad, o que la solidaridad es consustancial al afianzamiento en los contratos bancarios, sin los beneficios de orden, división y excusión[86], consideramos que el contrato de fianza, con las citadas renuncias, debe ser legible y comprensible no solo para un jurista o una persona que cuente con las herramientas técnico-semánticas necesarias, sino para cualquier consumidor[87], sin que pueda estimarse que cumple el control de transparencia expresiones como "obligados al pago solidariamente", "con renuncia a los beneficios de orden, división o excusión" o citándose los preceptos del Código Civil que contemplan dichas renuncias[88], pues no son términos o preceptos que sean de común conocimiento. Se trata de que las entidades bancarias actúen, y así lo puedan acreditar[89], leal y equitativamente con el consumidor, sin prevalerse de

86 Esta idea late, sin perjuicio de las resoluciones citadas anteriormente, en la SAP León 25 junio 2020 (JUR 2020, 241146), que dice lo siguiente: "Pues bien, en primer lugar, debe concluirse que el contenido del contrato de afianzamiento es claro, constando claramente el carácter solidario de la fianza , expresándose en el mismo que, en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, los fiadores que suscriben el presente documento se obligan solidariamente entre sí y con cada uno de los prestatarios, renunciando expresamente a los beneficios de excusión, orden, división y notificación de incumplimiento. Asimismo, aunque es cierto que la renuncia es la excepción en el código civil, es claro que se ha convertido en la regla general, siendo perfectamente comprensible para un consumidor medio y sin especiales conocimientos bancarios, como es el demandado, que el fiador solidario debe tener que responder por otro en el caso de impago. Por ello, no puede sostenerse que la cláusula pactada no fuera el producto de un proceso de negociación aceptado por el fiador que interviene en el contrato en ese concepto y que no se extendiera al régimen de la fianza, cuando este es uno de los tipos expresamente previstos en el código civil, siendo la fianza solidaria y sin beneficio de excusión y división la modalidad más habitual en este tipo de contratos. Además, por la naturaleza del contrato, no puede esperarse del mismo ningún tipo de contraprestación, a diferencia de otro tipo de contratos en los que existen obligaciones recíprocas y correspectivas para ambas partes contratantes. Por lo tanto, debe considerarse que es un pacto expresamente aceptado y que supera el control de contenido de las condiciones generales de la contratación pues su inclusión en el contrato no puede considerarse abusiva sino consustancial al propio negocio de afianzamiento en este tipo de contratos de crédito. Asimismo, y en cuanto a los beneficios de excusión, orden y división contenidos en la cláusula, aun cuando se alegue desconocimiento de su significado por el demandado, al no tener conocimientos bancarios, y tratarse de una persona de edad avanzada que ha trabajado en un sector totalmente distinto, estos no afectan al alcance del afianzamiento, que en todo caso tendrá el carácter de solidario".

87 Pertíñez Vílchez, F.: "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", cit., p. 2012, dice, al hablar del control de transparencia, que "el estándar objetivo de comprensibilidad debe ser el del contratante medio", pudiéndose definir este, en palabras del citado autor, "como una persona honrada, de inteligencia y nivel cultural medio y jurídicamente inexperta. A renglón seguido, el autor, al tratar la citada STS 27 enero 2020, tacha la renuncia a los beneficios excusión y división como conceptos eminentemente jurídicos.

88 Recientemente, la SAP Barcelona 26 junio 2020, citada anteriormente, reputó transparente una cláusula donde existía la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión porque, simplemente, se trata de una posibilidad prevista en el Código Civil: "No podemos aceptar, por tanto, que la cláusula cuestionada no fuera el producto de un proceso de negociación entablado entre las partes y que ese acuerdo no se extendiera al régimen de la fianza, cuando éste es uno de los previstos en el Código Civil y cuando es notorio que la fianza solidaria sin beneficio de excusión y división es la modalidad más habitual en este tipo de contratos".

89 Según el segundo párrafo del art. 82.2 TRLGDCU "el empresario que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". La STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 20142), dijo, en relación al precepto citado, que "para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que

su superior posición negociadora, máxime cuando lo contrario implicaría que la parte más débil, merced a la opacidad propia de la contratación en masa, renuncie, en beneficio del acreedor, a determinados derechos reconocidos por el legislador patrio desde el S. XIX, respondiendo con todo su patrimonio de una deuda que, en ocasiones, ha garantizado desde la gratuidad y el altruismo, inherente a compartir una relación de consanguinidad, familiar o amistad con el deudor principal.

Esta sensibilidad con el fiador que tiene la condición de consumidor la comparte la SJM Segovia 28 marzo 2016[90], la cual dice que, generalmente, un consumidor medio entenderá, al perfeccionar una fianza, que responderá en caso de que no lo haga el deudor principal con todo su patrimonio y, en caso de existir hipoteca, con el bien hipotecado, de modo que, si mediara una negociación leal y equitativa, con la debida transparencia, difícilmente podría sostenerse que el fiador aceptara dichas renuncias. La SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015[91] mantiene la misma tesis, diciendo que, según el diccionario de la Real Academia Española, por fiador, siguiendo la acepción segunda, debe entenderse "persona que responde por otra de una obligación de pago, comprometiéndose a cumplirla si no lo hace quien la contrajo"; por ello, es lógico y razonable, en palabras de la sentencia, que un consumidor medio entienda cuando firma una fianza que deberá responder en caso de que no cumpla el deudor principal, entendiendo que si no hay explicación sobre la significación jurídica y económica de las renuncias o que las mismas era condición esencial para conceder el crédito, el control de transparencia no puede entenderse cumplido, procediendo posteriormente el control de abusividad de las cláusulas[92].

Otras resoluciones, como la SJM San Sebastián 29 junio 2015[93], exponen, como argumento para desestimar la vulneración del control de incorporación y de transparencia, que el contrato de afianzamiento fue autorizado por un Notario "ante quien pueden aclararse los términos de afianzamiento en cuanto a sus límites en caso de albergar cualquier duda". Desde nuestra óptica, el deber de transparencia debe predicarse del predisponente y del modo en el que están dispuestas, redactadas e insertas las cláusulas cuya nulidad se vindica, sin que se pueda delegar en la función notarial, cuya tramitación en el otorgamiento de la escritura a veces se conduce a velocidad de órdago, propia de la burocracia notarial

el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor (...) y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación".

90 SJM Segovia 28 marzo 2016 (JUR 2016, 72022).

91 SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015 (JUR 2015, 269085).

92 Meses después el mismo Tribunal ratificó su criterio en la SAP Guipúzcoa 6 noviembre 2015 (JUR 2016, 38610).

93 SJM San Sebastián 29 junio 2015 (AC 2016, 19).

y del clientelismo con las entidades bancarias, deberes atinentes a estas[94]. Este planteamiento lo comparte, respecto al contrato de fianza, la SAP Álava 12 junio 2016[95], que manifiesta, en relación al control de transparencia y la renuncia a los derechos de orden, excusión y división, que "la lectura por parte del Notario no es suficiente, no acredita que el avalista comprendiese los términos de la cláusula y de la carga económica que le suponía. Tampoco acredita que la Caja informase al actor sobre las características del contrato que estaba asumiendo"[96].

2. Control de abusividad o de contenido.

En el supuesto de que se apreciara que las cláusulas relativas al contrato de fianza no cumplen, por su falta de perspicuidad, los citados controles de incorporación y de transparencia, se abre el debate en torno a su consecuencia jurídica. Puede sostenerse dos posturas, una que aboga porque su falta de superación conlleva, inexorablemente, a erradicar la cláusula del contrato[97], y otra que la falta de transparencia tiene, única y exclusivamente, el efecto de posibilitar el control de contenido o abusividad[98]. La jurisprudencia ha mantenido una postura extraordinariamente ambigua, como se pudo ver con las archiconocida STS 9 mayo 2013[99], que después de leer y releer no se llega a vaticinar si declara la nulidad

94 Véase el fundamento de derecho segundo de la STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660): "Al respecto, también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

95 SAP Álava 12 junio 2016 (AC 2017, 494).

96 El mismo Tribunal, en la SAP Álava (AC 2017, 494), volvió a decir un año después, en un supuesto en el que además de una fianza había una hipoteca, lo siguiente: "La renuncia a unos derechos reconocidos por el Código Civil debe tener alguna explicación, máxime cuando el prestamista ya contaba con otras garantías, como la personal y la hipotecaria, para la devolución del préstamo. La cláusula aquí analizada, por el carácter solidario de la fianza, y por la renuncia a todos los derechos que protegen al fiador, supone situar al fiador en una situación semejante al deudor principal, situación que es improbable haya querido realmente. Esos derechos, que desde el siglo XIX amparan a los fiadores, son renunciados sin explicación, porque desde luego la garantía general del art. 1.911 CC respecto de los deudores principales, y la hipoteca que otorga garantía sobre el inmueble, convierten en desproporcionada la renuncia realizada."

97 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Disposición adicional 1ª. Tres: Art. 10 bis. 1", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 53 y 204, Álvarez Olalla, M.P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5°, pp. 12 y 13, y Plaza Penadés, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", cit., p. 9.

98 Cañizares Laso, Á.: "Condiciones generales de la contratación y control de incorporación, información y transparencia", en AA.VV.: *Guía sobre contratación bancaria de productos complejos* (coord. E. Sanjuán y Muñoz), Sepín, Madrid, 2015, p. 330-334, y Moreno García, L.: *Las Cláusulas Abusivas. Tratamiento sustantivo y Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 130.

99 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

de la cláusula suelo por la falta de transparencia o por su carácter abusivo[100]. La STS 15 noviembre 2017[101], liga el control de transparencia con el de contenido, al estimar que la falta de transparencia en relación a una hipoteca multidivisa ocasiona un desequilibrio al consumidor por no poder comparar, por su opacidad, la oferta del préstamo multidivisa con otros préstamos. Sin embargo, la STS 4 junio 2018[102] perfila más su exégesis, al decir, en relación a la falta de transparencia, que no todo incumplimiento de este control supone que una cláusula sea abusiva, atendiendo a que no implica, necesariamente, a que las condiciones generales sean desequilibradas, si bien matiza que, en el caso especial de las llamadas cláusulas suelo, la falta de transparencia ocasiona automáticamente un desequilibrio al consumidor, al ser imposible que conociera el impacto económico que le supondría dicha cláusula, que quedaba al albur de la bajada del índice de referencia[103].

En nuestra opinión, y dejando al margen los casos puntuales de la cláusula suelo o la hipoteca multidivisa[104], para considerar nula una cláusula no cabe establecer el automatismo de reputar como tal toda cláusula que no cumpla el control de incorporación y de transparencia, sino que deberá analizarse, siguiendo la dicción del art. 3.1 Directiva 93/13, si la misma origina un "desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"[105].

100 Dice Muñoz Rodrigo, G.: "El control de transparencia en las cláusulas suelo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, enero 2018, p. 229, en relación a la STS 9 mayo de 2013, que conecta la falta de transparencia con la abusividad de forma "técnicamente defectuosa".

101 STS 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730).

102 STS 4 junio 2018 (RJ 2018, 2366).

103 Así lo expresa el fundamento de derecho tercero: "Es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, no sea abusiva, pese a no ser transparente, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado".

104 Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo recientemente respeto al IRPH, en la STS 6 noviembre 2020 (JUR 2020, 316852): "La declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (…) Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas «cláusulas suelo», por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas 'multidivisa' o 'multimoneda', por ocultarse graves riesgos para el consumidor. No es el caso de la utilización de uno u otro de los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios, y concretamente, del utilizado en el sistema de financiación de las viviendas de protección oficial".

105 Mantener la postura opuesta podría conducirnos al absurdo consistente en que cualquier consumidor podría interponer una demanda de juicio ordinario, *ex* art. 249.1.5° LEC, para conseguir la nulidad de cláusulas que, pese a no cumplir los controles de incorporación y transparencia, no le repercuten negativamente o no le causa un desequilibrio en sus derechos obligaciones, con la saturación que ello supondría en el seno de la administración de justicia. Por ende, del mismo modo que, según Blandino Garrido, Mª. A.: "Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas: estado de la cuestión", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 32, 2013, p. 326, el predisponente carece de un interés legítimo para hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas que él mismo ha introducido en el contrato, consideramos que el consumidor carece del mismo interés para vindicar la abusividad de cláusulas que, pese a no ser transparentes, no le repercuta negativamente, ya sea económica o jurídicamente, pudiéndose citar, en apoyo de nuestra postura, además del art. 3 Directiva 93/13, el art. 82.1 TRLGDCU que dice que serán cláusulas abusivas "aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas

El desequilibrio al que se refiere los arts. 3.1 Directiva 93/31 y 82.1 TRLGDCU no debe circunscribirse, necesariamente, al aspecto económico, sino también al jurídico, de modo que se vislumbren al alza los derechos del predisponente en detrimento de los del consumidor. Siguiendo el canon hermenéutico del TJUE, para valorar el desequilibrio en detrimento del consumidor debe tenerse en cuenta las normas aplicables en defecto de pacto entre las partes[106], si la desviación tiene una adecuada justificación[107], así como la comparativa de la situación del consumidor en el caso de que resultasen aplicables las normas de derecho dispositivo y las que finalmente impuso el predisponente[108]. Todo ello sin perjuicio de comprobar si el consumidor, de haber sabido la repercusión económica que tendría la cláusula en discordia o el debilitamiento de su posición en comparación a la del acreedor, habría aceptado la cláusula en el marco de una negociación individual, leal y equitativa[109].

expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, *en perjuicio del consumidor y usuario*, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", y la dicción del segundo párrafo del art. 83 TRLGDCU que dice que "las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos *en perjuicio* de los consumidores serán nulas de pleno derecho". La jurisprudencia del TJUE así lo ha manifestado, pudiendo citarse las SSTJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105), 26 febrero 2015 (TJCE 2015, 93), 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171), 14 marzo 2019 (TJCE 2019, 39), 5 junio 2019 (TJCE 2019, 101); especialmente interesante es el argumento de la STJUE 26 enero 2017 (TJCE 2017, 31), que dice: "Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2 , de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia".

106 Manifiesta Miquel González, J.Mª: "Disposición adicional 1ª.3", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (dir. A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, pp. 940 y ss., y Carrasco Perea, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 798, que el derecho dispositivo debe ser el traje para valorar el equilibrio en una cláusula contractual, diciendo Miquel González que el "equilibrio ideal" está representado por las normas dispositivas aplicables en defecto de pacto, siendo tarea del legislador proteger ese equilibrio ideal y, en concreto, que no haya sido quebrantado por condiciones generales o cláusulas predispuestas sin justificación, siendo importante que esa desviación de las normas dispositivas se pueda justificar por el predisponente en relación al interés del consumidor, pues en caso contrario, de que efectivamente exista un perjuicio para este, la cláusula podrá ser abusiva.

107 De Castro y Bravo, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 4, 1982, p. 1061, decía lo siguiente: "Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato".

108 SSTJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013, 89), 14 enero 2014 (TJCE 2014, 7).

109 Lo dice así la STJUE 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171): "En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

Vertidas estas consideraciones y sumergiéndonos en el pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, algunas sentencias han desechado la idea de que el afianzamiento solidario con la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión origine un desequilibrio, argumentado que, en cualquier caso y ante un escenario en el que el fiador pague la totalidad de la deuda, siempre se podrá dirigir al deudor principal mediante el ejercicio de la acción de reembolso, cristalizada en el art. 1838 CC, o bien ejercitar, antes del pago, la acción de relevación o cobertura de la fianza, prevista en el art. 1843 CC. Así se postula la SJM San Sebastián 29 junio 2015, que dice, en el fundamento de derecho cuarto, que "no se produce el desequilibrio que defienden los demandantes al decir que no obtienen nada a cambio por parte de la prestamista. Los fiadores firman un contrato accesorio al préstamo por el que se garantiza la obligación del deudor y como fiadores, se les reconocen los derechos antes expuestos[110] dirigidos a obtener el importe satisfecho y del que no eran deudores". La SAP León 25 junio 2020, analiza las citadas renuncias y el art. 88.1 TRLGDCU, que tacha como abusiva la imposición de garantías desproporcionadas, diciendo que, al no constar que el fiador estaba en un estado de insolvencia al tiempo de la contratación, no puede "considerarse que exista una sobregarantía", valorando que el fiador era un trabajador minero que percibía una pensión de 2.417.09 euros[111].

En cambio, el AJPI Madrid 3 febrero 2014 estimó la nulidad del pacto de solidaridad y las renuncias, entre otros motivos, porque apreció una importante asimetría en las posiciones contractuales, inherente a que los fiadores, a favor del banco, renunciaron a determinados derechos, teniendo el predisponente una extensión de la fianza más amplia que la de la propia hipoteca que se perfeccionó y quedando los consumidores en una situación menos favorable que la prevista, en ausencia de pacto, en el Código Civil; todo ello sin perjuicio del argumento, empleado en otras resoluciones[112], consistente en que, si la entidad bancaria

110 La sentencia se refiere a la acción de cobertura o relevación de la fianza y la acción de rembolso: "Antes del pago, el fiador puede proceder, a diferencia de un deudor solidario, frente al deudor en determinadas circunstancias (artículo 1.843 del CC) y una vez efectuado el pago, nace en favor del fiador la acción de reembolso del importe satisfecho con intereses y gastos (artículo 1.838 del CC) y la de subrogación en los derechos y acciones que el acreedor tenía con el deudor (artículo 1.839 del CC); tal y como alega Kutxabank en su contestación. Además, de conformidad con el artículo 1.852 del CC los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo".

111 Véase el fundamento de derecho tercero: "Asimismo, tampoco puede considerarse que exista una sobregarantía, conforme dispone el artículo 88.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, no existiendo desproporción en la garantía asumida con respecto al riesgo, ya que no consta ninguna situación de insolvencia del fiador al tiempo de la contratación, o una situación económica en la misma que hiciera claramente costosa la contratación del préstamo, siendo un trabajador minero, que actualmente percibe una pensión por incapacidad permanente, que asciende a la cantidad mensual de 2.417,09 euros".

112 Véase la SJPI Bilbao 5 abril 2018 (JUR 433, 2018).

hubiese actuando con lealtad y equidad, los fiadores no habrían aceptado dicha cláusula en el marco de una negociación individual[113].

La SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015, después de afirmar que en el caso de litis no se respetaron los controles de incorporación y de transparencia, entró en el control de abusividad, diciendo que, pese a que no cabe equiparar al fiador solidario con el deudor, lo cierto es que, frente al acreedor, están en una situación similar, merced de imponer unas renuncias que restringía los derechos que el Código Civil reconoce al fiador, perjudicándole de manera no equitativa y sin una razón que lo justifique.

A nuestro juicio, y sin perjuicio de las vicisitudes de cada caso, existen varios preceptos que pueden fundamentar que la extensión del contrato de fianza no supera el control de contenido:

En primer lugar, la perfección de una fianza solidaria o, en otras palabras, la renuncia a la fianza simple o subsidiaria, sin los beneficios de orden, división y excusión, puede vulnerar el art. 86.7 TRLGDCU, que a la sazón dispone que serán abusivas las cláusulas que conlleve "la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario". Parte de la doctrina, como Pertíñez Vílchez, ha manifestado que una correcta interpretación de la norma debe llevar ligada la conclusión de que los derechos del consumidor a los que se refiere el precepto son los reconocidos por la normativa sectorial de consumo, diciendo que, en caso contrario, cualquier limitación de los derechos contenidos en las normas sobre contratos o desviación de las normas dispositivas sería abusivo[114].

No obstante dicha afirmación, consideramos que, en relación a la extensión del afianzamiento, los consumidores y usuarios, de no esgrimir el art. 86.7 TRLGDCU, se pueden amparar, en aras de vindicar sus derechos, en el primer párrafo del art. 86. TRLGDCU, que dispone que "*en cualquier caso* serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los *derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*". Como se puede ver, dos son las expresiones claves del precepto que podrían dar cobertura a la abusividad de la renuncia a una fianza simple y a los beneficios de orden, división y excusión, a saber: "en cualquier caso" y "derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas". Efectivamente,

113 Además de dichas razones, el fundamento de derecho décimo del citado auto tuvo en cuenta las trabas procesales que tenían los fiadores para defender sus intereses: "Los medios de los que disponen los fiadores-consumidores para el cese de la cláusula abusiva son muy precarios: su situación de los fiadores queda formalmente al margen de la especial protección que la legislación brinda a los deudores hipotecarios, pese a que está embargada su vivienda habitual; no pueden intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria ni, en consecuencia, ejercer un control efectivo sobre la deuda reclamada a los prestatarios ni sobre el valor por el que se adjudica la vivienda; las posibilidades de los fiadores para oponerse a la ejecución en el presente procedimiento eran, inicialmente, muy limitadas; y, por último, no tienen ningún medio específico para hacer valor la aplicación del artículo 579. 2.a), en su redacción actual, en la posibilidad que contiene de saldar la deuda de los prestatarios si abonan el 85% de lo debido antes del 16 de julio de 2018".

114 Pertíñez Vílchez, F.: "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", cit., pp. 2070 y 2071.

parece que obedeció a los designios del legislador que cualquier desviación de las normas dispositivas, aún tipificadas en el Código Civil, pudiesen ser consideradas abusivas por no superar, amén del control de incorporación y de transparencia, el de contenido, máxime si dicha desviación coloca al consumidor en una situación desfavorable respecto al predisponente, que, correlativamente, ve fortalecida su posición, originando un desequilibrio contrario a la *bona fide*[115].

En segundo lugar, el art. 88.1 TRLGDCU sanciona como abusivas las cláusulas que supongan "la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido"; aquí, se abre un nuevo interrogante ¿Qué debe entenderse por garantía *desproporcionada*? El art. 82 TRLGDCU dice que deberá apreciarse el carácter abusivo de una determinada cláusula "teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, *así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*".

La doctrina ha manifestado que ha de tenerse en cuenta el riesgo de insatisfacción del interés del acreedor, cohonestado con varios factores como la solvencia del deudor, la concurrencia de la garantía que se juzga con otras garantías, el contexto económico en el que se desenvuelve la operación, el riesgo inherente a la operación o el acto que se financia. También valora, desde el lado pasivo, la pérdida de un plazo, la privación de acciones, la exclusión de facultades de oposición procesal o la inversión de la carga de la prueba[116]. En relación al contrato de fianza, la STS 27 enero 2020 adujo que debía valorarse, en relación al art. 88.1 TRLGDCU, la existencia de una hipoteca en la operación, el importe de la totalidad de las cantidades garantizadas, la tasación de los inmuebles hipotecados, las cantidades no cubiertas por la hipoteca, las limitaciones que impone las normas relativas al mercado hipotecario[117], la solvencia personal de los deudores, la correlación entre las garantías y el interés remuneratorio, la disminución del riesgo para el acreedor o el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado[118].

115 Teniendo en cuenta que, según De Castro y Bravo, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", cit., p. 1061, las normas dispositivas representan un modelo de ordenación establecidos por el legislador después de haber tenido en cuenta la situación normales de intereses entre las partes, el desvío de estas normas legales debe estar justificado para ser eficaz (Roca Guillamón, J.: "Comentario al artículo 1258", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), t. XVII, vol. I, Edersa, Madrid, 1981, p. 459), y no lo estará cuando existe un desequilibrio injustificado en la posición de las partes que resulta incompatible con la naturaleza del contrato (De Castro y Bravo, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", cit., p. 1061) o, vulnerando la buen fe, afecta a una de las partes de manera desproporcionada (Roca Guillamón, J.: "Comentario al artículo 1258", cit., p. 459).

116 Pertíñez Vílchez, F.: "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", cit., p. 2072. La jurisprudencia, como la STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010,702), ha incardinado en el concepto de garantías desproporcionadas cláusulas como la del vencimiento anticipado o la compensación de las posiciones deudoras.

117 Nos remitimos a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

118 Por paradigmático, en cuanto al canon hermenéutico a seguir para juzgar si la garantía es desproporcionada, es el AJPI Madrid 3 febrero 2014, que después de realizar una extensa disertación sobre la abusividad de las

En el seno de los Juzgados y Tribunales estos se han mostrado más proclives a declarar la nulidad de las cláusulas relativas a la extensión del afianzamiento cuando, en la operación, concurre otra garantía como una hipoteca. Este fue el caso, sin perjuicio de las resoluciones que se han citado en este trabajo donde, junto al afianzamiento, concurría una hipoteca, de la SAP Álava 12 junio 2017, que dijo lo siguiente: "En este caso el aval o fianza se suma a una previa garantía hipotecaria. Se superponen, por tanto, las garantías a favor del profesional prestamista, que no sólo dispone de la facultad de sujetar una parte del patrimonio de la deudora, sino que suma a la hipoteca otras garantías personales". En cambio, en otros casos, como el que examinó el AAP Almería 16 febrero 2016[119], igualmente se declaró, en el seno de un proceso de ejecución, la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, no constando que la operación del préstamo estuviese garantizada a su vez por una hipoteca.

Bajo nuestro prisma, el hecho de que el crédito principal no esté garantizado por una hipoteca no debe ser óbice para que se pueda examinar el control de contenido de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, ora por el art. 86 TRLGDCU, ora por el art. 88 TRLGDCU, al socaire de que, para valorar el juicio de abusividad, no solo debe ser relevante el desequilibrio económico, que puede ser nimio si nos situamos en el supuesto de que el crédito garantizado es una cantidad asumible para un consumidor medio, sino también el jurídico, pues la entidad bancaria, con nocturnidad y alevosía o, dicho de otro

cláusulas del afianzamiento, recopila sus argumentos en el fundamento de derecho décimo: "1.- Se trata de una cláusula no negociada individualmente. 2.- La extensión de la fianza no está especialmente clara en el contrato y esa oscuridad no puede perjudicar a los fiadores. 3.- Por la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, los fiadores intervienen a título gratuito por lazos de parentesco o amistad con los prestatarios y, a consecuencia de esta ejecución, están en riesgo la vivienda habitual en la que ambos residen y la pensión que percibe Dª YYYYY, junto con el resto de los bienes que en el presente o en el futuro pudieran integrar su patrimonio. 4.- La intervención de fiadores en el contrato fue una exigencia de la entidad bancaria. 5.- Existe una importante asimetría en las posiciones contractuales de partida. 6.- No se aplicó en la escritura de préstamo hipotecario con la garantía adicional de la fianza ninguna medida específica de información o protección de quienes actuaban como fiadores. 7.- La garantía esencial y última del préstamo era la propia vivienda hipotecada, cuya tasación fue aceptada por el banco en un acto propio que le vincula, en el sentido explicado en esta resolución. 8.- La garantía personal adicional de los fiadores, con arreglo a las pautas de la buena fe y por las razones explicadas, sólo puede ir destinada a cubrir la diferencia entre el valor de tasación y el valor del crédito. 9.- Se ha apreciado una situación de importante desequilibrio a favor del banco y en contra de los fiadores, porque se genera una situación de sobregarantía, porque se intentó dar a la extensión de la fianza un contenido más amplio que el de la propia hipoteca y porque el banco se reservó la facultad de modificar por sí mismo, sin consentimiento del fiador, el régimen y la extensión de la garantía. 10.- El contrato de fianza deja a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. 11.- Los medios de los que disponen los fiadores-consumidores para el cese de la cláusula abusiva son muy precarios: su situación de los fiadores queda formalmente al margen de la especial protección que la legislación brinda a los deudores hipotecarios, pese a que está embargada su vivienda habitual; no pueden intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria ni, en consecuencia, ejercer un control efectivo sobre la deuda reclamada a los prestatarios ni sobre el valor por el que se adjudica la vivienda; las posibilidades de los fiadores para oponerse a la ejecución en el presente procedimiento eran, inicialmente, muy limitadas; y, por último, no tienen ningún medio específico para hacer valor la aplicación del artículo 579.2 .a), en su redacción actual, en la posibilidad que contiene de saldar la deuda de los prestatarios si abonan el 85% de lo debido antes del 16 de julio de 2018. 12.- La entidad bancaria podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con los fiadores, éstos no aceptarían una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

119 AAP Almería 16 febrero 2016 (JUR 2016, 88094).

modo, incumpliendo los controles de incorporación y de transparencia, coloca al consumidor en la tesitura de renunciar a derechos y beneficios previstos en las normas dispositivas, viéndose este en el escenario de tener que responder, con todo su patrimonio, de una deuda que tiene como deudor principal a una persona, física o jurídica, con la que, simplemente, le liga una relación de amistad o familiar, acentuándose los efectos de las renuncias si la fianza es gratuita, como así ocurre en la mayoría de las ocasiones, no recibiendo el fiador, al contrario que el deudor principal, ningún tipo de contraprestación por la operación[120].

En resumidas cuentas, y dejado al margen el supuesto de la garantía desproporcionada, en relación al pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, podemos afirmar que existe un desequilibrio importante porque fiador se coloca en una situación menos favorable atendiendo al art. 1830 CC, menoscabando, por un lado, su situación jurídica, al restringirse sus derechos, y, por otro, su posición económica, al comprometerse la totalidad de su patrimonio sin obtener ningún tipo de ventaja financiera en el contrato, sin perjuicio del hecho de que de haber existido una negociación leal, equitativa y transparente, dudosamente se podría afirmar que un fiador común habría aceptado la inserción en su contrato de la cláusula de extensión del afianzamiento.

VI. EFECTOS EN EL CONTRATO DE FIANZA DE LA NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIAS A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN.

Si hay una cuestión controvertida, respecto al objeto del presente trabajo, son los efectos de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas del contrato de fianza y, sobre todo, de la relativa al pacto de solidaridad. Por ello, en este apartado trataremos, de modo general, la función integradora del Juez una vez que se ha determinado la nulidad de determinados aspectos que conforman un contrato celebrado con un consumidor, para luego centrarnos las vicisitudes que alberga en el tema del afianzamiento.

120 El AAP Almería 16 de febrero de 2016, tuvo en cuenta, entre otros factores, el carácter gratuito de la fianza para valorar el desequilibrio, ya que el fiador, al contrario que el deudor principal, no recibió nada a cambio por la perfección del contrato: "Resulta asimismo palmario el hecho de que la renuncia de los avalistas a los beneficios de excusión, orden y división que el Código Civil reconoce a todo fiador, introduce un evidente desequilibrio entre las partes en beneficio de la entidad bancaria y en perjuicio de los avalistas, colocando a éstos en una situación de deudores solidarios, sin obtener ninguna prestación a cambio de comprometer la totalidad de su patrimonio para responder por una deuda ajena, y *sin percibir las contraprestaciones del deudor principal, quien al menos dispuso del importe del préstamo*".

1. Planteamiento general de la cuestión: La integración del contrato como obstáculo para alcanzar los objetivos del art. 7 Directiva 93/13.

La redacción original del art. 83 TRLGDCU[121] consagraba la regla *utile per inutile non vitiatur*, es decir, la parte válida o útil del contrato no debe verse viciada por la abusiva o nula. El art. 6 Directiva 93/13 decía que las cláusulas abusivas no vincularían al consumidor, de modo que una vez declarada la abusividad "el contrato debe seguir siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". El día 29 de noviembre de 2010 la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante auto, elevó una cuestión prejudicial, que desembocó en la STJUE 14 de junio 2012[122], donde el Tribunal apuntó que los Jueces nacionales, en virtud del citado art. Directiva 93/13, están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no produzca efectos vinculantes, "sin estar facultados para modificar el contenido de la misma", de modo que el contrato podrá subsistir sin dichas cláusulas siempre que "tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible"[123]. El TJUE prosigue su disertación diciendo que si el Juez nacional tuviese la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuren en tales contratos "dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 (…) la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales"[124]. Autores como Lasarte criticaron dicha sentencia, apuntando que el efecto disuasorio que proscribe la integración del contrato es sumamente dudoso, suponiendo, en palabras del citado autor, "el absoluto olvido del principio de conservación de los contratos", pudiendo ser contraproducente en la contratación cotidiana de consumidores y usuarios[125].

121 Decía así el art. 83 TRLGDCU: "1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".Principio del formulariFinal del formulari

122 STJUE 14 de junio 2012 (TJCE 2012, 143).

123 En el mismo sentido la STJUE 30 mayo 2013 (TJCE 2013, 145).

124 En el mismo sentido, las SSTJUE 30 abril 2014 y 21 enero 2015 (TJCE 2015, 4), entre otras.

125 Lasarte Álvarez, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 159 y 160.

La exégesis del TJUE tuvo su reflejo en nuestra legislación, por medio de la Ley 3/2014, que modificó el art. 83 TRLGDCU, a fin de cumplir las exigencias del canon hermenéutico del Alto Tribunal y coadyuvar a cumplir los objetivos fijados por el art. 7 Directiva 93/13[126]. Actualmente, la redacción del citado art. dispone, después de sancionar con la nulidad la abusividad de las cláusulas, que "el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, *siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*".

De esta forma, puede afirmarse que, con la anterior redacción del art. 83 TRLGDCU, era posible la integración del contrato con la regulación sustantiva de derecho dispositivo que fuese aplicable en defecto de la cláusula contractual, estando vetada dicha posibilidad a raíz de la reforma del meritado art. por la Ley 3/2014[127]. Sin embargo, es preciso abrir el siguiente interrogante: ¿Está en todo caso vetada la posibilidad de integración del Juez nacional? El TJUE dio respuesta a dicha cuestión en la STJUE 30 abril 2014, en un asunto relacionado con una cláusula abusiva que afectaba al objeto principal del contrato, diciendo, en resumidas cuentas, que la aplicación del derecho supletorio estaría justificada si resultase más beneficiosa para el consumidor o, dicho de otro modo, si la nulidad total expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que podría dejar en aguas de borrajas el efecto disuasorio de imponer cláusulas abusivas[128]. Visto de otro modo, y siguiendo Pertíñez Vílchez, se podría afirmar que la doctrina del TJUE no solo trata de evitar que el profesional obtenga algún tipo de ventaja con el empleo de cláusulas abusivas, sino que se pretende, al abrigo del efecto disuasorio, que quede en una situación peor que la situación de partida prevista por el derecho dispositivo en la que se encontraría en caso de no concurrir la cláusula abusiva[129].

126 El apartado tercero de la Exposición de Motivos Ley 3/2014 dice lo siguiente: "El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios".

127 Miquel González, J.Mª: "Artículo 83", cit., pp. 763 y 764.

128 La SAP Ciudad Real 13 octubre 2014 (PROV 2014, 260696), decía, en el fundamento de derecho sexto, lo siguiente, en relación a la nueva redacción del art. 83 TRLGDCU: "La eliminación de tal referencia no implica el cierre de la suerte de tal integración por operatividad de lo dispuesto en el art. 1258 del código civil y 65 del TRLGDCU, pues si no contrariamente, la consecuencia pudiera incluso entenderse muy perjudicial para los consumidores. Sin embargo las referencias a la integración, han de ser matizadas o precisadas, en el sentido de que en ningún caso, tal integración pueda implicar la moderación, ni modificación de la cláusula nula que ha de tenerse por no puesta".

129 Pertíñez Vílchez, F.: "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", cit., p. 2086.

2. Examen de la función integradora del Juez según supuestos concretos.

A) La nulidad del interés de demora y su imposible integración.

Uno de los casos paradigmáticos donde se ha relacionado la exégesis del TJUE y la posibilidad de aplicar las normas dispositivas aplicables en defecto de pacto es en el supuesto de los intereses moratorios y, en concreto, las consecuencias de su nulidad. Antes de que el Tribunal Supremo dictara las sentencias que comentaremos brevemente, los Tribunales presentaban una postura vacilante, así, algunos mantenían que, tras declarar la abusividad de los intereses moratorios elevados de manera desproporcionada, procedía aplicar el límite fijado para los contratos de crédito al consumo[130], mientras que otros sostenían que había que aplicar el art. 1108 CC[131], que representaba la norma de derecho dispositivo en defecto de pacto[132].

El Tribunal Supremo zanjó esta cuestión en la STS 22 abril 2015[133], que, siguiendo la interpretación labrada en la STJUE 30 mayo 2013[134], dijo que "la consecuencia inherente a declarar la abusividad de una cláusula que atañe a un consumidor es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, *salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor,* lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario"[135]. Un año después el Tribunal Supremo confirmó la interpretación secundada en la STS 3 junio 2016[136], diciendo que, una vez declarado abusivo el interés de demora, no cabe hacer una reducción conservadora del incremento

130 SAP Barcelona 4 noviembre 2002 (JUR 2003, 99851), SAP Asturias 20 junio 2005 (AC 2005, 1357), SAP Girona 15 diciembre 2009 (JUR 2010, 117094), SAP Tarragona 7 junio 2010 (AC 2012, 1654), entre otras.

131 Ordás Alonso, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia),* Bosch, Barcelona, 2014, p. 548.

132 Puede verse el AAP Madrid 20 noviembre 2014 (JUR 2015, 18590), AAP Jaén 19 noviembre 2014 (AC 2015, 231), AAP Barcelona 27 noviembre 2014 (JUR 2015, 56233), SAP Albacete 12 mayo 2014 (AC 2014, 1013, SAP Guadalajara 3 marzo 2014 (JUR 2014, 91722), SAP Pontevedra 14 mayo 2014 (JUR 2014, 145294) o SAP Jaén 8 marzo 2014 (JUR 2014, 132573).

133 STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

134 STJUE 30 mayo 2013 (TJCE 2013, 145)

135 Evidentemente, dicho pasaje se refería al interés de demora y no al interés remuneratorio donde la relación, respecto a la tacha de abusividad, era inexistente: "La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad".

136 STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2300).

del tipo de interés hasta un límite admisible, sino que se debe extirpar del contrato totalmente. Igualmente, respecto al interés remuneratorio, dijo que no procedía el cese del devengo de este interés que compensa la disposición de dinero, al no estar "aquejado de abusividad", amén de que, según el Alto Tribunal, "seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución"[137].

Estamos de acuerdo con dicho planteamiento y no solo por el hecho de que el interés remuneratorio se libre de la tacha de abusividad o tenga por objeto que el prestamista reciba una justa retribución por el uso temporal del dinero prestado, sino también porque la nulidad del interés moratorio no lleva aparejada ninguna labor de integración del Juez vetada por los arts. 6 y 7 Directiva 93/13, pudiendo el contrato subsistir sin integración de ningún tipo, al no haber ningún tipo de relación entre el interés remuneratorio y el moratorio, teniendo por objeto ambas prestaciones conceptos totalmente distintos sin interrelación de ningún tipo.

B) La integración de la cláusula del vencimiento anticipado

Sin entrar en las vicisitudes de la cláusula del vencimiento anticipado[138], que excede de los fines de este trabajo, podemos decir, *grosso modo*, que la importancia de este tipo de cláusulas reside en que el acreedor podrá reclamar y ejecutar judicialmente la totalidad de la obligación garantizada por medio del proceso especial de ejecución hipotecaria previsto en los arts. 681 y ss LEC, siempre que tal pacto se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

En relación a dicha cláusula, el Tribunal Supremo elevó una cuestión prejudicial por medio del ATS 8 febrero 2017[139] a la que se le sumó la planteada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Barcelona a través del AJPI Barcelona 30 marzo 2017[140]. Unas de las preguntas que formuló el Tribunal Supremo en la citada cuestión prejudicial fue si, declarada la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, era conforme con el art. 6 Directiva 93/13 la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional como el art. 693.2 LEC que permitiese al acreedor seguir instando el procedimiento de ejecución hipotecaria encaminado a proteger al deudor hipotecario[141], ya que, en caso contrario, el acreedor podría instar, en

137 Un estudio riguroso de la STS 3 junio 2016, puede verse De Verda y Beamonte, J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016, pp. 302-310.

138 Interesante es el estudio de Zumaquero Gil, L.: "El carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado en materia en préstamos hipotecarios", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* (dir. M. Cuadrado Iglesias y L. Núñez Boluda), t. II, La Ley, Madrid, 2015.

139 ATS 8 febrero 2017 (RJ 2017, 365).

140 AJPI Barcelona 30 marzo 2017 (PROV 2017, 212409).

141 El ATS 8 febrero 2017 decía que las particularidades del procedimiento de ejecución hipotecaria en pro del deudor era la posibilidad de que este obtenga la liberación del bien, la aplicación de un precio mínimo

el declarativo correspondiente, la resolución del contrario y tras ello conducirse por los cauces de la ejecución ordinaria, viéndose el consumidor en la tesitura de devolver todas las cantidades prestadas por la entidad bancaria y a encorsetase en un procedimiento de ejecución ordinaria que supondría un deterioro de su posición procesal.

La STJUE 26 marzo 2019[142] resuelve sendas cuestiones[143]. Comienza diciendo, respecto a las facultades de integración de los Jueces, que, conforme a reiterada jurisprudencia, si un contrato perfeccionado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva es posible que el Juez nacional sustituya dicha cláusula por una disposición supletoria del Derecho nacional siempre que, por la nulidad total del contrato, el consumidor se vea expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales "de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse".

Respecto al objeto de litis, y a fin de dar respuesta a si el Juez puede aplicar, una vez declarada la nulidad del vencimiento anticipado, el art. 693.2 LEC, el TJUE responde afirmativamente, ya que, en caso contrario, "el cobro de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que esos contratos se mantengan sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del art. 693, apartado 2 , LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades".

Concluye el TJUE diciendo que, atendiendo al deterioro de la posición procesal de los consumidores en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en detrimento del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, no vulneraría el art. 6 Directiva 93/13 que el Juez nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, la sustituya por las disposición supletoria cristalizada en el art. 693.2 LEC "siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales". Es decir, el TJUE recuerda que si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias desfavorables estaría permitida la labor de integración, coligiéndose, *sensu contrario*, que si la

por debajo del cual no podía venderse la vivienda del deudor en pública subasta y la facultad de que el deudor quede liberado de su deuda cuando el importe obtenido en la subasta sea insuficiente para cubrir íntegramente el crédito.

142 STJUE 26 marzo 2019 (TJCE 2019, 59).

143 Para un mayor análisis de la STJUE 26 marzo 2019, puede verse Gómez Pomar, F.: "¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2019.

nulidad total no le es desfavorable al consumidor la facultad de moderar la cláusula contractual estaría vetada.

Tras resolver el TJUE las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles se dictó, tras alzarse la suspensión, la STS 11 septiembre 2019[144]. El Alto Tribunal acogió la exégesis del TJUE, añadiendo varios argumentos que es interesante destacar:

En primer lugar, cita el considerando séptimo Directiva 93/13 diciendo, respecto a los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado y la facultad de integración, que no estimularía la actividad comercial un entorno donde no se garantice la seguridad jurídica a los agentes económicos, incluyendo este principio la protección de la confianza de todos los agentes que participen en las relaciones contractuales. De modo que, si la eficacia de un contrato quedará, única y exclusivamente, meced del consumidor, dicha confianza podría quedar en aguas de borrajas, reduciéndose "la disposición de los profesionales a llegar a acuerdos con los consumidores". Por tanto, dice el Tribunal Supremo, remitiéndose literalmente al considerando séptimo, que el art. 6 Directiva 93/13 también tiene en cuenta dicha finalidad procurando el equilibrio en las relaciones contractuales.

En segundo lugar, y en relación a lo anterior, cita la STJUE 15 marzo 2012[145], la cual dice que, para determinar si un contrato puede subsistir sin cláusulas abusivas, tanto el art. 6 Directiva 93/13 como el principio de seguridad jurídica en las actividades económicas, "abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que (…) la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato"[146].

El tercer lugar, manifiesta el Alto Tribunal que en el contrato de préstamo hipotecario hay dos figuras jurídicas inescindibles: el préstamo y el derecho real de hipoteca. Ello implica, según la citada sentencia, que, si se declarase la nulidad total de la cláusula del vencimiento anticipado, las facultades del acreedor se restringirían, no pudiendo este forzar la venta del inmueble, de forma que la causa de la hipoteca, que está entrelazada con la del préstamo, desaparecería, no pudiendo subsistir "un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa", pues, precisamente, la causa del contrato de préstamo hipotecario que se perfeccionó

144 STS 11 septiembre 2019 (RJ 2019, 3343).

145 STJUE 15 marzo 2012 (TJCE 2012, 55).

146 El parágrafo 33 dice lo mismo con otras palabras: "Por consiguiente, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto sólo pueda basarse en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto".

consistía tanto en la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones ventajosas, como en la garantía real que tenía la entidad bancaria en caso de impago. En opinión del Tribunal Supremo, dicho negocio jurídico se perfeccionó porque era "posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario"; por tanto, con la nulidad total del vencimiento anticipado, y remitiéndose nuevamente a la STJUE 15 marzo 2012, la consecuencia sería, a su vez, la nulidad total del préstamo hipotecario "porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas"[147].

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que, generalmente y citando los argumentos *pro consumatore* vertidos en la STJUE 26 marzo 2019, en caso de estimarse la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado por abusiva se deberá aplicar las disposiciones del art. 693.2 LEC, sobreseyéndose el procedimiento de ejecución hipotecaria y pudiéndose incoar otra vez cuando el incumplimiento del deudor revista la gravedad marcada por el art. 24 LCCI[148].

Como se puede ver, los efectos de la STJUE 26 marzo 2019 y la STS 11 septiembre 2019 fueron los mismos: la integración de la cláusula del vencimiento anticipado conforme al art. 693.2 LEC. Sin embargo, los argumentos utilizados por las citadas sentencias gravitaron por polos opuestos, aunque convergieran en algunos puntos, pues mientras la STJUE 26 marzo 2019 basó su decisión en las consecuencias perniciosas que padecería el consumidor de declararse la nulidad, sin integración posible, de la cláusula del vencimiento anticipado, al verse abocado a un procedimiento de ejecución cuyas opciones procesales se vislumbraría en clave

147 Consideramos discutible dicho razonamiento ligado al campo de la interpretación y alejado de la integración del contrato, pudiendo traer consecuencias perniciosas en el futuro para los objetivos de la Directiva 93/13. Ello es así porque el camino a la interpretación tendente a averiguar la voluntad de las partes puede ser útil para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero no en materia de integración, donde, a nuestro juicio, al Juez le está vetado hacer apología a la voluntad de las partes a la hora de aplicar las consecuencias jurídicas inherente a la nulidad.

148 Dicho razonamiento y posterior fallo se acerca a la postura sostenida por el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, que condenó con vehemencia el no sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria en el voto particular emitido en las SSTS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714) y 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619): "La aplicación en estos casos del artículo 693.2 LEC, constituye, por tanto, una vulneración de la doctrina jurisprudencial de TJUE en el ámbito de su competencia y comporta tanto una integración de la cláusula ya declarada abusiva, pues el principal efecto de la nulidad de pleno derecho del régimen de ineficacia no se cumple, dado el no sobreseimiento de la ejecución instada, como un 'vaciamiento' de su efecto o función disuasoria pues, como se ha señalado, con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente pueda volver a utilizar ésta, u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto confiando, en todo caso, que su cláusula abusiva será integrada y, por tanto, validada, en atención a los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC . En contra de las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013 entre otras, que solo permiten la ponderación de estos criterios, y los que cita la Sentencia al final del apartado cuarto, en el plano estricto de la valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero nunca para moderar o integrar los efectos producidos por la cláusula declarada abusiva que resulten perjudiciales para el consumidor, esto es, el despacho de la ejecución instada que necesariamente tiene que ser sobreseída".

de retroceso, la STS 11 septiembre 2019 manifestó, además de lo anterior, que la facultades de integración se deben valorar no atendiendo, únicamente, al interés del consumidor, sino también mirando el interés del empresario o profesional, so riesgo de que la seguridad jurídica inherente a las actividades comerciales frustre los objetivos marcados por la Directiva 93/13, añadiendo que, sin la citada cláusula, el contrato de préstamo hipotecario no se habría perfeccionado, al socaire de que las facultades de garantía de la entidad bancaria estarían mermadas, desapareciendo así la causa del negocio jurídico.

C) El IRPH como último hito en materia de integración contractual.

Respecto a los efectos que tiene en el devenir del contrato de préstamo hipotecario la nulidad del IRPH como interés remuneratorio, la STJUE 3 marzo 2020[149] dio respuesta a dicha cuestión que planteó el AJPI Barcelona 16 febrero 2018[150], preguntando lo siguiente: Si se declarase la nulidad del IRPH ¿qué consecuencias habría que aplicar: la integración del contrato aplicando un índice sustitutivo habitual como el Euribor o dejar de aplicar el interés remuneratorio con el efecto aparejado de que el consumidor solo tendrá la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados?

El TJUE da respuesta a esta cuestión. Para ello, se remite a su propia doctrina consolidada, que se ha expuesto anteriormente, que consiste en que, como regla general, el Juez nacional tiene prohibido moderar el contenido de una cláusula abusiva al poner en peligro el objetivo previsto en el art. 7 Directiva 93/13 y "el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Sin embargo, dicha regla tiene una excepción, pues en el caso de que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva, el Juez podrá sustituirla por una disposición supletoria de Derecho nacional "en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización".

Entrando en el nudo gordiano de la integración respecto a los supuestos de IRPH, el TJUE dice que, en el contrato de préstamo, la anulación del IRPH sin posibilidad de integración conduciría al consumidor a consecuencias perjudiciales, ya que el predisponente podría exigir inmediatamente la devolución del capital, cuya cuantía "puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia,

149 STJUE 3 marzo 2020 (TJCE 2020, 3).

150 AJPI Barcelona 16 febrero 2018 (PROV 2018, 50716),

no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca". Por ello, sigue diciendo el TJUE lo siguiente en sus parágrafos 65 y 66:

"En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de «supletorio». En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato. En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatara, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio".

En suma, concluye el Alto Tribunal diciendo que no se opone a los arts. 6 y 7 Directiva 93/13 que el Juez nacional, tras la declarar la nulidad del IRPH por abusivo, lo sustituya por el índice legal aplicable "siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales".

A nuestro modo de ver, declarada la nulidad de la cláusula del IRPH, por no superar el triple control de incorporación, transparencia y abusividad, el Juez no podrá sustituir el IRPH por el índice legal aplicable, dado que supondría una modificación de la cláusula abusiva vetada por el art. 6 Directiva 93/13, pudiendo subsistir el contrato de préstamo hipotecario sin interés remuneratorio de ningún tipo, ya que ello no ocasionaría ningún perjuicio para el consumidor y el carácter gratuito del préstamo está expresamente contemplado en el art. 1755 CC, lo que implicaría que el contrato puede subsistir sin la cláusula tachada como abusiva[151].

3. Tendencias respecto al afianzamiento.

Realizadas las anteriores aportaciones sobre la facultad de los Jueces y Tribunales nacionales de integrar el contrato, debemos adentrarnos en una de las

151 Este es el planteamiento de la SAP Toledo 29 abril 2020 (JUR 2020, 172260).

cuestiones más espinosas respecto a la nulidad de las cláusulas del afianzamiento: sus efectos. Existen dos opciones marcadas: una, declarar la nulidad parcial del contrato de fianza, de modo que una vez declara la nulidad de la solidaridad y de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se mantiene el afianzamiento en su condición de simple o subsidiario y con los citados beneficios; otra, consistente en declarar la nulidad total del contrato de fianza. Veamos cómo se han pronunciado los Juzgados hasta la fecha.

A) Nulidad parcial del contrato de fianza.

Unas de las sentencias que mejor explica la tesis por la que el contrato de fianza, sin el pacto de solidaridad y las citadas renuncias, debe mantenerse es la SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015[152]. La citada sentencia cita el vigésimo primer considerando Directiva 93/13 para respaldar su postura, el cual dice que "los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguiría siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, *siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia*" (cursiva propia). Posteriormente, cita la STJUE 14 junio 2012, a la que ya nos referimos en este trabajo como impulsora de la reforma operada por la Ley 3/2014, y, en concreto, el parágrafo 65, que dispone que, una vez declarada la nulidad, "el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible". Tras dicha introducción, la Audiencia Provincial entra en el meollo del contrato de fianza en el fundamento de derecho quinto de la citada sentencia, diciendo lo siguiente:

"En el caso de autos, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto recoge la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión por parte de los fiadores, pero no la cláusula de afianzamiento en sí".

A juicio de la SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015, el contrato de fianza, en si mismo considerado, no está aquejado de abusividad, no constituyendo una

152 Con la misma literalidad la SAP Guipúzcoa 6 noviembre 2015.

integración contractual o, en palabras del TJUE, una modificación por el Juez de las cláusulas abusivas, el mantenimiento del afianzamiento como simple con los beneficios de orden, división y excusión, sino, simplemente, un ejercicio de que restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Similar razonamiento secundó, un año antes, el AAP Madrid 3 febrero 2014, diciendo que la abusividad de la fianza solidaria con las respectivas renuncias afecta a la *extensión de la fianza* y no al contrato de fianza en si mismo considerado, de modo que la nulidad se debía limitar a dichas cláusulas "sin que ello implique en modo alguno integrar el contrato".

También puede verse el AJPI Almería 16 febrero 2016, que manifestó que la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión "no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes". Similar motivación nutre el fundamento de derecho sexto de la SJM San Sebastián 18 febrero 2016[153], que dice, después de estimar como abusivas las renuncias del fiador, que "conviene tener presente que el único aspecto que se ha considerado no negociado y se ha sometido al control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE ha sido el referido a la opción por la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios. Su nulidad no afecta al pacto de fianza entre las partes que puede subsistir sin que ello genere un desequilibrio contractual y sin que ello pueda considerarse una modificación del contrato"[154].

En suma, las resoluciones que se han decantado por la nulidad parcial del contrato de fianza han partido de la base de que el afianzamiento no está afectado por el juicio de abusividad, simplemente determinados aspectos de la extensión de la fianza, amén de que mantener la fianza como simple con los beneficios de orden, división y excusión no supone una integración del contrato, sino, simple y llanamente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes[155].

153 SJM San Sebastián 18 febrero 2016 (JUR 2016, 88059)

154 El mismo año, el mismo Juzgado aplicó el mismo criterio, en las SSJM San Sebastián 30 septiembre 2014 (AC 2014, 1672) y 2 octubre 2014 (AC 2014, 1674), remitiéndose esta vez, simple y llanamente, al art. 10 LCGC: "El art. 9.2 LCGC dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Por ello procede acordar la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, estimando la demanda".

155 Belhadj Ben Gómez, C.: "Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2020, aboga por la nulidad parcial: "La declaración de abusividad del pacto de solidaridad y de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión no afecta a la subsistencia del contrato de fianza y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula, única y exclusivamente, en cuanto a la solidaridad del afianzamiento y en cuanto a la renuncia a los indicados beneficios, no supone una integración o modificación del contenido de la fianza, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Y ello por cuanto la fianza es una relación jurídica contractual y no una cláusula contractual reguladora del contrato de préstamo, por más que el pacto de afianzamiento se

B) Nulidad total del contrato de fianza.

No obstante lo anterior, existen también sentencias que se decantan por la nulidad total del contrato de fianza. Una de ellas es la SJPI San Sebastián 14 noviembre 2016, que, contrariando la SJPI San Sebastián 18 febrero 2016, citada anteriormente y que declara la nulidad parcial de la fianza, aboga, en un supuesto en el que el fiador era también el hipotecante que garantizaba la deuda principal[156], por la nulidad total del contrato "de acuerdo con lo establecido en los art. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, y de la jurisprudencia del TJUE que expresamente ha venido reiterando la imposibilidad de integración de las cláusulas declaradas abusivas salvo el supuesto excepcional de que tal declaración de nulidad conlleve la nulidad del contrato y ello resulte perjudicial para el consumidor".

También puede verse la SJPI Bilbao 5 abril 2018 que, después de estimar abusiva la solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, expone, no sin antes referirse, erróneamente, al afianzamiento como cláusula en vez de como contrato, que "no constando la existencia de alguna situación fáctica que deba restablecerse, sólo cabe declarar la misma como nula de pleno derecho y acordar que se tenga por no puesta, decayendo el contrato de fianza y continuando vigentes las restantes estipulaciones del contrato de préstamo, en los mismos términos".

Interesante fue el caso que desembocó en la SJPI Vitoria 28 noviembre 2017 en el que los demandantes, que eran los padres de los deudores principales y no poseían conocimientos financieros ni jurídicos[157], interpusieron una demanda que contenía, entre otras pretensiones, que se declarara la nulidad por vicio del consentimiento del contrato de fianza inserto en el contrato de préstamo. El Juzgado estimó la demanda fundamentada en los arts. 1265 y 1266 CC, diciendo, en resumidas cuentas, y remitiéndose previamente a jurisprudencia del Tribunal Supremo que trata los requisitos del error como invalidante del consentimiento, que, para superar el error que calificó como esencial y excusable, la entidad bancaria debería haber proporcionado a los fiadores una información suficiente sobre el

documente en la propia escritura de préstamo hipotecario; el contrato de fianza es un contrato accesorio del contrato de préstamo en cuanto a su objeto y, al mismo tiempo, es un contrato distinto desde el punto de vista subjetivo, cuestión esta última que otorga al contrato de fianza sustantividad propia en función de la obligación principal que contiene. Por lo tanto, el contrato de fianza debe subsistir en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de su contenido abusivo, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible".

156 Es interesante el fundamento de derecho sexto: "La cláusula (la DÉCIMA) controvertida es una fianza, es decir, no es esencial para el contrato suscrito. Se trata, por el contrario de una garantía, que se añade a una garantía anterior, la hipotecaria, por lo que resulta inexplicable que se renuncie a todos los derechos que recoge. Se otorga en sede de un contrato de préstamo que viene garantizado con hipoteca que cubre la totalidad del importe prestado, por lo que las circunstancias evidencian que no era presumible que se iba tener que atender la totalidad de la deuda, ya que, en algún importe, por mucho que haya bajo el valor del inmueble, habría de satisfacerse al prestamista, sin que la situación concursal le impida hacer efectiva su garantía hipotecaria".

157 Así lo decía el noveno párrafo del fundamento de derecho sexto.

significado de la fianza solidaria y lo que implicaba renunciar a los beneficios de orden, división y excusión.

No estamos de acuerdo con dicha sentencia y creemos que su argumentación no debe ser el camino para vindicar la nulidad total del contrato de fianza. Consideramos loable, en términos de defensa, que se alegue el error como vicio del consentimiento, pero la nulidad que origina dicho vicio afecta a la extensión de la fianza y no al contrato de fianza, resultando harto complicado, sino imposible, defender que los fiadores no quisieron perfeccionar un contrato de fianza[158]. Es decir, la nulidad por vicio del consentimiento afectaría a algunas de las cláusulas del contrato de fianza, en concreto, al pacto de solidaridad y a las renuncias, pero no al consentimiento que dieron los demandantes para constituirse como fiadores, máxime cuando se trataba de unos padres que, voluntariamente, quisieron garantizar la deuda de los hijos, aunque no en los términos que predispuso la entidad bancaria. En definitiva, el criterio de la SJPI Vitoria 28 noviembre 2017 para fundamentar la nulidad total del afianzamiento es censurable, máxime cuando podría haber empleado otros argumentos que habrían tenido mayor cobertura legal.

En el ámbito de las Audiencias Provinciales, hay dos sentencias, a la fecha de presentación del presente trabajo, que declaran, con sombras en su motivación, la nulidad total del contrato de fianza. La primera de ellas es la SAP Álava 12 junio 2017, que, después de estimar el carácter abusivo de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, declaró la nulidad total del contrato de fianza, motivando su decisión en que "aunque declarásemos la nulidad parcial de la cláusula y la expresión "renuncia a los beneficios de orden, división y excusión" como inexistente, subsistiría el aval solidario que tampoco fue negociado con el avalista, incurriendo en los mismos vicios de falta de transparencia por no haber sido negociado con la Caja". Igualmente, un año después la SAP Valencia 17 octubre 2018 sostuvo el mismo criterio, utilizando la técnica del "copia y pega" del fundamento de derecho tercero de la SAP Álava 12 junio 2017 que se ha expuesto.

158 La doctrina, como Miquel González, J.Mª: "Artículo 82", en AA.VV.: *Comentario a las Normas de Protección de Consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, p. 726 y 728, ha denominado la declaración de voluntad del consumidor respecto al objeto principal del contrato perfeccionado como "consentimiento suficiente", lo que dificulta, según el citado autor, el vicio del consentimiento o el examen del control de incorporación, transparencia y contenido respecto a las prestaciones esenciales inherentes al objeto principal del negocio jurídico. Es decir, resulta realmente difícil vindicar, por ejemplo, la nulidad total del contrato de compra y venta, préstamo o de fianza celebrado en base a que el consumidor prestó de manera viciada su consentimiento respecto a las obligaciones esenciales y básicas del contrato. Todo ello sin perjuicio de que, en determinados supuestos, se pueda vindicar la nulidad total por otros medios, como por ejemplo en base que el contrato no pueda subsistir sin una cláusula declarada abusiva y el Juez no pueda moderarla por imperativo del art. 6 Directiva 93/13, salvo que dicha decisión sea más perjudicial para el consumidor.

4. Recapitulación: ¿Hacía una nueva cuestión prejudicial?.

Antes de entrar en el análisis de la *quaestio iuris* que jalona este subapartado, hay que partir de la premisa que el debate entre nulidad parcial o total del contrato de fianza y su posible sometimiento a una cuestión prejudicial no gravitará en torno a si es abusivo el objeto principal del afianzamiento[159], sino en si, después de declararse la nulidad del pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, el Juez podrá integrar el contrato subsistiendo la fianza como simple y con los citados derechos, o deberá estimar que el contrato es nulo en su totalidad al tener vetada cualquier tipo de integración o moderación de las cláusulas abusivas.

Dicho esto, podemos decir que, en relación a la posibilidad de integración del Juez, existen argumentos suficientes para defender tanto la nulidad parcial como total del afianzamiento, aunque en este trabajo no inclinemos por una opción, tal y como luego se verá. Por ello, el estilo narrativo que vertebrará las próximas líneas consistirá en exponer, sintéticamente, dado que mucho de los razonamientos se han tratado más arriba, los argumentos que permitirán vindicar una u otra opción respecto a los efectos del carácter abusivo de las cláusulas relativas a la extensión de la fianza.

159 Siempre ha existido el eterno debate si las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato pueden someterse al control de incorporación, de transparencia y de contenido. Prima facie, podría decirse que no, a la vista del art. 4.2 Directiva 93/13 que establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida (…)". Sin embargo, el citado precepto dispone, a renglón seguido, la siguiente condición: "Siempre que dichas cláusulas se redacte de manera clara y comprensible". Es decir, se puede colegir que, si la cláusula que afecta al objeto principal del contrato, no se ha redactado de manera clara y comprensible será posible someterla al triple control de incorporación, transparencia y contenido, aunque afecta el objeto principal del contrato, pronunciándose en este sentido, el fundamento de derecho decimosegundo de la STS 9 mayo 2013, que dice, en relación al art. 4.2 Directiva 93/13 in fine, que "la interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible". Por otro lado, el hecho de que el contenido íntegro del art. 4.2 Directiva 93/13 no se ha traspuesto en la legislación española ha motivado que se sostenga que el legislador ha querido ampliar la protección del consumidor, pudiendo citarse la STJUE 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162), que dice lo siguiente: "No se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. (…) los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". La STJUE 3 junio 2010 fue criticada duramente por Cámara Lapuente, S.: "No puede calificarse como cláusula la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 1 y 2, al entender que el TJUE se extralimitó al decir, de acuerdo a la laguna legislativa de nuestro ordenamiento respecto al carácter abusivo de las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato, que el control de contenido era posible al no haberse traspuesto en el TRLGDCU el contenido íntegro del art. 4.2 Directiva 93/13.

A) Argumentos que abogan por la conservación del contrato de fianza.

Ya hemos visto que las resoluciones que se han decantado por la nulidad parcial parten de la premisa de que el contrato de fianza en si no está afectado por una tacha de abusividad, solo determinadas cláusulas relativas a su extensión, pudiendo subsistir sin estas, ya que el mantenimiento de la fianza como simple con los beneficios de orden, división y excusión no representa una integración del contrato o moderación de las cláusulas abusivas, sino, solamente, una representación de restauración del equilibrio real entre las partes. En apoyo de esta tesis, podría decirse también, a los efectos dialécticos, lo siguiente:

En primer lugar, atendiendo a la extrapolación de la exégesis labrada en torno a la reclamación de nulidad del interés remuneratorio del contrato de préstamo cuando el interés moratorio es abusivo, al socaire de que tanto el contrato de fianza como el interés remuneratorio no han sido sometidos al juicio de abusividad, máxime cuando el consumidor prestó un "consentimiento suficiente" para la perfección del contrato.

En segundo lugar, y de conformidad con el criterio de la STS 11 septiembre 2019, aplicado, *mutatis mutandi*, al afianzamiento, en las controversias que afectan a los negocios de garantía hay dos figuras inescindibles: el contrato de fianza y el crédito que garantiza, el cual tiene como fuente obligacional generalmente un contrato de préstamo. Si se declarara la nulidad total del afianzamiento las facultades del acreedor estarían lastradas, de modo que, si el predisponente hubiese conocido esa circunstancia, probablemente la financiación no habría existido, conforme, en palabras del Tribunal Supremo, "a la voluntad común real o hipotética de ambas partes".

En tercer lugar, la nulidad total de la fianza podría dejar en aguas de borrajas la estimulación de la actividad comercial en un entorno donde reine la seguridad jurídica, debilitando la protección de la confianza de todos los agentes económicos que sean parte en las relaciones comerciales (considerando séptimo Directiva 93/13). Por ello, la nulidad total del contrato podría provocar lo que dijo la STS 11 septiembre de 2019, que, al compás de que la subsistencia de los contratos dependiera exclusivamente del interés del consumidor, en detrimento del equilibrio de las relaciones contractuales, los empresarios o profesionales difícilmente llegaría a acuerdos con los consumidores, ante el riesgo de ineficacia de los negocios perfeccionados, no sirviendo de nada poner el foco en la protección de los consumidores y usuarios si la actividad comercial se ve reducida a su mínima expresión, dificultando al acceso al crédito y a bienes y servicios.

Por último, y en relación a lo anterior, como dijo la STJUE 15 marzo 2012, para valorar si un contrato puede subsistir sin cláusulas abusivas se debe partir, al

abrigo del principio de seguridad jurídica en las actividades económicas y del art. 6 Directiva 93/13, de un enfoque objetivo, no pudiendo ser determinante solamente el interés del consumidor, sino también el del profesional o empresario. Partiendo de la hermenéutica de dicha sentencia, mantener el afianzamiento como simple con los beneficios de orden, división y excusión satisfaría ambos intereses y, sobre todo, el equilibrio real de los derechos u obligaciones entre las partes.

B) La nulidad total del afianzamiento como medida respetuosa con los objetivos del Derecho de la Unión Europea en materia de consumidores y usuarios.

No obstante lo expuesto, en el supuesto de que se estime abusivo el pacto de solidaridad y las renuncias a los beneficios de orden, división y excusión, se podría vindicar la nulidad total del contrato, y ello por lo que se dirá a continuación:

Si bien es cierto que, al igual que sucedía con el interés remuneratorio y el interés de demora, el contrato de fianza no está viciado por el juicio de abusividad, ello no debe ser óbice para poder vindicar en un proceso la nulidad total del afianzamiento. Hay que tener en cuenta que en el caso del interés remuneratorio y el moratorio el Juez no tuvo que encomendarse a ninguna labor integradora respecto al interés que remuneraba el préstamo, al ser intereses totalmente distintos que, ni de manera periférica, se solapaban[160]. Sin embargo, con la nulidad de la fianza solidaria y las renuncias la labor de integración del Juez afecta al nudo gordiano del afianzamiento y, sobre todo, al marco jurídico que debe regir las relaciones entre el acreedor y el fiador.

Así, desligándonos del criterio secundado por las SSAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015 y 6 noviembre 2015, en torno a que mantener el afianzamiento como simple tras declarar el carácter abusivo de la fianza solidaria y las renuncias a los beneficios de orden, división y excusión "no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes", entendemos que sí supone un ejercicio de integración mantener la vigencia del contrato, y ello es así porque, en defecto de la fianza solidaria, existe una laguna normativa en el negocio contractual que precisa de integración a fin de disciplinar las relaciones entre el acreedor y el fiador, pues no es lo mismo una fianza solidaria, que por mor del art. 1822 CC se regirá por lo dispuesto en la sección 4ª, Capítulo III, Título I, del Libro IV del Código Civil, que una fianza simple o subsidiaria donde sí serán aplicables los arts. 1830, 1831, 1832, 1833, 1834, 1836 CC, sin perjuicio del vacío existente en los escenarios de

160 En contra puede verse Basozábal Arrúe, X.: "¿Interpretación integradora del contrato con condiciones generales abusivas? (Un diálogo entre amigos)", en AA.VV.: *Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dir. A.M. Morales Moreno), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017, pp. 88-91, que dice que no deja de ser una forma de integrar el mantenimiento de los intereses remuneratorios una vez declarada la nulidad del moratorio.

cofianza para el caso de estimarse la nulidad de la renuncia al beneficio de división, donde, en defecto del art. 1144 CC, por ejemplo, será de plena aplicación el art. 1837 CC[161].

Por tanto, desligándonos totalmente del eufemismo con el que se intenta justificar la nulidad parcial del contrato de fianza en el entendido de que no es una integración del contrato, sino una restauración del equilibrio de las partes, debemos despejar la incógnita sobre si dicha facultad de integración resulta posible.

Ya hemos visto que la STJUE 15 marzo 2012, citada más arriba, postuló, a la hora de discernir si un contrato puede subsistir sin cláusulas abusivas, que el principio de seguridad jurídica en las actividades económicas aboga por dotar a la controversia de un enfoque objetivo, atendiendo a que la posición del consumidor no debe ser determinante, sino que habría que ponderar los intereses de este con los del empresario o profesional. Dicha tesis parece defender a ultranza el principio de conservación del contrato al margen de los objetivos previstos en el art. 7 Directiva 93/13, sin embargo, este planteamiento debe entenderse superado por las numerosas resoluciones del TJUE dictadas posteriormente y que han sido citadas en este trabajo, las cuales abogan por entender que se opone a la norma del Derecho nacional la labor del Juez de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, al poder poner en peligro el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la utilización indiscriminada de cláusulas abusivas. De este modo, puede afirmarse, a la vista de la doctrina consolidada del TJUE, que el Juez, respecto al afianzamiento, solo podrá integrar el contrato o modificar las cláusulas declaradas abusivas cuando la nulidad total perjudique al fiador, lo que no acontece en el contrato de fianza, pues el consumidor quedará liberado del vínculo contractual y el empresario o profesional verá como, por no aplicar prácticas comerciales leales ni emplear protocolos de transparencia, la satisfacción del crédito procedente de la deuda principal está huérfano de una garantía personal.

Dicho al estilo socrático: ¿Por qué los profesionales iban a dejar de insertar, con alevosía y nocturnidad, el pacto de solidaridad de la fianza con la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión si tuviesen la certeza de que, aún en el supuesto de estimarse dichas cláusulas como abusivas, el contrato de fianza seguirá indemne porque el Juez procedería a integrar las reglas de extensión del afianzamiento? Evidentemente, la respuesta conforme a lo que se acaba de exponer se antoja tautológica.

161 Teniendo por finalidad la integración, siguiendo a O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil,* t. II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 260, "determinar los efectos totales del contrato, cuando éstos no han sido plenamente completados por las partes", es evidente que, tras la nulidad de la solidaridad de la fianza y sus beneficios, existe un vacío normativo que es preciso completar y determinar mediante las normas dispositivas aplicables (art. 1258 CC) en defecto de pacto o cláusulas de salvaguardia, que es lo que han venido haciendo los Tribunales manteniendo el afianzamiento como simple.

Finalmente, podría reprocharse a este planteamiento que olvida el argumento esbozado por la STS 11 septiembre 2019, a modo de *obiter dicta*[162] y que aquí adaptamos al afianzamiento, en torno a que, en relación al préstamo y las garantías, hay dos figuras jurídicas inescindibles, de modo que aquel contrato no existiría si las posibilidades de cobro del acreedor se viesen debilitadas y que, seguramente, la financiación se concedió por el predisponente gracias a la perfección de la garantía, ya sea esta personal o real, procediendo la integración porque el contrato que origina la deuda principal no se habría celebrado sin el contrato de fianza.

A pesar de que más arriba reprobamos dicho argumento, entendemos que debe invertirse el enfoque al compás de los principios comunitarios cristalizados en la Directiva 13/93, pues no se trata, una vez declarada la nulidad de determinadas cláusulas, de averiguar la voluntad de las partes o, mejor dicho, del predisponente, en un ejercicio de reinterpretación del contrato, sino de integrar las lagunas normativas que tenga el clausulado contractual[163]; por ello, y debiéndose alejar los Juzgados y Tribunales de cualquier ejercicio de interpretación, lo que deben de hacer es comprobar si, declarada la abusividad de las cláusulas de extensión del afianzamiento, la nulidad total perjudica el fiador y, en caso negativo, que será lo más frecuente dada la generalización del carácter gratuito de la fianza, sancionar con la nulidad total no solo el afianzamiento en sí[164], sino las prácticas comerciales desleales del predisponente, pues en caso contrario el mensaje que se transmitiría no sería otro que las entidades bancarias podrán volver a utilizar las citadas cláusulas, ya que, en cualquier caso y con olvido de los arts. 6 y 7 Directiva 93/13, la sanción brillaría por su ausencia.

Es decir, el escenario variaría notablemente en caso de nulidad total o parcial, pues en el primer caso el acreedor podrá ver como el cobro del crédito se demora *sine die*, ante la insolvencia del deudor principal, o vería, en caso de conservación del afianzamiento, que seguiría gozando de la garantía personal, aún sin ser solidaria y con los beneficios de orden, división y excusión, brillando el efecto disuasorio por su ausencia, pues el predisponente, según Carrasco Perea, no tendría ningún incentivo a extremar su ventaja "ya que de todas formas puede contar con que

162 Decimos *obiter dicta* porque, en relación a la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, la *ratio decidendi* gravitó sobre los argumentos *pro consumatore* empleados por la STJUE 26 marzo 2019.

163 Precisamente dice Lasarte Álvarez, C: "Sobre integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977", *Revista de Derecho Privado*, vol. I, 1980, p. 71, en relación al art. 1258 CC, que la remisión del precepto a la buena fe, al uso y a la ley como medios de integrar el contrato "no tiene como finalidad reinterpretar el contrato, sino incardinarlo en un ambiente normativo que excede de la propia disponibilidad de las partes".

164 Volvemos a remitirnos a los argumentos del Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno en el voto particular de las SSTS 23 diciembre 2015 y 18 febrero 2016, los cuales son extrapolables al afianzamiento: "Hay que insistir, una vez más, y las veces que resulten necesarias, que la integración del vacío que deja la cláusula declarada abusiva sólo puede, excepcionalmente, realizarse a través de una aplicación supletoria cuando dicha nulidad afecte a un elemento esencial de contrato principal, sin que éste puede seguir subsistiendo, y además se realice sólo en atención de los intereses y derechos del consumidor".

nunca perderá más de lo que hubiera perdido de haberse conformado de buena fe"[165].

C) El necesario y obligado planteamiento de una cuestión prejudicial.

Hemos podido comprobar que existen argumentos suficientes para defender tanto la nulidad parcial o total del contrato de fianza, no obstante, el hecho de que el lector se incline por una y otra opción no será óbice para eliminar el acervo disyuntivo que existe en la presente causa, máxime cuando, a la fecha de presentación de este trabajo, no se ha planteado ninguna cuestión prejudicial sobre los efectos de la nulidad de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, como ya se hiciera con los intereses de demora, el vencimiento anticipado o el IRPH.

Por ello, y lejos de poder incardinarse la presente controversia en la "doctrina o teoría del acto claro"[166], que vetaría cualquier cuestión prejudicial, existe una duda más que razonable sobre la manera en que se ha de resolver los efectos de la abusividad de las cláusulas de extensión del afianzamiento, representado una desidia de los Juzgados y Tribunales inhibirse en el planteamiento de una cuestión prejudicial, pues aunque un órgano jurisdiccional este convencido de que la nulidad parcial o total se impone en la controversia sometida a su jurisdicción, ello no implica, ni mucho menos, que la misma perspicuidad y determinación se pueda imponer al resto de órganos jurisdiccionales[167], tal y como hemos visto con las respuestas dispares que han dado los Juzgados, decantándose unos por la conservación del afianzamiento, en la tesis de que declarar la fianza como simple, con los derechos de orden, división y excusión, no supone una integración proscrita por el art. 6 Directiva 93/13, y otros por la nulidad total, al socaire de que no existe ninguna situación que deba restablecerse, so riesgo de moderar el contenido de cláusulas que han sido declaradas abusivas y cuya integración en nada beneficia al consumidor, que afianzó gratuitamente y movido, generalmente, por fines solidarios y altruistas con el deudor principal.

VII. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA.

En esta investigación hemos podido ver que, en la práctica bancaria, la fianza inserta documentalmente en un contrato de préstamo, lejos de configurarse como

165 Carrasco Perea, Á.: *Derecho de contratos,* cit., pp. 830 y 831.

166 Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 499.

167 Así lo decía el parágrafo 16 de la STJUE 6 octubre 1982: "La correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad".

una cláusula de este, se trata de un contrato autónomo e independiente, aunque accesorio y relacionado con el contrato principal. El tratamiento del afianzamiento como un contrato ha permitido que el TJUE avale la posición del fiador, a fin de que este pueda ser considerado como un consumidor.

Efectivamente, a pesar de que en el pasado la condición del fiador como consumidor sembraba dudas en el seno de los Juzgados y Tribunales españoles, actualmente a este se le pueden aplicar las normas tuitivas de consumidores y usuarios, incluso en el supuesto de que el prestatario sea una mercantil y el contrato de préstamo relacionado con el afianzamiento tenga por objeto financiar una actividad empresarial o comercial. Generalmente, el TJUE exige que el fiador no encarne un órgano de administración de la mercantil prestaría ni tenga una participación significa en el capital social., sin embargo, a día de hoy siguen latentes incógnitas en torno a qué se entiende por participación significa, por no decir los supuestos conflictivos que hemos abordado en este trabajo respecto a la persona jurídica como garante o el fiador que es cónyuge del administrador o socio de la empresa prestataria.

Por otro lado, aunque el contrato de fianza no pueda tacharse como una condición general de la contratación, por afectar al objeto principal del contrato, las cláusulas relativas al afianzamiento, como el pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se configuran en la práctica bancaria, por su carácter habitual y su vocación de generalidad, como condiciones generales de la contratación, tal y como hemos tenido la oportunidad de comprobar.

Respecto al carácter abusivo de las cláusulas de extensión del afianzamiento, la regla general en la contratación bancaria ha sido la opacidad en detrimento de la perspicuidad, abundando los contratos de fianza insertos documentalmente en el contrato de préstamo donde el predisponente, lejos de explicar al consumidor las vicisitudes del afianzamiento y, sobre todo, la repercusión económica de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se ha limitado, simple y llanamente, a dar una explicación eminentemente lacónica o a remitirse a los preceptos del Código Civil que avalan dichas renuncias, sirviéndose a menudo de una letra milimétrica y una redacción sin riqueza tipográfica que socavan los requisitos básicos de los controles de incorporación y de transparencia.

Lamentablemente, estas prácticas comerciales desleales revestidas de inequidad han sido acreedoras del beneplácito del Tribunal Supremo, en las sentencias dictadas este año, cuya exégesis ha ido por la senda de de presumir que el consumidor conocía el contenido de las renuncias, bajo el argumento discutible, como no podía ser de otro modo, de que la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión es la regla general en el tráfico económico, estando avaladas por el Código Civil.

A menudo, la situación del fiador se vislumbra sangrante, tanto desde el plano económico como jurídico, motivo por el cual mostramos nuestros recelos respecto a que las renuncias predispuestas superen el control de contenido, pues, colocándose el consumidor en fiador gratuitamente y afianzando una operación que no va ligada a un fin crematístico propio, merced de que presta su consentimiento movido por fines tan loables como la generosidad, el altruismo o la amistad con el deudor principal, ve como todo su patrimonio tiene que responder, de la noche a la mañana, de una deuda que tiene como acreedora a una entidad bancaria, agravándose el desequilibrio en los frecuentes casos en los que esta, además de la garantía personal, ostenta un derecho real de hipoteca.

A nuestro juicio, y de acuerdo a los principios comunitarios, las entidades bancarias deberán someterse a un proceso de sensibilización adoptando una nueva perspectiva de competencia en la que lo primordial no será reforzar la garantía del crédito a costa de que el consumidor renuncie, con nocturnidad y alevosía, a derechos y beneficios que le reconoce nuestro legislador desde el siglo decimonónico, sino de significarse en el mercado bancario como entidades que han instalado eficaces protocolos de transparencia que garanticen una negociación leal y equitativa con la parte más débil.

Finalmente, respecto a los efectos que tendrá en el devenir del contrato de fianza la nulidad de la solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se trata, desde cualquier punto de vista, de una cuestión controvertida donde entra en conflicto el principio de conservación del contrato y los objetivos marcados en materia de consumidores y usuarios por la Unión Europea, siendo urgente y necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al órgano a quien, el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, le encomendó la función nomofiláctica respecto al Derecho de la Unión.

En este estudio, nos inclinamos porque los Jueces, generalmente, no podrá integrar el contrato de fianza o, dicho de otro modo, tienen vetado el mantenimiento del afianzamiento como simple con los beneficios de orden, división y excusión, pues ello iría en contra de la exégesis dibujada por el TJUE que ha expuesto, reiteradamente, que resultaría incompatible con el efecto disuasorio que reclama el art. 7 Directiva 93/13 la moderación de las cláusulas abusivas, máxime cuando, respecto al afianzamiento, la nulidad total no ocasionaría ningún perjuicio al consumidor y con ello se lograría que, amén de garantizar la transparencia, en el futuro los profesionales expliquen pormenorizadamente a los adherentes las consecuencias económicas de los beneficios a los que renuncian, so riesgo de que la garantía personal que han perfeccionado se torne ineficaz, pues no serviría de nada la nulidad parcial del contrato de fianza si el empresario tuviese la certeza que, aún declarándose la nulidad de las cláusulas relativas a la extensión

del afianzamiento, el contrato seguiría indemne, pudiendo exigir posteriormente el cumplimiento al fiador.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Moreno, Mª. T.: La *protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto),* Reus, Madrid, 2015.

Álvarez Olalla, M.P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5º.

Basozábal Arrúe, X.: "¿Interpretación integradora del contrato con condiciones generales abusivas? (Un diálogo entre amigos)", en AA.VV.: *Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dir. A.M. Morales Moreno), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017.

Belhadj Ben Gómez, C.: "Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2020

Beltrán de Heredia y Onís, P.: *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Disposición adicional 1ª. Tres: Art. 10 bis. 1", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1999.

Blandino Garrido, Mª. A.: "Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas: estado de la cuestión", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 32, 2013.

Busto Lago, J.M., Colás Escandón, A.Mª, Moralejo Imbernón, N.: "Contratos de garantía", en AA.VV.: *Tratados de contratos*, t. IV (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Cámara Lapuente, S.: "No puede calificarse como cláusula la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.

Carrasco Perea, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

Castilla Barea, M.: "Comentario al artículo 1822 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (R. Bercovitz Rodríguez Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1986.

Cañizares Laso, Á.: "Condiciones generales de la contratación y control de incorporación, información y transparencia", en AA.VV.: *Guía sobre contratación bancaria de productos complejos* (coord. E. Sanjuán y Muñoz), Sepín, Madrid, 2015.

Colás Escandón A.M.: "Contratos de garantía", en AA.VV.: *Tratados de Contratos*, t. IV (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

De Castro y Bravo, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 4, 1982.

De Cossío y Corral, A. y AA.VV.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Obligaciones y Contratos*, Civitas, Madrid, 1988.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016.

Diez-Picazo, J.L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.

Diez-Picazo, J.L.: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial,* vol. 1, *Introducción. Teoría del contrato,* Civitas, Madrid, 1993.

Diez-Picazo, J.L.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Tecnos, Madrid, 2012.

García-Cueco Mascarós. J.: "La fianza", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado,* t. III, vol. 3º (coord. J. F. Delgado de Miguel), Civitas, Madrid, 2001.

Gómez-Blanes, P.: *El principio de Accesoriedad de la Fianza*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

Gómez Pomar, F.: "¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2019.

Larenz, K.: *Derecho de obligaciones*, Edersa, Madrid, 1958.

Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

Lasarte Álvarez, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

Lasarte Álvarez, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2019.

Lasarte Álvarez, C.: "Sobre integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977", *Revista de Derecho Privado*, vol. I, 1980.

Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2020.

Marqués Mosquera, C.: "La fianza en los préstamos hipotecarios", *Cuadernos de Derecho y Comercio Extraordinario*, 2014.

Miquel González, J.Mª: "Disposición adicional 1ª.3", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (dir. A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.

Miquel González, J.Mª: "Artículo 82", en AA.VV.: *Comentario a las Normas de Protección de Consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

Miquel González, J.Mª: "Artículo 83", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

Monserrat Valero, A.: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Moreno García, L.: *Las Cláusulas Abusivas. Tratamiento sustantivo y Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Muñoz Rodrigo, G.: "El control de transparencia en las cláusulas suelo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, enero 2018.

O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil,* t. II*, Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

Ordás Alonso, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia),* Bosch, Barcelona, 2014.

Paz-Ares, C.: "La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad", en AA.VV.: *Curso de Derecho mercantil*, vol. I (dirs. Uría y Menéndez), Aranzadi, Pamplona, 2006.

Pagador López, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas,* Marcial Pons, Madrid, 1999.

Pascual Brotóns, C.C.: *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*, Reus, Madrid, 2015.

Pérez Álvarez, M.A.: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

Pertíñez Vílchez, F.: "Artículo 80", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

Pertíñez Vílchez, F.: "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", en AA.VV.: *Tratado de Contratos,* t. II (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020,

Plaza Penadés, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la Ley*, núm. 8112, junio 2013.

Raga Blanch, P.V.: *Subrogación por pago y juicio ejecutivo basado en pólizas de contratos mercantiles y escrituras públicas (Fianza, Solidaridad, Acumulación de acciones, Sucesión Procesal, con referencias a la nueva LEC)*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

Roca Guillamón, J.: "Comentario al artículo 1258", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), t. XVII, vol. I, Edersa, Madrid, 1981.

Sánchez Paredes, M. L.: "Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM 1 Oviedo 18.2.2010)", *Anuario de derecho concursal*, núm. 21, 2010.

Zumaquero Gil, L.: "El carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado en materia en préstamos hipotecarios", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* (dir. M. Cuadrado Iglesias y L. Núñez Boluda), t. II, La Ley, Madrid.

LA CARGA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR EN CHILE Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS, A LA LUZ DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES*

THE BURDEN OF EVALUATING THE SOLVENCY OF THE CONSUMER IN CHILE AND ITS LEGAL CONSEQUENCES, IN THE LIGHT OF THE RULES CONTAINED IN THE CONSUMERS RIGHTS PROTECTION LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 692-717

* Agradecemos los valiosos aportes de Rebeca Remeseiro y Paula Godoy, quienes nos colaboraron con la búsqueda de materiales y lectura del texto. Este trabajo se inscribe en el proyecto Fondecyt Regular núm. 1180329 ("Hacia un sistema preventivo de protección de los consumidores financieros: la asignación de deberes y cargas a los concedentes del crédito para una correcta distribución del riesgo de sobreendeudamiento"), del cual Francisca Barrientos es coinvestigadora. Se enmarca también en el Proyecto Fondecyt Iniciación núm. 11180676 titulado: "El fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor en Chile y sus mecanismos de protección. Estudio a la luz del derecho europeo y los principios que lo inspiran".

Francisca
BARRIENTOS
y Sebastián
BOZZO HAURI

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de abril de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: A la luz de las normas contenidas en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, el presente trabajo analiza si existe o no en Chile el deber de evaluar la solvencia del consumidor financiero. En su estudio, se observa el desarrollo alcanzado en Europa, en especial el reconocimiento del "Préstamo Responsable" y cómo sus directrices han permitido avanzar hacia una mayor protección del sobreendeudamiento.

PALABRAS CLAVE: Consumidor; sobreendeudamiento; préstamo responsable; Chile.

ABSTRACT: *In the light of the regulations contained in the Law on the Protection of Consumer Rights, this paper analyzes whether or not there is a duty in Chile to assess the solvency of financial consumers. In its study, it looks at the development achieved in Europe, especially the recognition of "Responsible Lending" and how its guidelines have enabled progress to be made towards greater protection against over-indebtedness.*

KEY WORDS: *Consumer; over-indebtedness, responsible lending; Chile.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONFIGURACIÓN DEL MODELO CHILENO: UN TRÁNISTO DESDE EL MODELO DE LA INFORMACIÓN TRANSPARENTE HACIA LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS RESPONSABLES.- 1. El modelo instaurado en la legislación financiera de consumo: el suministro de la información y la incipiente exigencia de transparencia.- 2. Préstamos responsables: ¿De qué estamos hablando?- 3. El tránsito del modelo chileno: desde la transparencia financiera hacia los préstamos responsables.- III. BASES NORMATIVAS DE LA LPDC QUE PERMITEN CONFIGURAR LA CARGA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR.- 1. El deber de consejo del proveedor financiero.- 2. De la profesionalidad del proveedor. 3.- De la seguridad en el consumo.- IV. OBSERVANCIA E INOBSERVANCIA DE LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA.- 1. De la evaluación de la solvencia.- 2. De la sanción por otorgar créditos irresponsables.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La importancia de configurar una carga de evaluar la solvencia del consumidor se justifica desde varias perspectivas. Quizás una de las más importantes se relaciona con los datos que muestra nuestra sociedad respecto de los niveles de sobreendeudamiento de la población.

Se habla de sobreendeudamiento cuando los ingresos no alcanzan a pagar las necesidades básicas, ni los compromisos derivados de créditos o cuentas contratadas por servicios. Este fenómeno se desencadena cuando el consumidor contrae una serie de obligaciones crediticias que producen –en términos coloquiales– que al final del mes no se pueda pagar sus deudas (sobreendeudamiento activo) o cuando se producen hechos fortuitos como la pérdida del trabajo, la muerte de un familiar, alguna enfermedad o accidente o cualquier hecho que signifiquen gastos imprevistos y de alto costo (sobreendeudamiento pasivo)[1].

Una institución que se ha preocupado de medir el sobreendeudamiento ha sido la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras –en adelante

1 Sernac, "¿Endeudado o 'sobreendeudado'?", disponible en: https://www.sernac.cl/portal/607/w3-article-1494.html, fecha de consulta 11 de abril de 2020. En este mismo sentido se refiere el tabajo "Sobreendeudamiento: ¿De qué estamos habando?", disponible en https://iid.uautonoma.cl/investigacion/publicaciones-libros-articulos/, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p.9.

• Francisca Barrientos
Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de los Andes de Santiago de Chile, Magíster en Derecho privado y Doctora por la misma casa de estudios. Profesora adjunta de la Universidad Adolfo Ibáñez, Correo electrónico: francisca.barrientos@edu.uai.cl.

• Sebastián Bozzo Hauri
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Autónoma de Chile, Abogado, Máster en Derecho de la Empresa y Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia España. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile (Chile), investigador del Centro de Regulación y Consumo y profesor de Derecho Civil de la misma Universidad. Correo electrónico: sebastian.bozzo@uautonoma.cl.

SBIF– ahora Comisión para el Mercado Financiero –en adelante CMF–; la que año a año ha elaborado un Informe de Endeudamiento, en el cual se ha advertido cómo éste ha ido proliferando. En efecto, el Informe de Endeudamiento de 2016 expone que la deuda representativa de los deudores en Chile a junio de 2016 aumentó desde $1,55 millones a $1,63 millones, experimentando una variación de 0,7% real respecto a igual fecha del año anterior[2]. El Informe de 2017 advirtió un incremento en las cifras y señaló que los clientes bancarios con crédito de consumo tenían una deuda representativa que superaba los $2 millones y los clientes con crédito hipotecario tenían una deuda representativa cercana a los $19,5 millones[3], mostrando un alza de 3,8% nominal respecto a igual mes del año anterior[4]. El año 2018, la CMF observó un aumento en el nivel de deuda representativa un 10,1% nominal y 7,3% real entre junio de 2017, a junio de 2018. Así, la deuda mediana de consumo alcanzó los $2,6 millones[5]. Finalmente, el 2019 la CMF señaló que los índices de endeudamiento bajaron a $1,7 millones[6].

Por su parte, la Encuesta Financiera de Hogares (2017) elaborada por el Banco Central de Chile muestra que el 66% de los hogares declara tener alguna deuda, siendo la más común la de consumo[7]. En el Informe de 2019, los hogares registraron un stock de deuda equivalente a un 73,3% del ingreso disponible, lo cual fue superior en 3,2 puntos porcentuales al cierre del año anterior, alcanzando un máximo histórico. Respecto de aquello, el Informe de Estabilidad Financiera (2018 y 2019) ha señalado que los indicadores financieros de los hogares se han mantenido estables, creciendo por sobre el 7% real anual cada año[8-9]. Este año, el

2 Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2016", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_11422.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p.3.

3 Sernac, "¿Qué hacer si estás sobreendeudado?", disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-55112.html, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

4 Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2017", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11891.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 8-9.

5 Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2018", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_12362.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 8-9.

6 Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2019", disponible en: http://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/606/articles-28149_recurso_1.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 8-9.

7 Sernac, "¿Qué hacer si estás sobreendeudado?", disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-55112.html, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

8 Banco Central, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2018", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2018.pdf/8aacf13f-0f56-3ed2-8663-4f4b4486fef5?t=1573272564717, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p. 8.

9 Banco Central, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2019.pdf/742c73b0-5002-594f-8972-a30facf10961?t=1573283231497, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p. 9.

endeudamiento registró un alza de 2,9% en el nivel de endeudamiento respecto al mismo periodo del año anterior, alcanzando un 75% del total de los ingresos[10].

El informe de deuda morosa realizado por la Universidad San Sebastián y Equifax en el cuarto trimestre de 2018[11] indicaba que en Chile existían 4.529.480 de personas que tienen créditos morosos. El mismo informe realizado el cuarto trimestre de 2019[12] indicaba que en Chile habían 4.733.305 personas morosas. O sea, 203.825 casos más que el mismo periodo del año anterior, alcanzando en todos los periodos más del 70%.

Así, si sólo se examinan estas cifras es posible observar la existencia de niveles preocupantes de sobre endeudamiento y morosidad con altos índices de caer en impagos de la sociedad chilena; hecho que por sí mismo muestra la necesidad de explorar la posibilidad de configurar medidas de protección al crédito, con especial énfasis en que el deudor que es el consumidor, por ende la parte débil de la relación de consumo. Uno de esos especiales recaudos es la carga de examinar la solvencia por parte de las entidades financieras proveedoras.

De este modo, este artículo tiene por objeto justificar la presencia de esta carga de *lege lata,* a partir de la lectura integradora de una serie de instituciones y normas de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores

10 Banco Central, "Informe de Cuentas Nacionales de Chile. Evolución de la actividad económica tercer trimestre de 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/762418/Cuentas_nacionales_tercer_trimestre_2019.pdf/a221d712-b2ed-8a52-530f-2b8c24665f61?t=1574168724037, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

11 Y esa cifra, sube año a año. Se trata de morosos todo el año (con más de un 70%), cuyas deudas se concentran en la banca (57%) y retail (19%), el 97% son chilenos/as. Hay más morosos en el retail (46%) y luego banca (29%), pero los montos de mora son más altos en la banca (64%) que en el retail (20%). Las regiones que concentran más morosos se encuentran en Antofagasta, Metropolitana, Tarapacá y Atacama. En Santiago, la mora promedio más alta se encuentra ubicada en las comunas de Vitacura, Las Condes y Providencia, con aproximadamente $5.000.000, aunque las personas más morosas están en Puente Alto, Maipú y Santiago. Hay un poco más de morosos (2.313.328) que morosas (2.216.152) en el país. El rango etario con promedios más altos está en los 30 a 44 años y 45 a 59 años. Y un estudio particular sobre pensionados que reciben la pensión básica solidaria muestra que las tasas de morosidad suben cada día más (la última medición fue 46.178), Universidad San Sebastián y Equifax, "XXIII Informe de Deuda Morosa Cuarto Trimestre 2018", disponible en: https://www.uss.cl/wp-content/uploads/2019/01/Morosidad-Cuatro-Trimestre-2018_PPT_31_01_20192.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 6-49.

12 Las deudas también se concentran en la banca con un 58% y retail con un 19%. Los datos se mantienen similares a las del año anterior; por ejemplo, las regiones que concentran más morosos se encuentran en Antofagasta, Metropolitana, Tarapacá y Atacama; y en Santiago, la mora promedio más alta se encuentra ubicada en las comunas de Vitacura, Las Condes y Providencia con un rango que va desde los $3.836.992 a los $6.138.192, aunque las personas más morosas ya no se encuentran en las mismas comunas, esta vez se encuentran en las comunas de La Pintana, El Bosque, San Ramón, La Granja, Lo Espejo, Pedro Aguirre Cerda, Lo Prado, Cerro Navia y Conchalí. En cuanto al análisis por género, las proporciones también se mantuvieron a los del año anterior, puesto que hay más morosas, las mujeres alcanzaron 2.423.320 y los hombres 2.309.985. Así, la variación de la deuda con respecto al último trimestre del 2018 fue de un 7,9% en los hombres; 8,7% en las mujeres y un 8,1% en la deuda total. El rango etario con promedios más altos está en los 30 a 44 años y 45 a 59 años también, pero esta vez, los rangos que tuvieron más variación con respecto al año anterior fueron los mayores de 60 años, de hecho, de septiembre a diciembre los mayores de 60 años crecieron en 30.821 morosos. Finalmente, también se realizó un estudio particular sobre pensionados que reciben la pensión básica solidaria, la cual mostró que la cifra de morosos bajó un poco respecto del año anterior, siendo en diciembre de 2019 de 45.132, Universidad San Sebastián y Equifax, "XXVII Informe de Deuda", cit., pp. 3-21.

(en adelante LPDC); y luego, examinar la forma en que opera su observancia y la sanción por su inobservancia. En este último punto postulamos que debe rebajarse el valor de la cobranza extrajudicial, toda vez que el acreedor no hizo "gestiones útiles" consistentes en el examen de la solvencia del patrimonio del deudor consumidor.

Entonces, en las líneas que siguen se pasará revista a (I) la configuración del modelo chileno que, a nuestro juicio, transita desde la transparencia en la entrega de información hacia la concesión de créditos responsables; luego examinaremos (II) las bases normativas recogidas en la LPDC que permiten argumentar la existencia de esta carga; en tercer lugar, se estudiará (III) la observancia e inobservancia de la evaluación de la solvencia; para finalizar con un par de conclusiones.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL MODELO CHILENO: UN TRÁNSITO DESDE EL MODELO DE LA INFORMACIÓN TRANSPARENTE HACIA LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS RESPONSABLES.

En este acápite intentaremos mostrar que el modelo instaurado por nuestro legislador de consumo financiero se encuentra en un tránsito entre una regulación basada en la idea que es necesario informar al consumidor para equilibrar las posiciones contractuales, como un primer estadio de protección y el modelo más avanzado de préstamos responsables. Pensamos que la exigencia de transparencia en el suministro de información que contempla de forma expresa el art. 17 B LPDC, nos puede conducir a dicho camino.

Dicho eso, analizaremos (1) El modelo instaurado en la legislación financiera de consumo: el suministro de la información y la incipiente exigencia de transparencia (2) Préstamos responsables: ¿De qué estamos hablando? (3) El tránsito del modelo chileno hacia los préstamos responsables.

1. El modelo instaurado en la legislación financiera de consumo: el suministro de la información y la incipiente exigencia de transparencia.

Uno de los pilares fundamentales de todo sistema de protección al consumidor es el suministro de información; información que, como se ha expuesto por de la Maza[13] o Barrientos[14] en el medio nacional, permite que los consumidores sean más libres en la elección de bienes o servicios; nosotros añadimos que

13 De la Maza, I.: "Comentario al artículo 1° n° 3", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dirs. I. de la Maza Gazmuri y C. Pizarro Wilson), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 24.

14 Barrientos Zamorano, M.: "Comentario al artículo 3 letra B", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (coord. por I. de la Maza Gazmuri y C. Pizarro Wilson), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 98.

dicha libertad, además, se proyecta en la etapa de formación del consentimiento. Lo anterior resulta fundamental en materia de consumo financiero, pues las complejidades técnicas que presentan estos mercados (v. gr. bancos, retail, cajas de compensación de asignación familiar, cooperativas de ahorro y crédito y seguros) generan la necesidad de informar, pero de una forma que sea comprensible para los clientes consumidores.

En general, nuestra LPDC establece una serie de disposiciones que buscan asegurar a través de la entrega de información un consumo responsable. Subyace en este conjunto de normas la consagración del principio de transparencia[15], imponiendo al proveedor el deber de entregar información clara y precisa[16], pero sobre todas las cosas que sea comprensible.

Entre estas normas destaca el art. 1 Nº 3 relacionado a la información básica comercial; el art. 3 b) relativo a el derecho y deber a la información veraz y oportuna; art. 12 que obliga al proveedor respetar los términos, condiciones y modalidades ofrecidas o convenidas; art. 12 A al exigir un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato para que se forme el consentimiento si este se celebró por medios electrónicos o fue aceptada la oferta realizada a través de cualquier forma de comunicación a distancia; art. 32 que establece que la información debe ser clara y comprensible. Tal como se ha expuesto en otras ocasiones "La expresión 'comprensibles' que evoca el art. 32 en materia de información básica comercial sintetiza la aplicación del principio de transparencia. No basta sólo con tener acceso (o legibilidad) a la información sobre los bienes y servicios ofrecidos, sino que toda la información que se entregue debe ser comprensible; es decir, transparente"[17].

En materia financiera se acentúa el deber de información en los arts. 17 A a 17 L que refieren a la obligación de informar en contratos de adhesión y servicios de créditos y seguros; y el art. 37 en relación a las operaciones de consumo que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor debe proporcionar información determinada. Con todo, el art. 17 B habla expresamente de transparencia, de manera que es posible concebir una base legal tangible en el ámbito de lo financiero, que permite evocar la idea de la comprensión de los contratos.

En efecto, se puede advertir que este conjunto de normas tiene un propósito que va más allá del deber de informar, que más bien buscan entregar una tutela

15 López Díaz, P.: "La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual *convergencia con aquella propia de la contratación civil", Revista* Chilena de Derecho, 2019, vol. 46, núm. 2, p. 402.

16 De la Maza, I.: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2010, núm. 2, pp. 21-52.

17 Barrientos Camus, F.: *Lecciones de derecho del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, p. 62.

precontractual al consumidor[18], en términos de informar de forma transparente y así evitar un menoscabo o perjuicio por la celebración de un contrato que, en caso de haber conocido el consumidor las condiciones exactas del mismo o sus consecuencias, no lo hubiese celebrado. Si reconocemos la existencia de una tutela precontractual, la cual se justifica por el reconocido desequilibrio contractual existente en este tipo de contratos, es posible configurar otras soluciones, bajo el mismo enfoque que permita resguardar el interés del consumidor y así distribuir los riesgos que significa la celebración de un contrato celebrado bajo términos más desfavorables para él.

Jorge Baraona[19], uno de los primeros en introducir este concepto en el ámbito nacional, considera que "principio de transparencia" nace por la idea de preservar la confianza de los consumidores, a partir de la tutela precontractual basada en la técnica de imposición de deberes de información para asegurar el cumplimiento de las futuras condiciones contractuales por adhesión y demás instituciones amparadas por las normas de consumo. Por eso, se ha expresado que "La transparencia parte de algunas reglas de información, pero es más que eso, se trata de un segundo nivel de protección –si se quiere exponer de esa forma- que intenta asegurar no sólo el adecuado suministro de información al consumidor, sino que además una comprensión, concreción y claridad de todas las instituciones relacionadas con el consumo, como las ofertas, promociones, publicidad, contratos por adhesión, entre otras"[20].

Entonces, con lo señalado hasta el momento es posible observar la forma en que nuestro modelo de reglas de consumo financiero no sólo intenta informar desde la órbita precontractual en adelante, sino que más bien lo intentan hacer con transparencia. Es decir, con la exigencia de cierta comprensión de los complejos

18 Rostión, I.: "SERNAC Financiero: Nuevos deberes de información y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2014, núm. 1, p. 427. Señala en este sentido que la Ley N° 20.555 "Sernac Financiero" se orienta a fortalecer la posición negociadora del consumidor de productos financieros, a efectos de que el contrato que celebra constituya una expresión de su libertad y de la confianza que existe entre él y quien le provee de un bien o servicio financiero. No obstante, sabemos que esto no se cumple en la realidad, ya que, si bien los proveedores financieros cumplen con su deber de información, pero, por la técnica empleada es muchas veces difícil de entender, impidiendo una correcta comprensión de esta "racionalidad imperfecta" y por ende no ayuda al consumidor a tomar una mejor decisión. Zimmermann, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo,* trad. A. Vaquer Aloy, Civitas, Madrid, 2000, pp. 246-247 es claro en este sentido al indicar que: "En principio, la idea es excelente. Sin embargo, al mismo tiempo, se aprecian vagas reminiscencias de algunos de los ideales utópicos de la ilustración. En primer lugar, muchas personas se resisten a cualquier tipo de instrucción forzosa: simplemente, no leen los larguísimos documentos que se les presentan. En segundo lugar, y mucho más importante, la cantidad de información obligatoria que se proyecta sobre el consumidor no siempre comporta un nivel de transparencia deseable: un consumidor al que se le proporciona una sobrecarga de información es tan incapaz de tomar una decisión informada como aquel que no recibe en absoluto ninguna. La imposición de deberes de información al empresario, en otras palabras, no siempre es un remedio que pueda mitigar el déficit de información del consumidor".

19 Baraona González, J.: "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, 2014, núm. 2, pp. 384-386.

20 Barrientos Camus, F.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 62.

aspectos financieros técnicos que deben conocer los consumidores, deudores parte débil de la relación de consumo.

Dicho eso, ahora conviene avanzar y explicar el modelo de préstamos responsables, para luego justificar por qué, en nuestro concepto, en Chile nos encontramos en un tránsito hacia ese sistema.

2. Préstamos responsables: ¿De qué estamos hablando?

En Europa, a través de distintas Directivas (2008/48/CE[21] sobre créditos al consumo y 2014/17/UE[22], sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), se ha regulado en ciertos ámbitos de la contratación el deber de evaluar la solvencia del consumidor y el deber de asistencia, entre otros, dando lugar así a la figura de "Préstamo Responsable".

La expresión "Préstamo Responsable" se asocia a un importante número de medidas que tienen como principal fin evitar el sobreendeudamiento del consumidor, a través del incentivo de prácticas comerciales que consideren la posición del consumidor al momento de otorgar un crédito. Como señala Arroyo[23], destacan entre ellas aquellas que tienen por fin imponer "transparencia"

21 Marín López, J.: "La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008) ", disponible en: https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_35.pdf, fecha de consulta 13 de abril de 2020, p. 3. En concreto la Directiva 2008/48/CE sobre créditos al consumo avanza en aspectos tan relevantes como en el deber de asesoramiento en favor del consumidor, indicando en su art. 5.6 que los Estados miembros velarán para que los prestamistas faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera. Asimismo, en el art. 8 se impone la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, debiendo velar los Estados miembros que, antes de que se celebre el contrato, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor. Para evaluar la solvencia, el prestamista ha de atender a la información suficiente facilitada por el consumidor, y a la información que resulte de la consulta de base de datos. La directiva regula el acceso a las bases de datos de una manera muy escueta (art.9): permite a los prestamistas de un Estado miembro consultar las bases de datos de otros Estados miembros en las mismas condiciones que los prestamistas de ese Estado, y si el prestamista deniega el crédito basándose en la consulta de la base de datos, deberá indicar al consumidor los resultados de esa consulta.

22 Por su parte la Directiva 2014/17/UE sobre contratación de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, se orienta en fomentar la educación e información del consumidor, mejorando además su nivel de protección. Así se lee de su Exposición de Motivos al indicar: "…desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores". Entre sus normas destaca el artículo 16 en el cual al igual que en el artículo 5.6 de la Directiva 2008/48/CE el proveedor financiero debe proporcionar explicaciones que permitan al consumidor elegir el producto crediticio mejor adaptado a sus necesidades y situación financiera, y, si fuera preciso, aclararle la información precontractual, las características del producto propuesto, los servicios asociados, las obligaciones asumidas y los riesgos en caso de impago. Como señala Arroyo Amayuelas, E.: *Armonización* europea, cit., p. 350., el asesoramiento está implícito cada vez que el prestamista establece qué crédito conviene a los intereses del prestatario tras haber valorado su capacidad de devolución.

23 Arroyo Amayuelas, E.: *Armonización europea y derecho contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 342, En esta misma línea, expresa además que es necesario la adopción de ciertas políticas que proporcionen una mejora en la educación financiera de los consumidores, y, por otra parte hacer frente a problemas internos estructurales de las entidades, como la política de incentivos que propicia

en la comercialización de préstamos, el análisis de mérito crediticio, o la concesión de un plazo de reflexión. Sin embargo, la política de préstamo responsable como señala la misma autora va más allá y también incluye "…la razonable tolerancia que debe mostrar el acreedor a la hora de reclamar el pago, por ejemplo, a base de limitar los intereses moratorios, evitar que abuse de las cláusulas de vencimiento anticipado, o se esfuerce para no recurrir a la ejecución forzosa antes de haber intentado una negociación con el deudor".

Cabe destacar, que, previa a estas directivas, en Bélgica se reguló el préstamo responsable, siendo uno de los países pioneros en la materia en Europa. Esto fue posible en parte, gracias a la creación del Registro Central de Crédito de Personas Físicas (en inglés CICR[24], *Central Individual Credit Register*). Si bien este registro existe desde 1987, sólo en el año 2003 logró consolidar la información suficiente relativa a todos los créditos de consumo e hipotecarios de las personas físicas, incluyendo cualquier incumplimiento de pago relacionado con estas deudas. La ley que establece el CICR exige a las instituciones financieras evaluar la solvencia de cualquier consumidor no solo comprobando el CICR para ver si hay datos negativos, sino realizando también una evaluación en profundidad de la capacidad del consumidor de pagar la deuda a través de un modelo presupuestario (principalmente atendiendo a los ingresos y los compromisos financieros ya contraídos, incluyendo otras devoluciones de préstamos activos que figuren el CICR). De no llevar a cabo esta tarea, la institución financiera podría enfrentarse a sanciones administrativas, multas, a la retirada de la licencia concedida por el Ministerio de Economía y a la cancelación de parte o la totalidad del préstamo[25].

El último cambio legislativo de abril de 2015 incluye una serie de medidas con la intención de prevenir el sobreendeudamiento e incentivar la solicitud y concesión responsable de préstamos. Entre ellas destacan la prohibición de otorgar créditos a personas con 1.000€ o más de deuda en mora en un crédito al consumo, permitir a la autoridad de inspección económica llevar a cabo operaciones de contratación incógnito para comprobar el cumplimiento de la normativa. Además, se invierte la carga de la prueba, puesto que antes de la ley, correspondía al consumidor

la comercialización indebida de productos crediticios y que, en buena medida, afecta igualmente a los intermediarios.

24 El CICR está gestionado directamente por el Banco Nacional de Bélgica, un "Comité Acompañante" preside sus actividades y garantiza que la información recogida sobre los consumidores se usa de forma responsable y de manera acorde con su misión central, es decir, con la prevención del sobreendeudamiento. Obtiene su información directamente de instituciones financieras que venden sus productos en el ámbito de su actividad. Todas las instituciones financieras tienen la obligación legal de aportar datos al CICR y de consultarlo antes de otorgar o hacer cambios sobre un préstamo hipotecario o un crédito de consumo. Las instituciones financieras tienen acceso al CICIR sólo si tienen el consentimiento expreso de un consumidor que quiere solicitar un crédito. Por su parte los consumidores pueden consultar el CICIR a través de una serie de canales, el cual siempre es gratuito.

25 Schmalzried, M.: "El modelo belga: información positiva y regulación de préstamo responsable", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2017, p. 814.

probar que el prestamista no había llevado a cabo una evaluación en condiciones de su capacidad de repago, mientras que después de la nueva ley corresponde al prestamista probar su evaluación ha sido llevada a cabo correctamente. Los proveedores financieros deben evaluar la liquidez del consumidor, a través de un estudio que signifique analizar el presupuesto del consumidor y analizar la cantidad que le queda al final del mes para poder devolver el crédito[26].

En síntesis, se trata de un conjunto de políticas e instituciones que tienden a equilibrar las posiciones de partes, otorgando más exigencias a los prestamistas en un contexto de sobreendeudamiento que, a lo que nosotros interesa, parte de la base de un modelo de información y transparencia. Y esto último es importante de destacar toda vez que la exigencia de transparencia financiera, insistimos expresamente reconocida en el art. 17 B LPDC, constituye el principal argumento para justificar que el sistema chileno se encuentra en camino hacia el modelo de los préstamos responsables, tema que examinaremos a continuación.

3. El tránsito del modelo chileno: desde la transparencia financiera hacia los préstamos responsables.

Tal como lo hemos venido sosteniendo, el modelo de los préstamos responsables implica responsabilidad del prestamista, pero la base de esa construcción no puede estar cimentada sólo en torno a los deberes precontractuales de información, se necesita algo más.

Por eso, como señala Pilar Álvarez se debe "… cumplir con el deber de *información y transparencia* en la oferta y comercialización de operaciones, tomando en consideración la situación, necesidades e intereses de los prestatarios, evitando técnicas de venta que ocasionen que estos puedan llegar a suscribir préstamos o créditos que no hubieran concertado de haber recibido una correcta información"[27] [énfasis añadido].

Así las cosas, el art. 17 B contiene una serie de informaciones mínimas que debe contener el contrato por adhesión financiero, y expresa que debe hacerse con el objeto de "promover su simplicidad y transparencia". He ahí, entonces, la principal base normativa para plasmar la comprensión de estos términos contractuales; y en lo que nos importa, el "primer peldaño" que nos permite proyectar el sistema de préstamos responsables en nuestro país.

26 Jérusalmy, O.: "Pratiques de crédits responsables: des progrès notables dès 2015", disponible en: https://www.financite.be/fr/reference/pratiques-de-credits-responsables-des-progres-notables-des-2015, fecha de consulta: 13 de abril de 2020, pp. 1-8.

27 Álvarez Olalla, M. P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2017, p. 730.

Junto con ello, podemos agregar que la doctrina nacional ha hecho esfuerzos interpretativos para introducir una serie de herramientas propias del modelo que le atribuye responsabilidad a los prestamistas. De allí que nos sirve la cita a estos institutos para mostrar la forma en que se ha avanzado, a través de una interpretación de *lege lata*, en la cual subyace la configuración del modelo de préstamos responsables. En efecto, se ha argumentado a favor de los deberes de consejo[28]; junto con una proyección general de asesoría que nacería a partir de la regla del seguro[29]; y que los deudores no tienen el deber de informar su solvencia[30]; lo que permite transitar con más fuerza hacia el modelo más responsable en la concesión de créditos.

Por ejemplo, para avanzar hacia una mayor carga para el proveedor, en el sentido de que por su carácter profesional le sea exigible entregar un consejo al consumidor financiero, es necesario a su vez que éste entregue información suficiente para evaluar su estado de endeudamiento[31]. En efecto, el proveedor no debiera sólo para conceder el crédito asegurar su posición de cobro, exigiendo garantías suficientes para el éxito de la misma, sino que solicitar información del consumidor y conforme a los antecedentes entregados aconsejar o advertir de los riesgos que en su situación financiera significa contratar un crédito[32]. Por eso, parece así oportuno seguir un modelo similar al existente en el ámbito de los contratos de seguros, en el cual se le exige al asegurado proporcionar aquella información que la compañía determina, estableciendo así el art. 525 del Ccom como condición previa, consistente en solicitar aquello que debe declarar el asegurado, sobre los hechos y circunstancias que permita hacer una evaluación de los riesgos y de la cosa asegurada, de modo que, convenido el seguro, sin que el asegurador exija

28 Goldenberg Serrano, J. L.: "Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección", *Revista de Derecho (Concepción)*, 2018, vol. 86, núm. 244, pp. 9-41.

29 Goldenberg Serrano, J. L.: "El deber de asesoramiento en el marco del Derecho de Seguros, paradigma de una técnica de protección intensificada para el consumidor financiero", en AA.VV.: *Libro de Actas de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial organizadas por la Universidad Católica del Norte*, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).

30 Goldenberg Serrano, J. L. y Barrientos Camus, F.: "La asunción del riesgo de insolvencia del deudor: una lectura a partir del artículo 1637 del Código Civil", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil XIV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Coquimbo 2018* (edit. M. Gómez de la Torre Vargas, G. Hernández Paulsen, F. Lathrop Gómez y M. Tapia Rodríguez), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, pp. 469-486.

31 Goldenberg Serrano, J. L.: "¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar? ", *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2019, vol. XXXII, núm. 2, p.105, señala que existiría un deber de información del consumidor, y que de no cumplir con este deber se vulneraría la confianza en la cual se basa el sistema crediticio. Por su parte Cuena Casas, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 80, señala que: "Aunque pueda parecer lo contrario, que el prestatario monopolice su información económica puede perjudicar más que beneficiarlo y es preciso hacer un esfuerzo en el terreno de la educación del consumidor en este sentido. La trascendencia de la evaluación del riesgo crediticio para la estabilidad del sistema financiero y de la economía en general aconsejan ciertas limitaciones en materia de privacidad que repercuten en beneficio del propio consumidor".

32 Goldenberg Serrano, J. L.: "Los contornos del deber", cit., p. 27, se refiere a la diferencia entre el deber de consejo y de advertencia, señalando que este último "se encontraría fundado en la buena fe, suponiendo que, debido al conocimiento técnico de un profesional, éste debe dar cuenta de las consecuencias negativas que la propia celebración o una cierta ejecución del objeto del contrato puede significar".

información, conforme a la disposición: "éste no podrá alegar errores, reticencias, o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud"[33].

Entonces, es necesario avanzar hacía un deber de evaluar la solvencia del consumidor por parte del proveedor financiero, que permitiría equilibrar la relación de consumo en este ámbito. Este tema se analizará a continuación.

III. BASES NORMATIVAS DE LA LPDC QUE PERMITEN CONFIGURAR LA CARGA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR.

En las líneas que siguen examinaremos las fuentes legales que permiten justificar, con la aplicación de un método lógico, sistemático, teleológico y de protección al consumidor, la existencia de un deber de evaluar la solvencia del deudor, que formaría una de las herramientas del modelo de concesión de préstamos responsables ya referido.

1. El deber de consejo del proveedor financiero.

La confianza en la solvencia del deudor como soporte del crédito en el modelo del CC es una realidad que persiste hasta ahora. Como bien señala Goldenberg[34] las "…operaciones económicas de la época se encontraban limitadas al tiempo presente, mientras que, en una economía en desarrollo, se observan desde la perspectiva del devenir futuro y, conforme con ello, puede apreciarse su cariz de incertidumbre".

En el contexto económico actual la solvencia del consumidor está lejos de ser una certeza. Esta situación se agrava si el consumidor no tiene el deber de informar su situación patrimonial actual[35].

En España, la Ley 16/2011 de Contrato de Crédito al Consumo (en adelante, LCC) que incorpora las exigencias comunitarias establecidas por la Directiva 2008/48/CEE, en su art. 11 impone a la entidad concedente un deber que llama de asistencia al consumidor previo al contrato. Este deber obliga a la entidad, y, en su caso, los intermediarios de crédito, a facilitar al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a su interés, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando información precontractual, las características esenciales

33 Aedo Barrena, C.: "La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley 20.667", *Revista Ius Et Praxis*, 2018, núm. 2, p. 64.

34 Goldenberg Serrano, J. L.: "¿Existe un deber", cit., p.104.

35 Goldenberg Serrano, J. L.: "¿Existe un deber", cit., p.103.

de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluida las consecuencias en caso de impago por parte del mismo[36].

La doctrina ha utilizado distintas nomenclaturas para referirse a un deber de mayor intensidad que el de solo informar. Así, se distingue el deber de consejo, asesoramiento o advertencia[37]. El consejo como señala Gómez Calle[38] "implica un grado de mayor compromiso para el que lo da que la simple y objetiva información, al implicar ya una recomendación subjetiva, tanto desde el punto de vista del emisor como del destinatario, cuyas particulares circunstancias se suponen tenidas especialmente en cuenta cuando se le da un consejo".

Como criterio diferenciador Ferrando Villalba[39] nos dice que "mientras las informaciones son proporcionadas de forma más o menos objetiva, sin tener en cuenta su comprensión por el destinatario, el consejo supone un tratamiento de la información *stricto sensu* con el fin de transmitirla al cliente tras un proceso de análisis y adecuación a su nivel de experiencia y conocimiento". De esta forma, es posible que el proceso deliberativo del contratante le permita predecir las consecuencias de su decisión, es decir, advertir de manera correcta los riesgos que conlleva contratar o no[40].

Goldenberg[41] señala así que "la construcción del deber de consejo se constituye como un medio de apoyo al proceso deliberativo del individuo, ahí donde es previsible que no pueda ser desarrollado autónomamente de manera adecuada, conformándose de modo diverso a la mera recomendación amistosa a la que hace referencia el art. 2119 del CC".

Un deber de asistencia de menor intensidad sería el de advertir, entendiendo que el deber de advertencia se encuentra inmerso en el deber de consejo. Así,

36 Gallego Sánchez, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 222. En términos similares se establece en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible en su art.29.1 dispone que las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y , en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que le ofrecen, en particular los depósitos a plazos y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias de impago.

37 Barros, E. y Rioseco, A.: "Responsabilidad de quien da un mal consejo", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso 2014* (edit. A. Vidal Olivares, G. Severin Fuster y C. Mejías Alonso), Thomson Reuters La Ley, Santiago de Chile, 2015, p. 633.

38 Gómez Calle, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 120.

39 Ferrando Villalba. M. L.: *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 125. A su vez la autora señala que: "Desde esta perspectiva, el deber de informar constituye únicamente una parte de la obligación que incumbe a la entidad de crédito, puesto que la información debe ser adecuada a las circunstancias de su destinatario y ello implicaría una actividad adicional por su parte, que podemos calificar como deber de consejo".

40 Fabre-Magnan, M.: *De l'obligation d`information dans les contrats. Essai d`une théorie*, LGDJ, Paris, 2014, p. 9.

41 Goldenberg Serrano, J. L.: "Los contornos del deber", cit., p.16.

advertir sobre un riesgo es un consejo en sí mismo, se diferencian a nuestro modo de ver, que quien advierte está aconsejando sobre un riesgo específico, en cambio, quien aconseja no necesariamente puede advertir de un riesgo determinado, sino que puede significar una recomendación en el sentido de que una opción por sobre otra importa un mayor beneficio para quien decide.

De esta forma, es necesario imponer un deber al proveedor financiero mayor al de solo informar, puesto que se requiere resguardar el interés del consumidor, en el sentido de que éste pueda cumplir el contrato de crédito sin que signifique empeorar su estabilidad financiera[42].

Este deber de asistencia que impone el art. 45 LPDC es de carácter precontractual, es decir, debe entregarse antes de que se adquiera el servicio por el consumidor. Pues de lo contrario, si no conoce los riesgos de manera previa, no podría evaluar la pertinencia de adquirir a crédito un determinado bien o servicio.

2. De la profesionalidad del proveedor.

Por otra parte, atendido el carácter profesional del proveedor, se puede justificar que el consumidor requiera de una asistencia mayor, debiendo por ende no sólo el profesional informar, sino que por su conocimiento y experiencia de examinar la solvencia del consumidor, lo que importa no solo entregarla, sino que asegurarse de que dicha información es útil para el consumidor, en el sentido de que ha podido ser comprendida por él para tomar una decisión en relación a contratar o no un crédito[43].

Lo anterior se justificaría si interpretamos distintas normas de la LPDC en favor de la introducción de esta carga. En este sentido, conforme a la definición de proveedor dada por el art. 1° N° 2 LPDC, se desprende que éste tiene un deber de profesionalidad, derivado de la habitualidad de su giro comercial, así como la pericia o experiencia que representa, el que resulta aplicable a cada una de las prestaciones que realice. Por otra parte, ha sido reconocido además por el art. 24 del mismo cuerpo legal, que incluye dentro de sus criterios de determinación el quantum infraccional.

42 Es importante en este punto diferenciar entre los conceptos de carga, deber y obligación, y, sobre todo, diferenciar el deber de la carga, en este sentido Aedo Barrena, C.: "La naturaleza jurídica", cit., p. 53 señala que: "… la carga difiere del deber jurídico en cuanto el juego de intereses envueltos. Así, se entiende que una carga implica ajustar una conducta propia a cierta regla jurídica, pero que vela por un interés propio". Baeza Pinto, S.: *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012, p. 112, señala con relación a la carga que: "… son deberes impuestos a un sujeto como tutela de un interés propio, cuya observancia es necesaria si se requiere alcanzar un determinado resultado y cuya transgresión provocaría la pérdida o menoscabo de un resultado". En este mismo sentido, Contreras Strauch, O.: *Derecho de Seguros,* Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 252.

43 Goldenberg Serrano, J. L.: "Los contornos del deber", cit., p. 21.

La posición profesional del proveedor en una relación de consumo en el ámbito financiero, le impone un deber mayor de asistencia que el de entregar información y junto con ello de evaluar, ponderar y medir la solvencia para efectos de determinar la concesión o no del crédito al consumidor. Considerando además el riesgo que tiene para el consumidor contratar un crédito que no podrá luego pagar. Si bien para el proveedor puede ser suficiente la entrega de una garantía para asegurar el posterior pago, la baja comprensión del consumidor del riesgo que significa contratar ese crédito en ciertas condiciones puede significarle comprometer parte de su patrimonio como su vivienda o el del aval que ha concurrido a asegurar el pago del crédito.

En concordancia con lo anterior, el art. 23 LPDC permite sancionar al proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. De aquí emana esta verdadera culpa profesional, llamada deber de profesionalidad, por su conexión con la responsabilidad infraccional[44], que permite justificar de *lege lata* la necesidad de calificar la solvencia de los consumidores, sin necesidad de que una norma expresa así lo establezca.

3. De la seguridad en el consumo.

Pues bien, el servicio puede ser considerado improcedente o riesgoso para el consumidor si éste contrata un crédito sin tener la capacidad económica para pagarlo. En este sentido, el art. 45 de la misma ley regula la venta de bienes o servicios potencialmente peligrosos para los consumidores, imponiendo un deber de asistencia mayor al de entrega de información al señalar que "…deberá adoptar todas las medidas necesarias para que aquélla se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectado por tales riesgos de las providencias preventivas que deben observarse".

Es posible señalar que el proveedor financiero al entregar un servicio que puede importar un riesgo para el consumidor se justifica que asuma una actividad de asistencia mayor a la de entrega de información, debiendo recomendar ciertas medidas que eviten la inestabilidad financiera del consumidor.

Entonces a partir del deber de consejo del proveedor, de la profesionalidad que debe mostrar en la concesión de préstamos y especialmente de la seguridad que debe brindar en la relación de consumo, es posible configurar la existencia

44 Barrientos Camus, F.: "La función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la LPC", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2008* (coord. C. Pizarro Wilson), Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 625-642.

de la carga de calificación de solvencia del consumidor, conforme a las propias disposiciones de la LPDC.

Dicho eso, ahora conviene examinar la forma de despliegan las consecuencias jurídicas de la ejecución de la carga de determinación de la solvencia del consumidor.

IV. OBSERVANCIA E INOBSERVANCIA DE LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA.

1. De la evaluación de la solvencia.

En la práctica nacional existe una tendencia a evaluar la solvencia del consumidor, a través de ciertos procedimientos internos de los bancos y en general de prestamistas, regulados por la Comisión para el Mercado Financiero. En concreto en el Capítulo B1[45] se encuentran las normas de calificación de solvencia. Pero, inmediatamente hay que sostener este cuerpo reglamentario tiene por objetivo tutelar el mercado, cuidando que no existan mayores riesgos, por eso se pide efectuar provisiones bancarias. No se trata de disposiciones pensadas con una lógica cautelar, tuitiva de protección al consumidor. Por este motivo, simplemente se citan como referencia.

Dicho esto, y proyectando la forma en que operaría la calificación de la solvencia se puede decir que la evaluación puede ser positiva o negativa.

Será positiva si el proveedor financiero ha decidido que el consumidor es apto para concederle el crédito. Tomando las ideas de autoras españolas como Pilar Álvarez[46], esta evaluación no obliga al proveedor a ofrecer el crédito. Silvia Díaz[47] lo refuerza señalando que el prestamista no está obligado a contratar por existencia del principio de libertad de contratación. Estas mismas ideas pueden extrapolarse al medio nacional para explicar la libertad de contratación por parte del prestamista. En este sentido, el proveedor no estaría obligado a contratar si la

45 Esta normativa dispone que "Es responsabilidad del Directorio de cada banco que la institución cuente con políticas y procedimientos para evaluar integralmente el riesgo de crédito de sus operaciones de préstamos y de su cartera de colocaciones, acordes con el tamaño, la naturaleza y la complejidad de sus negocios crediticios", asignándole responsabilidad al directorio de los bancos. La evaluación debe ser permanente "a fin de constituir oportunamente las provisiones necesarias y suficientes para cubrir las pérdidas esperadas asociadas a las características de los deudores y de sus créditos, que determinan el comportamiento de pago y la posterior recuperación", Comisión para el Mercado Financiero, "Compendio de normas contables para bancos", disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/norma_6545_1.pdf, fecha de consulta 22 de abril de 2020, pp. 9-29.

46 Álvarez Olalla, M. P.: "La obligación de evaluar", cit., p. 774.

47 Diaz Alabart, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (coord. M. P. Represa Polo), Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 253.

solvencia es positiva del deudor. Para ello se requiere de una oferta que cumpla con todas las exigencias legales[48].

Por otra parte, la evaluación puede resultar negativa, esto es analizando la solvencia del potencial deudor, la entidad financiera rechaza la concesión del crédito porque la persona se encuentra en un serio riesgo de sobreendeudamiento o impagos. Y en estos casos, la pregunta que se formula es qué sanción recibe el prestamista que, a pesar de la información que contiene sobre la insolvencia que dispone del consumidor, entrega dinero sabiendo o debiendo saber el alto de riesgo de caer en morosidad o impagos, tema que se analizará a continuación.

2. De la sanción por otorgar créditos irresponsables .

Bajo el ámbito de la LPDC cabría asignar responsabilidad contravencional sólo en el evento que el consumidor caiga en mora o impagos, pues la infracción de las normas sancionatorias requiere un perjuicio del consumidor. Así lo confirma el tenor del art. 23 LPDC. La infracción cometida se relaciona con la falta de profesionalidad, que se extrae de la misma norma comentada. Incluso, podría configurarse una agravante de responsabilidad, si se le causa un daño calificado como "grave" a los consumidores, *ex* art. 24 LPDC.

Ahora bien, desde el punto de vista civil, al configurarse una carga especial, en términos que se observa la existencia de un deber de prestar dinero de forma responsable, la sanción sería una penalización con fines compensatorios y disuasorios, como una especie de sanción civil tasada, cuya característica principal, creemos, se encuentra dispuesta por la misma ley de consumo.

En otras latitudes se ha reconocido de forma expresa la privación a cobrar intereses[49]. Nosotros no estamos en condiciones de justificar tal sanción, puesto que en la LPDC no existe ninguna referencia a ella. Quizás una interpretación extensiva y pro consumidor del art. 1559 del CC –en el entendido que sea metodológicamente posible hacerlo– podría generar tal conclusión. Pero eso excede a los términos de esta presentación, que no intenta integrar las normas del derecho con las disposiciones de consumo.

48 "Así las cosas, la oferta o policitación que realiza el proveedor debe cumplir los mismos requisitos que, en general, los autores le atribuyen a la propuesta civil o mercantil. Es decir, debe ser completa (firme) y seria. En materia de consumo no rige la exigencia la determinación de personas", en Barrientos Camus, F.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 79. Otra cosa diferente es no otorgarle el crédito por razones discriminatorias. El artículo 3 inciso 2do letra b) segunda parte de la LPDC lo prohíbe, en términos de "ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas".

49 Pilar Álvarez la concibe como sanción efectiva, proporcional y disuasoria, que restaura el equilibrio perdido por la inobservancia del prestamista, que no es otro que la privación del derecho a cobrar intereses y comisiones o devolverlas, según sea el caso, en Álvarez Olalla, M. P.: "La obligación de evaluar", cit., p. 794. En Francia se recoge en el art. L. 341-28 del Code de la Consommation que regula la privación del derecho a cobrar intereses en su totalidad o en la proporción que el juez determine.

Por eso, creemos que es posible argumentar que la sanción por la inobservancia de la carga de examinar la solvencia del consumidor-deudor sería la reducción del monto a cobrar por concepto de gastos de cobranzas. Idea que ha sido esbozada por Goldenberg[50], a propósito de si existe un deber del deudor de informar su insolvencia.

En efecto, el art. 37 inciso 2do de la LPDC establece los montos máximos a cobrar por concepto de gastos de cobranza extrajudicial (3%, 6% y 9%) cuando las deudas se encuentran vencidas (y morosas), antes de iniciar un juicio ordinario de cobro de pesos o un procedimiento ejecutivo, ejecutando un pagaré dado en garantía. La norma establece una reducción *ipso iure* de esos porcentajes a 0,2 unidades de fomento, si es que no se realiza "*siempre* a lo menos una *gestión útil,* sin cargo para el deudor, cuyo fin sea el *debido y oportuno conocimiento del deudor sobre la mora o retraso en el cumplimiento de sus obligaciones,* dentro de los primeros quince días siguientes a cada vencimiento impago" [énfasis añadido].

Los énfasis agregados nos permiten destacar que la intención del legislador era que se realice siempre un examen de la mora o retardo por parte de la entidad de la financiera a la hora conceder un préstamo o renegociar un crédito, para cumplir con la exigencia legal de lograr poner en conocimiento al deudor de su estado patrimonial antes de cada vencimiento de las cuotas pactadas.

Gracias a esto, es posible inferir que no se trata sólo de anunciarle al consumidor el riesgo de caer en mora (para que pueda cobrar los máximos de las cobranzas extrajudiciales), en cada futuro vencimiento del plazo de la obligación crediticia, hay algo más.

Por deducción lógica e intentando buscar el "sentido"[51] de la norma más allá de lo literal de las palabras, la revisión de los antecedentes financieros del consumidor al tiempo de la contratación[52] serían los únicos instrumentos que permitirían cumplir con el estándar legal exigido para cobrar los máximos permitidos por la ley; y que, necesariamente, tienen por finalidad prevenir el sobre endeudamiento[53].

50 Goldenberg Serrano, J. L.: "¿Existe un deber", cit., p. 117.

51 Guzmán Brito, A.: *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, p. 114.

52 En este sentido, aporta que "La ley no establece cómo debe hacerse dicha gestión para considerarla útil", Barrientos Camus, F. y Goldenberg Serrano, J.L.: "Comentario al artículo 37 inciso 3º", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dirs. por I. de la Maza Gazmuri y C. Pizarro Wilson), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 1209.

53 Y esto se conecta con el conjunto de mecanismos preventivos frente a las crisis el inicio de procedimientos de renegociación de las deudas. Sobre estas medidas preventivas o de detección anticipada de las situaciones de crisis patrimoniales, véase Ruz Lártiga, G.: *Nuevo Derecho Concursal Chileno: reorganización de la empresa deudora y renegociación de la persona deudora*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, p. 147.

Dicho en otras palabras, si los proveedores tienen el deber de notificar 15 días antes del vencimiento de cada cuota una posible "mora o retraso" en el cumplimiento de la obligación, la regla implícita que subyace a esta exigencia legal no es otra que la existencia de una carga de calificación de la capacidad de pago del consumidor antes de la celebración del contrato de préstamo. De no hacerlo, sería muy difícil justificar las "gestiones útiles" que impone la ley para efectos de cobrar los máximos establecidos por la ley por concepto de cobranza extrajudicial.

Esto, también implica que el deber de evaluar la solvencia del consumidor, ahora contratante porque estamos en la fase de ejecución del contrato de crédito, se va desplegando en el tiempo, toda vez que el examen de la morosidad de una cuota que está por devengarse (y con ello realizar gestiones útiles) implica la revisión de las demás cuotas futuras, para evitar tener que acelerar las deudas y ejecutarlas o iniciar juicios de cobros ordinarios o ejecutivos.

V. CONCLUSIONES.

Para finalizar este estudio es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1°) Las cifras muestran altos niveles de sobre endeudamiento de la población chilena; hecho que muestra la necesidad de estudiar la configuración de un sistema preventivo de protección de los consumidores financieros.

2°) El modelo chileno transita desde la entrega de información de forma transparente hacia la concesión de préstamos responsables. El art. 17 B LPDC, que exige simplicidad y transparencia en la redacción de los contratos de adhesión financiero así lo demuestra, junto con el esfuerzo interpretativo de la doctrina que ha configurado deberes de consejo para los deudores, una asesoría -que sería un nivel de protección más alto que el consejo-, junto con el esclarecimiento que los deudores no tienen el deber de informar su situación patrimonial o insolvencia al tiempo de contratar.

3°) Los institutos que contiene la misma LPDC permiten configurar la existencia de una carga de calificar la solvencia del consumidor deudor, mediante el deber de consejo, el deber de profesionalidad del proveedor y la exigencia de seguridad en el consumo.

4°) Gracias a todo lo anterior, es posible concluir que la evaluación de la solvencia puede ser positiva o negativa. Si es positiva, de todas maneras, no se puede obligar al proveedor a celebrar el contrato de consumo. De ser negativa, y si el prestamista otorga el crédito de forma irresponsable, se reduciría el monto de la cobranza extrajudicial a 2 unidades de fomento, porque no se realizaron "gestiones útiles".

BIBLIOGRAFÍA

Aedo Barrena, C.: "La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley 20.667", *Revista Ius Et Praxis*, 2018, núm. 2, pp. 51-96.

Álvarez Olalla, M. P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2017, pp. 725-810.

Arroyo Amayuelas, E.: *Armonización europea y derecho contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

Banco Central, "Informe de Cuentas Nacionales de Chile. Evolución de la actividad económica tercer trimestre de 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/762418/Cuentas_nacionales_tercer_trimestre_2019.pdf/a221d712-b2ed-8a52-530f-2b8c24665f61?t=1574168724037, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Banco Central, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2019.pdf/742c73b0-5002-594f-8972-a30facf10961?t=1573283231497, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Banco Central, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2018", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2018.pdf/8aacf13f-0f56-3ed2-8663-4f4b4486fef5?t=1573272564717, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Baraona González, J.: "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, 2014, núm. 2, pp. 301-408.

Barrientos Camus, F.: *Lecciones de derecho del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019.

Barrientos Camus, F.: "La función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la LPC", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2008* (coord. C. Pizarro Wilson), Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 625-642.

Barrientos Camus, F. y Goldenberg Serrano, J.L.: "Comentario al artículo 37 inciso 3º", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios*

a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores (dirs. I. de la Maza Gazmuri y C. Pizarro Wilson), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 1206-1212.

Barrientos Zamorano, M.: "Comentario al artículo 3 letra B", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dir. I. de la Maza Gazmuri y C. Pizarro Wilson), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 94-103.

Baeza Pinto, S.: *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012.

Barros, E. y Rioseco, A.: "Responsabilidad de quien da un mal consejo", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso 2014* (edit. A. Vidal Olivares, G. Severin Fuster y C. Mejías Alonso), Thomson Reuters La Ley, Santiago de Chile, 2015, pp.633-651.

Bozzo Hauri, S; Bravo Alliende, F; Goldenberg Serrano, JL y Ruz Lártiga, G.: Sobreendeudamiento: ¿De qué estamos Hablando", en https://iid.uautonoma.cl/investigacion/publicaciones-libros-articulos/, fecha de consulta el 11 de abril de 2020.

Comisión para el Mercado Financiero, "Compendio de normas contables para bancos", disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/norma_6545_1.pdf, fecha de consulta 22 de abril de 2020.

Contreras Strauch, O.: *Derecho de Seguros,* Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

Cuena Casas, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 27-89.

De la Maza, I.: "Comentario al artículo 1° n° 3", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dir. I. de la Maza Gazmuri y C. Pizarro Wilson), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 24-31.

De la Maza, I.: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2010, núm. 2, pp. 21-52.

Diaz Alabart, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", en AA. VV.: *La protección del*

consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE) (coord. M. P. Represa Polo), Editorial Reus, Madrid, 2015, pp. 223- 276.

Fabre-Magnan, M.: *De l'obligation d`information dans les contrats. Essai d`une théorie*, LGDJ, Paris, 2014.

Ferrando Villalba. M. L.: *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

Gallego Sánchez, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 207-242.

Gómez Calle, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

Goldenberg Serrano, J. L.: "El deber de asesoramiento en el marco del Derecho de Seguros, paradigma de una técnica de protección intensificada para el consumidor financiero", en AA.VV.: *Libro de Actas de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial organizadas por la Universidad Católica del Norte*, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).

Goldenberg Serrano, J. L.: "¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar? ", *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2019, vol. XXXII, núm. 2, pp. 101-121.

Goldenberg Serrano, J. L.: "Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección", *Revista de Derecho (Concepción)*, 2018, vol. 86, núm. 244, pp. 9-41.

Goldenberg Serrano, J. L. y Barrientos Camus, F.: "La asunción del riesgo de insolvencia del deudor: una lectura a partir del artículo 1637 del Código Civil", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil XIV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Coquimbo 2018* (edit. M. Gómez de la Torre Vargas, G. Hernández Paulsen, F. Lathrop Gómez y M. Tapia Rodríguez), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, pp. 469-486.

Guzmán Brito, A.: *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011.

Jérusalmy, O.: "Pratiques de crédits responsables: des progrès notables dès 2015", disponible en: https://www.financite.be/fr/reference/pratiques-de-credits-responsables-des-progres-notables-des-2015, fecha de consulta: 13 de abril de 2020.

López Díaz, P.: "La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual *convergencia con aquella propia de la contratación civil", Revista Chilena de Derecho*, 2019, vol. 46, núm. 2, pp. 399-425.

Marín López, J.: "La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008) ", disponible en: https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_35.pdf, fecha de consulta 13 de abril de 2020.

Rostión, I.: "SERNAC Financiero: Nuevos deberes de información y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2014, núm. 1, pp. 423-442.

Ruz Lártiga, G.: *Nuevo Derecho Concursal Chileno: reorganización de la empresa deudora y renegociación de la persona deudora*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017.

Schmalzried, M.: "El modelo belga: información positiva y regulación de préstamo responsable", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. Cuena Casas), Thomson Reuters, Madrid, 2017, pp. 811-829.

Sernac, "¿Endeudado o 'sobreendeudado'?", disponible en: https://www.sernac.cl/portal/607/w3-article-1494.html, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Sernac, "¿Qué hacer si estás sobreendeudado?", disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-55112.html, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2019", disponible en: http://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/606/articles-28149_recurso_1.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2018", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_12362.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2017", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11891.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "Informe de Endeudamiento de 2016", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_11422.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Universidad San Sebastián y Equifax, "XXIII Informe de Deuda Morosa Cuarto Trimestre 2018", disponible en: https://www.uss.cl/wp-content/uploads/2019/01/Morosidad-Cuatro-Trimestre-2018_PPT_31_01_20192.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

Zimmermann, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo,* trad. A. Vaquer Aloy, Civitas, Madrid, 2000.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO SANITARIO Y DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA: UNA VISIÓN EUROPEA*

PERSONAL DATA PROTECTION IN THE FIELD OF HEALTH AND BIOMEDICAL RESEARCH: A EUROPEAN VISION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 718-747

* Publicación resultado del proyecto de investigación Ref.: DER2015-68212-R. Financiado por el Ministerio de Economía y competitividad y Fondo Europeo de Desarrollo Regional –FEDER.
Todas las páginas web mencionadas en este trabajo han sido visitadas por última vez el día 01.06.2020.

Aitziber
EMALDI
CIRIÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de julio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: En el ámbito de la investigación biomedicina y de la salud, el tratamiento y la combinación masiva de datos representan oportunidades para generar conocimiento, para curar enfermedades y para mejorar la calidad de vida de las personas. Sin embargo, estas ventajas que aportan las nuevas tecnologías digitales, como el Big Data, pueden impactar de manera particularmente significativa en la esfera de los derechos fundamentales de las personas si estos no están claramente definidos y protegidos. Este estudio, aborda los derechos y los problemas derivados ante los que nos enfrentamos, en el marco del Reglamento de la UE y de la Ley española de protección de datos.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos; Big Data; investigación biomédica; privacidad; tratamiento de datos, Europa.

ABSTRACT: *In the field of biomedical and health research, processing data represents opportunities to generate knowledge, to threat diseases and to improve people's quality of life. However, these advantages provided by new digital technologies, such as Big Data, can have an impact on people's fundamental rights if they are not clearly defined and protected. This study addresses the range of rights that subjects have in relation to the processing of their health data, whether -personal, pseudonymised or anonymised data-, within the framework of the EU Regulation and the Spanish Data Protection Act.*

KEY WORDS: *Data protection; Big Data; Biomedical Research; Privacy; Data Processing, Europe.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MARCO JURÍDICO SOBRE EL TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS DE 2016 Y DE LA LEY ESPAÑOLA LOPDGDD DE 2018.- 1. Tratamiento de datos.- A) Datos personales.- B) Datos anónimos y anonimizados.- C) Datos seudonimizados.- III. TRATAMIENTO DE CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES: EL TRATAMIENTO DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD Y DE DATOS GENÉTICOS.- 1. Datos relativos a la salud.- 2. Datos genéticos.- IV. LEGITIMACIÓN PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN INVESTIGACIÓN EN SALUD.- 1. El consentimiento expreso.- 2. Habilitación Legal.- 3. Seudonimización.- 4. Reutilización de datos.- 5. El uso de la tecnología Big Data aplicada a la salud: retos jurídicos, éticos y médicos.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El impacto de las tecnologías de la información en los tratamientos de datos en el contexto de la investigación en salud ocupa un lugar esencial en el debate científico y jurídico actual. Así, la Unión Europea aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esto datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE –Reglamento General de Protección de Datos Personales (RGPD)[1]. Este Reglamento fue publicado el 4 de mayo de 2016 y entró en vigor veinte días después de su publicación habiéndose producido su recepción en el derecho interno desde entonces, por consiguiente, se desplazaba la normativa española que fuera incompatible con aquél. El Reglamento, estableció un plazo de 2 años a partir de la fecha de la entrada en vigor para el inicio de su aplicación, pero España, no pudo adaptar su normativa para dicha fecha y finalmente, fue el 6 de diciembre cuando se publicó le Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD)[2].

1 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 1-88. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES

2 Un estudio pormenorizado de los antecedentes normativos y de la comparación entre la anterior legislación y el Reglamento se puede encontrar en: Troncoso Reigada, A.: "Investigación, Salud Pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica de

• Aitziber Emaldi Cirión
Profesora Titular de Derecho Constitucional. Miembro del Comité de Ética de la Investigación. Universidad de Deusto. Correo electrónico: aitziber.emaldi@deusto.es. Identificación de la Autora / Author ID /: ORCID 0000-0001-5034-6956 - Google Scholar - NgkpH8AAAAAJ - Publons AAH-2432-2019 - Scopus : 56129076500 - Dialnet 74351.

Esta normativa, junto con otras leyes sectoriales del ámbito sanitario, ofrece a los responsables de tratamientos de datos personales, una mayor seguridad jurídica sobre cuáles son sus obligaciones, y, sobre todo, cuáles son los derechos y el haz de facultades que tienen las personas sobre sus datos.

Paralelamente y también en el ámbito sanitario, la utilización de las tecnologías digitales y en concreto de la tecnología Big Data[3], permiten el tratamiento, la utilización y combinación de un volumen de datos impresionante. La gestión masiva de estos datos con fines de investigación biomédica junto con las herramientas informáticas pertinentes permiten hallar conclusiones e incorporar oportunidades nuevas para el diagnóstico y tratamiento -Considerando 157- pero también conlleva algunos planteamientos, retos jurídicos y riesgos sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales y por ello, hay que tomar medidas para proteger los derechos e intereses de las personas, tales como la intimidad y a la autodeterminación informativa[4], no bastando sólo el consentimiento escrito y expreso del sujeto, ni la anonimización de datos ya que ésta no se puede garantizar que sea total con estas tecnologías como el *Big Data* o el *Blockchain*[5], que relacionan datos y por tanto, la reidentificación mediante inferencias o por vinculación con otros paquetes de datos personales se hace más fácil.

II. EL MARCO JURÍDICO SOBRE EL TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS DE 2016 Y DE LA LEY ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍAS DIGITALES DE 2018.

En el ámbito de la asistencia sanitaria y de la investigación en salud, son dos los derechos constitucionales principalmente afectados: el derecho fundamental a la intimidad personal –art. 18.1- y el derecho fundamental a la protección de datos – art. 18.4-. Este último artículo es el único precepto constitucional que

Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales, *Revista de Derecho y Genoma Humano,* Dykinson, Madrid, núm. 49, 2018, pp. 190 y ss.

3 Gil, E.: *Big Data, Privacidad y protección de datos*, Agencia Protección de Datos-Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 139. Martínez Martínez, R.: "Big Data, investigación en salud y protección de datos personales. ¿Un falso debate?", *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 62, 2017, pp. 257-259.

4 El derecho a la autodeterminación informativa en el ámbito sanitario incluye el hecho de que una persona pueda decidir sobre los procesos que le atañen porque conoce las circunstancias y alternativas al respecto. Así, se refleja en el artículo 5 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005. Véase más sobre esta cuestión en Vivas Tesón, I.: "Autodeterminación informativa, validez del consentimiento y protección datos sensibles: críticas al nuevo marco normativo", *Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine,* núm. Extraordinario, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 233 a 273.

5 La tecnología *Blockchain*, es un registro de transacciones que permite crear un libro de contabilidad digital de datos y compartirlo entre una red de participantes independientes (hospitales, tecnológicas, farmacéuticas), al tiempo que emplea encriptación como una forma de validar que las entradas sean correctas y no pueden ser cambiadas.

incluye el término "informática", con la intención de alertar al legislador sobre los peligros que ésta podía representar para el honor y la intimidad de los ciudadanos y se encomienda a la Ley, abiertamente "limitar su uso". Este derecho, no es absoluto y, de hecho, la limitación de su ejercicio viene dada de forma genérica por la propia Constitución en el art. 10.1, cuando se justifica en el orden público y en la paz social. Además, este derecho podía entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, ya que en el ámbito de la salud, la investigación sanitaria, la salud pública y la asistencia sanitaria requieren la realización de tratamientos de datos personales para garantizar derechos constitucionales, tales como: el derecho a la vida –art.15-; el derecho a la protección a la salud –art. 43; la igualdad –art.14-; la libertad de creación científica y técnica –art. 20.1.d); la libertad de empresa –art.38- y así poder alcanzar intereses públicos y privados. En última instancia, la investigación en salud y la política sanitaria pretenden preservar el bien constitucional supremo del derecho a una vida digna.

En el caso de España, la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) completa las previsiones del RGPD en el marco del ordenamiento jurídico nacional y desarrolla el contenido mínimo del artículo 18 de la Constitución[6]. De esta forma, se crea un marco jurídico sólido y común para la obtención, gestión y uso de datos que salvaguarde las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, y en concreto su derecho a la protección de datos haciendo con ello posible que el sujeto realice un control efectivo de su privacidad[7]. Así, tanto el Reglamento –art. 2.1-, como la LOPDGDD –art. 2.1- dicen expresamente que se aplicará al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Por tanto, se exigen dos requisitos para que se dé el objeto del Reglamento y de la LOPDGDD y se delimite su ámbito de aplicación material: que exista un tratamiento y que éste se sustancie sobre datos personales.

1. Tratamiento de datos.

El RGPD define tratamiento como "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjunto de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra

6 El preámbulo de la LOPDGDD hace referencia, precisamente a que la Constitución fue pionera al consagrar expresamente la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental.

7 Herrán Ortiz, A.I.: "Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa: el Reglamento general de protección de datos personales a debate", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* núm. 8 2016, pp. 179-200.

forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción" –art.4.2-. A la vista de este precepto, se pueden distinguir dos tipos de tratamientos de datos personales: a) los tratamientos automatizados en los que intervienen la informática o las tecnologías de la información y comunicación; y b) los tratamientos no automatizados que serían aquellos que afectan a la información clínica o asistencial sobre pacientes que aún se encuentra recogida en papel. El Reglamento, en su Exposición de Motivos justifica la inclusión de éstos últimos al decir que "A fin de evitar que haya un grave riesgo de elusión, la protección de las personas físicas debe ser tecnológicamente neutra y no debe depender de las técnicas utilizadas. La protección de las personas físicas debe aplicarse al tratamiento automatizado de datos personales, así como a su tratamiento manual, cuando los datos personales figuren en un fichero o estén destinados a ser incluidos en él" –Considerando 15- y necesariamente, se define fichero como "todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica" –art.4.6-.

Sin embargo, la LOPDGDD, a diferencia del Reglamento, extiende su objeto más allá del derecho fundamental a la protección de datos personales porque trata de "garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el art. 18.4CE –art.1.b-

Además, observamos que hay diferentes tipos de datos según la naturaleza del estudio y sus objetivos y dicha tipología influirá a la hora de determinar si éstos entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y de la LOPDGDD:

A) Datos personales.

El segundo elemento, mencionado anteriormente, que sirve para delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento, es que el dato sea personal[8]. La definición que se da al respecto es la siguiente: "toda información sobre una persona física identificada o identificable" –art. 4.1-. Por tanto, el presente Reglamento protegerá los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y en particular, su derecho a la protección de datos personales –art. 1.2- dejando fuera del ámbito de esta protección de datos, a las personas jurídicas y a las fallecidas[9] -Considerando 27 y art. 2.2.b- de la LOPDGDD-.

8 El Reglamento ha actualizado la definición de dato personal para tener en cuenta las aportaciones jurisprudenciales y los nuevos retos derivados de las exigencias sociales y técnicas. Concellón Fernández, P.: "El concepto de dato personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección", *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 46, 2018; Arias Pou, M.: "VIII. Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de datos", en Piñar Manas, J. L. (dir.): *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 117-118.

9 El dato personal de un fallecido es un bien jurídico que requiere protección; subsiste el deber de secreto médico; en necesario implantar medidas técnicas y organizativas que garanticen la seguridad de los datos porque de lo contrario, se vulnerará el derecho a la dignidad de la persona que no se extingue con la

B) Datos anónimos y anonimizados.

Son datos anónimos los no identificables en origen, es decir, los que fueron recogidos de este modo desde el principio. Por otro lado, los datos anonimizados son aquellos que en sus inicios fueron personales, pero con posterioridad se ha producido por cualquier circunstancia la destrucción del nexo de asociación entre los datos identificadores y los demás, así, estos datos desvinculan totalmente de los datos cualquier información directa o indirectamente identificativa, de manera que ya no sea posible relacionarlos con una persona determinada.

En ambos casos –datos anónimos y anonimizados- no se permite, por medios razonables, la identificación de la persona de la que provienen por lo que a partir de entonces dejarán de estar bajo la cobertura jurídica sobre protección de datos[10]. Así lo afirma también el RGPD, en su Considerando 26 cuando hace referencia a los principios de protección de datos y dice que no deben aplicarse a la información anónima, ni a los convertidos en anónimos. Por tanto, el Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación.

Además, hay que tener en consideración que la investigación llevada a cabo usando tecnología *Big Data* utiliza datos anónimos lo que conllevaría a no tener que ajustarse a las normas de protección de datos personales, sin embargo, el avance tecnológico en *Big Data* permite que los datos de diferentes fuentes se puedan cruzar y que datos inicialmente anonimizados o codificados se puedan reidentificar por los investigadores o por terceros. Por tanto, la anonimización absoluta es algo prácticamente imposible, en la era del *Big Data* y del *Cloud Computing*[11], puesto que esos datos, una vez recabados, son almacenados en servidores con unas capacidades de almacenamiento sobredimensionadas y diseñadas para este cometido, lo que representa una amenaza real a la protección de datos y a la privacidad.

El uso de la tecnológica *Big Data*, hace impracticable la obtención del consentimiento informado de los sujetos, por ello, éste será un aspecto a tener en cuenta cuando los Comités de Ética de la Investigación evalúen los proyectos de investigación. Estos Comités tendrán que tener en consideración, para velar por la protección de datos de los sujetos, aspectos tales como: el cumplimiento de principios éticos que debe sustentar toda la investigación con seres humanos; la

muerte. Troncoso Reigada, A.: "Investigación, Salud Pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales, *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 49, 2018, pp. 205 y ss.

10 Ley 14/2007 de Investigación Biomédica, art. 3.i.

11 Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29: *Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización*, 0829/14/ES, WP216, de 10 de abril de 2014. Disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp216-es.pdf

idoneidad del investigador; el cumplimiento de los aspectos relativos al tratamiento de datos de carácter personal; el cumplimiento de las garantías de obtención del consentimiento informado en el momento de la recogida de los datos, etc.

C) Datos Seudonimizados.

Como ya he mencionado anteriormente, el Reglamento establece que el dato personal[12] es una información referida a una persona física identificada o identificable –Considerando 26- . Además, añade que será identificable toda personal cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como, por ejemplo: un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona –art.4.1-. Además, El Considerando 26 establece que para saber si se puede identificar a esa persona se tendrán en cuenta factores objetivos, como el tiempo y el coste para hacer la identificación, teniendo en cuenta la tecnología disponible en el momento del tratamiento.

Paralelamente, el Reglamento define la seudonimización[13] en su art. 4.5 como "El tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable". Por consiguiente, la seudonimización consiste en desvincular de los datos cualquier información directamente identificativa, de manera que los investigadores no puedan relacionarlos con una persona determinada. Los datos de identificación personal serán sustituidos por un código, que los investigadores no deberán descifrar. Además, éstos se comprometerán a no identificarle por ningún medio. La clave para vincular de nuevo los datos con una persona determinada estará únicamente a disposición del centro donde se obtuvieron los datos clínicos, aunque estos datos gocen, sin dudarlo, de la aplicación de los principios de la protección de datos personales.

Así, los datos seudonimizados son datos personales porque son considerados "identificables", por lo que se le aplica la normativa de protección de datos: El Reglamento y la Ley interna LOPDGDD, aunque con las excepciones que la propia normativa establezca. Esta idea se recoge también en el Considerando 26 del RGPD donde se establece que los datos personales seudonimizados, es decir los

12 Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29: *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, adoptado el 20 de junio de 2007. Disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf

13 En la Ley de Investigación Biomédica se hace referencia a la "disociación reversible de los datos" –art.3.k)- pero el Reglamento ha optado por denominarlo "seudonimización de datos".

datos que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable.

A la vista de lo anterior, la seudonimización es un recurso para hacer posible la efectividad de las excepciones a las garantías previstas sobre los datos personales relativos a la salud y a los datos genéticos cuando se prevé el tratamiento con fines de archivo, de interés público, fines de investigación histórica y científica o fines estadísticos[14], de modo que se logren los objetivos propuestos[15]. Es decir, la seudonimización facilita la investigación en salud pública, en particular, la investigación biomédica, sin el consentimiento explícito del sujeto, pero tomando medidas de seguridad para evitar la reidentificación siendo posible únicamente reidentificar a la persona cuando se aprecie un peligro real para su seguridad o su salud o sea necesario garantizarle asistencia sanitaria –DA 17.2.d-. Por consiguiente, estos preceptos permiten tratar los datos con finalidades de investigación de forma seudonimizada siempre que la normativa interna de los Estados lo permita y en concreto, en España la LOPDGDD en su Disposición Adicional 17.d) lo concreta al establecer las condiciones precisas que permiten el uso de datos seudonimizados para investigación, tales como: a) tener una separación técnica y funcional entre el equipo investigador y quienes realicen la seudonimización y conserven la información que posibilita la reidentificación; b) comprometerse a no realizar ninguna actividad de reidentificación; c) asumir un compromiso expreso de confidencialidad; d) tomar medidas de seguridad para evitar la reidentificación y el acceso de terceros no autorizados; e) disponer de un informe previo de un Comité de Ética de la Investigación o bien en su defecto, de un delegado de protección de datos o un experto conocimientos en la materia[16].

Y además, en este sentido el Reglamento establece otros requisitos adicionales al uso de estos datos en proyectos de investigación o con fines de investigación, entre los que se encuentran: a) realizar, antes del tratamiento, evaluaciones de impacto que determinen las probabilidades de los riesgos derivados del tratamiento de datos teniendo en cuenta la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, incluso, dicha evaluación debe incluir de modo específico los riesgos de reidentificación vinculados a la anominización o seudonimización de los datos –art.35-. Además, para reforzar esta cautela, el Reglamento prevé que el Responsable consulte a la

14 RGPD, art. 89.1 y 2.

15 RGPD, Considerandos. 28 y 29.

16 En caso de que no exista este Comité, el responsable del tratamiento debe solicitar un informe previo al delegado de protección de datos o, en su defecto, a un experto que tenga los conocimientos previstos en el art. 37.5 del RGPD para poder ser designado DPO, es decir, una persona con conocimientos especializados del derecho de protección de datos y de su práctica.
Además, La Disposición Adicional 17.2.h) obliga a que, en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ley española, los comités de ética de la investigación, en el ámbito de la salud, biomédica o del medicamento integren entre sus miembros al delegado de protección de datos o, en su defecto, un experto conocimientos suficientes del RGPD cuando se ocupen de actividades de investigación que comporten el tratamiento de datos personales o de datos seudonimizados o anonimizados.

autoridad de control competente antes de iniciar las actividades de tratamiento en el caso de que la evaluación de impacto muestre que sí existe ese riesgo de limitar la protección de datos –art.36-.; b) someter la investigación a las directrices internacionales sobre buena práctica clínica; c) garantizar que los investigadores no accedan a datos de identificación de los interesados; d) prever el previsión de nombramiento de un delegado de protección de datos; e) elaborar de códigos de conducta y esquemas de certificación; f) consultar a las autoridades de control y la notificación de los incidentes y brechas de seguridad, etc.[17].

A la vista de esta normativa, se pueden sacar varias conclusiones o percepciones: a) que cualquier tipo de datos de salud que sea seudonimizado se puede usar para investigación, aunque ello dejara en una situación poco garantista a los derechos del sujeto; y b) que se pueden utilizar datos de forma seudonimizada para finalidades de investigación siempre que exista una habilitación legal para ello adicional a la previsión en la Disposición Adicional 17.2.d). En definitiva, la base del tratamiento de datos para investigación sería la habilitación legal junto con la seudonimización de los datos recogidos en la historia clínica, dejando de lado el consentimiento por línea de investigación, al que nos referiremos más adelante.

III. TRATAMIENTO DE CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES: EL TRATAMIENTO DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD Y DE DATOS GENÉTICOS.

A nivel Europeo, el marco jurídico que instauró la ya derogada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo[18] sobre protección datos llegó a ser insuficiente para hacer frente a los avances tecnológicos en el tratamiento de datos y lo mismo ocurrió con el Convenio de Oviedo[19].

Tras la aprobación del RGPD, se sigue la misma línea de la normativa anterior en relación con el "tratamiento de categorías especiales de datos personales" y de hecho, define dichas categorías como "aquellas que revelen el origen étnico o racial las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física –art.9.1-

17 RGPD 2016/679, Disposición Adicional 17. f)

18 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

19 El artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, reconoce a toda persona el derecho al respeto de la vida privada en relación con la información sobre su salud a conocer la información recopilada sobre su salud. Disponible en https://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf

. Esta redacción es más amplia que la aparecida en la Directiva que le precedió y fue derogada e introduce como novedad la inclusión de los datos genéticos y de los datos biométricos dentro de esta categoría especial de datos que serán "especialmente protegidos". De esta forma, el Reglamento, diferencia los datos genéticos de los datos de salud, aunque de alguna manera estén relacionados.

Además, dice el Reglamento, que el tratamiento de esta categoría especial de datos personales podrá llevarse a cabo, sin el consentimiento del paciente, con finalidades tales como: a) finalidad sanitaria, en cuyo caso, el tratamiento lo realizará un profesional sujeto al secreto –art. 9.3-; b) finalidad de salud pública[20], o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos y productos sanitarios con la intención de proteger los derechos y libertades del interesado –art. 9.2.i)-.

1. Datos relativos a la salud.

A parte de la normativa interna de los países miembros sobre la protección de datos, el RGPD ofrece un régimen reforzado para el tratamiento de los datos de salud y los define como "aquellos datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud" –art.4.15-. Es decir, el Reglamento, a diferencia de la normativa anterior, considera la "atención sanitaria" como un dato de salud y de hecho, en el Considerando 35 precisa esta cuestión cuando recoge que se incluya la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, tal como: el número asignado a una persona y que pueda identificarle; la información resultante de pruebas de una parte del cuerpo como pueden ser los datos genéticos y muestras biológicas; información sobre el riesgo de padecer una enfermedad, el historial médico, etc.

El Reglamento, asimismo, en su art. 9, al referirse a la categoría especial de datos personales, establece en términos muy amplios y, como regla general, la prohibición del tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico, o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos y de datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, *datos relativos a la salud* o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona". Son datos que, de conocerse por terceras personas sin haberlo consentido el sujeto, podrían violar, entre otros: el derecho a la no discriminación, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad religiosa o el derecho a la salud del sujeto a quien pertenecen.

20 Véase la interesante aportación desde una perspectiva penal sobre salud pública: Armaza Armaza, E.J.: "La protección penal de la salud pública frente a las crisis o emergencias biológicas", *El Derecho frente al bioterrorismo y otras amenazas biológicas,* Comares, Granada, 2018, pp.61-76.

No obstante, el RGPD en ese mismo art. 9, establece que esta prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos personales, no será de aplicación cuando concurran determinadas circunstancias, entre otras:

A) Que el interesado haya prestado su *consentimiento* para el tratamiento de sus datos personales[21]. Este consentimiento para el tratamiento de los datos de salud de un sujeto, tendría que ser: a) Consentimiento explícito[22], con uno o más fines especificados. El consentimiento podría otorgarse a través de una declaración por escrito, incluso, por medios electrónicos, o una declaración verbal para cada uno de esos fines específicos –art. 4.11, art.9.2.a) y Considerando 32-; b) Consentimiento libre tomado por el sujeto sin ningún tipo de vicio o coacción –art.4.11; c) Consentimiento específico, tanto para llevar a cabo un acto médico como para poder tratar los datos personales para la asistencia sanitaria del sujeto o para la investigación –art. 7.2 y art. 8.2-y Considerando 32; d) Consentimiento inequívoco, otorgado tras recibir una información previa inteligible, utilizando un lenguaje claro y sencillo –art.7.2-; e) Consentimiento revocable, ya que el sujeto podría revocarlo en cualquier momento. No obstante, la retirada de dicho consentimiento, en el ámbito de la investigación no afectará a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento hasta ese momento –art.7.3-.

Lo que se pretende con este Reglamento es que el derecho fundamental a la protección de datos personales redunde también en la salvaguardia de otros derechos fundamentales: derecho a la intimidad, a la libertad religiosa, la libertad sindical y el derecho a la no discriminación. Por ello, para legitimar el tratamiento de datos personales relativos a la salud es necesario el consentimiento del sujeto. Dicho consentimiento deberá ser un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado y además, que pueda revocarse en cualquier momento[23]. –Considerando 32 que interpreta el art.4.11 y art.7-.

B) Que el tratamiento de datos personales relativos a la salud sin obtener el consentimiento del sujeto, sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el

21 Será considerado Infracción muy grave de acuerdo con el art. 72 c) de la Ley Orgánica de Protección de Datos, el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 para la validez del consentimiento.

22 El Derecho de la Unión o de los Estados miembros puede establecer que el tratamiento de todas o de alguna de las categorías especiales de datos personales no es lícito, aunque cuente con el consentimiento explícito del interesado –Reglamento, art. 9.2.a)-. A más, ahondamiento, la LOPDGDD establece en su art. 9.1 que: "A fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico".

23 El RGPD recoge otros supuestos de licitud del tratamiento de datos – no aplicables a las categorías especiales de datos- distintos del consentimiento del interesado, cuando sea necesario, entre otros supuestos: para la ejecución de un contrato; para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; para realizar una misión de interés público, etc. –arts. 6, 7 y 8-.

ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social.

C) Que el tratamiento de datos personales relativos a la salud sin obtener el consentimiento del sujeto, sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento.

D) Que el tratamiento de datos personales de salud sin obtener el consentimiento del sujeto, sea necesario por razones de un interés público esencial, para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social –art.9.2.h)-.

E) Que el tratamiento de datos personales de salud sin obtener el consentimiento del sujeto, sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios.

F) Que el tratamiento de datos personales, sin obtener el consentimiento del sujeto, sea necesario con fines de archivo e interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos. Finalidades éstas compatibles con los fines iniciales, lo que supone una excepción al principio de limitación de la finalidad –art.5.1- y, además, finalidades que permiten que los datos personales sean conservados durante periodos más largos de tiempo del necesario para los fines del tratamiento inicial, lo que supone una excepción del principio de limitación del plazo de conservación siempre que se traten para fines de investigación –art.5.1e)-.

Además, aparte de lo establecido en el RGPD para desarrollar las condiciones específicas del tratamiento de datos con fines de investigación biomédica también hemos de recurrir a la LOPDGDD y a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en un nuevo capítulo –"Tratamiento de datos en la investigación en salud" -Título VI[24]-. En definitiva, una importante autorización que presenta la normativa consiste en dotar a la investigación científica de base legal específica para el tratamiento de datos sin necesidad de otra justificación que la satisfacción del interés legítimo –art. 6.1.f) y Considerando 47-.

24 LOPDGDD, Disposición Final Quinta.

2. Datos genéticos.

Como ya se ha dicho la DA 17ª de la Ley española LOPDGDD, no regula todos los tratamientos de categorías especiales de datos personales sino sólo de los datos de salud y también de los datos genéticos, que entrarían dentro de los datos de salud. De hecho, existe una serie de características esenciales que tienen los "datos genéticos" que permiten distinguirlos de los datos relativos a la salud o datos médicos[25]:a) Los datos genéticos son únicos y específicos para cada individuo, lo que les permite identificar inequívocamente al interesado; b) Los datos genéticos proporcionan información sobre la configuración genética de la persona, y por tanto, de su grupo biológico[26]; c) Los datos genéticos proporcionan información sobre los miembros de su familia biológica, incluidos los parientes fallecidos y no nacidos[27]; d) Los datos genéticos se refieren también a la comunidad étnica del interesado, con quien éste comparte ciertas características genéticas; e) Los datos genéticos son estructurales, inmutables e indestructibles y permanecen estables desde la etapa embrionaria hasta después de la muerte[28];f) La información está contenida en todas y cada una de las células del cuerpo; g) Se trata de datos predictivos que proporcionan información sobre un gran número de enfermedades, afecciones, síndromes o, incluso, predisposiciones.

Se aprecia, la gran atención que dedica el RGPD a los datos personales relativos a la salud, pero, además, por primera vez y de manera expresa, la legislación europea, hace referencia a los datos genéticos. Así, el RGPD define los datos genéticos como "Datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona" -art. 4-[29]. Así mismo, el Considerando 34 del RGPD completa la definición al decir que dichos datos genéticos puede provenir de: "el análisis de una muestra biológica de la persona física en cuestión, en particular a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente".

25 Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29: "los datos genéticos muestran en sí mismos características que los hacen singulares: proporcionan información científica, médica y personal pertinente a lo largo de la vida de una persona. Esta información también puede tener una incidencia significativa en la familia del interesado, a lo largo de varias generaciones y, en algunos casos, en todo el grupo al que pertenece el interesado". Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, *Documento de Trabajo sobre Datos Genéticos, 12178/03/ES,* 17 de marzo de 2004, p. 4, disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2004/wp91_es.pdf

26 Véase la definición de "grupo biológico" dada por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, *Documento de Trabajo*, cit. p. 9.

27 Unesco, Comité Internacional de Bioética, *Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on its collection, Processing, Storage and Use,* SHS-503/01/CIB-8/3 (Rev.2), Paris, 15 May 2002, p. 6.

28 De Miguel Sánchez, N.: "Un nuevo escenario normativo para la información genética", *Humanitas Humanidades Médicas*, núm. 11, enero de 2007, p. 22.

29 RGPD, articulo 4.13 datos genéticos y art. 4.14 para la definición de datos biométricos.

A la vista de estas definiciones, se puede afirmar que éstas presentan algunas deficiencias importantes, tales como[30]: a) Que los datos genéticos proporcionan información no sólo sobre una persona sino sobre su familia biológica e, incluso, sobre un grupo étnico. Este hecho, podría implicar que puesto que la información es compartida, la familia o el grupo étnico podrían tener algún tipo de derecho sobre la información obtenida (derechos de acceso, rectificación, cancelación) sin embargo, salvo que les afectara gravemente a su salud y lo descubierto tuviera terapia, se puede considerar que el hecho de compartir información genética no significa que les legitimen a todos los sujetos para exigir derechos; b) Que los datos genéticos no sólo proporcionan información sobre la fisiología y la salud de la persona sino que también contiene información sobre sus vínculos familiares y su origen étnico; c) Que los datos genéticos sean el resultado, en particular, del análisis de una muestra biológica. Parece que el RDPD excluye el hecho de que también se puedan obtener a partir de un examen físico, el análisis de la historia clínica, las radiografías, las determinaciones bioquímicas que no necesariamente analizan el material biológico. Por tanto, se deben proteger los datos genéticos con independencia del método por el que se hayan obtenido. En virtud de estos razonamientos se puede considerar que la definición aportada en este art.4 del Reglamento no es tan precisa como debiera de haber sido lo que puede provocar en un futuro, inseguridad jurídica y problemas de interpretación al aplicar la norma.

El RGPD incluye estos datos genéticos en el grupo de "categorías especiales de datos", es decir "datos personales que, por su naturaleza, particularmente sensibles en relación con los derechos y libertades fundamentales merecen una protección específica, ya que el contexto de su tratamiento podría crear riesgos significativos para los derechos y libertades fundamentales -Considerando 51-. Cuando el legislador habla de "riesgos" se debe entender que la divulgación sin control de este tipo de datos podría afectar y violar derechos fundamentales del sujeto fuente o de sus familiares biológicos, reconocidos en la Constitución Española, tales como el derecho a la intimidad -art. 10-, la no discriminación -art. 14-, o el derecho a la salud-art. 43-.

El hecho de estar incluidos en esta categoría, les otorga un mayor grado de protección en virtud del art. 9 del Reglamento, donde se estipula un tratamiento especial para los mismos y así, prohíbe su tratamiento salvo que cuente, previamente, con el consentimiento del sujeto[31] o bien cuando concurran otras circunstancias, tales como: a) que el tratamiento sea necesario para fines de medicina preventiva

30 Miño-Vasquez, V.:, "La protección de los datos genéticos en virtud del Reglamento General de Protección de Datos", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada,* núm. 51, Dykinson, Bilbao, 2019, pp. 86 y ss.

31 Siendo datos sensibles, no se puede interpretar el artículo 9.2.a) desoyendo la exigencia del Considerando 32 cuando prescribe: "Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos" y dicho consentimiento se otorgará cuando se haya informado adecuadamente al sujeto y bajo unos estándares de claridad y trasparencia previstos en el Considerando 39.

o laboral; b) que se evalúe la capacidad laboral del trabajador; c) que sea para ofrecer un diagnóstico médico; d) para la prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social; e) cuando sea para gestionar los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social[32]; f) cuando el tratamiento sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud; y g) para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios[33]. Estas circunstancias que permiten el tratamiento de los datos bajo unas premisas, por parte de los profesionales del ámbito de la salud se han recogido en la norma con el objeto de buscar un interés social por encima del individual y para ello, se han relajado ciertos requisitos, tales como, el consentimiento del sujeto.

En definitiva, el nuevo escenario se asienta, en dos pilares: a) la legitimidad del tratamiento exige que el responsable implante medidas técnicas y organizativas adecuadas al contexto del tratamiento, lo cual va más allá de la exigencia de consentimiento expreso y específico del sujeto; y b) que se imponga la intervención de organismos independientes de revisión como, por ejemplo, los Comités de Ética de la Investigación para verificar la legitimidad del tratamiento en cada supuesto concreto[34].

IV. LEGITIMACIÓN PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN INVESTIGACIÓN EN SALUD[35].

Antes de adentrarnos en los distintos supuestos de legitimación para el tratamiento de datos hemos de precisar que el Reglamento separa los criterios de legitimación del tratamiento para los fines de asistencia sanitaria y salud pública –art. 9.2h) y art. 9.2.i)- que velan por el derecho a la vida y a la salud del sujeto, de los criterios de legitimación del tratamiento para fines de investigación en salud –art.9.2.j)-, siendo más exigente el legislador, a la hora de exigir garantías y requisitos para los tratamientos con finalidad de investigación en salud.

32 RGPD, art. 9. 2, h).

33 RGPD, art. 9. 2 i).

34 Nicolás Jiménez, P.: "Los derechos sobre los datos utilizados con fines de investigación biomédica ante los nuevos escenarios tecnológicos y científicos", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada,* núm. Extraordinario "Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas, Dykinson, 2019, p. 137 y ss.

35 Mendez Garcia, M. y Alfonso Farnós, I.: "La legitimación para el tratamiento de categorías especiales de datos con finalidades de investigación en el marco del Reglamento (UE) 2016/679 y de la Ley Orgánica 3/2018", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada.* núm. Extraordinario "Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas", Dykinson, Madrid, 2019, pp. 224 y ss.

De hecho, el Reglamento autoriza el tratamiento de categorías especiales de datos personales para fines de investigación en salud pero exige, a tal efecto, que se cumplan las siguientes garantías –art.9.2.j)-: a) Que el tratamiento se haga sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, para lo que será necesario que se aprueben leyes al respecto –art.9.4-; b) Que el tratamiento de estos datos sea proporcional al objetivo perseguido en la investigación sanitaria que se quiera desarrollar; c) Que se respete el derecho a la protección de datos personales; d) Que se establezcan las medidas pertinentes para proteger libertades y derechos fundamentales.

Sin embargo, el Reglamento no se queda satisfecho con estas garantías y añade alguna más en el art. 89.1 cuando la finalidad del tratamiento sea para desarrollar una investigación científica: a) Que se tomen medidas técnicas y organizativas para garantizar el principio de minimización de datos personales, entre las que se encuentra la "seudonimización"; b) Que se respete el principio de calidad de los datos. Esto significa que para alcanzar el interés público de una investigación sanitaria se intentarán manejar, en un principio, datos no personales, si ello no es suficiente para conseguir dicha finalidad, se utilizarán datos personales seudonimizados y finalmente, si con este tipo de datos no se puede alcanzar la finalidad perseguida, entonces se utilizarán el menor número posible de datos personales –art.5-.

No obstante, llama la atención que por una parte el Reglamento exige muchas garantías para proteger los derechos de los sujetos cuando se traten datos con fin de investigación científica, por el contrario, deja un margen a los Estados para que puedan, a su vez, limitar otros derechos –derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho a la limitación del tratamiento, derecho de oposición –art.89.2-.

1. El consentimiento expreso por línea o área de investigación.

El consentimiento que se debe otorgar para permitir el tratamiento de datos, vemos que ha ido cambiando con la nueva normativa. De hecho, hace años se necesitaba el consentimiento expreso del sujeto fuente para un proyecto de investigación concreto no bastando los consentimientos abiertos para proyectos relacionados con una misma enfermedad o área de investigación. No obstante, en la actualidad, con el Reglamento se admite la posibilidad de que el consentimiento se otorgue a un área de investigación: "Con frecuencia no es posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida. Por consiguiente, debe permitirse a los interesados dar su consentimiento para determinados ámbitos de investigación científica que respeten las normas éticas reconocidas para la dicha investigación. Los interesados deben tener la oportunidad de dar su

consentimiento solamente para determinadas áreas de investigación o partes de proyectos de investigación, en la medida en que lo permita la finalidad perseguida" -Considerando 33-[36].

A la vista de esta normativa se puede apreciar que se admite el consentimiento para el uso de los datos de salud y de datos genéticos en el ámbito de la investigación biomédica mediante la obtención de un consentimiento con fines de investigación en salud que abarque categorías relacionadas con áreas generales vinculadas a una especialidad médica o investigadora[37]. Este consentimiento debería ser explícito e inequívoco, pero no para una concreta investigación, sino que puede abarcar áreas generales vinculadas a las especialidades médicas e investigadoras.

Además, la Ley prevé en qué momento se puede dar ese consentimiento explícito y así la Disposición Adicional 17.2a). regula el supuesto de un consentimiento explícito *ab initio* para fines de investigación en salud que abarquen áreas generales vinculadas a especialidades médicas o investigadoras y la previsión del apartado 2.c) está destinada a permitir que un consentimiento explícito para una investigación concreta pueda *a posteriori* permitir la licitud de tratamientos con fines de investigación en salud relacionados con el área en la que se integró el estudio inicial para el cual se prestó el consentimiento en cuyo caso se tendrá que proporcionar al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional como por ejemplo: la identidad y los datos de contacto del responsable; los datos de contacto del delegado de protección de datos; los fines del tratamiento; los destinatarios de los datos; la intención o no de transferir los datos a terceros países, el plazo de conservación; la existencia de un derecho de acceso, rectificación, supresión[38], limitación, entre otros-art.13.1 y 2-[39]. Y además, se añade otra garantía a través de la Ley de Investigación Biomédica cuando se exige para este tratamiento de datos *a posteriori,* un informe previo favorable del Comité de Ética de la Investigación.

Por otra parte, cuando los investigadores quieran usar datos anonimizados procedentes de otras investigaciones o bien resultantes de la asistencia sanitaria, y no tengan el consentimiento para su utilización en investigación, un Comité de Ética de la Investigación podría considerar la exención del mismo en varios casos: 1) cuando la investigación no pudiera realizarse sin dicha exención; 2) la

36 En esta línea se ha manifestado la Agencia Española de Protección de Datos, en el *Informe 073667/2018* (https://www.aepd.es/media/informes/2018-0046-investigacion-biomedica.pdf)

37 Presenta un especial interés a estos efectos la regulación de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica que establece la necesidad del consentimiento para el tratamiento y para la cesión de datos personales. Se prevé la protección de datos personales y garantías de confidencialidad tanto para los datos personales como para las muestras biológicas que sean fuente de información personal –art.5-.

38 Sancho López, M. "Garantías legales del concepto de privacidad: entre el derecho al olvido y el Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos", *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto, 2018, pp. 193 y ss.

39 Troncoso Reigada, A.: "Investigación, salud", cit., pp. 257.

investigación tenga un valor social importante; y 3) cuando la investigación suponga un riesgo mínimo a los participantes.

En definitiva, el modelo tradicional de consentimiento informado se ha vuelto inadecuado para los proyectos de investigación en salud, sobre todo cuando se mezclan gran cantidad de datos gracias a las nuevas tecnologías digitales, por lo que se ha de tender a hacia modelos de consentimiento amplios que incluyan sistemas de gobernanza representativos[40]. Estos sistemas deben facilitar los medios para que participantes, titulares de los datos y ciudadanos puedan codirigir las operaciones de estos proyectos, comunicar su voluntad y mantener cierto nivel de control sobre sus datos personales a través del tiempo. En otras palabras, es necesario implementar estructuras de gobernanza que permitan extender el concepto tradicional de consentimiento. Esto requiere que el consentimiento sea participativo.

2. Habilitación legal.

Será lícito el tratamiento de datos de salud y datos genéticos para la investigación en salud cuando exista una habilitación legal al respecto. En este sentido, tanto en virtud del art. 9.2.i) y j) del RGPD, como en virtud de la Disposición Adicional 17.2.b) de la Ley se habilita este proceder al estipular que "las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de salud pública podrán llevar a cabo estudios científicos sin consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública". No obstante, hay que hacer una puntualización ya que esta habilitación normativa sólo cubre a las Administraciones Públicas, en concreto a las autoridades sanitarias y las instituciones públicas con competencia en vigilancia de la salud pública y no a las empresas privadas de la industria farmacéutica.

3. Seudonimización.

La seudonimización, sería el tercer supuesto de licitud del tratamiento de datos de salud y de datos genéticos, sin consentimiento del interesado, para utilizarlos en una investigación en salud. Como ya se ha explicado anteriormente, la Ley recurre a la seudonimización como una garantía de protección de los derechos de los sujetos y, además, exige:

a) Que exista una separación técnica y funcional entre el equipo investigador y quienes realizan la seudonimización y conserven la información que posibilite la

40 Villalobos-Quesada, M.: "Participative Consent: Beyond broad and dynamic consent for health *Big Data* resources", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada,* núm. Extraordinario, Dykinson, Madrid, 2019, pp.485-511.

reidentificación, por los riesgos que ello pudiera implicar para los derechos de los sujetos –Considerando 75-

b) Que los miembros del equipo investigador no puedan acceder a los datos seudonimizados salvo que exista un compromiso de confidencialidad expreso de no realizar ninguna actividad de reidentificación y, además, será necesario adoptarán medidas de seguridad específicas para evitar la reidentificación y el acceso de terceros no autorizados, salvo que existiera un peligro real y concreto para la salud del interesado o una amenaza grave para sus derechos o para ofrecerle una adecuada asistencia sanitaria.

4. Reutilización de datos.

La posibilidad de que se reutilicen datos a *posteriori* para otra investigación o finalidad distinta con la que se recabaron está recogida en la actual normativa. Sin embargo, las condiciones de reutilización serán diferentes si los datos fueron recogidos antes o después de la entrada en vigor de la LOPDGDD. De hecho, los requisitos, son más exigentes para los datos recogidos con posterioridad a la entrada en vigor de la ley y así lo establece la normativa:

a) Se permite la reutilización de datos de salud provenientes de proyectos de investigación preexistentes recogidos "*ante*s de la entrada en vigor de la LOPDGDD" siempre que los estudios se encuentren en la misma área de investigación o esté relacionada con la misma -Disposición Transitoria 6, LOPDGDD-. En estos casos, no se exige ni la autorización del tratamiento por un Comité de Ética de la Investigación, ni el derecho de acceso a la información que pudiera tener el sujeto.

b) Se permite la reutilización de datos de salud provenientes de proyectos de investigación preexistentes, con fines de investigación en materia de salud y biomédica recogidos *"después de la entrada en vigor de la LOPDGDD"*, de acuerdo con la Disposición Adicional 17.2c). En este caso, se permite utilizarlos cuando se hubiese obtenido el consentimiento para una finalidad concreta, y se utilicen tales datos para finalidades o áreas de investigación relacionadas con la especialidad médica o investigadora en la que se integrase científicamente el estudio inicial. No obstante, para estos supuestos, la normativa con el objeto de garantizar que se respeten los derechos de los sujetos, exige: Primero, que se informe a los titulares de esta circunstancia a través de la página web del centro que realiza la investigación o bien en la web del promotor que la desarrolla, por medios electrónicos o por medio de otros formatos. Lo importante es que el sujeto sepa para qué se están utilizando sus datos. En segundo lugar, la Ley exige que esta nueva investigación tenga el dictamen favorable del Comité de Ética de Investigación. Incluso, este Comité, podrá admitir la exención de consentimiento informado cuando se plantee el uso de datos personales seudonimizados y se

cumplan unas garantías específicas para este grupo de datos, a las que ya se ha hecho referencia anteriormente.

A la vista de ello, hemos de decir que aun cuando la normativa estipula diferentes requisitos para la protección de datos, según cuándo hayan sido recabados los mismos –antes o después de la entrada en vigor de la LOPDGDD- los derechos de los titulares deberían ser los mismos con independencia del momento en el que los datos fueron recogidos. De esta manera, tal y como describen las pautas éticas internacionales -Declaración de Helsinki-, la reutilización con fines de investigación en salud y biomédica de datos personales, recogidos lícitamente con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, deberían ser, igualmente: evaluados por un CEI, y se debería garantizar el derecho del titular de los datos a recibir información sobre el uso de los mismos.

c) Asimismo, se permite la reutilización de datos resultantes de las *historias clínicas* de los pacientes para desarrollar una investigación en base a la Disposición Final Novena de la LOPDGDD que modifica la el art. 16.3 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente y respetando asimismo la Ley 14/1986 General de Sanidad. En efecto, con este nuevo articulado se permite utilizar aquéllos datos cuando se tomen garantías para proteger al sujeto fuente, tales como: preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos.

d) Se permite reutilizar los datos de *salud pública* para investigación siempre que exista una situación grave y de relevancia. En efecto, de acuerdo con la Disposición Adicional 17.2.b) las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública podrán llevar a cabo estudios científicos sin el consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública.

5. El uso de la tecnología *Big Data* aplicada a la salud: retos jurídicos, éticos y médicos.

El impacto de las nuevas tecnologías de la información en los tratamientos de datos de salud en el contexto de la investigación ha ocupado un lugar preeminente en el debate científico, ético y jurídico[41]. No obstante, no es posible entender las implicaciones jurídicas que plantea el uso de Big Data sin una somera descripción de estas tecnologías.

41 Emaldi Cirión, A.: *et. al.,* "Documento de información sobre la utilización de los datos de la Historia Clínica con fines de investigación biomédica en contextos de *Big Data*". *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada /Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine.* núm. Extraordinario "Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas", Dykinson, Madrid, 2019, pp. 17-23.

El término *Big Data* no viene definido en el Reglamento[42] pero puede definirse como "un paradigma para hacer posible la recopilación, el almacenamiento, la gestión el análisis y la visualización, potencialmente en condiciones de tiempo real, de grandes conjuntos de datos con características heterogéneas"[43] o bien como "el conjunto de tecnologías, algoritmos y sistemas empleados para recolectar datos a gran escala y variedad y a la extracción de información de valor mediante sistemas analíticos avanzados soportados por computación en paralelo"[44]. De hecho, existe el acuerdo de explicar el concepto *Big Data* mediante las cinco características principales que tienen asociadas[45] y que se agrupan en el llamado *Data Domain*[46]:

1) *Velocidad:* Una de las características esenciales de *Big Data* es la enorme velocidad en la generación, recogida y proceso de la información.

2) *Volumen masivo de datos:* Esta masiva cantidad de datos se acumula con un crecimiento exponencial, ampliando continuamente la estructura de almacenamiento de datos existentes.

3) *Variabilidad:* elevada capacidad de agregar información procedente de una amplia variedad de fuentes de información independientes, como redes sociales, sensores, máquinas o personas individuales.

4) *Valorización*: creación de una ventaja competitiva distintiva que presupone una buena comprensión de las expectativas y necesidades del cliente.

5) *Veracidad:* el *Big Data* ha de ser capaz de tratar y analizar inteligentemente el gran volumen de datos con la finalidad de obtener una información verídica y útil que permita mejorar la toma de decisiones.

El objetivo primordial es relacionar datos de muy diversa índole - anónimos, personales, seudonimizados-, con una enorme velocidad en la recogida y procesado de la información y al mismo tiempo afrontar el análisis para obtener conclusiones que sería imposible obtener con un reducido número de datos[47].

42 El Reglamento no define qué se debe entender por *Big Data,* pero se aprecia una aproximación a dicho concepto en el Considerando 91 cuando habla del tratamiento masivo de datos o tratamiento de datos a gran escala y los considera como tales en virtud de: el número de titulares de datos, el volumen de datos, la duración del tratamiento y la extensión geográfica de la actividad del procesamiento

43 Recomendación UIT-TY.3600 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2015.

44 Agencia Española de Protección de Datos. Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos *Big Data,* 2018, p. 3.

45 Estas características se definen en San Segundo Encinar (Dir.) *Big Data en salud digital.* Fundación Vodafone, Minetad, RED.ES, Madrid, 2017, p. 14 y ss:

46 Léase más ampliamente sobre el *Data Domain* a LONSHIN, David, *Enterprise Knowledge Management: The Data Quality Approach.* Morgan Kaufmann, San Diego (CA), 2003, pp. 302 y ss; Zikopoulos, P.: *Hardness the power o f big data, the IBM Big Data Plataform*, McGraw-Hill, EEUU, 2013, pp. 10 y ss.

47 Delort, P. : *Le Big Data*, Presses Universitaires de France, Francia, 2015, pp. 41 y ss.

Todo este proceso queda englobado en el -*Machine Learning*[48]- que puede ayudar a identificar enfermedades, predisposiciones a desarrollar enfermedades, patrones o perfiles personales dependiendo del tipo de análisis que realice[49]: A) Modelos predictivos; B) Modelos descriptivos; o C) Modelos de decisión. Cada modelo puede ayudar en planos distintos de la investigación en salud y en la gestión de los sistemas sanitarios, lo que supone un gran avance en la Medicina predictiva y preventiva. No obstante, este avance también plantea retos jurídicos[50] que tienen que ver con la protección de datos y la posible violación de derechos y libertades fundamentales, como: el derecho a la intimidad, el derecho a la salud o el derecho a la vida[51].

En el ámbito sanitario, hemos de hacer referencia a los posibles retos derivados de relacionar datos masivos ya que ello, puede suponer una amenaza para la privacidad de los sujetos de quienes proceden los datos[52] pero a la vez puede conllevar unas consecuencias altamente positivas en el avance médico:

a) Riesgo de disponer de información voluminosa sobre el paciente. Este hecho, requerirá decidir si se transmite la misma al sujeto, como medida preventiva, terapéutica o bien para informarle de las investigaciones en las que participa con sus datos. Además, hay que añadir el posible riesgo de perder dicha información o de que ésta sea robada o bien que se tengan en cuenta los indicadores biológicos por encima del bienestar del sujeto.

b) Riesgo de identificar o de volver a identificar –reidentificar- con relativa facilidad datos anónimos o que han sido anonimizados o seudonimizados, como pertenecientes a una persona determinad. Utilizando la tecnología del *Big Data*, no es necesario emplear mucho tiempo ni un coste desproporcionado para que una información aparentemente disociada o incluso, anonimizada, pueda convertirse en un dato de una persona identificable, siendo posible la re-identificación del sujeto para poder tratarle si los resultados tienen relevancia en su salud o bien para utilizar sus datos en una investigación.

48 El conjunto de desarrollos, denominados *Machine Learning permiten que las máquinas analicen grandes volúmenes de datos a partir de determinados algoritmos* de programación. Algunos de ellos supervisados, es decir con reglas de aprendizaje predefinidas de modo que se ha programado tanto el *input* como el esperable *output*. Pero también los hay no supervisados en los que el programa se diseña para que analicen conjuntos de datos e identifique patrones.

49 San Segundo Encinar, R, (Dir.) *Big Data,* cit., p. 19 y ss.

50 Pizzetti, F.: *Privacy e il Diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo, I*, G. Giappichelli Editore, Italia, 2016, pp. 190 y ss.

51 Llama la atención el enfoque que hace esta autora en su estudio ya que recalca la idea de que no siempre la utilización masiva de datos va en contra de la privacidad del sujeto. Soto, Y.: "Datos masivos con privacidad y no contra privacidad", *Revista de Bioética y Derecho. Dossier Monográcio del XIII Congreso Mundial de la International Association of Bioethics*, núm. 40, 2017, pp. 101-114.

52 Romeo Casabona, C.: "Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del *Big Data* aplicada a la salud", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada,* núm. Extraordinario "Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas", Dykinson, Madrid, 2019, p. 90 y ss.

c) Riesgo en relación con la veracidad de la información ya que la información proveniente de la tecnología Big Data, puede que no tenga el mismo rigor científico que la derivada de la aplicación de análisis clínicos controlados y analizados.

d) Riesgo de crear una nueva "brecha entre los ciudadanos" ya que el *Big Data* favorecerá a aquellos que están más interconectados digitalmente, lo que provocará desigualdades en el ámbito sanitario.

e) Riesgo derivado del exceso de biomonitorización y la toma de decisiones clínicas basadas exclusivamente en procesos de automatización o en perfiles obtenidos de pacientes, podrían limitar o afectar su autonomía de la voluntad y la toma de decisiones.

f) Riesgo en la toma de decisiones por parte del profesional sanitario. La tendencia al automatismo en la toma de decisiones cuando se basan en propuestas algorítmicas del sistema de inteligencia artificial que pueden anular las decisiones de los profesionales.

g) Riesgo de elaboración de perfiles personales[53]. Esto implica encuadrar a una persona en función del resultado del tratamiento informatizado de sus datos, en un grupo concreto al que se le atribuyen unos comportamientos futuros[54], lo que puede incluir a las personas en categorías predeterminadas sin que éstas tengan conocimiento de ello e incluso, la atribución de perfiles puede generar datos personales no proporcionados por el afectado[55].

En estos casos, los riesgos de clasificar o estratificar a los pacientes en grupos de acuerdo con los perfiles personales es que: a) se pueden tomar decisiones discriminatorias o arbitrarias basadas en los perfiles; y b) se pueden violar derechos de los sujetos como el de discriminación o la intimidad. Debido a la posibilidad de que se corran estos riesgos, se recoge en el Reglamento el derecho del sujeto a no ser objeto de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado –art. 22-. En definitiva, se trata de proteger la privacidad y la protección de datos como derechos fundamentales frente a la evolución tecnológica.

53 El RGPD describe qué ha de entenderse por elaboración de perfiles de personas en el art. 4.4. "Elaboración de perfiles: toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.

54 Garriga Dominguez, A.: *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 60 y ss.

55 Recomendación (2010)13 sobre protección de las personas físicas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Consejo de Ministros del Consejo de Europa. Adoptado el 23 de noviembre de 2010.

h) Finalmente, otra cuestión que es debatida por los autores y que ha de reflexionarse sobre ella, radica en la duda de si para el proceso mismo de seudonimización es necesario el consentimiento del interesado; o si no requiere dicho consentimiento. Esto es, mientras estos procesos de seudonimización o anonimización se culminan o, incluso antes de que se inicien, nos encontramos ante verdaderos datos de carácter personal, y por tanto, atribuibles a una persona identificada o identificable, por lo que no cabe duda de que su tratamiento requiere también para que sea legítimo, el consentimiento del interesado, a salvo de situaciones específicas que contemple la norma[56].

Aun cuando se aprecian posibles riesgos inherentes a esta tecnología *Big Data,* sin embargo, estamos ante el comienzo de una verdadera revolución en ámbitos tales como, la investigación clínica, la epidemiología, la monitorización, la farmacología, ya que las consecuencias transformadoras podrían ser muy positiva, entre las que destacan[57]:

i) La transformación de datos en conocimiento: Las nuevas tecnologías y el *Big Data***,** pueden analizar de manera no causal grandes volúmenes de datos que enriquecerán el conocimiento, sobre todo, en el área de la genómica.

j) El aprovechamiento de la información: La información en *Big Data* se recoge de una manera sencilla, en muchos repositorios y sin finalidad inmediata por lo que la capacidad de análisis de los datos será mayor y tendrá que pensarse para qué se puede utilizar en un futuro en los que, además, existirán colaboraciones científicas. Hay que reflexionar sobre este aspecto tanto si estamos en el ámbito de la investigación pública como privada.

k) Novedosos instrumentos para los profesionales de la salud: los profesionales sanitarios –médicos e investigadores-, dispondrán de nuevos conocimientos sobre la epidemiología, las patologías, los tratamientos, los fármacos, que redundarán en una mejor y más precisa asistencia sanitaria.

l) Promoción de la medicina del futuro: el *Big Data***,** promoverá una nueva medicina predictiva, ya que los ciudadanos dispondremos de sensores biosanitarios que permitirán a las personas conocer mejor su estado de salud, lo que conllevará a tomar medidas de protección de datos al respecto.

En definitiva, para poder ofrecer una atención sanitaria de alta calidad a un precio asequible será necesario la digitalización de la salud y el uso de estas tecnologías, pero también se exigirá a los profesionales, los gestores y los propios

56 Romeo Casabona, C.: "Revisión de", cit., pp.115, 121 y ss.

57 San Segundo Encinar (dir.): *Big Data,* cit., pp. 42, 44 y 51.

pacientes que modifiquen sus hábitos buscando un modelo de interacción. Por ello, salvo que las autoridades de protección de datos admitan que la investigación científica en salud constituye por sí misma un supuesto de interés legítimo, la tecnología *Big Data* en salud, encontrará barreras en la Unión Europea.

V. CONCLUSIONES.

1ª) En relación con el consentimiento para el tratamiento de datos especialmente sensibles hemos de plantearnos si, en la actualidad, dicho consentimiento se está recabando adecuadamente, cuando por defecto el tratamiento de estos datos está prohibido. La normativa garantista que ofrece el Reglamento, no protege al ciudadano de todo riesgo aparejado con el tratamiento de datos. En el ámbito de la salud, el consentimiento informado para una investigación concreta se ha vuelto inadecuado en la era de la tecnología del *Big Data* donde se relacionan todo tipo de datos. Por tanto, lo importante sería potenciar que el sujeto tuviera un auténtico control de sus datos, implementando estructuras de gobernanza que permitieran extender el concepto tradicional de consentimiento para que este fuera actual, responsable, comprometido con la investigación y participativo. En definitiva, promover el control sobre los propios datos como un verdadero ejercicio de los derechos fundamentales del sujeto.

2ª) Los Comités de Ética de la Investigación, deberán tomar medidas para adaptarse a la nueva normativa ya que la misma exige, entre otras cautelas, que exista la figura del Delegado de protección de datos o un experto con conocimientos suficientes del Reglamento en cada Comité de Ética. Debería, cuanto antes, cumplirse con esta exigencia y formar profesionales con dichas competencias.

3ª) En un futuro desarrollo normativo sobre la investigación biomédica sería conveniente que, de manera institucionalizada, se controlara a los responsables del tratamiento de datos para que éstos hagan respetar los derechos de autodeterminación informativa de los interesados. Podría ser buen momento para asignar dicha facultad de control a los Comités de Ética de la Investigación.

4º) Se debería asegurar y verificar si las empresas que recogen datos de salud, están implementando políticas efectivas de *Privacy by design*[58], es decir, protección de datos desde el diseño inicial del proyecto y por defecto, tales como la seudonimización, o la minimización de datos, como exige el Reglamento - art.25-.

58 Véase más ampliamente las pautas marcadas por el Consejo de Europa, sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto y el análisis de impacto en la protección de datos en: Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processsing of personal data: *Guidelines on the protection of individuals with regard the processing of personal data in a world of Big Data,* Council of Europe, Strasbourg, 2017.

Todo hace pensar que, en estos momentos, con el empleo de la tecnología del Big Data y el *Blockchain* existe lagunas y falta de protección suficiente que deberá corregirse y adaptarse en el ámbito de la salud. Para ello, deberá elaborarse un procedimiento adecuado, transparente y seguro, en el contexto de un marco ético y jurídico que garantice la mayor protección del sujeto en el tratamiento de datos de carácter personal.

5ª) Algunos aspectos importantes siguen pendientes de regulación, como las garantías de los titulares de los datos, obtenidos antes de entrar en vigor la LOPDGDD, cuando se plantea su posterior reutilización con fines de investigación. Se deberían equiparar las exigencias para proteger los datos con independencia de que estos fueran recogidos antes o después de la entrada en vigor de la Ley.

6ª) En cuanto a la revocación para el tratamiento de datos personales, si el sujeto ejerce su derecho de revocar el consentimiento para participar en una investigación, tendrían que existir mecanismos para que el responsable del tratamiento de los datos supiera que ha de cancelarlos sin necesidad de que el sujeto tenga que hacer una petición expresa al respecto.

7ª) En principio, los datos anonimizados se sitúan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, pero ante el progresivo avance tecnológico y el aumento de la capacidad de procesamiento y cruce de datos mediante las nuevas tecnologías informáticas, es imposible seguir manteniendo la idea de que se pueden anonimizar los datos de forma irreversible, ya que cualquier dato combinado con otros, es susceptible de ser reidentificado. Por eso, al día de hoy, el Reglamento es insuficiente para proteger de manera absoluta el derecho a la protección de datos personales de los sujetos y por ello, la normativa se tendrá que ir adaptando a los nuevos avances de la Era digital.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Big Data en salud digital.* Fundación Vodafone, MINETAD, RED.ES, Madrid, 2017.

De Miguel Sánchez, N.: "Un nuevo escenario normativo para la información genética", *Humanitas, S Humanidades Médicas*, núm. 11, enero de 2007.

Delort, P.: *Le Big Data*, Presses Universitaires de France, París, Francia, 2015.

Garriga Dominguez, A.: *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2016.

Gil, E.: *Big Data, Privacidad y protección de datos*, Agencia Protección de Datos-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2016.

Herrán Ortiz, A.I.: "Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa: el Reglamento general de protección de datos personales a debate", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* núm. 8, 2016.

Lonshin, D.: *Enterprise Knowledge Management: The Data Quality Approach.* Morgan Kaufmann, San Diego (CA), 2003.

Manis, M.L.: "The processing of personal data in the context of scientific research. The new regime under the EU-GDPR ", *Biolaw Journal / Rivista di Biodiritto,* Núm. 3, 2017.

Martínez Martínez, R.: "Big Data, investigación en salud y protección de datos personales. ¿Un falso debate?", *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 62, 2017.

Mendez García, M. y Alfonso Farnós, I.: "La legitimación para el tratamiento de categorías especiales de datos con finalidades de investigación en el marco del Reglamento (UE) 2016/679 y de la Ley Orgánica 3/2018", *Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine.* Núm. Extraordinario "Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas", Dykinson, Madrid, 2019.

Miño-Vásquez, V.: "La protección de los datos genéticos en virtud del Reglamento General de Protección de Datos / The protection of genetic data under the General Data Protection Regulation",· *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada /Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine,* núm. 51, Dykinson, Madrid, 2019.

Nicolás Jiménez, P.: "Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos: un nuevo marco normativo para el tratamiento de datos personales con fines de investigación biomédica", en AA.VV.: *Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (A. Troncoso Reigada), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020 (En prensa).

Pérez Gómez, J.M.: "Especialidades en el sector sanitario*", El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos,* Coord. López Calvo, Bosch, Barcelona, 2018.

Piñar Mañas, J. L. (dir.): *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 117-118.

Pizzetti, F.: *Privacy e il Diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo, I*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

Pormeister, K.: "Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?", *International Data Privacy Law*, núm. 2, vol. 7, 2017.

Romeo Casabona, C.: "Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del *Big Data* aplicada a la salud", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada /Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine.* Núm. Extraordinario "Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas, Dykinson, Madrid, 2019.

Sancho López, M.: "Garantías legales del concepto de privacidad: entre el derecho al olvido y el Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos", *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto, 2018, pp. 176-202.

Soto, Y.: "Datos masivos con privacidad y no contra privacidad", *Revista de Bioética y Derecho. Dossier Monográcio del XIII Congreso Mundial de la International Association of Bioethics*, núm. 40, Escocia, 2017, pp. 101-114.

Troncoso Reigada, A.: "Investigación, Salud Pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Revista de Derecho y Genoma Humano,* Dykinson, Madrid, núm. 49, 2018.

Villalobos-Quesada, M.: "Participative Consent: Beyond broad and dynamic consent for health *Big Data* resources" *Law and the Human Genome Review.*

Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine, núm. Extraordinario, Dykinson, Madrid, 2019.

Vivas Tesón, I.: "Autodeterminación informativa, validez del consentimiento y protección datos sensibles: críticas al nuevo marco normativo", *Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine,* núm. Extraordinario, Dykinson, Madrid, 2019.

Zikopoulos, P.: *Hardness the power of Big Data, the IBM Big Data Plataform*, McGraw-Hill, Estados Unidos, 2013.

SALUTE, AMBIENTE E INIZIATIVA ECONOMICA: TECNICHE DI BILANCIAMENTO ED EFFETTIVITÀ DEI RIMEDI*

HEALTH, ENVIRONMENT AND FREEDOM OF BUSINESS: BALANCING METHODS AND EFFECTIVE REMEDIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 748-793

* Il presente contributo, sebbene unitariamente concepito dai suoi autori, deve essere cosí suddiviso nelle sue parti: §§ I-VI sono da attribuire a Camilla Crea; §§ VII-X a Luca E. Perriello.

Camilla CREA
e Luca E.
PERRIELLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Il bilanciamento tra tutela della salute, dell'ambiente e interessi economici – la produzione ma anche il lavoro – è di estrema complessità per le corti nazionali, europee e internazionali e, prima ancor per le istituzioni politiche. Una "scelta tragica" va compiuta. Il caso Ilva è il simbolo di un disastro ambientale che offre l'opportunità di affrontare diverse tematiche sensibili. La prima parte analizza i possibili metodi e i limiti del bilanciamento degli evocati diritti costituzionali nell'ordinamento giuridico italiano, basandosi sulla natura flessibile e dinamica della gerarchia dei valori. Inoltre, si esplora l'effettività delle tecniche di giustiziabilità in materia ambientale, in termini di accesso alla giustizia e di rimedi effettivi, sulla scia delle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). La seconda parte si concentra sulle funzioni svolte dalla responsabilità civile nel reintegrare i pregiudizi quando nessuna prevenzione effettiva è possibile. Argomentando dalla prevenzione unilaterale degli incidenti e dall'irrilevanza dell'eccezione del rispetto dei permessi di inquinamento, si osserva che i danni ambientali "riflessi" devono essere risarciti attraverso una regola oggettiva di responsabilità. Lo scritto termina con alcune considerazioni di politica del diritto circa il modello piú effettivo per regolare i disastri ambientali.

PALABRAS CLAVE: Ilva; Cordella; CEDU; responsabilità ambientale; risarcimento del danno; reintegrazione specifica; nesso causale; inquinamento diffuso; permessi di inquinamento; disastri ambientali.

ABSTRACT: *Balancing health and environment against economic interests – production but also employment – is a big conundrum for national, European and international courts and politics. It seems a 'tragic choice' to deal with. The Ilva case is the symbol of an environmental disaster that offers an opportunity to delve into several sensitive issues. Part I will address, firstly, the possible methods and limitations of balancing constitutional rights in the Italian legal system, drawing on the flexible and dynamic nature of the hierarchy of legal values. Secondly, it will address the role of effective judicial protection of the right to health and environment, taking into consideration access to justice and effective remedies, as the European Court of Human Rights (ECHR) pointed out. Part II will focus on the role of civil liability in restoring damages where no effective prevention is feasible. While focusing on the unilateral prevention of accidents and the irrelevance of a regulatory compliance defense, the paper will contend that "reflected" environmental damages should be granted compensation through a strict rule of liability. Finally, the paper will articulate some policy remarks as to the most effective model to regulate environmental disasters.*

KEY WORDS: *Ilva; Cordella; CEDU; environmental liability; compensation for damages; reparation in kind; causation; diffuse pollution; pollution permits; environmental disasters.*

SUMARIO.- I. DIRITTI FONDAMENTALI, BILANCIAMENTO E TECNICHE DI GIUSTIZIABILITÀ. - II. L'AFFAIRE ILVA: STORIA INFINITA DI UN CONFLITTO SOCIALE, ECONOMICO E POLITICO. - III. SALUTE E AMBIENTE SALUBRE VS LAVORO E PRODUZIONE: IL PRIMO STEP DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA TRA FORMALISMO E RICERCA SURRETTIZIA DI EFFETTIVITÀ. - IV. POLITICITÀ DEL BILANCIAMENTO, LIMITI FORMALI E SOSTANZIALI: NIENTE DI NUOVO SOTTO IL SOLE?. - V. THE SECOND STEP: LE SCELTE STRATEGICHE DI BILANCIAMENTO E IL FOCUS MANCANTE SULLA EFFETTIVITÀ DEL SISTEMA DI TUTELA AMBIENTALE. - VI. L'INTERVENTO DELLA CORTE EDU E IL CASO CORDELLA: EFFETTIVITÀ DEI RIMEDI, VALORE DELLA PREVENZIONE E VALORE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE. - VII. LA DISCUSSA RISARCIBILITÀ DEI DANNI AMBIENTALI "RIFLESSI". - VIII. L'IRRILEVANZA DEL RISPETTO DEI PERMESSI DI INQUINAMENTO: LA NATURA OGGETTIVA DELLA RESPONSABILITÀ AMBIENTALE "RIFLESSA". - IX. LA PROVA DEL NESSO CAUSALE NEGLI INQUINAMENTI DIFFUSI. - X. ALCUNE CONSIDERAZIONI DI POLITICA DEL DIRITTO SULLA REGOLAMENTAZIONE DEI DISASTRI AMBIENTALI: MEGLIO LA LEGISLAZIONE PUBBLICISTICA O LA RESPONSABILITÀ CIVILE?

I. DIRITTI FONDAMENTALI, BILANCIAMENTO E TECNICHE DI GIUSTIZIABILITÀ.

Gli scenari del diritto che si aprono al futuro ("il futuro del diritto", che non è "il diritto del futuro") poggiano sulla storia e sui fatti, su ciò che è stato e che è alla luce della esperienza giuridica maturata e ancora in atto[1]. Uno di questi scenari, una delle *res novae* è la progressiva primazia dei diritti umani all'interno degli ordinamenti giuridici, tramite i processi di costituzionalizzazione nazionali, europei e sovranazionali. Centrale è la tutela dei diritti umani, ossia di quei beni e interessi fondamentali collegati alla persona nella varietà e molteplicità delle sue espressioni; centrale è, conseguentemente, il bilanciamento tra princípi/valori talvolta in conflitto, l'argomentazione e il *legal reasoning* che consente di giustificare la soluzione adottata dall'interprete.

Invero, per interpretare e applicare i diritti umani bisogna far ricorso sia ad un insieme complesso di dottrine politiche e morali fortemente dibattute, sia a giudizi empirici, spesso anch'essi controversi, fondati sulla tecnica e sulla scienza.

1 Viola, F.: "Il futuro del diritto", *Persona y derecho*, 2018, p. 9.

• Camilla Crea
Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi del Sannio. E-mail: camilla.crea@unisannio.it

• Luca E. Perriello
Ricercatore di Diritto privato nell'Università Politecnica delle Marche. E-Mail: l.perriello@univpm.it

Non è piú soltanto una questione di ricerca del significato di un testo giuridico. Interpretazione è necessariamente argomentazione, costruzione di un ordine il piú possibile coerente e solido di motivazioni, considerando le ragioni dei fatti e dei valori.

L'itinerario è assai complesso: pluralismo dei princípi/valori[2] non soltanto nazionali ma contenuti in molteplici testi sacri; interpretazione/argomentazione che richiede normalmente un bilanciamento ("*between 'constitutional', 'fundamental', or 'human' rights – and between these rights and competing public interests*"[3]); pluralità di corti e di decisioni che mettono in crisi i tradizionali criteri di competenza e gerarchia[4] strutturando, invece, rapporti "eterarchici" continuamente da definire. La complessità trova una sua sintesi perfettibile nella esigenza di effettività del diritto nazionale, europeo, internazionale e degli stessi diritti umani[5]. La grammatica discorsiva dei diritti umani impone il passaggio dalla mera giustificazione ed enunciazione formale alla effettività della protezione, delle tecniche di giustiziabilità[6] e dei rimedi, giusti perché ragionevoli, proporzionati e adeguati agli interessi emergenti nel caso concreto. Giustificare senza tutela apre al rischio di utilizzi distorti e persino egemonici di tali diritti da parte delle istituzioni legittimate a tutelarli.

Alla luce di tali premesse, si cercherà di affrontale il tema della tutela del diritto alla salute e ad un ambiente salubre, partendo da un noto caso italiano di disastro ambientale che ha riguardato l'acciaieria Ilva ed è stato ed è oggetto di molteplici e assai controverse decisioni. La narrativa del caso Ilva tocca gli equilibri politico-istituzionali, sempre piú dinamici e di difficile definizione, tra legislazione e giurisdizione (*jurisdictio* vs *legislatio*) e tra ragioni economiche – ancorate ad

2 Nella molteplicità di contributi cfr. Zagrebelsky, G.: *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; Luciani, M.: "Corte costituzionale e unità nel nome dei valori", in Romboli, R. (a cura di): *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 170-178; Bin, R.: *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; Pino, G.: "Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi", *Ragion pratica*, 2007, pp. 219-276; Morrone, A.: *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014.

3 Greer, S.: "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", *Cambridge Law Journal*, 2004, 63(2), pp. 412-434. Piú ampiamente *vid.* infra note 23-27.

4 Femia, P.: "Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo", in Mezzasoma, L., Rizzo, V. e Ruggieri, L. (a cura di): *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 105 ss.

5 Magrassi, M.: "Effettività e inviolabilità dei diritti tra garanzie costituzionali e diritto vivente", *Pòlemos*, 2009, pp. 9-26; in generale, sul principio di effettività del diritto privato, Vettori, G.: "Effettività delle tutele (diritto civile)", *Enciclopedia del diritto*, Ann. X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 381-406; Navarretta, E. (a cura di): *Effettività e "drittwirkung", Idee a confronto. Atti del convegno (Pisa, 24-25 febbraio 2017)*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2018; con riguardo alla tutela giurisdizionale *vid.* Oriani, R.: *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008; Pagni, I.: "La giurisdizione tra effettività ed efficienza, analizzando il rapporto tra effettività ed efficienza", *Diritto processuale amministrativo*, 2015, pp. 401-431 che analizza il complesso rapporto tra effettività ed efficienza; Libertini, M.: "Le nuove declinazioni del principio di effettività", in Grisi, G. (a cura di): *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2019, p. 21.

6 Bobbio, N.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

approcci neoliberisti – da una parte, e solidarismo e personalismo correlato a percorsi di "ecologia" del diritto e di giustizia sociale, dall'altra.

Il caso costituirà il filtro per analizzare: a) il delicato tema del bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti; b) i profili dell'effettività della tutela del diritto alla salute e ad un ambiente salubre, nelle due varianti, fortemente correlate, dell'accesso alla giustizia ma anche del diritto ad una misura/rimedio appropriato, cosí come intese dalla Corte europea dei diritti umani; c) infine, i *remedi*es, in particolare nell'ambito del *private law* e della disciplina dei *torts*. La base del ragionamento è in ogni caso duplice e si fonda, da un lato, sulla consapevolezza che l'unica vera via per proteggere davvero la persona umana è quella di "prevenire" la lesione dei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla salute; dall'altro, sulla idea di sostenibilità – quale nuovo paradigma postmoderno del costituzionalismo "ecologico" contemporaneo – che esprime, nella solidarietà intergenerazionale un obiettivo di valore[7], un dover essere universale.

II. *L'AFFAIRE* ILVA: STORIA INFINITA DI UN CONFLITTO SOCIALE, ECONOMICO E POLITICO.

Il caso Ilva si sviluppa secondo una sequenza di eventi piuttosto complessa. L'acciaieria è sempre stata una delle pietre miliari dell'economia italiana. Fondata nel 1965 dall'IRI, una società controllata dallo Stato, è stata poi privatizzata nel 1995. Le problematiche ambientali legate all'attività industriale dello stabilimento sono da tempo note alle istituzioni e si sono progressivamente aggravate per la mancanza di investimenti e concrete azioni di bonifica.

Già nel 1997 il Governo italiano aveva dichiarato l'area dello stabilimento "ad alto rischio ambientale", ma il potere politico ha continuato ad ignorare la gravità della situazione. Lo scenario comincia a mutare in corrispondenza di nuovi itinerari europei incentrati sulla riconosciuta centralità della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile, e sui princípi di precauzione, prevenzione e "chi inquina paga", recepiti anche all'interno dell'ordinamento nazionale[8]. La Corte di Giustizia

7 Ekeli, K.S.: "Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations", *Ratio Juris*, 2007, 3, p. 378; Bosselmann, K.: *The Principle of Sustainability: Transforming law and governance*, 2ª ed., Routledge, New York, 2017; Porena, D.: *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017; per uno sguardo comparativo sulla locuzione di sostenibilità (non soltanto ambientale) e sulle difficili modalità di attuazione di un concetto cosí elastico, *vid.* Groppi, T.: "Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro", *Diritto pubblico europeo comparato*, 2016, 1, p. 43; il tema si colloca all'interno di una visione ecologica del diritto (e della scienza), quale sistema che comunica con gli altri sistemi; ciò è possibile superando il cortocircuito innescato nella *western legal culture* dal paradigma meccanicistico e dal positivismo giuridico di impianto formalista [Capra, F. e Mattei, U.: *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koheler Publishers, Oakland (CA), 2015].

8 Di Cosimo, G. (a cura di): *Implementing EU Environmental Law in Italy*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013; Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

nel 2011[9], a seguito di un ricorso per infrazione promosso dalla Commissione europea, ha condannato l'Italia per inadempimento alla Direttiva 2008/1/EC in materia di *"Integrated pollution prevention and control"* (IPPC). Tale direttiva obbliga le industrie con un elevato potenziale inquinante a dotarsi della c.d. Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) e, dunque, a seguire una procedura di autorizzazione basata su *standard* minimi da rispettare[10].

Parallelamente, a livello nazionale, le corti locali hanno avviato un numero significativo di processi, tra gli altri, per inquinamento di aria e suolo, disastro ambientale, contaminazione delle acque, violazione di obblighi di informare i lavoratori dei rischi ambientali, danno ai beni pubblici. Cosí, nel 2012, dopo una serie di poco fruttuose negoziazioni con la proprietà, i giudici hanno disposto il sequestro dell'impianto che all'epoca contava oltre 15.000 dipendenti[11].

L'emergenza ambientale, derivante da una attività pericolosa (tale è la produzione di acciaio) viene, in prima battuta, gestita dal potere giudiziario, di fronte all'inerzia del potere esecutivo, ossia delle istituzioni governative sia centrali, sia locali. L'emergenza non è tuttavia soltanto ambientale, ma anche occupazionale: la decisione di sequestrare l'area ed interrompere l'attività dell'impresa non si limita infatti a gestire un presente irrimediabilmente compromesso, evitando il perpetrarsi dell'inquinamento, ma decide per il futuro[12], incidendo anche sul diritto al lavoro, un diritto sociale fondamentale nella Carta costituzionale italiana, il quale va bilanciato con la tutela della salute e dell'ambiente.

Il Governo italiano interviene rivendicando a sè il ruolo di decisore del bilanciamento, emanando una legge *ad hoc*, il c.d. decreto "salva Ilva"[13] (il primo) il quale, da un lato, riconosce il particolare impatto dell'Ilva sull'economia nazionale in quanto stabilimento di "interesse strategico nazionale"; dall'altro, autorizza la prosecuzione dell'attività produttiva e la commercializzazione dei prodotti per un periodo contingentato non superiore a 36 mesi.

Il conflitto tra valori di rilievo costituzionale trova un compromesso "formale" in regole che danno priorità all'occupazione ed alla produzione, purché siano

9 Corte giust., 31 Marzo 2011, C-50/10, *European Commission* c. *Italian Republic*, ECR 2011 I-00045, *eur-lex. europa.eu*.

10 Per una analisi dettagliata della vicenda, da ultimo *vid*. Lugaresi, N.: "Ilva: an Environmental Case", in Jendrośka, H. e Bar, M. (a cura di): *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*, Cambridge-UK, Intersentia, 2017, pp. 79, 81.

11 In senso critico sul potere di bilanciamento dei giudici in casi sensibili e di grande impatto sull'economia nazionale Viganò, F.: "Il caso Ilva (e molto altro) nel nuovo numero della rivista trimestrale: editoriale", *Diritto penale contemporaneo*, 8 April 2013; nonché Ferrari, G.F.: "Italian Perspectives on the Judiciary", *International Journal for Court Administration*, 2019, 10(1), pp. 13-22.

12 Onida, V.: "Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente", *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 1494 ss.

13 Decreto Legge, 30 Novembre 2012, n. 207, convertito in legge 24 Dicembre 2012, n. 231.

rispettati alcuni requisiti contenuti AIA – autorizzazione rilasciata, in sede di riesame, dal Ministero dell'Ambiente – al fine di garantire la protezione della salute e dell'ambiente "sulla base delle migliori tecniche disponibili" (le c.dd. *Best Available Techniques*, in conformità alla direttiva 2010/75/UE).

Il conflitto sociale, in una "società del rischio" perennemente impreparata alla "normalità dei disastri", acutizza il conflitto politico ed istituzionale. Il potere legislativo si è, in questo caso, sovrapposto al potere dei giudici, sospendendo l'efficacia delle misure di sequestro; ma, invertendo la prospettiva, attribuire ad un giudice l'ultima parola – in un caso che coinvolge interessi di una collettività e che richiede una attività valutativa assai complessa sembra rischioso. Meglio pretendere che sia il potere politico ed amministrativo ad occuparsi della prevenzione dei pericoli alla salute e all'ambiente e del contemperamento con interessi economici ed occupazionali.

Tra i due litiganti subentra un altro decisore, forse l'ultimo: la Corte costituzionale viene infatti chiamata a valutare la conformità a Costituzione delle disposizioni contenute nel decreto "salva Ilva".

III. SALUTE E AMBIENTE SALUBRE *VS* LAVORO E PRODUZIONE: IL PRIMO *STEP* DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA TRA FORMALISMO E RICERCA SURRETTIZIA DI EFFETTIVITÀ.

La questione centrale – mettendo da parte la violazione del principio di separazione dei poteri palesata dalla vicenda[14]– è il bilanciamento operato dal guardiano nazionale della Costituzione e il giudizio di ragionevolezza.

La Corte costituzionale, infatti, si trova ad operare nel 2013[15] una scelta che "appare" tragica, usando la simbolica espressione di Calabresi e Bobbit:

14 La presunta incostituzionalità del decreto salva Ilva è legata, infatti, anche al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, poiché il decreto ha in sostanza reso nulla l'efficacia dei provvedimenti giudiziari già adottati, determinando una consistente violazione della separazione dei poteri. Su questi aspetti, tra i tanti, Bin, R.: "L'Ilva e il soldato Bandini", *Diritto penale contemporaneo*, 7 Dicembre 2012, p. 5; Morelli, A.: "Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali", *Diritto penale contemporaneo*, 12 Dicembre 2012, pp. 7-11.

15 Cfr. Corte cost., 9 Aprile 2013, n. 85, *Foro italiano*, 2014, I, p. 441, in cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/85-2013.pdf; l'espressione usata nel testo è tratta da Calabresi, G. e Bobbit, P.: *Tragic Choices*, W.W. Norton & Co Inc., New York, 1978. Tuzet, G.: "Does Economic Analysis of Law Need Moral Foundations; Comment on Chain", *German Law Journal*, 14(8), 2013, pp. 1163-1170 ben evidenzia che "the tradeoff of state intervention and that of constitutional balancing stem from the same basic problem. The root of it lies in the impossibility of achieving incompatible goals and the necessity of striking a balance between them". So, "the real problem of promoting social and economic rights" is that: "They cannot be realized all together and for free. Every right is in tension with some other and sometimes the tension becomes an open conflict; every amount of money or other resources used for one thing is not used for another. Therefore we have to make choices one way or another and I venture to think (but cannot argue here) that a case-by-case evaluation, considering every aspect of specific situations, is in this matter preferable to a general policy of promoting one kind of right over another".

bilanciare valori tutti fondamentali nell'ordinamento costituzionale, e trovare un 'compromesso', o meglio una regola di gestione del conflitto assiologico.

I giudici di Taranto avevano sollevato una questione di costituzionalità di alcune disposizioni del decreto "*ad Ilvam*" perché avrebbero realizzato un bilanciamento irragionevole tra tutela della salute e dell'ambiente (artt. 2, 9 e 32 Cost.) e libertà di iniziativa economica (art. 41 cost.). La legge, infatti, prevede una sorta di "immunità" per le attività illecite e pericolose dell'impresa, impedendo qualsiasi intervento inibitorio e prevedendo, al massimo, una sanzione pecuniaria nel caso in cui, nella prosecuzione dell'attività produttiva, l'azienda violi le indicazioni e i requisiti stabiliti nell'AIA. Il legislatore non ha, dunque, individuato un equilibrio, perché ha costruito un bilanciamento "ineguale"[16] tra gli interessi in conflitto, ha sacrificato diritti fondamentali della persona che dovrebbe invece "prevalere" *tout court* sugli interessi economici (al lavoro e all'attività produttiva). La tutela del valore "persona" è, infatti, gerarchicamente al vertice dei valori dell'ordinamento costituzionale e dovrebbe escludere qualsiasi ponderazione con interessi di natura economica.

La Corte costituzionale dichiara la censura infondata sulla base di una serie di argomentazioni essenzialmente di coerenza formale[17] del sistema: *in primis*, ritiene che la complessa procedura tecnica di autorizzazione (AIA) prevista nel decreto rappresenti la base del ragionevole bilanciamento effettuato dal legislatore. Si tratta infatti di "un provvedimento per sua stessa natura 'dinamico' in quanto contiene un programma di riduzione delle emissioni, che deve essere periodicamente rivisto (in genere ogni cinque anni) al fine di implementare tecniche aggiornate ottenute attraverso la ricerca scientifica e tecnologica di settore". Esso, inoltre, è attuativo dei princípi europei di protezione ambientale (prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione); si ché rappresenta lo strumento attraverso il quale "la normativa intende trovare un equilibrio in merito all'accettabilità e alla gestione dei rischi derivanti dall'attività autorizzata"[18].

La dinamicità riguarda anche l'impianto sanzionatorio: sul piano dei rimedi – e dunque della effettività della tutela della salute e dell'ambiente – i giudici costituzionali sottolineano che la legge sull'Ilva non limita le sanzioni; anzi le aggrava, poiché prevede una scansione graduale degli interventi (di vigilanza, monitoraggio,

16 Luciani, M.: "Sui diritti sociali", Democrazia e diritto, 1995, p. 560.

17 Geninatti Satè, L.: "'Caso Ilva': la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)", forumcostituzionale.it, 13 Maggio 2013; Vivaldi, E.: "Il caso Ilva: la 'tensione' tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali", *federalismi.it*, 24 July 2013.

18 Corte cost., 9 Aprile 2013, n. 85, cit., ove si fa espresso richiamo alla direttiva europea sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (n. 1/2008), implementata in Italia con il Codice dell'ambiente (in particolare art. 29 *octies*). Ciò era vero nel 2013. Tuttavia, la disciplina è stata successivamente modificata (D.lgs. 46/2014) ampliando la durata del piano di riduzione delle emissioni a dieci anni invece di cinque, e cosí sollevando molteplici dubbi sulla concreta sostenibilità del sistema di *governance* ambientale adottato.

controllo e ispezione) che possono sfociare in sanzioni di crescente intensità a seconda della gravità della violazione.

In particolare, la specifica sanzione pecuniaria – pari al 10% del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalla società in caso di inosservanza dello IEP[19] – non si sostituisce a quelle (civili, penali ed amministrative) già esistenti in materia, bensí si aggiunge, si cumula con queste ultime, in tal modo verificandosi un "aggravamento di responsabilità", anziché un suo svuotamento.

In sostanza si riconosce che il procedimento-provvedimento tecnico previsto dalla legge limitando, circoscrivendo e indirizzando la prosecuzione dell'attività dell'impresa, è lo strumento di *governance* dei rischi ambientali adeguato a rendere certi rischi "accettabili", dunque sostenibili in virtú del percorso di risanamento che traccia. Detto in termini giuridici le disposizioni normative realizzano un equilibrio ragionevole, anche se perfettibile, tra diritto alla salute (art. 32) e relativo diritto ad un ambiente sano, e il diritto al lavoro (art. 4), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dell'occupazione e il dovere delle istituzioni pubbliche di compiere tutti gli sforzi per tutelarlo.

Gli argomenti che giustificano il *legal reasoning* poggiano sulla presenza formale, all'interno dell'ordinamento giuridico, di disposizioni che garantiscano una protezione dei diritti potenzialmente lesi dalla attività inquinante dell'impresa: sanzioni e meccanismi di tutela dei diritti, rimedi formalmente esistenti e non esclusi dal decreto salva Ilva; correlato diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei loro diritti eventualmente lesi[20], in particolare richiedendo il risarcimento.

Rispetto al bilanciamento, si precisa che non esiste, nell'ordinamento giuridico italiano una gerarchia di valori predeterminata, né rigida, né statica, né assoluta, poiché tutti i diritti fondamentali contenuti nella Costituzione sono reciprocamente connessi e vanno ponderati sistematicamente e non in maniera isolata. Non si può ammettere che un diritto diventi tiranno rispetto ad altri, perché la dignità della persona trova espressione nella pluralità di diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

Pertanto, il diritto alla salute non può considerarsi sempre e comunque prevalente rispetto ad altri valori primari. "In quanto dinamico e non prestabilito, il punto di equilibrio deve essere valutato – dal Parlamento in fase legislativa e dalla Corte Costituzionale al momento del controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, in modo tale da non sacrificare il loro nucleo essenziale".

19 Corte cost., 9 Aprile 2013, n. 85, cit. La Corte peraltro ha cura di sottolineare che, avendo natura amministrativa, il provvedimento può essere contestato con "tutti i rimedi previsti dall'ordinamento per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi davanti alla giurisdizione ordinaria e amministrativa".

20 Corte cost., 9 Aprile 2013, n. 85, cit.

Surrettiziamente, molto surrettiziamente, si riconosce che il compromesso tra i valori in conflitto (salute e ambiente *vs* lavoro/occupazione) – per il tramite dell'AIA e delle disposizioni contenute nel decreto "*ad Ilvam*", che evitano il costo sociale della crisi occupazionale, consentendo la prosecuzione dell'attività dell'Ilva – non "è necessariamente il migliore in assoluto". Anche se "è ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi piú efficaci per conseguire i risultati voluti", tale equilibrio deve "presumersi ragionevole[21]". La presunzione di ragionevolezza non è assoluta, ma relativa. La Corte espressamente dichiara che "qualora il processo di risanamento ambientale non avvenga nei tempi e nei modi stabiliti (…) sarebbe cura delle autorità amministrative preposte al controllo – e della stessa autorità giudiziaria, nell'ambito delle proprie competenze – di adottare tutte le misure idonee e necessarie a sanzionare, anche *in itinere*, le relative inadempienze".

Nell'asserire la presenza di una gerarchia di valori mobile, la decisione della Consulta sembra porsi sulla scia di quanti ritengono che nelle moderne democrazie costituzionali l'unico vero principio da tutelare è il pluralismo come base fondativa della stessa attività di bilanciamento[22] da parte dell'interprete; al contempo, il bilanciamento operato dalla Corte non ha funzione "*definitional*"[23], suscettibile di generalizzazione per casi futuri, ma resta un bilanciamento essenzialmente *ad hoc*, ossia riferibile allo specifico caso, senza pretese di prescrittività per il futuro.

IV. POLITICITÀ DEL BILANCIAMENTO, LIMITI FORMALI E SOSTANZIALI: NIENTE DI NUOVO SOTTO IL SOLE?

Il bilanciamento è sempre politico. L'avvento dello stato liberal-democratico, fondato su una Costituzione che si aggiunge alla legge, significa attribuire all'interpretazione una funzione costitutiva di norme giuridiche. Pertanto, il "compromesso politico parlamentare è solo un' ipotesi di bilanciamento"[24] che ben potrebbe essere confermata oppure sovvertita, se ritenuta irragionevole.

21 *Ibid*.

22 La teoria del bilanciamento incontra atteggiamenti ostili o invece simpatetici. Le due posizioni sono storicamente espresse nel dibattito tra Alexy e Habermas: Alexy, R.: "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, 2003, 16, pp. 131-140; Id.: "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio juris*, 2003, 16, p. 433; Habermas, J.: *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. Rehg W., MIT Press, Cambridge, 1996, pp. 256-261; per la correlazione tra bilanciamento e superamento dell'impostazione giuspositivistica tradizionale v., la storica riflessione di Aleinikoff, T.A.: "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal*, 1987, 96, p. 943; evidenzia la correlazione spesso presente tra logica del bilanciamento e neoformalismo Kennedy, D.: "Two Globalizations of Law & Legal Thought", *Suffolk University law Review*, 2003, 36, p. 631; sulle affinità e sulle differenze metodologiche e di significato del bilanciamento nel discorso giuridico contemporaneo e nei differenti sistemi giuridici, a loro volta fondati su tradizioni e culture diversificate Bomhoff, J.: "Balancing, the Global and the Local Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law", *Hastings International & Comparative Law Review*, 2008, 31, pp. 555-586.

23 Nimmer, M.B.: "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, 1968, 56, p. 935.

24 Morrone, A.: "Bilanciamento (Giustizia costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 186.

Non a caso, tale tecnica (sia essa dentro o fuori l'attività interpretativa) è sempre un Giano bifronte: può essere utilizzata come limite o come tecnica di espansione di diritti fondamentali. Ecco che diviene necessario il controllo.

Nel sistema tedesco, come noto, esiste – benché non manchino opinioni critiche[25] – la dottrina dell'ordinamento dei valori oggettivi (*objektive Wertordnung*[26]) gerarchizzabili, per importanza e peso, in via generale ed astratta. In Italia, parte della letteratura sulla costituzione come assiologia aderisce alla teoria dei valori[27]. L'indagine sui valori avviene tramite una interpretazione sistematica dei princípi contenuti nel testo costituzionale; altre volte, l'indagine si pone come una sorta di conoscenza scientifica oggettiva, ma non è un'attività interpretativa. In ogni caso la pluralità dei valori individuati ha come conseguenza la delimitazione di un valore rispetto ad un altro o ad altri, perché nessun valore può espandersi in maniera illimitata. La logica è quella della flessibilità, del bilanciamento alla ricerca di un compromesso, il piú giusto ma essenzialmente in riferimento al caso concreto[28] e sulla base della ragionevolezza come canone generale della interpretazione costituzionale.

Tuttavia, in ipotesi di collisione tra la vita, la dignità umana e i diritti fondamentali immediatamente espressione di essa, e interessi di natura economica e puramente efficientistica, si tende ad escludere qualsiasi bilanciamento, perché trattasi di entità non comparabili ed ontologicamente incommensurabili[29]. L'iniziativa economica non è un valore, non ha alcuna funzione unificante della comunità politica[30].

25 Sul critico passaggio dallo Stato diritto allo stato di bilanciamento, e sui rischi che di mascherare scelte comunque politiche *vid.* Leisner, W.: *Der Abwägungsstaat: Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

26 Per la teoria tedesca del bilanciamento alla luce della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* v., Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Verlag AG, Frankfurt am Main, 1986; tuttavia, per una recente critica, Petersen, N.: "Alexy and the 'German' Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test", *German Law Journal*, 2020, 21(2), pp. 163-173; inoltre, Goerlich, H.: *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden, 1973; Scaccia, G.: *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 264-291; Shefold, V.D.: "Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca", in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 122.

27 In via esemplificativa, e con differenti prospettive ed argomentazioni cfr. Baldassarre, A.: "Costituzione e teoria dei valori", *Politica del diritto*, 1991, pp. 639-658; Luciani, M.: "Corte costituzionale e unità nel nome dei valori", cit.; Ruggeri, A.: "Giurisprudenza costituzionale e valori", *Diritto pubblico*, 1998, pp. 1-33; Modugno, F.: "Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale", in Azzariti, G. (a cura di): *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 51-81.

28 Modugno, F.: *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 99-100; Baldassarre, A.: "Costituzione e teoria dei valori", cit.

29 Sunstein, R.: "Incommensurability and Valuation in Law", *Michigan Law Review*, 1993, 92, pp. 779-861.

30 In tal senso, testualmente, Luciani, M.: *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 67-68; Id.: "Economia nel diritto costituzionale", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Utet, Torino, 1990, pp. 373-385, con espresso riferimento al rapporto di subordinazione tra diritti economici e diritti sociali; Azzariti, G.: "Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione", in Palazzo, A. (a cura di): *L'interpretazione della costituzione alle soglie del XXI secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 231-249, a p. 244; giunge alle medesime conclusioni, con riferimento al caso Ilva, sono Pamelin, D.: "Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi Ilva e Texaco-Chevron", *costituzionalismo.it*, 10 Settembre 2017.

Inoltre, se è vero che la giurisprudenza costituzionale normalmente non opera sulla base di un ordine predefinito di valori, questo non significa che manchino coordinate, anche formali, del bilanciamento.

Vi sono schemi di ragionamento e di giudizio rintracciabili nelle stesse disposizioni costituzionali. *In primis* l'art. 41, comma 2 cost. sancisce che la libertà di iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con la dignità, la sicurezza e l'utilità sociale. La norma costruisce un ordine chiaro di preferenza, in caso di conflitto, dei diritti della persona rispetto a diritti "economici".

Tuttavia, nel caso Ilva, il *legal reasoning* dei giudici costituzionali ha considerato la tutela della salute e dell'ambiente in relazione non alle esigenze della produzione (l'Ilva era stata infatti dichiarata "stabilimento di interesse strategico nazionale") e dunque alla libertà di iniziativa economica[31], bensí al diritto al lavoro, diritto sociale fondamentale all'interno della Carta costituzionale[32], poiché fonda la stessa forma democratica dello Stato italiano.

Taluno ha parlato di esercizio neoliberista[33], di funzionalizzazione della persona alle ragioni del mercato evocando, non senza ambiguità, la tirannia dei valori di Carl Schmitt[34] poiché il lavoro, anche tramite l'argomento dell'emergenza occupazionale, è stato trasformato in mezzo di difesa della produzione dell'impresa.

Invero, la scelta in certo senso "strategica" dei parametri del bilanciamento ha semplicemente consentito alla Corte di allinearsi ad un'idea di bilanciamento consolidata da tempo.

Infatti, una volta escluso il limite al bilanciamento derivante da uno schema di giudizio esplicitamente contenuto in una disposizione costituzionale, la gerarchia si costruisce caso per caso, è dinamica e relativa. Ulteriori limiti al bilanciamento, presenti nella analisi della giurisprudenza costituzionale, sono individuati in concetti

31 *Ex multis*: Corte cost., 14 giugno 2001, n. 190, *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 1462; ma soprattutto Corte cost., 16 Marzo 1990, n. 127, *ivi*, 1990, p. 718, dove si afferma espressamente che il limite massimo di emissioni inquinanti – sia pur tenendo conto dei costi per l'impresa rispetto alla migliore tecnologia disponibile – non potrà mai intaccare "il limite assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente". L'ordine tra i valori è costruito in ogni caso sulla gerarchia contenuta nell'art. 41 cost.

32 Speziale, V.: "Il 'diritto dei valori', la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee", *costituzionalismo.it*, 2019, 3, pp. 101-150.

33 Cosí, Ciervo, A.: "Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della corte costituzionale sul caso ILVA", *Questione giustizia*, 2014, pp. 125-138; Bucci, G.: "L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali", in Luchena, G. e Teotonico, V. (a cura di): *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Cacucci, Bari, 2015, pp. 96-97.

34 Schmitt, C.: *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, pp. 37-62; *vid.* anche la terza edizione corretta: *Die Tyrannei der Werte*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2011; per una convincente ricostruzione storico-critica del pensiero di Schmitt *vid.* Femia, P.: "Segni di valore", in Ruggieri, L. (a cura di): *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 83-156.

assai elastici: i "princípi supremi dell'ordinamento" e, soprattutto, il c.d. "contenuto essenziale"[35] dei diritti fondamentali specie se qualificati come "primari", ossia espressione della persona umana, giacché in tal caso il limite del bilanciamento tende a convergere con il livello di inviolabilità di un diritto.

L'elasticità di questi concetti, tuttavia, crea delle semplici presunzioni "relative", legate alle circostanze ed alle peculiarità del caso. Gli esiti sono quindi differenziati: talvolta, infatti, gli evocati limiti vengono utilizzati per escludere il bilanciamento; molto piú spesso, invece, come la prima decisione sul caso Ilva, dimostra che la prevalenza di un diritto non è assoluta ma apre comunque ad una valutazione caso per caso. L'esito del giudizio è la costruzione di una regola del conflitto, di un ordine di interessi (con delle condizioni di operatività[36]), secondo ragionevolezza e proporzionalità e senza intaccare – ossia comprimere eccessivamente – il "nucleo essenziale" del diritto sacrificato[37]. Inoltre, con specifico riguardo al diritto alla salute ed all'ambiente, nella giurisprudenza costituzionale, pur essendo espressamente dichiarato come "fondamentale" (art. 32 cost.), da tempo è oggetto di temperamenti, specie in periodi di "normalità" delle crisi e delle emergenze, tanto da essere collocato nella discutibile categoria dei diritti finanziariamente condizionati rispetto all'equilibrio di bilancio dello stato.

V. *THE SECOND STEP*: LE SCELTE STRATEGICHE DI BILANCIAMENTO E IL *FOCUS* MANCANTE SULLA EFFETTIVITÀ DEL SISTEMA DI TUTELA AMBIENTALE

Il disastro ambientale non si arresta. Il Governo continua ad emettere decreti a favore dello stabilimento Ilva, legittimando la prosecuzione dell'attività produttiva nonostante il permanere delle emissioni inquinanti. Continuano le omissioni, i mancati interventi di risanamento, i processi e le inchieste. L'acciaieria viene sottoposta ad una procedura di amministrazione straordinaria, e poi ceduta a nuovi proprietari.

35 Il contenuto minimo o essenziale è molto simile al *Wesensgehaltgarantie* tedesco, dove il concetto è previsto in una specifica norma (art. 19, co. 2 *GrundGesetz*). Per una brillante analisi del tema *vid.* Scaccia, G.: *Gli strumenti di ragionevolezza*, cit., p. 372; nella prospettiva ermeneutica, a favore di un ordine gerarchico 'mobile" tra valori Guastini, R.: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 230.

36 "L'equilibrio raggiunto nell'AIA non è necessariamente il migliore in termini assoluti – in quanto è del tutto possibile che le opinioni possano divergere circa i mezzi piú efficaci per raggiungere i risultati desiderati – ma deve essere ritenuto ragionevole, tenuto conto delle garanzie poste in essere dall'ordinamento giuridico in materia di: coinvolgimento degli organi tecnici e del personale competente; individuazione delle migliori tecniche disponibili; partecipazione di diversi organismi e persone alla procedura preparatoria e natura pubblica della fase decisionale, che consente ai privati e alle comunità di far conoscere il proprio punto di vista attraverso canali politici o addirittura giuridici qualora gli aspetti siano ritenuti illeciti". (Corte cost., 9 Aprile 2013, n. 85, cit.).

37 Morrone, A.: *Bilanciamento (Giustizia cost.)*, cit., p. 197.

Tutto cambia, ma nulla è cambiato. La situazione in Italia rimane la stessa, mentre in Europa cresce l'allarme con ulteriori procedure di infrazione[38] e con il ricorso alla Corte europea dei diritti umani da parte di cittadini italiani, al fine di accertare la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto alla vita e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (artt. 2 e 8 CEDU)[39].

La Corte costituzionale è chiamata nuovamente a pronunciarsi[40]. Questa volta, però, il giudizio di legittimità delle nuove norme[41] – che nella sostanzia reiterano temporalmente gli effetti del primo decreto "*ad Ilvam*" (prosecuzione dell'attività nonostante l'ordine di sequestro) – muove da un fatto, un evento diverso: la morte di uno dei lavoratori.

L'idea di bilanciamento emersa nella prima sentenza viene formalmente riconfermata: la gerarchia tra valori costituzionali è mobile e non predeterminata; nessun diritto fondamentale è assoluto, né può prevalere incondizionatamente ed aprioristicamente su altri perché tutti i diritti fondamentali, nel loro insieme, costituiscono espressione della dignità della persona.

Le ragioni che fondano la declaratoria di incostituzionalità vengono individuate nella circostanza che la nuove norme consentivano la prosecuzione dell'attività di produttiva sulla base di un piano di risanamento predisposto esclusivamente dalla società privata (Ilva) senza alcun coinvolgimento di altri attori privati o pubblici; inoltre il piano di risanamento aveva un contenuto non sufficientemente definito risultando, in particolare, privo di qualsiasi riferimento alla normativa in materia di sicurezza sul lavoro o ad altri modelli organizzativi e di prevenzione, nonché privo di effettive misure di controllo e ispezione da parte delle autorità pubbliche.

In questo caso la scelta diventa meno tragica, perché piú semplice da giustificare sulla base di parametri formali. Gli interessi in conflitto non sono la salute e l'ambiente rispetto al lavoro ed all'occupazione, ma la salute dei lavoratori e la libertà di iniziativa economica. L'art. 41, come precisato, stabilisce un chiaro ordine di preferenza tra valori: la libertà di impresa e l'autonomia privata hanno

38 La procedura di infrazione n. 2013/2177 è stata avviata dalla Commissione Europea contro l'Italia per la violazione della direttiva sulle emissioni industriali (2010/75/EU) e della direttiva c.d. Seveso III (2012/18/EU) sul controllo del pericolo di incidenti rilevanti connessi con sostanze pericolose.

39 Corte eur. dir. uomo, 24 gennaio 2009, *Cordella and Others* c. *Italy*, in hudoc.echr.coe.int.

40 Corte cost., 23 Marzo 2018, n. 58, *Foro italiano*, I, 2018, p. 1073. Tra i vari commenti *vid.* Frega, S.: "L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)", in *consultaonline.it*, 2018/II, pp. 468-472; in particolare, valorizzano la preminenza del diritto alla salute Amendola, G.: "Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?", *Questione Giustizia*, 2018 e Guarnier, T.: "Della ponderazione di un 'valore primario'. Il caso Ilva sotto la lente della Corte costituzionale", *Diritto e società*, 2018, p. 175.

41 Cfr. Art. 3, Decreto Legge, 4 Luglio 2015, n. 92, "Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale" (GU Serie Generale n. 153, luglio 2015).

precisi limiti assiologici e conformativi (*i.e.* sicurezza, libertà, dignità umana, utilità sociale[42]) che assegnano prevalenza chiara alla tutela della persona.

Inoltre, nel caso oggetto del secondo giudizio, il diritto al lavoro assume un peso diverso: da parametro strumentale (mezzo) per sostenere le esigenze della produzione (fine) contrapposto al diritto alla salute, diviene parametro per rafforzare sè stesso e la salute, poiché un vero diritto al lavoro non può esistere se non in condizioni di sicurezza e incolumità ambientale. Lavoro e salute si pongono come valori complementari, non contrapposti[43]: volti della dignità e della sicurezza dell'uomo-lavoratore.

Tutto ciò consente di giustificare una conclusione diversa del giudizio. La norma è dichiarata incostituzionale dal momento che "il legislatore ha finito per privilegiare eccessivamente l'interesse a continuare l'attività produttiva, trascurando del tutto i diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 della Costituzione), il cui corollario inscindibile è il diritto a lavorare in un ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 della Costituzione)[44]".

Tuttavia, le affermazioni dei giudici non esprimono una differente opinione sul metodo e sugli esiti del bilanciamento tra diritti costituzionali parimenti fondamentali. La valorizzazione dello schema di giudizio e di un ordine di valori contenuto in una esplicita disposizione costituzionale dimostrano che il *legal reasoning* rimane ancorato ad argomenti di coerenza formale all'interno dell'ordinamento e in linea con la costruzione di un bilanciamento senza gerarchie rigide. Tutti i diritti fondamentali, persino la salute e dunque la vita umana, restano suscettibili di un compromesso purché ragionevole e proporzionato. Si tratta di una scelta di continuità con i propri precedenti: si riconferma il passato nonostante non mancassero ragioni, forse, per superarlo o rovesciarlo[45].

42 Santonastaso, F.: "Tutela della salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della '*governance*' nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso Ilva); un'applicazione dell'art. 41 Cost. per uno 'statuto d'impresa'?", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, p. 204. Diritto alla salute e diritto all'ambiente sono ontologicamente correlati. La loro valutazione unitaria consente di individuare come obiettivo di valore non soltanto la mera incolumità fisica, ma la sicurezza fisio-psichica (Luciani, M.: *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 141, 195). Ne deriva che la sicurezza, e la sicurezza dei luoghi di lavoro è sempre un limite all'attività di impresa ed alla libertà economica (già Crisafulli, V.: "Legislazione siciliana concorrente: limite finalistico e limite dei principi", *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 377).

43 In questa direzione *vid.* Deidda, B. e Natale, A.: "Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso ILVA. Uno sguardo d'insieme", *Questione giustizia*, 2014, p. 73; Meli, M.: "Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva", *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 1018; da ultimo, per i riflessi laburistici, Tomassetti, P.: "Labor law and environmental sustainability", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2018, 40(1), pp. 61-88.

44 Corte cost., 23 Marzo 2018, n. 58, cit.

45 Le scelte di continuità e l'approccio conservativo della Corte costituzionale non significano però acquisizione di un effettivo ruolo politico (Zagrebelsky, G.: "La Corte in-politica", *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 280). Appare al contempo innegabile la funzione di razionalizzazione e correzione dell'indirizzo politico da parte dei giuridici costituzionali (Rodotà, S.: "La svolta 'politica' della Corte costituzionale", *Politica del diritto*, 1970, p. 43).

Ma soprattutto, la Corte oltre a circoscrivere il giudizio, non ricorre – né poteva, essendo un giudice delle leggi – ad un argomento fattuale di particolare evidenza: lo stato di inquinamento si era aggravato negli anni. Neppure si fa riferimento al dato che l'insieme delle disposizioni speciali emanate avevano legittimato il persistere del danno all'ambiente ed alla vita di cittadini e lavoratori senza possibilità di ricorsi giudiziali, senza rimedi effettivi. E l'effettività/ineffettività dei diritti fondamentali non può non tener conto della integrazione – pur complessa e ancora in itinere, con il contesto giuridico europeo, con il rapporto eterarchico tra alte Corti costituzionali ed europee[46] e i correlati rischi di "ridondanza giurisdizionale"[47].

VI. L'INTERVENTO DELLA CORTE EDU E IL CASO CORDELLA: EFFETTIVITÀ DEI RIMEDI, VALORE DELLA PREVENZIONE E VALORE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.

Mentre la politica italiana si interroga[48], anche in ragione del disastro dell'Ilva, sull'opportunità di creare una Autorità nazionale indipendente per la tutela dei diritti umani, il conflitto tra decisori si sposta sul piano sovranazionale[49]: un'altra Corte e su un nuovo ed ulteriore *Bill of rights*.

La Corte di Strasburgo, infatti, a seguito del ricorso di decine di cittadini italiani ha dichiarato la responsabilità dell'Italia per non aver adottato le misure amministrative e legali necessarie alla bonifica dell'area interessata e a fornire ai singoli un efficace rimedio interno; tutto ciò in violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[50]. Il *juste équilibre* tra interesse dei ricorrenti e interesse della società nel suo insieme ambiguamente costruito dalle istituzioni politiche e dalla Corte costituzionale italiana viene sostanzialmente cassato perché del tutto inadeguato, incapace di realizzare l'obiettivo di una concreta protezione dei diritti alla salute e all'ambiente salubre.

46 L'eterarchia definisce il rapporto tra istituzioni che producono regole/decisioni. Si contrappone alla gerarchia perché non si risolve tramite il criterio della competenza, ma anzi apre ad un rapporto complesso e non definito [Femia, P.: "Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo", cit., p. 106 ss.]. Il concetto esprime l'esigenza del costituzionalismo moderno di confrontarsi con il moltiplicarsi dei poteri e dei decisori: sempre Luciani, M.: "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1643; già, Pizzorusso, A.: "La Corte costituzionale tra legislazione e giurisdizione", *Foro italiano*, V, 1980, c. 120.

47 Cover, R.: "The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation", *William & Mary Law Review*, 1981, 22, p. 639.

48 Lajolo di Cossano, F.: "L'Autorità indipendente per i diritti umani in Italia", *federalismi.it*, 5 Febbraio 2020 (analizzando le proposte di legge attualmente in discussione al Parlamento).

49 Corte eur. dir. uomo, *Cordella and Others* c. *Italy*, cit. Per un commento al caso anche alla luce della precedente posizione assunta dai giudici di Strasburgo nella vicenda *Smaltini* c. *Italia vid.* Guarnieri, T.: "Ancora sul caso Ilva… sotto la lente della Corte di Strasburgo", *Diritto e società*, 2018, pp. 485-501.

50 Longo, A.: "Cordella et al. *vid.* Italy: Industrial Emissions and Italian Omissions Under Scrutiny", *European Papers*, 2019, 4(1), Insight of 15 April 2019, pp. 337-343.

Invero, questi diritti sociali non sono esplicitamente presenti nella Convenzione; sono oggetto di tutela non in quanto tali, ma quali mezzi/strumenti di protezione di altri diritti umani in ogni caso individuali, quali il diritto alla vita (art. 2) ma, soprattutto, - come nel caso *Cordella* - al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), in linea con una prospettiva antropocentrica, e da tempo consolidata nella giurisprudenza di Strasburgo in materia di danni ambientali derivanti da attività pericolose[51]. Non ci sono, infatti, o non ci sono ancora, margini per sostenere una prospettiva realmente ecocentrica nella quale l'ambiente è visto come soggetto di diritto, sulla scia dei movimenti del quarto costituzionalismo e della *standing doctrine*[52] (*actiones populare*s).

Il *focus* di maggiore interesse del *legal reasonig* è l'ineffettività dei rimedi e, prima ancora, dell'accesso alla giustizia. L'argomento dell'effettività incide sul giudizio di bilanciamento. La valutazione del decisore sovranazionale, infatti, è concreta, pragmatica, e non teorico-astratta (come quella effettuata dalla Corte costituzionale italiana). L'obiettivo è valutare la dovuta diligenza delle autorità nazionali rispetto alla gravità dell'inquinamento, fermo restando che resta di competenza dello Stato membro – in base alla dottrina del margine di apprezzamento – la scelta delle misure adeguate da adottare.

Il ricorso alla Corte di Strasburgo, come noto, è sussidiario rispetto alla tutela giurisdizionale interna a ciascuno stato. La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni[53] poggia sull'ipotesi che l'ordinamento nazionale offra un ricorso interno. Lo Stato perde questo 'privilegio' quando i rimedi domestici non sono efficaci (*futility rule*), alla luce di una indagine sul contesto normativo generale. L'apprezzamento della effettività del rimedio domestico in ogni caso prescinde

51 Corte eur. dir. uomo, *Cordella and Others* c. *Italy*, cit. Per una convincente analisi sul piano transanzionale si rinvia a Kotzé, L.J.: "In Search of a in International Law: Jus Cogens Norms", in Knox, J. e Pejan, R. (a cura di): *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 136-154. Per una comparazione tra evoluzione del sistema costituzionale italiano e di quello tedesco in materia di tutela ambientale (l'art. 20a, *Grundgesetz*, prevede peraltro un esplicito richiamo alle generazioni future: Murray, R.: *Private Property and Environmental Responsibility, A Comparative Study of German Real Property Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2007, p. 181) cfr. Luther, J.: "Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia", *Politica del diritto*, 1989, 4, p. 673; un tentativo di compromesso tra tendenza ecocentrica e antropocentrica, Guarnier, T.: "Antropocentrismo ed ecocentrismo nella prospettiva costituzionale", Paternò, M.P. (a cura di): *Cura dell'altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 119.

52 L'*actio popularis*, come noto, legittima chiunque ad agire giudizialmente per la tutela di interessi diffusi quali la tutela dell'ambiente. Tale rimedio non è contemplato all'interno della Convenzione europea dei diritti umani, ma è presente in molteplici ordinamenti giuridici specie sudamericani. Per un documentato *sketch* comparato: Baldin, S.: "Novità e criticità del costituzionalismo ecologico nell'area andina", *Rivista di scienze della comunicazione* e *di argomentazione giuridica*, 2014, pp. 36-46. Sulla affinità del concetto con la *standing doctrine* (a partire dallo storico e provocatorio lavoro di Stone, C.D.: "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Object", *Southern California Law Review*, 1972, p. 456) *vid.* Kirgis, F.L.: "Standing to Challenge Human Endeavors at Could Change the Climate", *America Journal of International Law*, 1990, 84, p. 525; nonché Cassuto, D.N.: "The Law of Words: Standing, Environment, and Other Contested Terms", *Harvard Environmental Law Review*, 2004, 28, p. 79.

53 Art. 35, comma 1 CEDU.

dall'esito giudiziale (se a favore o contro il ricorrente); rileva, invece, la concreta accessibilità del rimedio[54].

Lo scenario appare quasi apocalittico. Come già emerso nel caso Di Sarno[55] relativo alla gestione dei rifiuti in altra regione del Sud Italia, la violazione dell'art. 13 viene giustificata da una serie di argomenti che pesano sull'esito del giudizio e dimostrano le significative carenze sistematiche dell'ordinamento giuridico nazionale.

Emerge chiaramente che nessuno dei rimedi (civili, amministrativi, penali) esistenti è in grado di raggiungere l'obiettivo della bonifica ambientale: a) la legislazione italiana sull'Ilva ha previsto una serie di immunità penali e amministrative per gli amministratori ed i gestori della società e per i suoi futuri acquirenti; b) l'azione per il risarcimento del danno ambientale non può essere esperita dal singolo cittadino ma solo dal Ministero dell'ambiente[56]; c) non esiste, in Italia, la possibilità di un ricorso diretto alla Corte costituzionale.

Il giudizio è *tranchant*, ma allo stesso tempo contraddittorio. La centralità del principio di effettività e la funzione decisoria attribuita a tale principio consentono di calare le pratiche discorsive sul bilanciamento tra diritti nella realtà della loro applicazione: un passaggio potenzialmente importante dal "dover esser" al "dover fare".

Ma resta una ambiguità di fondo[57], che sembra una sorta di eterogenesi dei fini: la mancata condanna dello stato al risarcimento dei danni.

Le corti nazionali e sovranazionali si parlano, dialogano tra loro, benché i loro rapporti siano ancora indefiniti; ma i problemi restano. La Corte costituzionale[58],

54 Cosí, all'interno di una ampia e documentata analisi sulle origini storiche del principio di effettività nel diritto internazionale, Imbruglia, D.: "Effettività della tutela e ruolo del giudice", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 961-968.

55 Corte eur. dir. uomo, 10 gennaio 2012, *Di Sarno and Others* c. *Italy*, in *hudoc.echr.coe.int.*

56 Sull'attuale apertura dell'ordinamento giuridico italiano alla legittimazione giudiziale anche delle associazioni ambientali, le quali però possono agire solo per chiedere il risarcimento dei danni da esse subiti: Fasoli E.: "Possibilities to Claim Damages on Behalf of the Environment under the Italian Legal System", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2016, 13(1), pp. 64-81.

57 Ad esempio, l'esclusione della violazione dell'art. 2 (diritto alla vita), e il mancato utilizzo che della tecnica della sentenza pilota che sarebbe stato assai piú incisivo (Guarnier, T.: "Ancora sul caso Ilva… sotto la lente della Corte di Strasburgo", cit.). Per un apprezzamento sistematico di tale tecnica, Palombino, F.M.: "La 'procedura di sentenza pilota' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 91-110.

58 Il caso Cordella e la violazione delle disposizioni della Cedu sono stati espressamente menzionati nella recente ordinanza del gip di Taranto dell'8 febbraio 2019 con la quale è stata nuovamente sollevata la questione di costituzionalità delle norme sull'Ilva (Zirulia, S.: "Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. 'Salva Ilva'", *dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 Febbraio 2019). La corte costituzionale, per effetto dello *ius superveniens* (incluso il richiamo al caso Cordella) ha restituito gli atti ai giudici locali, chiedendo una rivalutazione (Corte cost., 9 Ottobre 2019, n. 230, in giurcost.org/decisioni/index.html).

a sua volta, chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità della legislazione sull'Ilva continua a decidere di non decidere; richiama le considerazioni espresse dai giudici di Strasburgo nel caso Cordella, ma rimette di nuovo la valutazione ai giudici locali. Un circolo vizioso. Una storia infinita.

La verità è che, quando i discorsi del diritto e dei decisori (le Corti) riguardano la protezione della vita degli individui e la tutela dell'ambiente la complessità è esponenziale, perché l'unica vera logica di effettività è quella di prevenire[59] i danni con una *regulation* efficace e con attività di monitoraggio e controllo e*x ante* concrete e coordinate.

In tal senso sembra militare lo *European Green Deal*[60]. Ma l'obiettivo è ancora un *desideratum* e non di tutti. Le regole si rispettano; i valori si condividono. L'etica della responsabilità ecologica[61] è inscindibile da un costituzionalismo di "responsabilità" che includa diritti e doveri, nella prospettiva inter e transgenerazionale.

Tuttavia, fino a quando la prevenzione non sarà davvero adeguata, perché supportata da valori ecologici condivisi oltre che dichiarati, e da concrete e coordinate politiche a livello locale e globale, la riparazione dei danni resta uno strumento di garanzia dei diritti inviolabili delle persone, tecnica di giustizia almeno in parte compensatoria della mancanza del ricorso diretto alla Corte costituzionale[62].

"La scelta è atto di responsabilità politica, significa verifica complessiva e complessa degli effetti applicativi di una norma: i problemi di giustizia sociale, di mantenimento della differenziazione dei sistemi contro la loro corruzione strutturale (il tentativo della razionalità economica di divorare ogni altra struttura dell'agire: affetti familiari, libertà culturali, sostenibilità ambientale)[63]".

Nessun attore del mondo *reale* e non *virtuale* del diritto può sottrarsi alla scelta.

59 Maljean-Dubois, S. (a cura di): *The effectiveness of Environmental Law*, Cambridge-UK, Intersentia, 2017; Beijen, B.A., Van Rijswick, H.F.M.W. e Anker, H.: "The Importance of Monitoring for the Effectiveness of Environmental Directives: A Comparison of Monitoring Obligations in European Environmental Directives", *Utrecht Law Review*, 2014, 10, pp. 126-135.

60 Cfr. le comunicazioni della Commissione UE "*The Sustainable Europe Investment Plan*" e "*The European Green Deal*", in *ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it*.

61 Jonas, H.: *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation* (1979), tradotto da Portinaro, P.P.: *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1990.

62 Magrassi, M.: "Effettività e inviolabilità dei diritti tra garanzie costituzionali e diritto vivente", cit.

63 Femia, P.: "Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo", cit.

VII. LA DISCUSSA RISARCIBILITÀ DEI DANNI AMBIENTALI "RIFLESSI".

Il pregiudizio lamentato dai ricorrenti in *Cordella* non consisteva nel danno ambientale *tout court*, che incide sulle risorse naturali e sulle utilità che forniscono[64], ma nel danno ambientale in senso lato, detto anche individuale o riflesso, ossia la lesione di vita, salute, proprietà e altri diritti in conseguenza di un danno ambientale in senso stretto[65]. La direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale non contempla i danni riflessi e rimette agli Stati membri la disciplina applicabile ai casi di lesioni personali, danni alla proprietà privata o altre perdite economiche (considerando n. 14)[66]. Il codice dell'ambiente italiano disciplina, invece, i danni riflessi, consentendo a chi abbia subìto un danno alla salute o alla proprietà, risultante da un fatto produttivo di danno ambientale, di chiederne il risarcimento (art. 313, comma 7, d.lg. n. 152 del 2006; di séguito cod. amb.).

Nonostante l'inequivoca formulazione del codice ambientale, alcuni escludono la risarcibilità del danno riflesso sul rilievo che l'individuo non sarebbe titolare di un diritto all'ambiente, né avrebbe la legittimazione a domandare il risarcimento del danno ambientale in giudizio[67]. Le risorse naturali appartengono alla collettività e soddisfano interessi non necessariamente patrimoniali (es. da un mare pulito traggono vantaggio sia coloro che aspirano semplicemente a nuotare, sia i proprietari di alberghi e di case per vacanze nelle vicinanze), mentre gli individui non vantano un diritto di appropriarsene in modo esclusivo. Sí che, se il mare è inquinato e, conseguentemente, i turisti non arrivano, gli albergatori non potrebbero lamentarsi della lesione del loro diritto di proprietà, perché il danno riflesso conseguente all'inquinamento marino sarebbe giuridicamente irrilevante[68].

64 Si veda l'art. 300, comma 1, d.lg. 2 aprile 2006, n. 152 (c.d. "codice dell'ambiente") che definisce il danno ambientale come "qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima". Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 838 osserva che si tratterebbe di una nozione materialistica e naturalistica ispirata ai concetti di "*urere, frangere, rumpere*" della *lex Aquilia*. Lo stesso può dirsi per la definizione di danno ambientale nella direttiva 2004/35/CE, che include il danno alle specie e agli habitat naturali protetti, alle acque e al terreno (art. 2).

65 Negli Stati Uniti, sono noti come *"toxic torts"*, ricomprendendo i danni da esposizione a prodotti tossici, materiali tossici sul luogo di lavoro ed emissioni nell'ambiente: Aa.Vv.: "Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts", *Harvard Law Review*, 2015, 128, p. 2256 ss.

66 Winter, G., Jans, J.H., Macrory, R. e Krämer, L.: "Weighing up the EC Environmental Liability Directive", *Journal of Environmental Law*, 2008, 20(2), pp. 163 ss., 165, evidenziano che la direttiva non copre i danni ambientali individuali, dal momento che gli Stati membri non hanno accettato l'interferenza con i loro consolidati sistemi legislativi o giurisprudenziali in tema di responsabilità civile. Lo scetticismo di alcuni Stati ha perfino indotto la Commissione a valutare l'eliminazione del termine "responsabilità" dal titolo della direttiva, optando infine per la sua conservazione stante l'attrattività del termine.

67 Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, pp. 795 ss., 808. Ma *vid.* Libertini, M.: "La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto all'ambiente", *Rivista critica del diritto privato*, 1987, pp. 547 ss., 570, il quale, pur respingendo l'esistenza di un diritto soggettivo all'ambiente, ritiene che gli individui possano agire per il risarcimento dei danni patrimoniali e non nei confronti del responsabile dell'inquinamento.

68 Cfr. Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela", cit., p. 808 s., per il quale lo stesso può dirsi per i danni *de facto* che il proprietario subisce come conseguenza dei danni sostenuti dal vicino (es. un bel giardino privato viene distrutto, il proprietario dell'albergo vicino non può chiedere il risarcimento per la

Se tutti i danneggiati fossero legittimati ad agire per il risarcimento, il responsabile dell'inquinamento potrebbe fallire e non essere piú in condizione di ripristinare la risorsa naturale[69]. L'asserito obiettivo di garantire una tutela effettiva soltanto per i danni diretti verrebbe frustrato ove le vittime "riflesse" disponessero di un rimedio risarcitorio contro il responsabile dell'inquinamento[70]. A tal fine, un solo soggetto – in Italia, il Ministero dell'ambiente – è legittimato ad agire contro chi inquina e a domandare il ripristino in natura piuttosto che il risarcimento per equivalente (artt. 311 e 313, cod. amb.)[71], sí da reintegrare le utilità che la risorsa naturale offre alla comunità (come, ad esempio, l'incremento degli stock ittici nelle acque inquinate da un disastro ambientale)[72]. Atteso che il regime speciale e "ripristinatorio" di responsabilità ambientale prevale su quello generale e "risarcitorio" di responsabilità extracontrattuale contenuto nel codice civile, l'art. 313, comma 7, cod. amb. dovrebbe intendersi come munito di efficacia soltanto "verticale", ossia nei rapporti tra lo stato e l'individuo, il quale sarebbe legittimato ad agire tutte le volte in cui le autorità pubbliche restino inerti o la loro azione sia inadeguata[73].

Tali rilievi non sono persuasivi. Negando la risarcibilità dei danni riflessi alla proprietà[74], il rischio è che anche i danni riflessi alla persona – che coinvolgono diritti costituzionali e che spesso non sono risarcibili in forma specifica – siano

perdita del panorama). Al contrario, l'albergatore potrebbe aver diritto al risarcimento ove una pubblica amministrazione gli abbia illegittimamente fatto ordine di chiudere la struttura per un determinato periodo, in quanto in tal caso la sua attività è *direttamente* colpita dal provvedimento.

69 Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela", cit., p. 810.

70 Cosí Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela", cit., p. 809, per il quale, nell'ipotesi della distruzione del giardino del vicino (su cui *supra* nt. 68), soltanto il proprietario del giardino avrebbe la legittimazione attiva, in quanto unico soggetto ad avere la possibilità di ripristinare la risorsa e le utilità che essa forniva alla collettività.

71 Il responsabile dell'inquinamento deve egli stesso adottare le misure per ripristinare la risorsa naturale o sostenere i costi anticipati dalle pubbliche autorità. Il Ministero dell'ambiente può agire per il risarcimento per equivalente solo "se necessario" (art. 311, comma 1, cod. amb.). Rendendo il risarcimento per equivalente una *extrema ratio*, il codice dell'ambiente mostra tutta la sua preferenza per la reintegrazione in forma specifica. Cfr. Meli, M.: "Il risarcimento del danno ambientale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, I, pp. 848 ss., 850; Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 854 s., per il quale la responsabilità ambientale non andrebbe classificata come una forma di responsabilità civile, stante l'assenza del risarcimento pecuniario; Annunziata, A.G.: "Il risarcimento in forma specifica del danno ambientale", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 307, il quale sostiene che ove il legislatore consente il risarcimento per equivalente "se necessario", sembra cadere in errore, perché il danno ambientale è risarcibile soltanto in natura e attribuire al Ministero la legittimazione ad agire per l'equivalente rischia di esporre l'Italia ad una procedura di infrazione della legislazione europea. Secondo Cass., 25 gennaio 1989, n. 440, *Foro italiano*, I, 1990, c. 232, il ruolo chiave svolto dal risarcimento in forma specifica si giustifica con l'intento di agevolare una coincidenza tra i soggetti titolari degli interessi lesi e coloro che trarrebbero vantaggio dal ripristino della risorsa.

72 Si veda Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela", cit., pp. 810-812, per il quale se è vero che, incrementando gli stock ittici e negando la tutela risarcitoria, vi potrebbero essere vecchi pescatori non disposti a riprendere la loro attività, i quali non trarrebbero benefici dalla reintegrazione della risorsa ambientale, tale risultato sarebbe coerente con la natura dei diritti che i pescatori vantano sull'ambiente, i quali non sono diritti proprietari tali da essere risarciti per equivalente.

73 Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela", cit., p. 812 s.

74 In verità, tutti gli esempi fatti da Salanitro riguardano danni alla proprietà.

sprovvisti di rimedio[75]. Poiché la reintegrazione in natura dei danni alla persona è pressoché impossibile e il risarcimento per equivalente non è contemplato nella responsabilità ambientale, i danni alla persona non avrebbero alcuna tutela. Nel caso Ilva, i residenti di Taranto affetti da patologie irreversibili, cagionate dalle emissioni, non disporrebbero di alcun rimedio, dal momento che i danni alla loro salute risulterebbero semplicemente "riflessi".

Inoltre, il confine tra danni diretti e riflessi sembra molto sottile. Anche quando si tratta di danni alla proprietà, non è chiara la ragione per cui la perdita subita dall'albergatore, in ragione dell'inquinamento che allontana i turisti, non debba considerarsi come una lesione "diretta" del diritto di proprietà e della libertà di impresa. È evidente che il Tribunale di Taranto, nel riconoscere la risarcibilità della perdita di valore delle abitazioni esposte alle emissioni nocive dell'Ilva, ha considerato questo tipo di danno come "diretto"[76]. Il danno alla proprietà risulterebbe indipendentemente dalla decisione del proprietario di mettere in vendita l'abitazione, atteso che, ad esempio, potrebbe avere difficoltà ad accedere al credito fornendo l'immobile in garanzia.

La risarcibilità del danno ambientale riflesso spalancherebbe le porte alla risarcibilità dei danni ad interessi diversi dalla salute e dalla proprietà (sebbene questi siano gli unici contemplati dall'art. 313, comma 7, cod. amb.), inclusi i danni che non consistono nella violazione di un diritto specificamente determinato pur ledendo la persona umana (art. 2, Cost.)[77], come la paura di ammalarsi[78] che affligge

75 L'azione per i danni riflessi alla persona o alla proprietà mira a conseguire il risarcimento o la cessazione della condotta illecita o l'adozione di tutte le misure necessarie a cessare il danno: Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", in Sacco, R. (a cura di): *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1998, p. 921.

76 Trib. Taranto, 15 gennaio 2014, n. 72, con nota di Buonfrate, A.: "Caso Ilva: danno ambientale e tutela risarcitoria dei cittadini (nota a Trib. Taranto nn. 72 e 708/2014)", *Ambiente & sviluppo*, 2015, p. 355 ss. Il Tribunale ha consentito l'azione inibitoria *ex* art. 844 c.c. insieme al risarcimento del danno *ex* art. 2043 c.c., atteso che le emissioni di Ilva avevano superato la soglia di normale tollerabilità e determinato un deprezzamento dell'abitazione della parte attrice. Il riconoscimento del risarcimento si fonda su un precedente giudicato della Cassazione dal quale risultava che Ilva aveva commesso reati ambientali. Il nesso eziologico tra la perdita di valore dell'immobile e le emissioni è stato affermato attraverso una perizia, ma il Tribunale ha determinato l'ammontare del risarcimento su base equitativa stante l'oggettiva difficoltà di isolare i fattori concorrenti che potrebbero aver inciso sul deprezzamento. Si veda altresí D'Alfonso, G.: "La triplice dimensione del danno ambientale", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 290, la quale sostiene che i danni alla proprietà includono non soltanto i pregiudizi materiali ma anche le perdite di valore, i danni risultanti da divieti di coltivazione o allevamento, la lesione della reputazione commerciale e il calo di turisti.

77 In senso descrittivo, sarebbero danni "esistenziali", risarcibili secondo la clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. oppure ai sensi dell'art. 2059 c.c.: D'Alfonso, G.: "La triplice dimensione del danno ambientale", cit., pp. 290-292. In senso contrario, si è ritenuto che questi danni sarebbero risarcibili soltanto se il fatto che li ha cagionati sia sanzionato penalmente, secondo l'art. 185 c.p.: Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 859 s.; Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", cit., p. 924. Non è, tuttavia, chiaro il motivo per cui i danni esistenziali sarebbero risarcibili soltanto ove il fatto che li ha causati sia classificato dalla legge come reato (anche in caso di violazione di interessi costituzionalmente rilevanti), là dove una simile limitazione non riguarderebbe i danni biologici. In modo ancóra piú radicale, Trib. Taranto, 6 marzo 2014, n. 708, cit., ha negato il risarcimento della paura di ammalarsi diffusa tra i cittadini di Taranto, sul rilievo che un simile pregiudizio non costituirebbe un danno fisico o psicologico.

78 Emblematico è il disastro di Seveso. Nel 1976, a séguito di un incidente industriale nello stabilimento della ICMESA s.p.a. sito nel territorio del comune di Meda, al confine con quello di Seveso, migliaia di persone furono esposte ad elevati livelli di diossina. All'indomani del disastro, stante la carenza di informazioni

i residenti di un'area inquinata o un drammatico cambiamento delle abitudini di vita. Gli individui avrebbero la legittimazione a domandare il risarcimento di siffatti danni, dal momento che l'art. 313, comma 7, cod. amb. può ritenersi di applicazione "orizzontale", ossia estesa al rapporto tra il responsabile dell'inquinamento e le vittime. La lettera della disposizione non avalla un'interpretazione limitata all'azione dell'individuo contro la pubblica amministrazione. Vero è che potenzialmente centinaia di vittime potrebbero rivalersi sul patrimonio del soggetto che inquina e determinarne il fallimento, ma questo è un problema comune a molti illeciti di massa, che andrebbe affrontato con una gamma di soluzioni (es. l'assicurazione) piuttosto che limitandosi ad escludere la responsabilità civile.

A questo punto emergono alcune discrepanze nella legittimazione ad agire nei confronti del responsabile dell'inquinamento. Se l'individuo è legittimato a domandare il risarcimento dei danni riflessi, per contro non può agire per il ripristino in natura del danno ambientale in senso proprio. È un approccio, questo, che risulta chiaramente dall'art. 6 direttiva 2004/35/CE, nonché dall'art. 311, comma 1, cod. amb., e che traccia una linea netta tra la responsabilità ambientale e la responsabilità civile in generale, nella quale le vittime stesse devono avere incentivi per intraprendere azioni in giudizio[79]. È altresí un approccio coerente con una ricostruzione dell'ambiente quale "bene pubblico" a vantaggio dell'intera società, che richiede pertanto "rimedi pubblici" a disposizione della sola pubblica amministrazione. Tuttavia, nuovi scenari potrebbero aprirsi in Italia a séguito della recente riforma dell'azione di classe (l. 12 aprile 2019, n. 31), che consente a coloro – non soltanto gruppi o associazioni ma anche singoli appartenenti alla classe – che rappresentino "diritti individuali omogenei" di intraprendere un'azione di classe[80]. La dottrina dovrà chiarire se i "diritti individuali omogenei" includono non soltanto

scientifiche affidabili, molti residenti furono costretti a sottoporsi ad esami medici per valutare i possibili effetti della diossina sulla salute. Adita da un gruppo di residenti, la Suprema corte ha riconosciuto il danno risultante dalla paura di ammalarsi, indipendentemente da altri pregiudizi personali o alla proprietà: Cass., Sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2515, *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 691; Cass., 13 maggio 2009, n. 11059, *Giustizia civile*, 2010, p. 1467.

79 Monateri, P.G.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", in Pozzo, B. (a cura di): *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 142. Si veda altresí Visintini, G.: "Responsabilità civile e danni ambientali", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1015 ss., per la quale non dovrebbe sorprendere che lo stato abbia rifiutato di attribuire la legittimazione a soggetti privati (individualmente o costituiti in associazioni), giacché gli interessi ambientali non sarebbero collettivi ma diffusi, cioè non appartengono ad un determinato gruppo organizzato ma all'intera collettività.

80 La legge entrerà in vigore il 19 ottobre 2020. Per un primo commento *vid.* De Santis, A.D.: "The New Italian Class Action: Hope Springs Eternal", *The Italian Law Journal*, 2019, 5(2), p. 757 ss. Contraria è da sempre la Corte EDU, la quale non ammette l'*actio popularis*: Corte eur. dir. uomo, *Cordella and Others* c. *Italy*, cit., § 100. Da un punto di vista comparatistico, numerose carte costituzionali (es. Angola, Argentina, Capo Verde, Bolivia) attribuiscono a chiunque, individualmente o tramite associazioni rappresentative di specifici interessi, il diritto di agire in giudizio a tutela dell'ambiente: Bryner, N.: "A Constitutional Human Right to a Healthy Environment", in Fisher, D. (a cura di): *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton (USA), 2016, p. 179. Negli Stati Uniti, il successo delle azioni di classe per gli illeciti di massa è dovuto alla mancanza di un sistema di assistenza pubblica, sí che la responsabilità civile spesso diventa l'unico modo per le numerose vittime di ottenere ristoro: Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", cit., p. 901.

la salute e la proprietà, sí da consentire l'azione per i danni riflessi, ma anche i diritti ad un ambiente salutare ed equilibrato, sí che chiunque, individualmente o tramite associazioni[81], sarebbe legittimato a proporre un'azione di classe per i danni ambientali *tout court*.

VIII. L'IRRILEVANZA DEL RISPETTO DEI PERMESSI DI INQUINAMENTO: LA NATURA OGGETTIVA DELLA RESPONSABILITÀ AMBIENTALE "RIFLESSA".

Occorre domandarsi, ora, quale sia la natura della responsabilità ambientale "riflessa". Potrebbe sostenersi che un sistema basato sulla colpa assolva meglio la funzione deterrente della responsabilità civile, dal momento che non sarebbe soggetto a responsabilità chi si è uniformato ai parametri fissati nei permessi di inquinamento. Il principio di colpa creerebbe incentivi per coloro che inquinano ad osservare uno standard di diligenza, portando ad un'internalizzazione ottimale dell'esternalità negativa rappresentata dall'inquinamento[82]. Inoltre, soltanto un simile sistema renderebbe rilevante il concorso di colpa, sí da diminuire il risarcimento dovuto ove la vittima si sia comportata negligentemente.

Tuttavia, nell'ipotesi di danni ambientali, un sistema basato sulla colpa ignorerebbe la distinzione tra prevenzione unilaterale e bilaterale degli incidenti[83]. Quando soltanto il danneggiante può evitare l'evento lesivo – come è il caso dei danni riflessi cagionati dalle emissioni di Ilva – il modello piú efficiente è la responsabilità oggettiva perché la vittima non può fare nulla per evitare il danno. La funzione deterrente della colpa implica che il danneggiante sia incentivato a prendere le dovute cautele al fine di andare esente da responsabilità e che, correlativamente, la vittima sia incentivata ad adottare le misure necessarie a ridurre al minimo il danno che resterebbe a suo carico a séguito della condotta diligente del danneggiante. Tuttavia, se la prevenzione dell'incidente è unilaterale, non avrebbe senso porre a carico della vittima il danno conseguente alla condotta diligente del danneggiante,

81 Attribuire la legittimazione attiva alle associazioni ambientaliste può rivelarsi una forma di tutela effettiva nell'ipotesi di molteplici vittime da disastro ambientale. Sebbene l'ammontare complessivo dei danni sia elevato, ciascuna vittima ne soffre soltanto per una piccola parte, sí da non essere incentivata ad intraprendere azioni legali contro il responsabile dell'inquinamento dati i costi elevati del contenzioso: Monateri P.G.: "La responsabilità civile", cit., p. 913. Prima della nuova legge sull'azione di classe, si riteneva che la limitazione della legittimazione delle associazioni ambientaliste nel codice dell'ambiente fosse incostituzionale, in quanto contraria al principio della sussidiarietà orizzontale: D'Alfonso, G.: "La triplice dimensione del danno ambientale", cit., p. 288 s. Al riguardo, la Suprema corte ha osservato che, sebbene il codice dell'ambiente attribuisca la legittimazione soltanto al Ministero dell'ambiente, le associazioni ambientaliste possono costituirsi parte civile nel processo penale e ivi chiedere il risarcimento del danno derivante dai reati ambientali (Cass., 11 febbraio 2010, n. 14828 e Cass., 17 gennaio 2012, n. 19437, disponibili in *dejure.it*). Per contro, Cass., 23 giugno 2011, n. 25193, *ivi*, ha affermato che soltanto il Ministero ha la legittimazione, sul rilievo che il regime speciale contenuto nel codice dell'ambiente deroga alle norme generali della responsabilità civile.

82 Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance: A Principled Analysis", in Fisher, D. (a cura di): *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, cit., pp. 118-119, 127-128.

83 La distinzione risale a Shavell, S.: *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1987, p. 7.

al fine di incentivarla a prevenire quel danno, semplicemente perché la vittima non è in condizione di adottare misure tali da evitare o contenere l'incidente[84].

Un sistema fondato sulla colpa potrebbe determinare il livello ottimale di diligenza, non il livello ottimale dell'attività produttiva. Se il responsabile dell'inquinamento è diligente, non importa se rilascia nell'ambiente un grammo o una tonnellata di diossine: in ogni caso, è esente da responsabilità se rispetta i permessi di inquinamento (c.d. *regulatory compliance defense*)[85]. Quantomeno in Europa le autorizzazioni che fissano i limiti di inquinamento non svolgono una funzione di esenzione da responsabilità[86]. In primo luogo, i permessi solitamente restringono le "emissioni" ma tacciono sulle "immissioni", ossia le interferenze sui diritti individuali alla vita, alla salute e alla proprietà[87].

Ilva, inoltre, non può sfuggire alla responsabilità sostenendo che la sua "attività" sia stata autorizzata. La direttiva prevede sí un'esenzione da responsabilità, che però riguarda le "emissioni" autorizzate. Piú precisamente, l'esenzione impone al responsabile dell'inquinamento di dimostrare che le autorità abbiano espressamente autorizzato una specifica emissione e che non gli fosse "attribuibile un comportamento doloso o colposo" (art. 8, § 4, lett. *a*, direttiva 2004/35/CE). Sebbene la formula sia imprecisa, l'idea alla base della direttiva è che, nonostante l'espressa autorizzazione di una determinata emissione, chi inquina è responsabile se si sia accorto del pregiudizio ambientale, o se avrebbe dovuto accorgersene utilizzando l'ordinaria diligenza[88]. Tuttavia, non sembra che Ilva possa avvalersi dell'esenzione, giacché la sua attività nel complesso (e non una specifica emissione) è

84 Si veda Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", cit., p. 37, per il quale la responsabilità oggettiva è il modello piú efficiente quando la prevenzione è unilaterale, il risarcimento dovuto corrisponda alla perdita subita ed, infine, il ruolo del potenziale danneggiante e della vittima siano noti *ex ante*; similmente, *vid.* Id., Cooter, R., Mattei, U., Pardolesi, R. e Ulen, T.: *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 216.

85 Nel senso che la responsabilità oggettiva "*provides incentives to adopt both efficient care as well as efficient activity levels*", Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance", cit., p. 128. Ad avviso di Faure, questa sarebbe la differenza piú importante tra la responsabilità oggettiva e per colpa, non già la funzione deterrente, che entrambi i modelli realizzano.

86 Ma *vid.* Meli, M.: "Il principio 'chi inquina paga' nel codice dell'ambiente", *Danno e responsabilità*, 2009, pp. 811 ss., 817 s., per la quale esonerare dalla responsabilità i soggetti che inquinano nel rispetto degli standard legali è una scelta efficiente dal punto di vista economico (perché impedisce di trasferire i costi degli incidenti nei prezzi di vendita) e coerente con l'intero sistema (condotte che siano state previamente autorizzate non possono dar luogo a responsabilità).

87 Commentando l'art. 844 c.c., Di Giovanni, F.: "Immissioni e tutela dell'ambiente", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 280, osserva che, al fine di stabilire se un'immissione sia intollerabile, il giudice non è evidentemente vincolato alle restrizioni legislative sulle emissioni.

88 Evidenzia Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela", cit., p. 802, nt. 13, che la direttiva non considera il permesso di inquinamento sufficiente ai fini dell'esenzione da responsabilità, dimostrando che le autorizzazioni amministrative possono presentare delle criticità (dovute, ad esempio, alla mancanza di informazioni o al fenomeno noto come "*regulatory capture*"). Anche il Tribunale di Taranto ha disposto che, perché Ilva sfugga alla responsabilità per la perdita di valore delle abitazioni circostanti, non basta dimostrare l'adempimento dei permessi di inquinamento e dei limiti stabiliti dalla legge: Buonfrate, A.: "Caso Ilva", cit., pp. 362 e 364.

oggetto di autorizzazione e, quandanche una specifica emissione fosse autorizzata, Ilva sarebbe in condizione di accorgersi del rischio ambientale.

Queste brevi osservazioni dimostrano che la responsabilità per i danni ambientali riflessi andrebbe catalogata come oggettiva[89]. Atteso che Ilva svolge un'attività pericolosa – dove la pericolosità è rapportata all'elevata probabilità di danno o alla sua gravità –[90], la norma di riferimento sarebbe l'art. 2050 c.c.[91], che espone a responsabilità chiunque cagioni danno nell'esercizio di un'attività pericolosa per sua natura o per i mezzi impiegati. Il rischio posto dall'attività è preso in considerazione anche dalla direttiva sulla responsabilità ambientale, la quale impone un regime oggettivo se il danno è causato dalle attività pericolose elencate nell'allegato III (art. 3, § 1, lett. *a*, direttiva 2004/35/CE), mentre la responsabilità è per colpa se l'operatore non svolge un'attività pericolosa[92].

Vero è che l'art. 2050 c.c. consente al danneggiante di sfuggire a responsabilità se prova che ha assunto tutte le misure idonee ad evitare il danno, ma la portata di tale prova liberatoria non deve essere enfatizzata. Da un lato, nel diritto vivente ad essa è stata data un'interpretazione restrittiva, che identifica la causa liberatoria con il caso fortuito. In altri termini, una volta che l'attività sia stata classificata come pericolosa, la giurisprudenza tende a non ammettere la prova che tutte le misure idonee ad evitare l'incidente siano state adottate, sí che il danneggiante potrebbe

89 La stessa responsabilità ambientale *stricto sensu* è solitamente classificata come oggettiva: *ex multis*, Meli, M.: "Il principio 'chi inquina paga' nel codice dell'ambiente", cit., p. 814; Parisi, F. e Dari-Mattiacci, G.: "*Mass torts* e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica", *Danno e responsabilità*, 2009, p. 131 ss.; Comporti, G.D.: "La responsabilità per danno ambientale", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2011, pp. 1 ss., 13; Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 842 s.; Benozzo, M., "La responsabilità per danno ambientale da attività autorizzate tra imputazione oggettiva e assenza dell'antigiuridicità", *Contratto e impresa*, 2008, p. 1323 ss. Molte convenzioni internazionali e la legislazione di numerosi stati adottano un regime oggettivo di responsabilità; sul punto *vid.* Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance", cit., p. 129.

90 Secondo alcuni, pericolose sono le attività che, con molta probabilità, causano danno: Comporti, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, Napoli, 1965, p. 291; secondo altri, la pericolosità caratterizza tutte le attività che cagionino danni di grave entità indipendentemente dalla loro probabilità: Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", cit., p. 1019. La giurisprudenza sembra applicare questi criteri in maniera magmatica e tende a qualificare come pericolose le attività in base a considerazioni legate piú a percezioni sociali ed empiriche che alle statistiche.

91 Cfr. D'Alfonso, G.: "La triplice dimensione del danno ambientale", cit., p. 291; Buonfrate, A.: "Caso Ilva", cit., p. 358. In giurisprudenza si è detto che i produttori di rifiuti tossici (nella specie, rifiuti industriali) sono sottoposti alla regola della responsabilità per attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c.: Cass., 1 settembre 1995, n. 9211, con nota di Cervetti, F.: "In tema di responsabilità civile per danno ambientale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, p. 358 ss.

92 Brans, E.: "Fundamentals of Liability for Environmental Harm Under the ELD", in Bergkamp, L. e Goldsmith, B.J. (a cura di): *The EU Environmental Liability Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 31 ss. Cosí anche il codice dell'ambiente: *vid.* Lamanuzzi, A.: "I criteri di imputazione della responsabilità ambientale", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 297-303. Apprezza la distinzione tra attività pericolose e sicure nella direttiva sulla responsabilità ambientale, le quali danno rispettivamente luogo ad una responsabilità oggettiva e per colpa, Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance", cit., p. 130, sul rilievo che le prime possono considerarsi unilaterali dal momento che la vittima può incidere in misura marginale sul rischio dell'incidente, mentre le ultime sono bilaterali perché sia il danneggiante che la vittima possono adottare misure per evitare o contenere il danno.

sottrarsi a responsabilità soltanto dimostrando che la sua attività non è pericolosa o fornendo la prova del caso fortuito (prova molto difficile)[93].

In ogni caso, pur ammettendo che il danneggiante vada esente da responsabilità se assolve l'onere di provare di aver preso tutte le misure idonee ad evitare il danno[94], si pone il problema di determinare l'estensione di queste in materia ambientale, considerato che misure eccessivamente costose potrebbero causare il fallimento del soggetto che inquina e traslare sulle casse dello stato gli oneri risarcitori[95]. Il codice dell'ambiente ha sostituito il parametro dei "costi eccessivi" di cui alla legislazione precedente con quello delle "condizioni ragionevoli" (art. 5, lett. *l-ter*, n. 2); sí che, il soggetto che inquina potrebbe ora essere tenuto ad adottare misure costose purché ragionevoli. La novità legislativa è stata anticipata da una decisione della Corte costituzionale che ha disposto che nessuna misura è eccessiva quando è necessaria per tutelare la salute. Pertanto, la misura potrebbe risultare eccessiva soltanto una volta che lo standard di protezione della salute umana sia stato rispettato[96]. La Corte, quasi ad anticipare il caso Ilva, ha poi precisato che i costi non rilevano quando le misure riguardano aree particolarmente inquinate.

IX. LA PROVA DEL NESSO CAUSALE NEGLI INQUINAMENTI DIFFUSI.

Anche nella sua configurazione oggettiva la responsabilità civile richiede di stabilire un nesso causale tra il danno ambientale e l'azione o l'omissione del

93 Nel senso che la responsabilità *ex* art. 2050 c.c. possa essere esclusa soltanto dal caso fortuito, inteso come un evento interruttivo del nesso eziologico tra il fatto illecito e il danno, che può identificarsi con il fatto dello stesso danneggiato o di un terzo: Cass., 21 novembre 2017, n. 27544, *Massimario Giustizia civile*, 2018. Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 458 s., evidenzia che, se è vero che la giurisprudenza non ha mai ritenuto sufficiente la prova che il danneggiante abbia adottato tutte le misure necessarie ad evitare l'incidente, allora soltanto la prova del caso fortuito può esonerare il danneggiante da responsabilità. Similmente *vid.* Franzoni, M.: *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, CEDAM, Padova, 1988, p. 117.

94 In tal senso, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 689; Alpa, G.: "La responsabilità oggettiva", *Contratto e impresa*, 2005, pp. 959 ss., 969; Galgano, F.: "La responsabilità oggettiva", *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova, 2009, p. 995, ma la giurisprudenza non sembra essere dello stesso avviso.

95 Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", cit., p. 903, osserva che uno dei principali argomenti contrari all'impiego della responsabilità aquiliana nei disastri di massa è che, cosí facendo, il diritto della responsabilità civile diventerebbe il surrogato di un sistema di sicurezza sociale, sebbene comportante costi operativi piú alti.

96 Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, cit. La Corte ha altresí stabilito che l'eccesso di costi deve essere rapportato alla categoria di impresa in questione e non alla singola attività. In ogni caso, le misure di contrasto all'inquinamento devono essere progressive e dilazionate. Tali princípi si aggiungono a quello di proporzionalità. La Corte di giustizia, infatti, si è espressa nel senso che le misure adottate dalle istituzioni europee per proteggere l'ambiente non devono eccedere i "limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra piú misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti": Corte giust., 12 luglio 2001, C-189/01, *Jippes and Others* c. *Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, [2001] ECR I-5689, § 81; Corte giust., 7 luglio 2009, C-558/07, *S.P.C.M. and Others* c. *Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, [2009] ECR I-5783, § 41; Corte giust., 9 marzo 2010, Cause riunite C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee ERG and Others* c. *Ministero dello Sviluppo Economico and Others*, [2010] ECR I-2007, § 86; Corte giust., 8 luglio 2010, C-343/09, *Afton Chemical Limited* c. *Secretary of State for Transport*, [2010] ECR I-7027, § 45.

soggetto che inquina. Trattasi di una prova alquanto complessa quando si tratta di danni riflessi[97], stante la varietà di cause concorrenti o alternative che possono cagionarli (es. il fumo di sigarette)[98], gli effetti tossici che potrebbero essere non immediati ma cumulativi e manifestarsi nel lungo periodo[99], la moltitudine di vittime[100] e di danneggianti[101], l'incertezza scientifica intorno a determinate categorie di danno[102].

Non a caso la Corte europea dei diritti dell'uomo ha talvolta escluso che il nesso causale possa stabilirsi nei casi di inquinamento diffuso[103]. Anche la dottrina teme che un'attenuazione dell'onere probatorio incoraggerebbe azioni frivole, interferendo con l'efficienza del sistema giudiziario[104]. La stessa direttiva sulla responsabilità ambientale recita che la responsabilità civile non è "uno strumento adatto per trattare l'inquinamento a carattere diffuso e generale nei casi in cui sia

97 Cfr. Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", cit., pp. 902 e 922-923, il quale osserva che la giurisprudenza potrebbe attenuare l'onere probatorio nella responsabilità ambientale, ritenendo sufficiente il danno *in re ipsa*, sul rilievo che il soggetto che inquina non dovrebbe trarre vantaggio dalla circostanza che le vittime potrebbero soddisfare l'onere di provare la causalità soltanto con molte difficoltà; Id.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", cit., p. 137 s., per il quale il problema riguarda la prova non del nesso tra l'azione e l'evento, ma tra l'evento e tutti i danni che ne scaturiscono; Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 854 s. Nella dottrina statunitense, nel senso che "*the only clear observation in toxic tort litigation is the unparalleled dilemma of establishing a cause and effect relationship between a toxin and a plaintiff's injury*": Conway-Jones, D.: "Factual Causation in Toxic Tort Litigation: A Philosophical View of Proof and Certainty in Uncertain Disciplines", *University of Richmond Law Review*, 2002, 35, pp. 875 ss., 878; ma *vid.* anche Berger, M.A.: "Eliminating General Causation: Notes Towards a New Theory of Justice and Toxic Torts", *Columbia Law Review*, 1997, 97, pp. 2117 ss., 2131-2134.

98 "*In reality, an individual will rarely be exposed only to a single toxic substance*": Boston, G.W.: "A Mass-Exposure Model of Toxic Causation: The Content of Scientific Proof and the Regulatory Experience", *Columbia Journal of Environmental Law*, 1993, 18, pp. 181 ss., 301.

99 Cfr. Farber, D.A.: "Toxic Causation", *Minnesota Law Review*, 1987, 71, pp. 1219 ss., 1228. Con riferimento all'inquinamento elettromagnetico, *vid.* Nanna, C.M.: "Causalità, precauzione e prevenzione nella responsabilità per inquinamento elettromagnetico", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 328.

100 Quando le vittime sono multiple, potrebbe essere necessario raggrupparle, cosí che le perdite individualmente sostenute siano considerate unitariamente: Monateri, P.G.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", cit., p. 138. La nuova azione di classe può essere utile a tal fine.

101 Nelle ipotesi di illeciti di massa, anche quando i danneggianti non siano tecnicamente numerosi, molti sono chiamati in giudizio al fine di consentire alle vittime di rivalersi su una molteplicità di patrimoni. Ciò potrebbe perfino giustificare la c.d. *"lenders' liability theory"*, in base alla quale le banche che hanno fatto prestiti a chi inquina dovrebbero essere ritenute responsabili in solido sul rilievo che non hanno accertato che il loro debitore avesse preso tutte le misure necessarie contro l'inquinamento: Monateri, P.G.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", cit., p. 138.

102 Aa.Vv.: "Causation in Environmental Law", cit., p. 2261, notano che "the earliest claimants for a particular type of toxic exposure may well find it difficult to establish general causation simply because the medical science has not yet caught up to claimants' personal experiences".

103 Si veda Corte eur. dir. uomo, 24 marzo 2015, *Smaltini* c. *Italy*, in *hudoc.echr.coe.int*, § 60, dove la Corte di Strasburgo, sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili al tempo del caso, ma fatti salvi i risultati di studi futuri, ha rilevato che la ricorrente (una cittadina di Taranto alla quale era stata diagnosticata una leucemia) aveva omesso di provare che il governo non avesse tutelato il suo diritto alla vita. Tuttavia, la Corte ha lasciato aperta la possibilità per azioni in futuro, ove il quadro scientifico di riferimento dovesse mutare: cosí Harrison, J.: "Significant International Environmental Law Cases: 2018-19", *Journal of Environmental Law*, 2019, p. 2. Infatti, *vid.* Corte eur. dir. uomo, *Cordella and Others* c. *Italy*, cit., §§ 163-166, per nuove evidenze scientifiche dimostranti il nesso di causalità tra le emissioni di Ilva e una serie di gravi patologie.

104 Mosher, J.C.: "A Pound of Cause for a Penny of Proof: The Failed Economy of an Eroded Causation Standard in Toxic Tort Cases", *NYU Environmental Law Journal*, 2003, 11, pp. 531 ss., 594-596.

impossibile collegare gli effetti ambientali negativi a atti o omissioni di taluni singoli soggetti" (considerando 13, direttiva 2004/35/CE)[105]. Sembra che la direttiva lasci al di fuori del suo àmbito di applicazione i casi piú interessanti di responsabilità ambientale: quelli che riguardano inquinamenti diffusi.

In ogni caso, la causalità nella responsabilità ambientale è un falso problema. Da un lato, è ormai riconosciuto che sia la causa che il danno possono essere provati tramite presunzioni (es., la vicinanza della fabbrica al luogo dell'incidente; la corrispondenza tra le tossine rinvenute e i materiali utilizzati dall'operatore nelle sue attività; l'elevata incidenza della malattia; una procedura di infrazione intrapresa dalle autorità pubbliche; probabilmente, perfino un'inchiesta giornalistica o l'emanazione di leggi speciali a fronte del disastro)[106]. Le presunzioni semplici, ossia quelle che non sono stabilite dalla legge, sono rimesse alla prudenza del giudice, purché siano "gravi, precise e concordanti" (art. 2729 c.c.).

Dall'altro, la causalità nella responsabilità ambientale tende ad essere soddisfatta dalla probabilità, non già certezza, che un determinato evento risulti da un antecedente[107]. Nelle società industrializzate, infatti, sarebbe impossibile

105 Monateri, P.G.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", cit., p. 140, osserva che la direttiva sembra escludere dal suo àmbito di applicazione i casi piú interessanti di responsabilità ambientale, i.e. quelli relativi all'inquinamento diffuso da disastri ambientali.

106 Si veda Corte giust., 9 marzo 2010, C-378/08, *Raffinerie Mediterranee*, cit., dove la Corte ha deciso che "la normativa di uno Stato membro può prevedere che l'autorità competente abbia facoltà di imporre misure di riparazione del danno ambientale presumendo l'esistenza di un nesso di causalità tra l'inquinamento accertato e le attività del singolo o dei diversi operatori, e ciò in base alla vicinanza degli impianti di questi ultimi con il menzionato inquinamento" (§ 56); tuttavia, "dato che, conformemente al principio 'chi inquina paga', l'obbligo di riparazione incombe agli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'inquinamento o al rischio di inquinamento (…), per poter presumere secondo tali modalità l'esistenza di un siffatto nesso di causalità l'autorità competente deve disporre di indizi plausibili in grado di dar fondamento alla sua presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività" (§ 57). Per osservazioni critiche *vid.* Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 854, il quale non ritiene comprensibile il motivo per cui la Corte ha richiesto che il nesso di causalità sia provato, ma al contempo ha ammesso presunzioni le quali, tecnicamente, esonerano l'attore dall'onere della prova. Ma si veda Visintini, G.: "Responsabilità civile e danni ambientali", cit., p. 1024, per la quale sarebbe la funzione deterrente della responsabilità ambientale a giustificare che il nesso eziologico sia dimostrato non tramite prove inequivoche ma attraverso presunzioni. La giurisprudenza ha altresí accettato presunzioni della causalità fondate sulla diffusione di asbestosi nei dipendenti di una società o sull'inadempimento degli standard di sicurezza sul lavoro da parte del datore: si vedano le pronunce citate da Volpe, F.: "Nesso di causalità e danno da amianto", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 320 s., il quale, tuttavia, osserva che una simile presunzione non potrebbe stabilirsi quando la patologia è contratta al di fuori del luogo di lavoro, come accade per coloro che abbiano respirato le polveri di amianto portate in casa dai loro familiari. Talvolta, sono state ammesse presunzioni di danno: v. Cass., 13 maggio 2009, n. 11059, cit., per la quale i danni non patrimoniali potrebbero provarsi tramite presunzioni (nella specie, si trattava del disastro di Seveso). Ma *vid.* altresí Trib. Taranto, 6 marzo 2014, n. 708, con nota di Buonfrate, A., cit., p. 365, nt. 35, che ha riconosciuto i danni alla proprietà sulla base di presunzioni integrate dalle limitazioni alla possibilità di tenere le finestre delle abitazioni aperte, di stendere il bucato all'esterno, nonché dall'accumulo di polvere sui balconi e sulle piante.

107 Per una diversa modulazione della soglia di probabilità nel processo penale e civile *vid.* Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 827 ss. Mentre nel processo penale si richiede la prova oltre ogni ragionevole dubbio, quello civile ammette la regola del "piú probabile che non", stanti le diverse posizioni di accusa e difesa nel processo penale e l'uguaglianza tra le parti in quello civile; similmente *vid.* Cass., 18 giugno 2012, n. 9927, *Danno e responsabilità*, 2012, p. 32 ss. Pucella, R.: "Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione", *Danno e responsabilità*, 2008, pp. 58 ss., 61, osserva che lo standard del "piú probabile che non" surroga una certezza mancante e riflette la miglior decisione possibile

identificare serie causali con assoluta certezza. Se la causalità implicasse certezza, molte vittime non riceverebbero tutela. In senso contrario, si potrebbe ritenere che uno standard probabilistico spianerebbe la strada a qualsiasi azione genericamente basata su qualsiasi forma di inquinamento, che peraltro è sempre piú diffuso nelle realtà moderne[108]. Tuttavia, criteri scientifici possono essere impiegati per distinguere le azioni futili da quelle meritevoli[109]. Se si lega il criterio probabilistico alla scienza, le vittime dell'Ilva avranno successo se in grado di dimostrare, sulla base di prove scientifiche, che è altamente probabile che la loro condizione dipenda dalle emissioni e altamente improbabile che fattori alternativi le abbiano causate[110].

X. ALCUNE CONSIDERAZIONI DI POLITICA DEL DIRITTO SULLA REGOLAMENTAZIONE DEI DISASTRI AMBIENTALI: MEGLIO LA LEGISLAZIONE PUBBLICISTICA O LA RESPONSABILITÀ CIVILE?

Sorge spontaneo l'interrogativo se la responsabilità civile sia davvero il miglior modello per regolare i danni ambientali riflessi. Di sicuro, non è l'unico. L'inquinamento è un'esternalità negativa, i.e. un effetto nocivo dell'attività che chi inquina pone a carico della collettività senza al contempo conferire benefici. Se il responsabile dell'inquinamento non fosse costretto a pagare per l'esternalità che diffonde, non sarebbe incoraggiato ad adottare le misure preventive e potrebbe offrire beni e servizi ad un prezzo eccessivamente basso, ossia un prezzo che non riflette realmente i costi sociali dell'attività. I consumatori richiederebbero

sulla causalità. Alcuni estendono il test probabilistico fino al punto da consentire la risarcibilità di danni *possibili*, e non solo meramente *probabili*, sul rilievo del principio di precauzione: Nanna, C.M.: "Causalità, precauzione e prevenzione", cit., pp. 329-330, 333.

108 Osserva Ferraris, L.: "Smaltini v. Italy: A Missed Opportunity to Sanction Ilva's Polluting Activity Within the ECHR System", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2016, pp. 82 ss., 91-92, che "drawing on the strict causal link appears to be the only means at the judges' disposal to prevent the damage suffered by the applicant from being considered generically attributable to a source of pollution. In the context of an industrialized society, in which many activities are highly polluting, it is fundamental for the Court to separate claims based on damage suffered in direct connection with a source of pollution from those generically linked to the existence of a source of pollution".

109 Castronovo, C.: "Sentieri di responsabilità civile europea", *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 787 ss., 821-822, avverte che, al fine di evitare che il criterio probabilistico trasformi il libero convincimento del giudice in una scatola vuota, è fondamentale la sussunzione in leggi scientifiche, le quali, "seppure non possono sostituire l'esperto al giudice nel compito della decisione, non consentono tuttavia a quest'ultimo di ignorare le spiegazioni approntate dal primo". Si veda altresí Piraino, F.: "Il nesso di causalità", *Europa e diritto privato*, 2018, pp. 399 ss., 446-447, il quale osserva che il giudice non può stabilire il nesso causale senza l'ausilio di leggi scientifiche, pur precisando che ciò non significa che il giudice sia vincolato al giudizio scientifico "giacché gli va riconosciuto uno spazio di discrezionalità che torna a dischiudersi non soltanto in sede di accertamento della causalità individuale, ma anche nel passaggio dal piano del giudizio analitico a quello del giudizio sintetico". Si noti che, al pari di quelle statistiche, le leggi scientifiche sono caratterizzate da probabilità, se non altro perché "la credibilità razionale di una ipotesi scientifica è relativa a un insieme finito di conoscenze": Stella, F.: "*Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*", Giuffrè, Milano, 1990, p. 308.

110 Secondo Falcone, M.: "La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche", *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 365 ss., 381 s., sarebbe possibile ridimensionare tutti gli altri fattori che potrebbero aver contribuito al danno non patrimoniale sofferto dall'individuo, dal momento che la Corte EDU ha riconosciuto danni ambientali che non consistono nella violazione di un diritto alla salute ma che concretizzano la lesione del diritto (piú ampio) al rispetto per la vita privata e familiare (*vid.* Corte eur. dir. uomo, *Di Sarno and Others* c. *Italy*, cit.).

troppi beni e servizi che determinano costi elevati per la collettività in termini di inquinamento. Da questo punto di vista, l'inquinamento può considerarsi anche un fallimento del mercato[111].

A fronte di un simile scenario, la capacità auto-regolatrice del mercato andrebbe ridimensionata. Di certo è accaduto che disastri ambientali siano stati gestiti tramite transazioni (come il caso Seveso), ma il contratto appare efficiente quando i costi transattivi sono bassi[112], senza considerare che le reciproche concessioni dipendono pur sempre da strutture e concetti mutuati dalla responsabilità civile[113]. Pertanto, un modello legale piú robusto rispetto alla *"regulation through contract"* è necessario per correggere il fallimento del mercato, ma è discutibile se la regola migliore sia la responsabilità civile.

Alcuni propugnano un intervento pubblico di regolamentazione per correggere il fallimento del mercato attraverso l'attribuzione di un prezzo all'ambiente, cosí bilanciando i costi privati e sociali del processo produttivo e costringendo le imprese a tagliare gli eccessi di produzione e di inquinamento[114]. Alla base di simili proposte vi è una nota di sfiducia verso la capacità del potere giudiziario di regolare i disastri ambientali. Si pensa che i tribunali abbiano difficoltà a comprendere dati tecnici e scientifici, prendano decisioni basate sulle informazioni fornite soltanto dai contendenti, decidano casi diversi allo stesso modo e casi simili differentemente, cosí creando incertezze[115]. Alcuni giudici potrebbero essere perfino riluttanti a censurare atti del legislatore o dell'esecutivo che minacciano l'ambiente, per timori

111 Si veda Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance", cit., p. 114 s., il quale evidenzia che, da un punto di vista economico, non rileva se il costo delle misure preventive è sostenuto dal responsabile dell'inquinamento o della vittima. Ciò che importa è l'efficienza. I soggetti responsabili dell'inquinamento potrebbero essere lasciati liberi di inquinare e il costo di efficienti misure anti-inquinamento potrebbe ben gravare sulle vittime. Il principio "*the victim pays*", tuttavia, trascura gli aspetti distributivi del diritto della responsabilità civile. Cfr. altresí Parisi, F. e Dari-Mattiacci, G.: "*Mass torts* e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica", cit., p. 131.

112 Si pensi alla transazione raggiunta, nel disastro Seveso, tra lo Stato e la Lombardia, da un lato, e le società Icmesa e Givaudan, dall'altro: Monateri, P.G.: "La responsabilità civile", cit., p. 904 s. Monateri ritiene che non è necessariamente vero che ove i danni siano diffusi, i costi transattivi siano alti, rendendo cosí preferibile ricorrere al contenzioso. Al contrario, la responsabilità civile potrebbe essere piú costosa, senza considerare che le numerose vittime di un singolo incidente tendono a raggrupparsi, sí da ridurre i costi della transazione. Va detto, tuttavia, che se quelle vittime possono intraprendere un'azione di classe, allora la responsabilità civile prevarrebbe di nuovo sul diritto contrattuale.

113 Monateri, P.G.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", cit., p. 139.

114 Meli, M.: "Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva", cit., p. 1039.

115 Sono, questi, argomenti che si leggono spesso nella letteratura sulla responsabilità per danni da prodotti difettosi, ma ben possono riguardare anche la responsabilità ambientale: cfr. Henderson, J.A., Jr.: "Judicial Review of Manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication", *Columbia Law Review*, 1973, 73(8), pp. 1531 ss., 1532-1533; Mooney, P.J.: "Torts □ Judicial Participation in the Establishment of Vehicle Safety Standards: A System in Need of Reform", *Temple Law Quarterly*, 1981, 54(4), pp. 902 ss., 919; Lindvall, S.G.: "Aircraft Crashworthiness: Should the Courts Set the Standards", *William & Mary Law Review*, 1986, 27, pp. 371 ss., 401.

legati al principio di separazione dei poteri[116]. Si ritiene altresí che la responsabilità civile faccia aumentare i prezzi di vendita al consumo[117].

Diverse misure legislative sono ipotizzabili, ma tutte presentano criticità piú o meno accentuate. La tassazione è vista come un deterrente efficiente per costringere le imprese ad abbattere l'inquinamento, nonché come uno strumento flessibile perché non detta il livello ottimale della produzione, ma lascia agli imprenditori un margine per determinare come internalizzare l'esternalità negativa. Tuttavia, la tassazione è legata al costo dell'inquinamento, la cui quantificazione potrebbe essere complessa o, comunque, rimandare a strutture della responsabilità civile. Inoltre, i sistemi di controllo fiscale sono spesso costosi[118]. Un diverso approccio regolamentare consiste negli standard di emissione, ma questi rischiano di ostacolare l'ingresso di nuove imprese nel mercato e di accrescere i profitti di quelle esistenti, danneggiando la concorrenza[119].

Da piú fronti si auspica la nazionalizzazione di Ilva. L'intervento dell'apparato statale è stato finora criticato giacché avrebbe tentato di impedire il fallimento di Ilva a tutti i costi, preservando al contempo la proprietà privata e consentendo la prosecuzione delle attività inquinanti in nome del profitto. La regolamentazione pubblica non avrebbe mai cercato di correggere il fallimento del mercato responsabilizzando Ilva per i costi sociali inflitti sulla collettività. Per contro, la nazionalizzazione di Ilva e l'internalizzazione delle esternalità renderebbero possibile la sopravvivenza del gigante dell'acciaio a vantaggio di tutti e non solo dei proprietari[120]. È, tuttavia, discutibile che lo stato abbia le competenze necessarie a

116 Sul punto *vid.* Bryner, N.: "A Constitutional Human Right to a Healthy Environment", cit., p. 178, il quale confronta la decisione della Hong Kong Court of First Instance, 26 luglio 2007, n. 35, *Clean Air Foundation Limited & Gordon David Oldham vid. Government of the Hong Kong Special Administrative Region*, HCAL 35/2007, citata in Anton, D. e Shelton, D.: *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 457-460, dove la Corte ha respinto il ricorso di alcuni attivisti volto a costringere il governo a rafforzare il controllo dell'inquinamento atmosferico, sul rilievo che il governo disponesse di un'ampia discrezionalità per assumere decisioni difficili nel rispetto di interessi sociali ed economici confliggenti, con la decisione della Supreme Court of Pennsylvania in *Robinson Twp* v. *Commonwealth*, 83 A.3d 901 (Pa. 2013), dove la Corte ha censurato una legge che precludeva regolamentazioni a livello locale in tema di fratturazione idraulica. L'a. conclude che "*environmental issues with potential long-term impacts are well suited for judicial resolution and should not be simply entrusted to political branches with incentives to maximize short-term interests*". Sul rapporto conflittuale tra politica e magistratura nel contenzioso in materia di cambiamenti climatici, *vid.* il caso olandese *Urgenda*, commentato da Burgers, L.: "Should Judges Make Climate Change Law?", *Transnational Environmental Law*, 2020, p. 1 ss.

117 Sul punto *vid.* Corriero, V.: "Il principio 'chi inquina paga'", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 275, la quale osserva che i costi sociali dell'inquinamento sostenuti dalla collettività diminuirebbero se i responsabili dell'inquinamento prendessero tutte le misure adatte ad evitare l'incidente.

118 Cfr. Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance", cit., p. 117, per il quale ulteriori problemi legati alla tassazione sull'inquinamento sono l'elusione fiscale e l'influenza di interessi privati. A favore delle misure fiscali si pronuncia, invece, Pigou, A.: *A Study in Public Finance*, MacMillan, London, 3ª ed., 1951.

119 Ecco il motivo per cui le imprese esistenti preferiscono gli standard alla tassazione: Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance", cit., p. 117.

120 Cfr. Meli, M., "Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva", cit., p. 1040; Bucci, G. e D'Albergo, S., "L'Ilva e gli embrioni di uno Stato neo-corporativo", *Marx ventuno*, 2014, pp. 107 ss., 111; Forges Davanzati, G. e Romeo,

gestire un'impresa siderurgica. Ci sono stati periodi in cui Ilva è stata di proprietà statale o quanto meno gestita dallo stato[121], nei quali gli annosi problemi non sono cessati, anzi si sono aggravati.

I vantaggi della responsabilità civile consistono, in primo luogo, nella flessibilità di uno strumento privatistico gestito dai tribunali caso per caso. La responsabilità coinvolge altresí profili distributivi. Ilva sarebbe chiamata a rispondere perché svolge un'attività rischiosa[122] e sarebbe ingiusto e iniquo esentarla dalle conseguenze avverse che infligge sulla collettività. Ma soprattutto, a differenza di altri strumenti, la responsabilità è in grado di assolvere una moltitudine di funzioni. Il risarcimento è soltanto una di queste, probabilmente neanche essenziale. La polifunzionalità della responsabilità civile emerge proprio nel caso *Cordella*, quando la Corte di Strasburgo, pur sollecitando le autorità italiane ad adottare tutte le misure necessarie a proteggere l'ambiente e la salute delle persone, si è rifiutata di accordare il risarcimento ai ricorrenti, sul rilievo che l'accertamento delle violazioni della CEDU in capo allo stato italiano (e in particolare dei diritti al rispetto della vita privata e familiare e ad un rimedio effettivo) costituisse già un rimedio sufficiente per il danno non patrimoniale sofferto dai ricorrenti[123].

Se l'obiettivo fosse solo quello di trasferire la perdita dalla vittima al responsabile dell'inquinamento, vi sarebbero probabilmente mezzi meno costosi della responsabilità civile, che aggiunge ai costi degli incidenti i costi dei processi. Ma ciò che premia il modello della responsabilità è la sua capacità di creare incentivi per evitare gli incidenti[124]. Una deterrenza effettiva richiede che la responsabilità ricada

S., "Il caso Ilva e l'industria italiana nella crisi dell'Unione monetaria europea", *Critica marxista*, 2015, pp. 41 ss., 47.

121 È accaduto spesso che Ilva non sia stata nazionalizzata, bensí sottoposta ad amministrazione straordinaria, una particolare procedura di insolvenza che riguarda le imprese di dimensioni medio-grandi la cui chiusura avrebbe un impatto negativo sull'economia. Nel caso di Ilva, l'inadempimento degli standard ambientali è stato fittiziamente considerato come una forma di "insolvenza". Cfr. Guizzi, G.: "Il commissariamento di società per azioni ai sensi del d.l. 61/2013 tra funzionalizzazione dell'impresa e problemi di tutela costituzionale della partecipazione azionaria. Prime note a margine del(la seconda puntata del) caso ILVA", *Corriere giuridico*, 2013, p. 1189 ss.

122 In base alla teoria del rischio di impresa, la responsabilità dovrebbe ricadere sull'imprenditore che ha diffuso un rischio nella collettività esercitando la sua attività. Si veda, al riguardo, il lavoro pionieristico di Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, il quale ricostruisce la responsabilità oggettiva come un sistema autonomo fondato sul rischio (p. 39), che altro non è che il costo dell'attività di impresa da far gravare sul soggetto che la esercita (p. 192). Sul punto *vid.* altresí Alpa, G.: "La responsabilità oggettiva", cit., p. 1005, per il quale il rischio di impresa è un paradigma della responsabilità oggettiva perché l'imprenditore è nella posizione migliore per internalizzare le esternalità che la sua attività genera nella collettività, assicurarsi e traslare il costo dei premi nel prezzo di vendita di beni e servizi.

123 Si veda il § 187 della pronuncia. Per un commento critico *vid.* Castellaneta, M.: "Caso Ilva: senza misure contro l'inquinamento si lede la sfera privata degli abitanti di Taranto", *Guida al diritto*, 2019, pp. 96 ss., spec. 98, la quale evidenzia che la scelta della Corte di Strasburgo di non riconoscere i danni non patrimoniali potrebbe costringere i ricorrenti ad impugnare la pronuncia dinanzi alla *Grande Chambre*. Osservazioni critiche anche in Giampietro, F.: "Sull'inquinamento dell'ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell'uomo", *Ambiente & Sviluppo*, 2019, pp. 263 ss., 266-267, il quale, tuttavia, ammette che l'unico modo per evitare disparità di trattamento sarebbe stato l'esame dettagliato delle posizioni di oltre 150 ricorrenti.

124 Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 852, evidenzia che il titolo della direttiva 2004/35/CE ("sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale") incarna la funzione

sul *"cheapest cost avoider"*, ossia il soggetto che è in grado di evitare l'incidente nel modo piú economico, sulla base di un'analisi costi-benefici dalla quale risulti che i costi dell'incidente eccedano quelli della sua prevenzione[125]. Ilva sembra soddisfare questo parametro. Ciò non significa, ovviamente, che il modello della "*regulation through litigation*" sia quello migliore o l'unico per regolare i danni ambientali riflessi, ma è uno strumento effettivo se utilizzato insieme alla regolamentazione pubblicistica e al diritto contrattuale.

compensativa e deterrente della responsabilità civile. Nel senso che "*in order to deter the violation of an environmental rule, there needs to be the expectation of a substantial penalty or sanction to convince the potential perpetrator to comply*": Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance", cit., p. 134. Sulla funzione punitiva della responsabilità ambientale *tout court*, dove il risarcimento non è legato alla perdita perché riflette l'interesse pubblico a che l'ambiente non sia contaminato, *vid.* Monateri, P.G.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", cit., p. 138; Visintini, G.: "Responsabilità civile e danni ambientali", cit., p. 1021. In giurisprudenza *vid.* Cass., 17 aprile 2008, n. 10118, *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 2708 ss., la quale osserva che il risarcimento per i danni ambientali di natura non patrimoniale ha una funzione punitiva, in quanto legato alla lesione dell'ambiente inteso come bene pubblico.

125 Si veda l'opera fondamentale di Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it. a cura di De Vita A., Varano V. e Vigoriti V., Giuffrè, Milano, 2015, p. 183; nonché Posner, R.: "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, 1972, pp. 29 ss., 32, il quale sostiene che il costo della prevenzione consiste nelle misure che rendano l'attività piú sicura o nel vantaggio a cui si rinuncia attraverso la soppressione o la riduzione dell'attività. "*If the cost of safety measures or of curtailment – whichever cost is lower – exceeds the benefit in accident avoidance to be gained by incurring that cost, society would be better off, in economic terms, to forgo accident prevention*". La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il principio del "chi inquina paga" nel diritto ambientale impone che la responsabilità sia ascritta a chi avrebbe potuto evitare l'incidente nel modo piú economico: si vedano le decisioni citate da Corriero, V.: "Il principio 'chi inquina paga'", cit., p. 274.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: "Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts", *Harvard Law Review*, 2015, 128, p. 2256 ss.

Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Verlag AG, Frankfurt am Main, 1986.

Alexy, R.: "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, 2003, 16, pp. 131-140.

Alexy, R.: "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio juris*, 2003, 16, p. 433.

Aleinikoff, T.A.: "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal*, 1987, 96, p. 943.

Alpa, G.: "La responsabilità oggettiva", *Contratto e impresa*, 2005, pp. 959 ss., 969.

Amendola, G.: "Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?", *Questione Giustizia*, 2018.

Annunziata, A.G.: "Il risarcimento in forma specifica del danno ambientale", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 307.

Anton, D. e Shelton, D.: *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 457-460

Azzariti, G.: "Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione", in Palazzo, A. (a cura di): *L'interpretazione della costituzione alle soglie del XXI secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 231-249.

Baldassarre, A.: "Costituzione e teoria dei valori", *Politica del diritto*, 1991, pp. 639-658.

Baldin, S.: "Novità e criticità del costituzionalismo ecologico nell'area andina", *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2014, pp. 36-46.

Beijen, B.A., Van Rijswick, H.F.M.W., Anker, H.: "The Importance of Monitoring for the Effectiveness of Environmental Directives: A Comparison of Monitoring Obligations in European Environmental Directives", *Utrecht Law Review*, 2014, 10, pp. 126-135.

Benozzo, M., "La responsabilità per danno ambientale da attività autorizzate tra imputazione oggettiva e assenza dell'antigiuridicità", *Contratto e impresa*, 2008, p. 1323 ss.

Berger, M.A.: "Eliminating General Causation: Notes Towards a New Theory of Justice and Toxic Torts", *Columbia Law Review*, 1997, 97, pp. 2117 ss., 2131-2134.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 689.

Bin, R.: *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

Bin, R.: "L'Ilva e il soldato Bandini", *Diritto penale contemporaneo*, 7 Dicembre 2012, p. 5.

Bobbio, N.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

Bomhoff, J.: "Balancing, the Global and the Local Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law", *Hastings International & Comparative Law Review*, 2008, 31, pp. 555-586.

Bosselmann, K.: *The Principle of Sustainability: Transforming law and governance*, 2ª ed., Routledge, New York, 2017.

Boston, G.W.: "A Mass-Exposure Model of Toxic Causation: The Content of Scientific Proof and the Regulatory Experience", *Columbia Journal of Environmental Law*, 1993, 18, pp. 181 ss., 301.

Brans, E.: "Fundamentals of Liability for Environmental Harm Under the ELD", in Bergkamp, L. e Goldsmith, B.J. (a cura di): *The EU Environmental Liability Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 31 ss.

Bryner, N.: "A Constitutional Human Right to a Healthy Environment", in Fisher, D. (a cura di): *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton (USA), 2016, p. 179.

Bucci, G. e D'Albergo, S., "L'Ilva e gli embrioni di uno Stato neo-corporativo", *Marx ventuno*, 2014, pp. 107 ss.

Bucci, G.: "L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali", in Luchena, G. e Teotonico, V. (a cura di): *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Cacucci, Bari, 2015, pp. 96-97.

Burgers, L.: "Should Judges Make Climate Change Law?", *Transnational Environmental Law*, 2020, p. 1 ss.

Buonfrate, A.: "Caso Ilva: danno ambientale e tutela risarcitoria dei cittadini (nota a Trib. Taranto nn. 72 e 708/2014)", *Ambiente & sviluppo*, 2015, p. 355 ss.

Calabresi, G. e Bobbit, P.: *Tragic Choices*, W.W. Norton & Co Inc., New York, 1978.

Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it. a cura di De Vita A., Varano V. e Vigoriti V., Giuffrè, Milano, 2015, p. 183.

Capra, F. e Mattei, U.: *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koheler Publishers, Oakland (CA), 2015.

Cassuto, D.N.: "The Law of Words: Standing, Environment, and Other Contested Terms", *Harvard Environmental Law Review*, 2004, 28, p. 79.

Castellaneta, M.: "Caso Ilva: senza misure contro l'inquinamento si lede la sfera privata degli abitanti di Taranto", *Guida al diritto*, 2019, pp. 96 ss.

Castronovo, C.: "Sentieri di responsabilità civile europea", *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 787 ss.

Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 838.

Cervetti, F.: "In tema di responsabilità civile per danno ambientale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, p. 358 ss.

Ciervo, A.: "Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della corte costituzionale sul caso ILVA", *Questione giustizia*, 2014, pp. 125-138.

Comporti, G.D.: "La responsabilità per danno ambientale", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2011, pp. 1 ss.

Comporti, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, Napoli, 1965, p. 291.

Conway-Jones, D.: "Factual Causation in Toxic Tort Litigation: A Philosophical View of Proof and Certainty in Uncertain Disciplines", *University of Richmond Law Review*, 2002, 35, pp. 875 ss., 878.

Corriero, V.: "Il principio 'chi inquina paga'", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 275

Cover, R.: "The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation", *William & Mary Law Review*, 1981, 22, p. 639.

Crisafulli, V.: "Legislazione siciliana concorrente: limite finalistico e limite dei principi", *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 377.

Deidda, B. e Natale, A.: "Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso ILVA. Uno sguardo d'insieme", *Questione giustizia*, 2014, p. 73.

De Santis, A.D.: "The New Italian Class Action: Hope Springs Eternal", *The Italian Law Journal*, 2019, 5(2), p. 757 ss.

Di Cosimo, G. (a cura di): *Implementing EU Environmental Law in Italy*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013.

Di Giovanni, F.: "Immissioni e tutela dell'ambiente", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

Ekeli, K.S.: "Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations", *Ratio Juris*, 2007, 3, p. 378.

Falcone, M.: "La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche", *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 365 ss.

Fasoli E.: "Possibilities to Claim Damages on Behalf of the Environment under the Italian Legal System", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2016, 13(1), pp. 64-81.

Faure, M.: "Economic Approaches to Environmental Governance: A Principled Analysis", in Fisher, D. (a cura di): *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, cit., pp. 118-119, 127-128.

Femia, P.: "Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo", in Mezzasoma, L., Rizzo, V. e Ruggieri, L. (a cura di): *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 105 ss.

Femia, P.: "Segni di valore", in Ruggieri, L. (a cura di): *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 83-156.

Ferrari, G.F.: "Italian Perspectives on the Judiciary", *International Journal for Court Administration*, 2019, 10(1), pp. 13-22.

Ferraris, L.: "Smaltini v. Italy: A Missed Opportunity to Sanction Ilva's Polluting Activity Within the ECHR System", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2016, pp. 82 ss.

Forges Davanzati, G. e Romeo, S., "Il caso Ilva e l'industria italiana nella crisi dell'Unione monetaria europea", *Critica marxista*, 2015, pp. 41 ss., 47.

Franzoni, M.: *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, CEDAM, Padova, 1988, p. 117.

Frega, S.: "L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)", in *consultaonline.it*, 2018/II, pp. 468-472.

Galgano, F.: "La responsabilità oggettiva", *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Padova, 2009, p. 995.

Geninatti Satè, L.: "'Caso Ilva': la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)", *forumcostituzionale.it*, 13 Maggio 2013.

Giampietro, F.: "Sull'inquinamento dell'ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell'uomo", *Ambiente & Sviluppo*, 2019, pp. 263 ss.

Goerlich, H.: *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden, 1973.

Greer, S.: "'Balancing' and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", *Cambridge Law Journal*, 2004, 63(2), pp. 412-434.

Groppi, T.: "Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro", *Diritto pubblico europeo comparato*, 2016, 1, p. 43.

Guarnier, T.: "Antropocentrismo ed ecocentrismo nella prospettiva costituzionale", Paternò, M.P. (a cura di): *Cura dell'altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 119.

Guarnier, T.: "Della ponderazione di un 'valore primario'. Il caso Ilva sotto la lente della Corte costituzionale", *Diritto e società*, 2018, p. 175.

Guarnieri, T.: "Ancora sul caso Ilva… sotto la lente della Corte di Strasburgo", *Diritto e società*, 2018, pp. 485-501.

Guastini, R.: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 230.

Guizzi, G.: "Il commissariamento di società per azioni ai sensi del d.l. 61/2013 tra funzionalizzazione dell'impresa e problemi di tutela costituzionale della partecipazione azionaria. Prime note a margine del(la seconda puntata del) caso ILVA", *Corriere giuridico*, 2013, p. 1189 ss.

Habermas, J.: *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. Rehg W., MIT Press, Cambridge, 1996, pp. 256-261.

Harrison, J.: "Significant International Environmental Law Cases: 2018-19", *Journal of Environmental Law*, 2019, p. 2.

Henderson, J.A., Jr.: "Judicial Review of Manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication", *Columbia Law Review*, 1973, 73(8), pp. 1531 ss.

Jonas, H.: *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation* (1979), tradotto da Portinaro, P.P.: *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1990.

Posner, R.: "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, 1972, pp. 29 ss.

Kennedy, D.: "Two Globalizations of Law & Legal Thought", *Suffolk University law Review*, 2003, 36, p. 631.

Kirgis, F.L.: "Standing to Challenge Human Endeavors at Could Change the Climate", *America Journal of International Law*, 1990, 84, p. 525.

Kotzé, L.J.: "In Search of a in International Law: Jus Cogens Norms", in Knox, J. e Pejan, R. (a cura di): *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 136-154.

Imbruglia, D.: "Effettività della tutela e ruolo del giudice", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 961-968.

Lajolo di Cossano, F.: "L'Autorità indipendente per i diritti umani in Italia", *federalismi.it*, 5 Febbraio 2020.

LAMANUZZI, A.: "I criteri di imputazione della responsabilità ambientale", in PENNASILICO, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 297-303.

LEISNER, W.: *Der Abwägungsstaat: Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

LIBERTINI, M.: "La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto all'ambiente", *Rivista critica del diritto privato*, 1987, pp. 547 ss.

LIBERTINI, M.: "Le nuove declinazioni del principio di effettività", in GRISI, G. (a cura di): *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2019, p. 21.

LINDVALL, S.G.: "Aircraft Crashworthiness: Should the Courts Set the Standards", *William & Mary Law Review*, 1986, 27, pp. 371 ss.

LONGO, A.: "Cordella et al. v. Italy: Industrial Emissions and Italian Omissions Under Scrutiny", *European Papers*, 2019, 4(1), Insight of 15 April 2019, pp. 337-343.

LUCIANI, M.: *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 67-68.

LUCIANI, M.: "Economia nel diritto costituzionale", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Utet, Torino, 1990, pp. 373-385.

LUCIANI, M.: "Corte costituzionale e unità nel nome dei valori", in ROMBOLI, R. (a cura di): *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 170-178.

LUCIANI, M.: "Sui diritti sociali", *Democrazia e diritto*, 1995, p. 560.

LUCIANI, M.: "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1643.

LUGARESI, N.: "Ilva: an Environmental Case", in JENDROŚKA, H. e BAR, M. (a cura di): *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*, Cambridge-UK, Intersentia, 2017, pp. 79, 81.

LUTHER, J.: "Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia", *Politica del diritto*, 1989, 4, p. 673.

MAGRASSI, M.: "Effettività e inviolabilità dei diritti tra garanzie costituzionali e diritto vivente", *Pòlemos*, 2009, pp. 9-26.

MALJEAN-DUBOIS, S. (a cura di): *The effectiveness of Environmental Law*, Cambridge-UK, Intersentia, 2017.

MELI, M.: "Il principio 'chi inquina paga' nel codice dell'ambiente", *Danno e responsabilità*, 2009, pp. 811 ss., 817 s.

MELI, M.: "Il risarcimento del danno ambientale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, I, pp. 848 ss.

MELI, M.: "Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva", *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 1018.

MODUGNO, F.: *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 99-100.

MODUGNO, F.: "Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale", in AZZARITI, G. (a cura di): *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 51-81.

MONATERI, P.G.: "La responsabilità civile", in SACCO, R. (a cura di): *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1998, p. 921.

MONATERI, P.G.: "Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia", in POZZO, B. (a cura di): *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 142.

MONATERI, P.G., COOTER, R., MATTEI, U., PARDOLESI, R. e ULEN, T.: *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 216.

MOONEY, P.J.: "Torts – Judicial Participation in the Establishment of Vehicle Safety Standards: A System in Need of Reform", *Temple Law Quarterly*, 1981, 54(4), pp. 902 ss.

MORELLI, A.: "Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali", *Diritto penale contemporaneo*, 12 Dicembre 2012, pp. 7-11.

MORRONE, A.: "Bilanciamento (Giustizia costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 186.

MORRONE, A.: *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014.

Mosher, J.C.: "A Pound of Cause for a Penny of Proof: The Failed Economy of an Eroded Causation Standard in Toxic Tort Cases", *NYU Environmental Law Journal*, 2003, 11, pp. 531 ss.

Murray, R.: *Private Property and Environmental Responsibility, A Comparative Study of German Real Property Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2007, p. 181.

Nanna, C.M.: "Causalità, precauzione e prevenzione nella responsabilità per inquinamento elettromagnetico", in Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 328.

Navarretta, E. (a cura di): *Effettività e "drittwirkung", Idee a confronto. Atti del convegno (Pisa, 24-25 febbraio 2017)*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2018.

Nimmer, M.B.: "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, 1968, 56, p. 935.

Onida, V.: "Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente", *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 1494 ss.

Oriani, R.: *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

Pagni, I.: "La giurisdizione tra effettività ed efficienza, analizzando il rapporto tra effettività ed efficienza", *Diritto processuale amministrativo*, 2015, pp. 401-431 che analizza il complesso rapporto tra effettività ed efficienza.

Palombino, F.M.: "La 'procedura di sentenza pilota' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 91-110.

Pamelin, D.: "Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi Ilva e Texaco-Chevron", *costituzionalismo.it*, 10 Settembre 2017.

Parisi, F. e Dari-Mattiacci, G.: "*Mass torts* e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica", *Danno e responsabilità*, 2009, p. 131 ss.

Pennasilico, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

PETERSEN, N.: "Alexy and the 'German' Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test", *German Law Journal*, 2020, 21(2), pp. 163-173.

PIGOU, A.: *A Study in Public Finance*, MacMillan, London, 3ª ed., 1951.

PINO, G.: "Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi", *Ragion pratica*, 2007, pp. 219-276.

PIRAINO, F.: "Il nesso di causalità", *Europa e diritto privato*, 2018, pp. 399 ss.

PIZZORUSSO, A.: "La Corte costituzionale tra legislazione e giurisdizione", *Foro italiano*, V, 1980, c. 120.

PORENA, D.: *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

PUCELLA, R.: "Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione", *Danno e responsabilità*, 2008, pp. 58 ss.

RODOTÀ, S.: "La svolta 'politica' della Corte costituzionale", *Politica del diritto*, 1970, p. 43.

RUGGERI, A.: "Giurisprudenza costituzionale e valori", *Diritto pubblico*, 1998, pp. 1-33.

SALANITRO, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei princìpi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, pp. 795 ss., 808.

SANTONASTASO, F.: "Tutela della salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della '*governance*' nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso Ilva); un'applicazione dell'art. 41 Cost. per uno 'statuto d'impresa'? ", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, p. 204.

SCACCIA, G.: *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 264-291.

SCHMITT, C.: *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, pp. 37-62.

SCHMITT, C.: *Die Tyrannei der Werte*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

SHAVELL, S.: *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1987, p. 7.

SHEFOLD, V.D.: "Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca", in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 122.

SPEZIALE, V.: "Il 'diritto dei valori', la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee", *costituzionalismo.it*, 2019, 3, pp. 101-150.

STELLA, F.: "*Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*", Giuffrè, Milano, 1990, p. 308.

STONE, C.D.: "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Object", *Southern California Law Review*, 1972, p. 456.

SUNSTEIN, R.: "Incommensurability and Valuation in Law", *Michigan Law Review*, 1993, 92, pp. 779-861.

TOMASSETTI, P.: "Labor law and environmental sustainability", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2018, 40(1), pp. 61-88.

TRIMARCHI, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

TUZET, G.: "Does Economic Analysis of Law Need Moral Foundations; Comment on Chain", *German Law Journal*, 14(8), 2013, pp. 1163-1170.

VETTORI, G.: "Effettività delle tutele (diritto civile)", *Enciclopedia del diritto*, Ann. X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 381-406.

VIGANÒ, F.: "Il caso Ilva (e molto altro) nel nuovo numero della rivista trimestrale: editoriale", *Diritto penale contemporaneo*, 8 April 2013.

VIOLA, F.: "Il futuro del diritto", *Persona y derecho*, 2018, p. 9.

VISINTINI, G.: "Responsabilità civile e danni ambientali", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1015 ss.

VIVALDI, E.: "Il caso Ilva: la 'tensione' tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali", *federalismi.it*, 24 July 2013.

VOLPE, F.: "Nesso di causalità e danno da amianto", in PENNASILICO, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 320 s.

WINTER, G., JANS, J.H., MACRORY, R. e KRÄMER, L.: "Weighing up the EC Environmental Liability Directive", *Journal of Environmental Law*, 2008, 20(2), pp. 163 ss.

ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY, G.: "La Corte in-politica", *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 280.

ZIRULIA, S.: "Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. 'Salva Ilva' ", *dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 Febbraio 2019.

IL CONSENSO INFORMATO E L'ARRESTO DELLA PUBERTÀ NELL'ORDINAMENTO ITALO-EUROPEO

INFORMED CONSENT AND PUBERTY SUPPRESSION IN THE ITALIAN-EUROPEAN LEGAL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 794-813

Antonio MAGNI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: A parere di una parte della comunità medico-scientifica internazionale, allo scopo di affrontare il disagio provocato al minore dalla c.d. "disforia di genere", viene ritenuto utile l'impiego del farmaco contenente il principio attivo "triptorelina", per arrestare, durante la fase puberale, lo sviluppo dei caratteri primari e secondari del sesso assegnato al momento della nascita. Ciò, al fine di consentire al minore di acquisire la piena consapevolezza circa la reale appartenenza al genere, che viene percepito come proprio, nonché di agevolare l'eventuale compimento del processo di transizione. L'arresto della pubertà causa, da un lato, la mancata verifica circa la probabile scomparsa della disforia di genere e, dall'altro, l'impedimento del completo sviluppo dei caratteri sessuali, implicando la lesione del diritto all'autodeterminazione del minore. Questo, sia in presenza di un'informazione adeguata e completa (quindi sufficiente) sia in assenza della stessa, nel contesto del consenso informato espresso dai genitori o dal tutore.

PALABRAS CLAVE: Disforia di genere, triptorelina, arresto della fase puberale, pubertà, diritto del minore all'autodeterminazione, consenso informato dei genitori o del tutore, *persister, desister, detransitioner,* responsabilità medica, trattamento sanitario inappropriato, illecito disciplinare.

ABSTRACT: *Administration of "triptorelin" results in suppression of puberty, by blocking the development of primary and secondary characteristics of the sex assigned at the time of birth. In this regard, part of international medical-scientific community argues that the aforementioned administration would eliminate the discomfort caused to the minor by the so-called "gender dysphoria". This, in order to allow the minor to gain awareness of belonging to the gender with which he identified as well as to facilitate the completion of the transition process. However, the puberty suppression, on the one hand, involves the failure to verify the probable disappearance of gender dysphoria and, on the other hand, does not allow a complete development of sexual characteristics. In both cases, the puberty suppression implies the infringement of the minor's right to self-determination. This, both in the presence of adequate and complete information (therefore sufficient) and in the absence thereof, in the context of the informed consent given by the parents or guardian.*

KEY WORDS: *Gender dysphoria, triptorelin, puberty suppression, puberty, minor's right to self-determination, informed parental consent, informed consent of the guardian, persister, desister, detransitioner, medical liability, inappropriate medical treatment, disciplinary offense.*

SUMARIO.- I. LA C.D. "DISFORIA DI GENERE" E IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ DI GENERE. II. LA SOMMINISTRAZIONE AL MINORE DEL FARMACO CONTENENTE IL PRINCIPIO ATTIVO "TRIPTORELINA", FINALIZZATA AD ARRESTARE LA FASE PUBERALE.- III. LA C.D. "DISFORIA DI GENERE" AVVERTITA DAL MINORE. L'AUTODETERMINAZIONE DEL MINORE E IL CONSENSO INFORMATO DEI GENITORI O DEL TUTORE NELL'ORDINAMENTO ITALO-EUROPEO.- IV. IL CONSENSO INFORMATO E L'IMPOSSIBILITÀ DI PREVEDERE SE IL MINORE, TERMINATA LA PUBERTÀ, DIVENTERÀ "DESISTER", "PERSISTER" OPPURE "DETRANSITIONER".- V. L'INADEGUATEZZA DELL'INFORMAZIONE. LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO OVVERO DELLA STRUTTURA SANITARIA. L'INAPPROPRIATEZZA DEL TRATTAMENTO SANITARIO E L'IPOTESI DELL'ILLECITO DISCIPLINARE.- VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. LA C.D. "DISFORIA DI GENERE" E IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ DI GENERE.

Con l'espressione "disforia di genere" si indica la mancata corrispondenza tra il sesso assegnato alla persona, al momento della nascita, e il genere percepito dalla medesima[1].

In tale contesto, il termine "genere" si riferisce al vocabolo "gender", internazionalmente impiegato per alludere alle caratteristiche sociali, culturali e psicologiche, che identificano il genere maschile e quello femminile[2]. In questo senso, il "genere" si differenzia dal "sesso", parola utilizzata soltanto per individuare l'aspetto anatomico[3]. Al riguardo, si usa distinguere tra il c.d. "transgender uomo",

1 Così Rosenthal, S.M.: "Transgender youth: current concepts", *Ann Pediatr Endocrinol Metab*, 2016, Volume 21, Issue 4, p. 186; una definizione del genere è presente anche in "What Is Gender Dysphoria?", contributo dell'American Psychiatric Association (l'Associazione Americana di Psichiatria presente negli Stati Uniti), attualmente disponibile e consultabile all'interno del sito web dell'Associazione https://www.psychiatry.org, precisamente alla pagina https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria. In proposito, si veda anche il Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, reso in data 13 luglio 2018, dal titolo "On the question of Aifa's request regarding the ethicality of the use of the drug triptorelin in the treatment of adolescents with gender dysphoria", p. 5, attualmente disponibile e consultabile all'interno del sito web del Comitato http://bioetica.governo.it, precisamente alla pagina http://bioetica.governo.it/media/3669/p_132_2018_triptorelin-gender-dysphoria_en.pdf. Occorre, sul punto, precisare che, nel parere in questione, il Comitato si è espresso favorevolmente rispetto all'opportunità di somministrare il farmaco contenente il principio attivo "triptorelina". Tale impiego, infatti, è considerato dal Comitato ammissibile dal punto di vista bioetico, ivi, p. 7. Sul tema, v. altresì Morresi, A.: "La pubertà manipolata", *L-IUS*, 2018, 2, p. 50; "La disforia di genere nell'adulto", contributo preparato dalla Società Italiana di Andrologia e Medicina della Sessualità, disponibile all'interno del sito web della Società stessa, http://www.siams.info, precisamente alla pagina http://www.siams.info/wp-content/uploads/2018/10/33°-03.10-La-disforia-di-genere-nelladulto-.pdf.

2 Così Donati, P.: *Manuale della sociologia della famiglia*, Roma-Bari, 2006, p. 83, il quale cita Oakley, A.: *Sex, Gender & Society*, Temple Smith, Londra, 1972, p. 158. In proposito, v. anche Lindsey, L.L.: *Gender Roles: A Sociological Perspective*, 6ª ed., New York, 2016, p. 4.

3 "La disforia di genere", cit.

• Antonio Magni
Ricercatore di Diritto Privato, Università degli Studi di Camerino, E-mail: antonio.magni@unicam.it.

vale a dire una persona di sesso femminile ma con un'identità di genere maschile[4], e la c.d. "transgender donna", cioè una persona di sesso maschile che presenta un'identità di genere femminile[5]. Entrambe le categorie di individui differiscono dai c.dd. "cisgender", ossia uomini o donne non "transgender"[6], come pure dai c.dd. "intersessuali", vale a dire persone nel cui corpo coesistono caratteri sia maschili sia femminili[7].

Un possibile rimedio al disagio, causato dalla disforia di genere, può essere trovato nell'esercizio del diritto all'identità di genere, vale a dire nell'esercizio del diritto ad essere legalmente riconosciuti quali appartenenti al genere maschile, femminile oppure ad un ulteriore genere non specificato[8]. Nel momento in cui si scrive, per poter invocare tale diritto, è necessario riferirsi, nell'ordinamento italo-europeo[9], al procedimento di rettificazione anagrafica di attribuzione del sesso[10]. Quest'ultimo[11], stabilito dalla l. 19 aprile 1982, n. 164[12], non richiede più l'intevento chirurgico[13]. Viene, infatti, ritenuto sufficiente, dalla giurisprudenza italiana[14]

4 Ingram, B.J., Thomas, C.L.: "Transgender Policy in Sport, A Review of Current Policy and Commentary of the Challenges of Policy Creation", *Curr Sports Med Rep*., 2019, Volume 18, Issue 6, p. 239.

5 Ingram, B.J., Thomas, C.L.: "Transgender Policy", cit., p. 239.

6 Ingram, B.J., Thomas, C.L.: "Transgender Policy", cit., p. 239.

7 Tale gruppo di soggetti (i c.dd. intersessuali) è caratterizzato da una mancata corrispondenza tra gli organi genitali esterni e gli organi genitali interni (tra questi ultimi, si considerino i testicoli nell'apparato maschile e le ovaie in quello femminile). Siffatta definizione è fornita dalla MedlinePlus, vale a dire il servizio on line della Biblioteca dei National Institutes of Health (NIH), negli Stati Uniti (https://medlineplus.gov/about/). La definizione in questione è attualmente disponibile e consultabile all'interno del sito web del servizio MedlinePlus, https://medlineplus.gov/, precisamente alla pagina https://medlineplus.gov/ency/article/001669.htm.

8 Infatti, come risulta dalla definizione fornita dall'American Psychiatric Association (l'Associazione Americana di Psichiatria presente negli Stati Uniti), con l'espressione "Gender identity" si intende "a category of social identity and refers to an individual's identification as male, female or, occasionally, some category other than male or female. It is one's deeply held core sense of being male, female, some of both or neither, and does not always correspond to biological sex", "What Is Gender Dysphoria?", cit. Giova, in proposito, rammentare che, a differenza della "Gender identity", quando si parla di "Gender-nonconforming", il riferimento è ai comportamenti non tipici delle persone identificate con un determinato genere, in una data società. Nello stesso documento, si legge, infatti, che in tali casi si tratta di "behaviors that are not typical of individuals with the same assigned gender in a given society", ivi.

9 L'ordinamento italo-europeo è denominato anche "sistema italo-comunitario delle fonti" (prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, nel 2009) ed è costituito dall'incontro "tra la produzione normativa comunitaria e quella nazionale", Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 271.

10 Sul punto, v. Bardaro, L.: *Persona umana e diritto al nome*, Napoli, 2020, p. 74.

11 Vale a dire il procedimento di rettificazione anagrafica di attribuzione del sesso.

12 E, in particolare, dagli artt. 1 e 3 di quest'ultima. L'art. 3 è confluito nel quarto comma dell'art. 31 del d.lg. 1 settembre 2011, n. 150.

13 Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, *Foro it*., 2015, 10, c. 3137 ss. In proposito, v. Fontanarosa, F.: "Il diritto all'identità di genere nel procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso: cenni comparatistici", *Eur. dir. priv*., 2018, 2, p. 714; Mauceri, T.: "Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative", *Nuove leggi civ. comm*., 2018, 6, p. 1488; Angiolini, C.: "Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico", *Eur. dir. priv*., 2017, 1, p. 267. Sul tema, v. anche Baldini, G.: *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova, 2019, p. 261 ss.

14 Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, cit., c. 3137 ss. In proposito, v. Fontanarosa, F.: "Il diritto all'identità", cit., p. 714; Mauceri, T.: "Identità di genere", cit., p. 1488; Angiolini, C.: "Transessualismo", cit., p. 267. "Va ancora una volta rilevato come l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro

ed europea[15], il compimento di un percorso di transizione, purché lo stesso sia comprovato da documentazione medica nonché accertato in sede giudiziale[16]. Il percorso in questione è, dunque, finalizzato alla crescita dei caratteri secondari del sesso corrispondente al genere percepito[17].

II. LA SOMMINISTRAZIONE AL MINORE DEL FARMACO CONTENENTE IL PRINCIPIO ATTIVO "TRIPTORELINA", FINALIZZATA AD ARRESTARE LA FASE PUBERALE.

A parere di una parte della comunità medico-scientifica internazionale, allo scopo di affrontare il disagio provocato dalla disforia di genere, viene ritenuto utile l'impiego del farmaco contenente il principio attivo "triptorelina", per arrestare, durante la fase puberale, lo sviluppo dei caratteri primari e secondari[18] del sesso assegnato al momento della nascita[19]. Infatti, lo sviluppo in questione avviene

espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere", Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180, in *Foro it.*, 2017, 12, I, c. 3555 ss. Sul tema, v. anche De Cicco, M.C.: "Il diritto alla diversità come espressione del diritto all'identità personale", *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori, Napoli, 2017, p. 505.

15 Si tratta del caso "S.V. c. Italia", deciso dalla Corte EDU in data 11 ottobre 2018, ric. n. 55216/08, nel quale è stata riconosciuta la violazione, da parte dello Stato italiano, dell'art. 8 CEDU, intitolato "rispetto della vita privata e familiare", giacché non veniva concessa la rettificazione anagrafica di attribuzione del sesso senza la sottoposizione all'intervento chirurgico. L'intero testo della sentenza in questione è attualmente disponibile e consultabile all'interno del sito web della Corte europea dei diritti dell'uomo hudoc.echr.coe.int, precisamente alla pagina https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-6220020-8079332%22]}.

16 "Deve precisarsi, tuttavia che il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta", Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, cit., c. 3147. "Va ribadito che l'interpretazione costituzionalmente adeguata della legge n. 164 del 1982 consente di escludere il requisito dell'intervento chirurgico di normoconformazione. E tuttavia ciò non esclude affatto, ma anzi avvalora, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato", Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180, cit., c. 3558.

17 Si tratta dei caratteri sessuali secondari maschili (nella circostanza dei c.dd. transgender uomini) oppure dei caratteri sessuali secondari femminili (in quella delle c.dd. transgender donne). In relazione alla definizione di "caratteri sessuali secondari", si veda la nota seguente.

18 I caratteri sessuali primari femminili sono le strutture interne del sistema riproduttivo, comprese le ovaie e i dotti sessuali accessori femminili (gli ovidotti, l'utero e la vagina), nonché i genitali esterni. I caratteri sessuali secondari femminili includono tutte quelle peculiarietà esterne (tranne i genitali esterni), che consentono di distinguere una persona di sesso femminile adulta da una persona di sesso maschile adulta. Tali caratteri includono il seno e la distribuzione del grasso corporeo attorno al busto, Jones, R.E., Lopez, K.H.: *Human Reproductive Biology*, 3ª ed., Burlington, 2006, p. 31. I caratteri sessuali primari maschili sono i testicoli, i dotti sessuali accessori maschili (che ricevono, immagazzinano e trasportano il seme maschile), le ghiandole sessuali accessorie (che aggiungono sostanze ai dotti) nonché i genitali esterni. I caratteri sessuali secondari maschili sono i caratteri esterni (eccetto i genitali esterni), che permettono di discernere un uomo adulto da una donna adulta. Questi includono la massa muscolare e la altezza media (maggiori rispetto alle persone di sesso femminile) nonché la comparsa della barba e la frequenza vocale più bassa rispetto a quella della donna, ivi, p. 97.

19 "On the question", cit., p. 5; Morresi, A.: "La pubertà manipolata", cit., spec. pp. 53 s., 90 ss.; Marinkovic, M., Carswell, J., Roberts, S.A.: "Emerging Developments in Pubertal Suppression for Gender Incongruent/Gender Dysphoric Youth", Finlayson, C.: *Pubertal Suppression in Transgender Youth*, St. Louis, 2019, p. 95; Mahfouda, S., Moore, J.K., Siafarikas, A., Zepf, F.D., Lin, A.: "Puberty suppression in transgender children and adolescents", *Lancet Diabetes Endocrinol.*, 2017, Volume 5, Issue 10, pp. 817 s., 820 ss.; Krishna,

nella fase della pubertà, vale a dire nel periodo nel quale le persone diventano sessualmente mature[20].

Ciò, al fine di consentire al minore di acquisire la piena consapevolezza circa la reale appartenenza al genere, che viene percepito come proprio[21], nonché di agevolare l'eventuale compimento del processo di transizione descritto nel paragrafo precedente[22].

III. LA C.D. "DISFORIA DI GENERE" AVVERTITA DAL MINORE. L'AUTODETERMINAZIONE DEL MINORE E IL CONSENSO INFORMATO DEI GENITORI O DEL TUTORE NELL'ORDINAMENTO ITALO-EUROPEO.

L'insorgenza di determinati problemi di salute o di disagi può essere comunicata al medico dal minore, direttamente, oppure attraverso la mediazione dei genitori o del rappresentante legale. Tali soggetti, in verità, sono nella posizione di riferire quanto a loro riportato o di notare comportamenti particolari. In questo scenario, il dialogo tra tutte le persone coinvolte deve condurre alla realizzazione del migliore interesse del minore. Per il conseguimento di tale risultato, occorre fornire un'informazione adeguata. Essa appartiene ai compiti del medico ed è necessaria, al fine di consentire al paziente di prestare altrettanto adeguatamente il consenso al trattamento[23].

Nell'ambito dell'ordinamento italo-europeo[24], infatti, il consenso informato viene ritenuto principio fondamentale, che svolge la funzione di sintesi del

K.B., Fuqua, J.S., Rogol, A.D., Klein, K.O., Popovic, J., Houk, C.P., Charmandari, E., Lee, P.A.: "Use of Gonadotropin-Releasing Hormone Analogs in Children: Update by an International Consortium", *Horm Res Paediatr*, 2019, Volume 91, Issue 6, p. 359 ss. L'Aifa, l'Agenzia Italiana del Farmaco, con "Determinazione" assunta in data 25 febbraio 2019, ha stabilito l'inserimento del principio attivo "triptorelina" nell'ambito dei medicinali "erogabili a totale carico del Servizio sanitario nazionale, ai sensi della legge 23 dicembre 1996, n. 648, per l'impiego in casi selezionati in cui la pubertà sia incongruente con l'identità di genere (disforia di genere)", come risulta dal testo della Determinazione stessa, consultabile nel sito web dell'Agenzia https://www.aifa.gov.it, alla pagina https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1229012/Allegato_triptorelina.pdf.

20 Tale periodo è compreso tra i dieci e i quattordici anni di età, per le persone di sesso femminile, e tra i dodici e i sedici anni di età, per quelle di sesso maschile. La definizione di "pubertà" è fornita dalla MedlinePlus, il servizio on line della Biblioteca dei National Institutes of Health (NIH) presente negli Stati Uniti (https://medlineplus.gov/about/). Questa definizione è attualmente disponibile e consultabile all'interno del sito web del servizio MedlinePlus, https://medlineplus.gov/, alla pagina https://medlineplus.gov/puberty.html.

21 "On the question", cit., p. 6.

22 "On the question", cit., p. 6.

23 Il consenso informato consiste di due momenti. Nel primo, l'informazione giunge dal medico al paziente ed è il presupposto necessario, al fine di ottenere un consenso consapevole. Nel secondo, la prestazione del consenso proviene dal paziente ed è manifestazione della volontà di quest'ultimo, Salvatore, R.: *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012, p. 11. In proposito, v. Cilento, A.: *Oltre il consenso informato*, Napoli, 2014, p. 9 ss. Sul consenso informato, v. anche Donisi, C.: *Ricerche di biodiritto*, a cura di C. Buccelli, C. Casella, Napoli, 2020, p. 150; Rotondo, V.: *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, p. 117 ss.

24 È definito "ordinamento italo-europeo" quello che nasce dall'incontro "tra la produzione normativa comunitaria e quella nazionale", Perlingieri, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 271. Per questo motivo, esso viene denominato anche "sistema italo-comunitario delle fonti" (prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, nel 2009), ivi, p. 271.

diritto all'autodeterminazione (art. 13, comma 1, della Costituzione italiana) e del diritto alla salute (art. 32 della Costituzione italiana nonché art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000)[25]. Con riguardo al primo, si può affermare che l'esercizio di tale diritto[26] si traduce nella libertà di decidere di sottoporsi o meno a un'indagine diagnostica, a una terapia oppure a un intervento chirurgico[27]. In relazione al secondo, è necessario ricordare che lo stesso diritto deve essere inteso quale diritto all'integrità fisica, al trattamento sanitario, all'accesso alle terapie, al raggiungimento di una condizione di equilibrio psico-fisico, che possa trovare espressione nella prospettiva sociale e ambientale[28]. Inoltre, il consenso in parola è contemplato dagli artt. 1 e 3 della l. 22 dicembre 2017, n. 219, come pure dall'art. 35 del Codice di deontologia medica italiano del 2014; a livello europeo, dagli artt. 5 e 6 della Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del 1997 (Convenzione di Oviedo)[29] nonché dall'art. 3 della Carta

25 In relazione alla funzione di sintesi prospettata, v. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438. In proposito, v. Scalera, A.: "Il fondamento costituzionale del 'consenso informato'": osservazioni a margine di Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, *Studium iuris*, 2009, p. 1171 ss. Ai sensi dell'art. 13, comma 1, della Costituzione italiana, "La libertà personale è inviolabile". L'art. 32 della Costituzione italiana stabilisce che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti" (comma 1). L'articolo in questione prosegue, prevedendo che "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" (comma 2). In virtù dell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, intitolato "Protezione della salute", "Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana".

26 Nel contesto sanitario.

27 Inoltre, secondo la Corte di Cassazione italiana, lo stesso diritto rappresenta "ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla", Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, *Foro it.*, 2010, 7/8, c. 2113 ss.

28 Così Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 182. Il diritto alla salute, inoltre, "non si esaurisce nel diritto alla integrità fisica", ivi, p. 192; la salute, invero, "non è aspetto statico ed individuale soltanto, ma è aspetto ricollegabile al sano e libero sviluppo della persona ed in quanto tale costituisce un tutt'uno con quest'ultima", Id.: "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", Id.: *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 104. Infatti, l'integrità fisica e quella psichica trovano nella "previsione generale di tutela della persona un fondamento normativo preciso, idoneo a qualificare tali esigenze come giuridicamente meritevoli", Id.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", Id.: *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 191. In questa prospettiva, l'art. 32 cost. viene considerato "un'attuazione, una specificazione" dell'art. 2 cost. (la clausola generale di tutela della persona), Id.: "Sulla 'parte generale' di un recente trattato di diritto civile", Id.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 488.

29 L'art. 5 ("Regola generale") della Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del 1997 (Convenzione di Oviedo) prevede che "Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia prestato il consenso libero ed informato. Questa persona deve ricevere, innanzitutto, un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento nonché sulle conseguenze e sui rischi di questo. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso". In tale contesto, non si può non tenere conto dell'art. 8 ("Situazioni d'urgenza"): "Quando, in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso non può essere ottenuto, si può procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata". La Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del 1997 (Convenzione di Oviedo) è stata ratificata dallo Stato italiano attraverso l'adozione della l. 28 marzo 2001, n. 145; tuttavia, nel momento nel quale si scrive, la Convenzione in questione non è ancora entrata in vigore nello Stato italiano, come si può constatare nel sito web del Consiglio d'Europa (https://www.coe.int), alla pagina https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/ /conventions/treaty/164/signatures?p_auth=TAzH6g0c. Nel contesto internazionale, occorre riferirsi alla Dichiarazione Universale dell'*UNESCO* sulla Bioetica e sui Diritti Umani del 2005. Ai sensi dell'art. 6 ("Consent"), comma 1, di quest'ultima, "Any preventive,

dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000[30]. Le regole appena citate prevedono la prestazione del consenso informato (peraltro revocabile in ogni momento), quale presupposto imprescindibile del trattamento sanitario, tranne nei casi di emergenza nei quali, ovviamente, esso non può essere manifestato; in aggiunta, viene stabilito che se l'indagine diagnostica, la terapia oppure l'intervento chirurgico riguardano il minore o l'incapace naturale, il consenso deve essere espresso dal rappresentante legale.

In relazione alla situazione del minore, il trattamento è subordinato al consenso libero ed informato dei genitori e, in loro assenza, del tutore (art. 3, comma 2, della l. n. 219 del 2017), in conformità, peraltro, a quanto stabilito dalla Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del 1997 (Convenzione di Oviedo)[31].

In questo senso, l'informazione viene offerta in maniera completa, soltanto quando il minore e le persone, autorizzate dalla legge a rappresentarlo, siano rese edotte circa la definizione della condizione, il possibile trattamento, la durata prevista, la procedura da seguire, i benefici e i rischi relativi alla salute. Ricorrendo tali condizioni, il minore può esercitare il diritto dell'autodeterminazione. Sul punto,

diagnostic and therapeutic medical intervention is only to be carried out with the prior, free and informed consent of the person concerned, based on adequate information. The consent should, where appropriate, be express and may be withdrawn by the person concerned at any time and for any reason without disadvantage or prejudice".

30 L'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, intitolato "Diritto all'integrità della persona", dopo aver dichiarato che "Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica" (comma 1), stabilisce che "Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani". In proposito, v. Meli, M.: "Dignità della persona e diritto all'autodeterminazione: l'incidenza del diritto sovranazionale sul diritto privato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, p. 21. Sull'importanza che, recentemente, viene attribuita al consenso informato, v. Salanitro, U.: "Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica", *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, p. 125 ss.; Di Rosa, G.: "La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente", *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, p. 32 ss.; Potenzano, R.: "Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche", *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, p. 1307 ss.

31 Ai sensi dell'art. 6 ("Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso"), comma 2, della Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del 1997 (Convenzione di Oviedo), "Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge". Il consenso del tutore è richiesto anche nel caso dell'interdetto (sentito lo stesso, se possibile), ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. n. 219 del 2017. Sul punto, v. Ferrando, G.: "Minori e Incapaci", *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 2018, 1, p. 51. Il quarto comma del medesimo articolo prevede, invece, il consenso dell'amministratore di sostegno, allorché gli siano stati conferiti compiti finalizzati alla tutela della salute del beneficiario (congiuntamente o in sostituzione dello stesso), considerando la "volontà" di quest'ultimo "in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere" (art. 3, comma 4, della l. n. 219 del 2017), ivi, p. 51. In riferimento all'inabilitato, invece, si osserva che, non essendo egli privato della capacità di autodeterminarsi, è nella posizione di prestare personalmente il proprio consenso, ivi, p. 51. L'efficacia del provvedimento con il quale viene dichiarata l'interdizione ovvero l'inabilitazione (art. 416 c.c.) oppure con il quale viene disposta l'amministrazione di sostegno (art. 405, comma 2, c.c.) è subordinata al compimento della maggiore età del minore non emancipato. Di conseguenza, nel presente lavoro, non viene considerato il diritto all'autodeterminazione di tali soggetti, giacché la fase puberale si ritiene già terminata al compimento del sedicesimo anno di età e, dunque, prima del raggiungimento della maggiore età. La stessa riflessione deve essere svolta anche in relazione al minore emancipato (artt. 84, comma 2, e 390 c.c.).

è stato ritenuto sufficiente il raggiungimento della consapevolezza del valore e delle conseguenze delle scelte compiute dal minore medesimo, a prescindere dalla capacità di agire quale "sufficiente maturità di giudizio"[32]. Allo stesso tempo – è asserito – le persone autorizzate sono tenute, dapprima, a svolgere approfondite valutazioni in relazione ai problemi esposti e alle intenzioni espresse dal minore e, successivamente, ad integrare la sua volontà attraverso la prestazione del consenso[33]. Il riferimento è agli esercenti la responsabilità genitoriale e al tutore.

Comunque, richiedendo la questione il coinvolgimento di una pluralità di soggetti, sembrerebbe necessario addivenire ad una soluzione condivisa. Qualora tale risultato non fosse raggiunto, si potrebbe ricorrere al giudice tutelare. Ciò, in due ipotesi particolari, entrambe disciplinate dall'art. 3, comma 5, l. n. 219 del 2017.

Nella prima, allorché vi sia contrasto tra la decisione dei genitori oppure del tutore (da una parte) e quella del medico (dall'altra).

Nella seconda, qualora divergano le posizioni assunte da ciascun genitore.

32 Così Irti, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giust. civ.*, 2019, 3, p. 645 ss. La necessità di coinvolgere il minore, da parte dei soggetti che lo rappresentano (nel momento della decisione, che conduce alla prestazione del consenso) come pure il bisogno di ascoltare il medesimo (tenendo conto della volontà, dell'età e dell'effettiva maturità di questi) sono presi in considerazione anche dall'art. 6, comma 2, della Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del 1997 (Convenzione di Oviedo) già citata, Lenti, L.: "Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni", *Tratt. biodiritto* diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, p. 454 ss. Sul tema, v. anche Cacace, S.: *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, p. 227, che osserva che, in mancanza di una specifica previsione legislativa circa l'età necessaria per prestare un valido consenso al trattamento sanitario, sembra opportuno riferirsi al terzo comma dell'art. 315 bis c.c., secondo il quale "il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano". In relazione al menzionato discernimento del minore e all'autodeterminazione, v. anche Ruscello, F.: "Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia", *Vita not.*, 2000, I, p. 63; Corapi, G.: "La tutela dell'interesse superiore del minore", *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, p. 797 s.; Camardi, C.: "Relazione di filiazione e privacy, brevi note sull'autodeterminazione del minore", *Jus Civile*, 2018, 6, p. 832; La Rosa, E.: "Sub art. 316, G. Di Rosa" (a cura di), *Della famiglia*, vol. II, Gabrielli, E. (diretto da): *Commentario del codice civile*, Torino, 2018, p. 630; Pane, R.: "Dalla promozione alla protezione del minore", *Rass. dir. civ.*, 2019, 1, p. 92; Baldini, G.: "L. 219/17: minori, incapaci e autodeterminazione terapeutica tra luci e ombre", *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, p. 7 ss.; Vivarelli, A.: "Diritto di autodeterminazione dei minori di età e principio di responsabilità nel diritto contemporaneo", *Dir. succ. fam.*, 2019, 3, p. 877 ss.; Valongo, A.: "Transgenderism and Minor age in Italy", *Italian L. J.*, 2020, 1, p. 290 s. Il problema del discernimento del minore fu avvertito anche dalla dottrina meno recente. Sul punto, venne, infatti, affermato che, in relazione al minore, occorreva assicuragli piena autonomia nel contesto delle scelte riguardanti la sua persona, allorché ricorressero "le condizioni per una consapevole decisione", Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 362. In tema di scelte compiute dal minore, occorre segnalare che, recentemente, l'Agenzia Italiana del Farmaco (Aifa) ha deciso di consentire alle minori l'accesso immediato ai farmaci impiegati per la c.d. "contraccezione di emergenza", non sussistendo più l'obbligo della prescrizione medica. Viene, a tal proposito, riportato che "Non sarà più necessario l'obbligo della prescrizione medica per dispensare alle minorenni ulipistral acetato (EllaOne), il farmaco utilizzato per la contraccezione di emergenza fino a cinque giorni dopo il rapporto. Lo ha stabilito l'Agenzia Italiana del Farmaco con la Determina n. 998 dello scorso 8 ottobre". Questa decisione è presente nel comunicato stampa, pubblicato in data 10 ottobre 2020, all'interno del sito web dell'Agenzia Italiana del Farmaco (Aifa) e attualmente consultabile alla pagina https://www.aifa.gov.it/web/guest/-/aifa-abolisce-anche-per-le-minorenni-l-obbligo-di-ricetta-per-la-contraccezione-di-emergenza-fino-a-cinque-giorni-dopo.

33 Irti, C.: "Persona minore", cit., p. 645 ss.

IV. IL CONSENSO INFORMATO E L'IMPOSSIBILITÀ DI PREVEDERE SE IL MINORE, TERMINATA LA PUBERTÀ, DIVENTERÀ "DESISTER", "PERSISTER" OPPURE "DETRANSITIONER".

Il disagio provocato dalla "disforia di genere" (propria della persona, che percepisce di appartenere ad un determinato genere non corrispondente al sesso assegnato) può essere attenuato o eliminato – nell'intenzione di chi ne soffre – attraverso il compimento del processo di transizione menzionato nel primo paragrafo.

Tuttavia, la comunità scientifica internazionale rivela che, nella maggioranza dei casi, la disforia di genere non viene più avvertita una volta terminata la fase puberale[34].

A questo proposito, nella letteratura medica, si distingue tra i c.dd. "desisters"[35], vale a dire le persone che non avvertono tale incongruenza[36] successivamente al completamento della pubertà, e i c.dd. "persisters"[37], cioè coloro i quali continuano a percepire la stessa al termine di questo periodo.

I persisters possono scegliere di intraprendere il percorso di transizione già illustrato nel primo paragrafo che, come osservato, conduce alla riassegnazione del sesso.

Tra gli individui che optano per siffatta soluzione si assiste, recentemente, all'emersione di un crescente numero di c.dd. "detransitioners". Si tratta di soggetti che, dopo aver effettuato il percorso di transizione, esprimono la forte volontà di essere identificati con il genere corrispondente al sesso attribuito al momento della nascita. Ciò è possibile attraverso l'interruzione del trattamento

34 "As mentioned earlier, symptoms of GID at prepubertal ages decrease or even disappear in a considerable percentage of children (estimates range from 80–95%)", Cohen-Kettenis, P.T., Delemarre-van de Waal, H.A., Goren, L.J.G.: "The Treatment of Adolescent Transsexuals: Changing Insights", *J. J Sex Med*, 2008, Volume 5, Issue 8, p. 1893, i quali citano Cohen-Kettenis, P.T.: "Gender identity disorder in the DSM?", *J Am Acad Child Psy*, 2001, Volume 40, Issue 4, p. 391, e vengono richiamati da Poleszak, J., Szabat, P., Szabat, M., Wójcik, M., Boreńsk, G., Janowska, M., Karakuła-Juchnowicz, H.: "Suppression of puberty with GnRH analogues in adolescents with Gender Dysphoria", *J. Educ. Health Sport*, 2019, Volume 9, Issue 9, p. 382 s., che si riferiscono anche a Meyer-Bahlburg, H.F.L.: "Gender Identity Disorder in young boys: a parent and peer-based treatment protocol", *Clin Child Psychol and Psychiatr*, 2002, Volume 7, Issue 3, p. 361. Sul punto, v. altresì Steensma, T.D., Cohen-Kettenis, P.T.: "More than two developmental pathways in children with gender dysphoria", *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry*, 2015, Volume 54, Issue 2, p. 147.

35 Steensma, T.D., Biemond, R., de Boer, F., Cohen-Kettenis, P.T.: "Desisting and persisting gender dysphoria after childhood: A qualitative follow-up study", *Clin Child Psychol Psychiatry*, 2011, Volume 16, Issue 4, p. 1 s., versione online, https://www.researchgate.net/, alla pagina https://www.researchgate.net/publication/49738851_Desisting_and_persisting_gender_dysphoria_after_childhood_A_qualitative_follow-up_study; Steensma, T.D., Cohen-Kettenis, P.T., "More than two", cit., p. 147.

36 La c.d. "disforia di genere".

37 Steensma, T.D., Biemond, R., de Boer, F., Cohen-Kettenis, P.T.: "Desisting and persisting", cit., p. 1 s.; Steensma, T.D., Cohen-Kettenis, P.T., "More than two", cit., p. 147.

ormonale (anteriormente o posteriormente all'ottenimento dell'identità di genere desiderata)[38].

Sembra, dunque, opportuno procedere ad un'attenta valutazione delle conseguenze dell'arresto dello sviluppo puberale, finalizzato ad anticipare la transizione ovvero a maturare una piena consapevolezza circa l'effettiva sussistenza dell'incongruenza in parola.

Nel momento nel quale viene fornita l'informazione, da parte del medico al minore, non si può prevedere se questi sarà, in futuro, persister, desister (terminata la pubertà) oppure detransitioner (una volta effettuato il percorso di transizione o durante il medesimo)[39].

V. L'INADEGUATEZZA DELL'INFORMAZIONE. LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO OVVERO DELLA STRUTTURA SANITARIA. L'INAPPROPRIATEZZA DEL TRATTAMENTO SANITARIO E L'IPOTESI DELL'ILLECITO DISCIPLINARE.

A tal proposito, si possono verificare due ipotesi.

La prima riguarda la circostanza che il medico non avverta il minore né gli esercenti la responsabilità genitoriale né il tutore dell'impossibilità di prevedere se il paziente sarà, in futuro, persister, desister oppure detransitioner. In questa eventualità, la somministrazione del farmaco contenente il principio attivo "triptorelina" avviene nel contesto dell'incompletezza dell'informazione. Pertanto, il medico o la struttura sanitaria potranno essere obbligati a risarcire il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del minore (rispettivamente ex art. 2043 c.c. ovvero ex art. 1218 c.c., nel primo caso[40], o soltanto ex artt. 1218 e 1228 c.c., nel secondo caso[41], ai sensi dell'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 24)[42]. Ciò,

38 Butler, C., Hutchinson, A.: "Debate: The pressing need for research and services for gender desisters/detransitioners", *Child and Adolescent Mental Health*, Volume 25, Issue 1, p. 45 s.; Levine, S.B.: "Transitioning back to maleness", *Arch. Sex Behav.*, 2018, Volume 47, Issue 4, spec. pp. 1296, 1298.

39 Vale a dire dopo aver ottenuto l'identità di genere desiderata oppure in un momento precedente. In riferimento all'impossibilità di prevedere la percezione del paziente in ordine alla sua identità di genere, v. Harris, R.M., Frader, J.E.: "Ethical considerations of GnRHa treatment and consent process", Finlayson, C.: *Pubertal Suppression*, cit., p. 91.

40 Nel caso della responsabilità del medico.

41 Nel caso della responsabilità della struttura sanitaria.

42 Ai sensi dell'art. 7, comma 3, della l. n. 24 del 2017, "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge". Secondo quanto previsto, invece, dal primo comma del medesimo articolo, "La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose". Inoltre, il secondo comma dell'articolo in questione stabilisce che "La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria

solamente qualora, secondo una recente sentenza della Corte di Cassazione[43], derivino "dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione"[44] comunque "conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente"[45]. Orbene, l'arresto della fase puberale non consente di verificare se il completamento di essa comporti la scomparsa della disforia di genere (scomparsa che avviene, come già riportato, nella maggior parte dei casi). Inoltre, l'arresto stesso impedisce lo sviluppo completo dei caratteri sessuali primari e secondari. A ben vedere, tali conseguenze sembrano potersi identificare con quelle indicate nella sentenza della Suprema Corte appena citata. Da un lato, infatti, la mancata verifica circa la probabile scomparsa della disforia di genere implica l'impossibilità di autodeterminarsi, provocando la "contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente"[46]. Dall'altro, l'impedimento del completo sviluppo dei caratteri sessuali primari e secondari può ingenerare nel minore (soprattutto nel momento del confronto con i suoi coetanei) una forte sensazione di disagio[47] e, dunque, causare al medesimo notevoli sofferenze, suscettibili di corrispondere

ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina". In relazione a tale articolo, v. Iannone, F.: "La nuova responsabilità sanitaria: rilievi critici alla luce dei primi pronunciati delle Corti", *Danno resp.*, 2019, 2, p. 287; Migliaccio, E.: "Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova", *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, p. 1250 ss.

43 Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, con nota di De Angelis, M.: "La violazione del diritto all'autodeterminazione e i presupposti per il risarcimento del danno-conseguenza", *giustiziacivile.com*, 2020, 1, p. 1 ss. La Corte di Cassazione, con tale provvedimento, ha confermato (rigettando il ricorso) la sentenza della Corte di Appello di Bari (App. Bari, 28 dicembre 2016, n. 1362), con la quale era stata accertata la responsabilità per inadempimento della prestazione sanitaria ex art. 1218 c.c. ed era stato condannato il ricorrente al risarcimento del danno non patrimoniale.

44 "Il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, alla autodeterminazione sarà risarcibile (giusta il già richiamato insegnamento del giudice delle leggi) qualora il paziente alleghi che, dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione, gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente – salva possibilità di provata contestazione della controparte", Lett. E del Punto 2.5 dei motivi della decisione, Cass., 11 novembre 2019, n. 28985. In ogni caso, anteriormente a tale sentenza della Corte di Cassazione, la dottrina aveva osservato che la prestazione del consenso, contenente informazioni inadeguate, ed il conseguente danno possono dare luogo a responsabilità medica. In proposito, Parente, F.: "La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo", Lisella, G., Parente, F.: *Persona fisica*, *Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, II, 1, Napoli, 2012, p. 468; Cilento, A.: *Oltre il consenso*, cit., p. 71 ss.; Parente, F.: *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, Napoli, 2018, p. 128 s.

45 Lett. E del Punto 2.5 dei motivi della decisione, Cass., 11 novembre 2019, n. 28985. Si reputa opportuno, infine, precisare che, nella sentenza citata, viene affermato che "Il medico è tenuto, in ogni caso, a rendere edotto il paziente, indipendentemente dalla riconducibilità o meno di tale attività informativa ad un vincolo contrattuale o ad un obbligo legale, trovando titolo il dovere in questione nella qualificazione 'illecita' della condotta omissiva o reticente, in quanto violativa di un diritto fondamentale della persona, e dunque da ritenere 'contra jus', indipendentemente dalla sussunzione del rapporto medico-paziente nello schema contrattuale o del contatto sociale, ovvero dell'illecito extracontrattuale: ai fini della verifica della violazione del diritto alla autodeterminazione, non assume, dunque, alcun rilievo la modifica legislativa della natura della responsabilità professionale medica, trasformata da contrattuale o paracontrattuale ad extracontrattuale, operata dalle leggi intervenute nel 2012 (D.L. n. 158 del 2012 conv. L. n. 189 del 2012, cd. Balduzzi) e nel 2017 (L. n. 24 del 2017, cd. Gelli-Bianco)", Punto 2.1 dei motivi della decisione, Cass., 11 novembre 2019, n. 28985.

46 Lett. E del Punto 2.5 dei motivi della decisione, Cass., 11 novembre 2019, n. 28985.

47 Si pensi, ad esempio, al mancato (o interrotto) sviluppo del seno nel caso di una minore, Morresi, A.: "La pubertà manipolata", cit., p. 59 s.

alle "conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva'"[48].

La seconda concerne l'eventualità nella quale il medico fornisca, effettivamente, un'informazione adeguata e completa (quindi sufficiente). In tale situazione, i genitori o il tutore, sentito il minore interessato, prestano il consenso al trattamento in conformità all'ordinamento giuridico. A ben vedere, anche in questa ipotesi, il diritto all'autodeterminazione è suscettibile di venir leso per le stesse ragioni e con gli stessi effetti[49]. Infatti, pur in costanza di notizie esaustive, l'impossibilità di verificare la scomparsa della disforia di genere[50], da un lato, e l'impedimento del completo sviluppo dei caratteri sessuali primari nonché secondari, dall'altro, permangono.

A parere di chi scrive, inoltre, queste conseguenze qualificano il trattamento in questione "inappropriato", ai sensi dell'art. 16 del Codice di deontologia medica italiano del 2014[51]. Invero, il trattamento sanitario è definito "appropriato", allorché esso sia giustificato da una reale necessità del paziente nonché dalla prevalenza dei benefici sui rischi per la salute e sui costi relativi[52]. L'arresto della pubertà, alla luce delle considerazioni effettuate, induce a dubitare fortemente della presenza

48 Lett. E del Punto 2.5 dei motivi della decisione, Cass., 11 novembre 2019, n. 28985.

49 Il riferimento è all'obbligo del risarcimento del danno, come già menzionato.

50 Scomparsa, peraltro, assai probabile.

51 L'art. 16, comma 1, del Codice di deontologia medica italiano del 2014, intitolato "Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati", stabilisce che "il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita".

52 "L'appropriatezza definisce un intervento sanitario (preventivo, diagnostico, terapeutico, riabilitativo) correlato al bisogno del paziente (o della collettività), fornito nei modi e nei tempi adeguati, sulla base di standard riconosciuti, con un bilancio positivo tra benefici, rischi e costi". Si tratta di una definizione fornita dal "Manuale di formazione per il governo clinico: Appropriatezza", preparato, nel luglio 2012, dal Dipartimento della programmazione e dell'ordinamento del Servizio sanitario nazionale, Direzione generale della Programmazione sanitaria, Ufficio III ex D.G. PROGRS. Tale contributo è consultabile all'interno del sito web del Ministero della Salute http://www.salute.gov.it, precisamente alla pagina http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1826_allegato.pdf. Inoltre, è stato dichiarato che "In generale, si può affermare che un intervento sanitario è appropriato quando è di efficacia provata da variabili livelli di evidenza, è prescritto appropriatamente al paziente, nel momento giusto e per un'adeguata durata, e gli effetti sfavorevoli sono accettabili rispetto ai benefici", "Premessa", Bevere, F., Dotta, F., Fava, A., Gentile, S., Lauro, D., Lauro, R., Marchetti, P., Oleari, F., Palumbo, F., Pisanti, P., Riccardi, G., Sbraccia, P., Simonetti, G., "Appropriatezza clinica, strutturale, tecnologica e operativa per la prevenzione, diagnosi e terapia dell'obesità e del diabete mellito", *Quaderni del Ministero della Salut*e, 2011, 10, p. XV s. "In altre parole, l'appropriatezza professionale (o clinica) garantisce che i benefici per il paziente superino significativamente gli eventuali rischi o svantaggi, sulla base delle evidenze scientifiche disponibili", ivi, p. XV s. Il contributo in questione si trova nel sito web del Ministero della Salute http://www.salute.gov.it e, in maniera specifica, è attualmente consultabile all'interno della pagina http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1707_allegato.pdf. In altre parole, con il termine "appropriatezza" si intende "la misura dell'adeguatezza delle azioni intraprese per trattare uno specifico stato patologico", Grillo, V.: "Appropriatezza della prescrizione farmaceutica: strumenti per realizzarla e criticità", *San. pubbl. priv.*, 2017, 4, p. 11. Viene, inoltre, asserito che "una prescrizione farmacologica può essere considerata appropriata se effettuata in conformità con le indicazioni cliniche, la posologia e la durata della terapia per cui il farmaco è stato dimostrato essere efficace e quindi autorizzato all'immissione in commercio, se il beneficio atteso è superiore ai possibili effetti negativi/collaterali previsti, con un margine sufficiente a giustificare l'utilizzo del farmaco, se il farmaco scelto ha il costo minore, a parità di efficacia con altri farmaci analoghi", ivi, p. 12.

di particolari benefici e, perciò, della prevalenza di questi sui rischi per la salute[53]. Pertanto, il medico che prescriva l'impiego del farmaco contenente il principio attivo "triptorelina", a parere di chi scrive, commette, per le ragioni esposte e al di fuori dell'ipotesi della pubertà precoce (nella quale siffatta prescrizione è, generalmente, indicata)[54], un illecito disciplinare ai sensi dell'art. 2 del medesimo Codice di deontologia medica[55]. Dunque, egli può essere destinatario delle sanzioni previste dalle regole della deontologia professionale. Esse sono contenute nell'art. 40 del d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221[56]: avvertimento, censura, sospensione e radiazione[57]. In aggiunta a quanto già affermato, sembra opportuno menzionare alcuni rischi per la salute del minore, che sono stati, recentemente, evidenziati dalla letteratura medica e che costituiscono un ulteriore motivo per considerare inappropriato un trattamento di questo genere. È stato, infatti, osservato che, durante la fase puberale, si ha il rimodellamento dei circuiti corticali e limbici, che conduce "all'acquisizione del comportamento adulto, delle strategie decisionali e dei comportamenti sociali"[58]. L'arresto della fase puberale – viene dichiarato – può pregiudicare seriamente l'esito dello sviluppo suddetto[59]. Inoltre, il medesimo arresto – è asserito – è suscettibile di aumentare il rischio di subire fratture nell'età adulta, giacché il picco di massa ossea (la quantità di osso acquisita nel momento in cui è stato raggiunto uno stato scheletrico stabile)[60] si ha entro la fine della

53 Non considerando, nel presente lavoro, l'aspetto economico.

54 Sull'impiego del principio attivo "triptorelina", nel caso della pubertà precoce al fine di rallentare lo sviluppo della stessa, v. Morresi, A.: "La pubertà manipolata", cit., p. 59; "On the question", cit., p. 5.

55 Ai sensi dell'art. 12 del Codice di deontologia medica italiano del 2014, intitolato "Potestà disciplinare", viene disposto che "l'inosservanza o la violazione del Codice, anche se derivante da ignoranza, costituisce illecito disciplinare, valutato secondo le procedure e nei termini previsti dall'ordinamento professionale".

56 Si tratta del d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221, attraverso il quale viene emanata l'Approvazione del regolamento per la esecuzione del decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni.

57 Secondo quanto previsto dall'art. 40 del d.P.R. n. 221 del 1950, "Le sanzioni disciplinari sono: 1) l'avvertimento, che consiste nel diffidare il colpevole a non ricadere nella mancanza commessa; 2) la censura, che è una dichiarazione di biasimo per la mancanza commessa; 3) la sospensione dall'esercizio della professione per la durata da uno a sei mesi, salvo quanto è stabilito dal successivo art. 43; 4) la radiazione dall'Albo".

58 Perl, L., Lee, J.Y., Rosenthal, S.M.: "Medical Side Effects of the GnRH Agonists", Finlayson, C.: *Pubertal Suppression*, cit., p. 50, i quali citano Sisk, C.L., Zehr, J.L.: "Pubertal hormones organize the adolescent brain and behavior", *Front Neuroendocrinol*, 2005, Volume 26, Issues 3-4, p. 163 ss. Preoccupazioni per la mancanza di conoscenza dei rischi a lungo termine, causati dall'arresto della pubertà, sono stati espressi dal Comitato Nazionale per la Bioetica, nel Parere, "On the question", cit., p. 6, ove viene affermato che "In the face of these potential benefits, the potential risks and the medical and ethical perplexities arising from this treatment are contrasting: 1) At present the use of the drug for GD in adolescents is characterized by uncertainty: there are no safety studies and sufficient follow-up data able to provide reassurance regarding the lack of short and long-term side effects". Il parere prosegue, asserendo che "So far, it has not been sufficiently proven whether the interruption of physiological puberty may have negative consequences on growth, on the skeletal structure, on the cardio-vascular, neurological-cerebral and metabolic system and on fertility. The available data are anecdotal, observational or narrative in terms of safety and efficacy: a scientific judgment on risks is impossible without appropriate experimental controls".

59 Sisk, C.L., Zehr, J.L.: "Pubertal hormones", cit., p. 163 ss.

60 "Peak bone mass is generally thought of as the amount of bone gained by the time a stable skeletal state has been attained during young adulthood", Weaver, C.M., Gordon, C.M., Janz, K.F., Kalkwarf, H.J., Lappe, J.M., Lewis R., O'Karma, M., Wallace, T.C., Zemel, B.S.: "The National Osteoporosis Foundation's position statement on peak bone mass development and lifestyle factors: a systematic review and implementation recommendations", *Osteoporos Int*, 2016, Volume 27, Issue 4, p. 1284.

seconda o l'inizio della terza decade di vita[61]. Da ciò deriva l'importanza della crescita ossea durante la fase puberale[62]; impedire il regolare decorso di questa fase può compromettere la mineralizzazione ossea[63].

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

In questa sede, non si discute l'efficacia della terapia farmacologica avente ad oggetto la somministrazione del farmaco contenente il principio attivo "triptorelina", il cui risultato è stato già dimostrato: l'arresto della pubertà. In proposito, si ritiene utile ribadire che tale utilizzo è, generalmente, consigliato nella circostanza della pubertà precoce, allorché si ritenga necessario contrastare uno sviluppo anticipato della pubertà[64].

Si dubita fortemente, invece, dell'opportunità di sottoporre il minore in età puberale ad un trattamento, la cui presunta utilità potrà essere vanificata da una percezione diversa, vale a dire da una percezione che è suscettibile di mutare nel tempo.

Inoltre, la mancata verifica circa la probabile scomparsa della disforia di genere, da un lato, e l'impedimento del completo sviluppo dei caratteri sessuali, dall'altro, implicano la lesione del diritto all'autodeterminazione. Questo, sia in presenza di un'informazione adeguata e completa (quindi sufficiente) sia in assenza della stessa.

In conseguenza di ciò, si può ben ipotizzare, come già osservato, l'insorgere della responsabilità contrattuale o extracontrattuale oppure dell'illecito disciplinare (in quest'ultimo caso, a causa dell'inappropriatezza del trattamento sanitario).

61 Bonjour, J., Chevalley, T.: "Pubertal timing", cit., p. 832 s.

62 Perl, L., Lee, J.Y., Rosenthal, S.M.: "Medical Side Effects", cit., p. 49.

63 Così Perl, L., Lee, J.Y., Rosenthal, "S.M.: Medical Side Effects", cit., p. 49, i quali citano Bonjour J., Chevalley, T.: "Pubertal timing, bone acquisition, and risk of fracture throughout life", *Endocr Rev.*, 2014, Volume 35, Issue 5, p. 820 ss.

64 Morresi, A.: "La pubertà manipolata", cit., p. 59; "On the question", cit., p. 5.

BIBLIOGRAFÍA

Baldini, G.: "L. 219/17: minori, incapaci e autodeterminazione terapeutica tra luci e ombre", *Dir. succ. fam.*, 2019, 1.

Bevere, F., Dotta, F., Fava, A., Gentile, S., Lauro, D., Lauro, R., Marchetti, P., Oleari, F., Palumbo, F., Pisanti, P., Riccardi, G., Sbraccia, P., Simonetti, G.: "Appropriatezza clinica, strutturale, tecnologica e operativa per la prevenzione, diagnosi e terapia dell'obesità e del diabete mellito", *Quaderni del Ministero della Salute*, 2011, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1707_allegato.pdf.

Bonjour J., Chevalley, T.: "Pubertal timing, bone acquisition, and risk of fracture throughout life", *Endocr Rev.*, 2014, Volume 35, Issue 5.

Butler, C., Hutchinson, A.: "Debate: The pressing need for research and services for gender desisters/detransitioners", *Child and Adolescent Mental Health*, Volume 25, Issue 1.

Cilento, A.: *Oltre il consenso informato*, Napoli, 2014.

Cohen-Kettenis, P.T., Delemarre-van de Waal, H.A., Goren, L.J.G.: "The Treatment of Adolescent Transsexuals: Changing Insights", *J. J Sex Med*, 2008, Volume 5, Issue 8.

De Angelis, M.: "La violazione del diritto all'autodeterminazione e i presupposti per il risarcimento del danno-conseguenza", *giustiziacivile.com*, 2020, 1.

"Determinazione" dell'Aifa, l'Agenzia Italiana del Farmaco, https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1229012/Allegato_triptorelina.pdf.

Di Rosa, G.: "La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente", *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1.

Donati, P.: *Manuale della sociologia della famiglia*, Roma-Bari, 2006.

Ferrando, G.: "Minori e Incapaci", *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 2018, 1.

Grillo, V.: "Appropriatezza della prescrizione farmaceutica: strumenti per realizzarla e criticità", *San. pubbl. priv.*, 2017, 4.

Harris, R.M., Frader, J.E.: "Ethical considerations of GnRHa treatment and consent process", Finlayson, C.: *Pubertal Suppression*, *Pubertal Suppression in Transgender Youth*, St. Louis, 2019.

Ingram, B.J., Thomas, C.L.: "Transgender Policy in Sport, A Review of Current Policy and Commentary of the Challenges of Policy Creation", *Curr Sports Med Rep.*, 2019, Volume 18, Issue 6.

Irti, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giust. civ.*, 2019, 3.

Jones, R.E., Lopez, K.H.: *Human Reproductive Biology*, 3ª ed., Burlington, 2006.

Kettenis, P.T.: "Gender identity disorder in the DSM?", *J Am Acad Child Psy*, 2001, Volume 40, Issue 4.

"La disforia di genere nell'adulto", http://www.siams.info/wp-content/uploads/2018/10/33°-03.10-La-disforia-di-genere-nelladulto-.pdf.

Lenti, L.: "Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni", *Tratt. biodiritto* diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011.

Levine, S.B.: "Transitioning back to maleness", *Arch. Sex Behav.*, 2018, Volume 47, Issue 4.

Lindsey, L.L.: *Gender Roles: A Sociological Perspective*, 6ª ed., New York, 2016.

Mahfouda, S., Moore, J.K., Siafarikas, A., Zepf, F.D., Lin, A.: "Puberty suppression in transgender children and adolescents", *Lancet Diabetes Endocrinol.*, 2017, Volume 5, Issue 10.

"Manuale di formazione per il governo clinico: Appropriatezza", http://www.salute.gov.it.

Marinkovic, M., Carswell, J., Roberts, S.A.: "Emerging Developments in Pubertal Suppression for Gender Incongruent/Gender Dysphoric Youth", Finlayson, C.: *Pubertal Suppression in Transgender Youth*, St. Louis, 2019.

Mauceri, T.: "Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018.

Migliaccio, E.: "Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova", *Dir. fam. pers.*, 2019, 3.

Morresi, A.: "La pubertà manipolata", *L-IUS*, 2018.

Oakley, A.: *Sex, Gender & Society*, Temple Smith, Londra, 1972.

"On the question of Aifa's request regarding the ethicality of the use of the drug triptorelin in the treatment of adolescents with gender dysphoria", http://bioetica.governo.it/media/3669/p_132_2018_triptorelin-gender-dysphoria_en.pdf.

Pane, R.: "Dalla promozione alla protezione del minore", *Rass. dir. civ.*, 2019, 1.

Parente, F.: *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, Napoli, 2018.

Parente, F.: "La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo", Lisella, G., Parente, F.: *Persona fisica*, *Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, II, 1, Napoli, 2012.

Perl, L., Lee, J.Y., Rosenthal, S.M.: "Medical Side Effects of the GnRH Agonists", Finlayson, C.: *Pubertal Suppression in Transgender Youth*, St. Louis, 2019.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017.

Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", Perlingieri, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012.

Perlingieri, P.: "Sulla 'parte generale' di un recente trattato di diritto civile", Perlingieri, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.

Potenzano, R.: "Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche", *Dir. fam. pers.*, 2019, 3.

Rosenthal, S.M.: "Transgender youth: current concepts", *Ann Pediatr Endocrinol Metab*, 2016, Volume 21, Issue 4.

Ruscello, F.: "Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia", *Vita not.*, 2000, I.

Salvatore, R.: *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012.

Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975.

Steensma, T.D., Biemond, R., de Boer F., Cohen-Kettenis, P.T.: "Desisting and persisting gender dysphoria after childhood: A qualitative follow-up study", *Clin Child Psychol Psychiatry*, 2011, Volume 16, Issue 4.

"What Is Gender Dysphoria?", https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria.

PERSONA E SCELTE DI CONSUMO FRA CONOSCENZE NEUROSCIENTIFICHE E NUOVE FRONTIERE TECNOLOGICHE*

PERSON AND CONSUMER CHOICES BETWEEN NEUROSCIENTIFIC KNOWLEDGE AND NEW TECHNOLOGICAL BORDERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 814-841

* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Giuseppe Vettori.*

Mariassunta
IMBRENDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

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: Nuove tecnologie; consumatore; pratiche commerciali; asimmetrie informative; dignità.

ABSTRACT: *Neuroscientific studies place the jurist in front of unavoidable questions, which affect the conception of the subject of law as a rational agent and with it the very way of reading the law, unhinging its axiomatic foundation of rationality. Therefore, on the one hand, it is necessary to rethink the issue of information asymmetries in market relations and question the effectiveness of the information obligations as corrective to protect contractual freedom; on the other hand, investigating the use of neuroscientific knowledge in the development of pre-contractual information content and communication methods designed to surreptitiously guide the choices of recipients, with the consequent applicability of the prohibition of unfair commercial practices to neuromarketing techniques. At the same time, in a context in which market power and competitive dynamics appear to be strongly conditioned by the availability of big data, we cannot neglect to consider the emancipatory potential offered to the consumer by digital technology, and the use of blockchain in the sector agri-food industry provides significant feedback.*

KEY WORDS: *New technologies; consumer; business practices; information asymmetries; dignity.*

SUMARIO.- I. DALL'AGENTE RAZIONALE CODICISTICO ALLA ASTRATTA RAZIONALITÀ DEL "CONSUMATORE MEDIO".- II. LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE AL VAGLIO DELLE RISULTANZE NEUROSCIENTIFICHE. RIFLESSI MICRO E MACRO ECONOMICI DELLA PROFILAZIONE ALGORITMICA.- III. NEUROMARKETING E PROSPETTIVE RIMEDIALI.- IV. SEGUE. REGOLA "AUTONOMA" ALGORITMICA E LIMITE DI ORDINE PUBBLICO DELLA DIGNITÀ UMANA.- V. TECNOLOGIA DIGITALE E POTENZIALITÀ EMANCIPATIVE DEL CONSUMATORE: LA BLOCKCHAIN NEL SETTORE AGROALIMENTARE.

I. DALL'AGENTE RAZIONALE DELLE CODIFICAZIONI ALLA ASTRATTA RAZIONALITÀ DEL "CONSUMATORE MEDIO".

Gli studi neuroscientifici[1] pongono il giurista dinanzi a questioni ineludibili, che investono la concezione del soggetto di diritto come agente razionale e con essa il modo stesso di leggere il diritto, venendone scardinato il fondamento assiomatico della razionalità. La riflessione si è fondamentalmente concentrata sul tema della responsabilità penale, ma molteplici sono le ricadute nel diritto dei privati, storicamente ancorato – sulla scorta del paradigma neoclassico dell'*homo oeconomicus* – al presupposto per cui l'individuo è mosso dall'obiettivo del proprio utile individuale e al tempo stesso ha il dovere di comportarsi in tal senso[2]. Il modello contrattuale accolto nel codice civile, "costruito sul mito dell'eguaglianza dei contraenti"[3], ne è una plastica rappresentazione. Nel corso degli ultimi

1 Il termine "neuroscienze cognitive" si deve al biologo statunitense Frank O. Schmitt, il quale istituì, nel 1962, presso il MIT di Boston, il NRP (Neuroscience Research Program), allo scopo di unificare le diverse discipline che studiavano il cervello da prospettive strutturali, funzionali e comportamentali: in argomento, Oliverio, A.: "La seconda rivoluzione scientifica. Scienze biologiche e medicina. Le neuroscienze e il Neuroscience Research Program", *treccani.it*, Storia della Scienza, 2004. Oggi le neuroscienze si possono considerare quella "grande famiglia" delle discipline biomediche afferenti alla neurologia, che si propongono di studiare sviluppo, la struttura e la funzione del sistema nervoso, in particolare, del cervello. Accanto alle storiche specializzazioni (neurologia, neurochirurgia, psichiatria, psicologia), vanno acquisendo sempre maggiore importanza nuove discipline − quali la neurogenetica, la neurobiologia, il cosiddetto *neuroimaging* − che stanno aprendo nuovi scenari di studio e ricerca neppure immaginabili solo pochi anni fa (Gandolfini, M.: *I volti della coscienza. Il cervello è organo necessario ma non sufficiente per spiegare la coscienza*, Cantagalli, Siena, 2013, p. 11 ss.).

2 Oltre ad essere acquisito alla stregua di un "dato naturalistico": Zoppini, A.: "Prefazione. La giustizia arbitrale e il contributo offerto dalla scienza behavioural", in AA.VV.: *Errori cognitivi e arbitrato* (a cura di S. Azzali, U. Morera, G. Rojas Elgueta), Il Mulino, Bologna, 2019, p. 7. "Il codice civile e in particolare il suo archetipo, il *Code civil* di Napoleone, assume quale elemento costitutivo l'unita del soggetto di diritto, pensato e poi disciplinato quale attore razionale che opera in un mercato perfettamente concorrenziale": Zoppini, A.: "Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del 'buon padre di famiglia'", in AA.VV.: *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato* (a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi), Roma Tre-press, Roma, 2014, p. 13.

3 Benedetti, A.M.: "Contratto asimmetrico", in *Enc. dir. Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 374. Nel codice del 1942 "il soggetto di diritto, destinatario di regole eguali e astratte (è …u)n uomo senza qualità, pensato

• Mariassunta Imbrenda
Ordinario di Diritto privato, Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università di Salerno. Email: mimbrenda@unisa.it

decenni, la legislazione comunitaria e interna, sottesa da finalità protettive via via proiettate ben "oltre la figura del consumatore"[4], ha fatto perdere di centralità al modello in questione e quindi alla idea astratta e oggettiva di autodeterminazione[5], la cui rilevanza impone, oggi, di misurarsi con "un nuovo ordine, ancora da costruire"[6]. Per altro verso, le copiose prescrizioni formali ed informative[7] tese alla piena esplicazione della libertà di scelta e di decisione del soggetto[8] postulano,

per un ordine economico e giuridico che ha necessità di rapporti semplificati, compatibili con la logica degli scambi del tempo": Vettori, G.: "Contratto e concorrenza", *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 794.

4 *Vid*. il denso editoriale, dal titolo evocativo, di Vettori, G.: "Oltre il consumatore", *Persona e Mercato*, 2012, p. 318 ss., e anche Vettori, G.: "Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole", *ivi*, 2012, p. 17 s., dove, in aperta antitesi alle prospettive tese a privilegiare la costruzione di nuove categorie basate sulle qualità del contraente, l'A. sostiene che occorre un metodo nuovo per la disciplina del contratto che è dato riscontrare *in nuce*, in chiave di decostruzione e innovazione, in alcuni orientamenti giurisprudenziali.

5 Sul principio di autodeterminazione, Barcellona, P.: "Libertà contrattuale", in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 489 s. Nelle pagine di Gorla, G.: "La 'logica-illogica' del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto", *Riv. dir. comm*., 1968, I, p. 431 ss., emerge chiaro il parallelismo tra consenso e strumento contrattuale, rispetto al quale Alpa, G.: "Nuove frontiere del diritto contrattuale", *Contr. e impr.*, 1997, p. 979, afferma: "la concezione tradizionale, asettica, neutra di contratto sembra ormai tramontata".

6 Sul punto, *vid*. ancora Vettori, G.: "Oltre il consumatore", cit., p. 320 s.: il diverso contorno che la autonoma determinazione delle parti assume rispetto al passato si evince dalla giurisprudenza di legittimità che esalta un principio generale in tal senso e da quella penale in tema di circonvenzione di incapace, ma anche dall'istituto dell'amministrazione di sostegno.

7 Si pensi alla disciplina del contratto di credito al consumo, per la cui stipula è imposta, a pena di nullità che può essere fatta valere dal solo consumatore (art. 127, comma 2, d.lgs. cit.), la forma scritta accompagnata dall'obbligo per il contraente professionale di consegnare copia del contratto al cliente (art. 117, commi 1 e 3, d.lgs. n. 385 del 1993) e di fornire le informazioni precontrattuali su supporto cartaceo o durevole (art. 124, commi 1 e 2, d.lgs. cit.). La forma scritta a pena di nullità, che può essere fatta valere solo dal cliente, è imposta anche per i contratti relativi ai servizi di investimento accompagnata dall'obbligo per il prestatore del servizio, di consegnarne un esemplare (art. 23, commi 1 e 3, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Analogamente, per il contratto di multiproprietà vige il requisito della forma scritta *ad substantiam*, preceduta dall'obbligo in capo all'operatore di fornire le informazioni precontrattuali su carta o altro supporto durevole (artt. 72 e 71, d.lgs. n. 206 del 2005). La forma scritta è imposta anche per i contratti di vendita di pacchetti turistici (art. 35, d.lgs. n. 62 del 2018, ove si specifica che tali contratti devono essere redatti "in termini chiari e precisi"), unitamente all'obbligo a carico dell'organizzatore di consegnare al consumatore una copia del contratto stipulato e sottoscritto dall'organizzatore o venditore. In materia assicurativa, quand'anche non operino prescrizioni *ad substantiam* di forma scritta, i contratti, i quali devono essere redatti "in modo chiaro ed esauriente" (art. 166, d.lgs. n. 209 del 2005), sono preceduti dalla nota informativa che l'assicuratore deve predisporre nel rispetto del successivo art. 185.
Con riferimento ai rapporti b2b, segnatamente della filiera agroalimentare, precorrendo la dir. UE 2019/633, c.d. UTP, l'art. 62, d.l. n. 1 del 2012, convertito in l. n. 27 del 2012, avente ad oggetto le "relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari", prescrive la forma scritta per alcuni elementi essenziali del contratto di cessione, fra i quali l'ammontare e le modalità di pagamento del prezzo, nonché il termine massimo entro il quale devono essere effettuati i pagamenti. Peraltro, nel quadro della organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli (regolamento UE n. 1308/2013), "l'uso di contratti scritti formalizzati" - recita il considerando n. 138 con riferimento al settore del latte – "può anche contribuire a rafforzare la responsabilità degli operatori in altri settori e accrescere la loro consapevolezza della necessità di tenere meglio conto dei segnali di mercato, di migliorare la trasmissione dei prezzi e di adeguare l'offerta alla domanda nonché di contribuire a evitare determinate pratiche commerciali sleali".

8 Addis, F.: "Diritto comunitario e 'riconcettualizzazione' del diritto dei contratti: accordo e consenso", *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 873, afferma che il "legislatore comunitario si è anzitutto preoccupato di dettare misure volte a dare luogo ad un consenso effettivo perché informato, muovendo dal presupposto secondo il quale solo una decisione consapevole è davvero riferibile ad una scelta di autonomia, per tutta una serie di ragioni, sulle quali è inutile qui insistere, stante la loro notorietà nei singoli ordinamenti nazionali ancora prima del momento in cui sono diventate il fulcro intorno al quale ha iniziato a muoversi la legislazione di matrice europea". In senso adesivo, Di Bona, L.: "Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici", *Studi Urbinati*, 2014, nn. 2-3, p. 245.

enfatizzandolo, l'archetipo della razionalità proprio del modello contrattuale della tradizione[9].

L'art. 1341 c.c. denota del resto come già il legislatore del '42 fosse consapevole dello squilibrio di posizione tra i contraenti[10] sì da reputare necessario tutelare la parte debole subordinando l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza o conoscibilità delle medesime[11]. Se questa configurazione - potremmo dire *ante litteram* - dell'informazione come tecnica di autodeterminazione entra in gioco "al momento della conclusione del contratto"[12], la "lettura non contrattocentrica" dell'art. 1337 c.c.[13] rivelerà in seguito la valenza fondamentale dell'obbligo di informazione e di buona fede "oltre la fase pre-contrattuale e al

9 Di Bona, L.: "Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi", cit., p. 245

10 La predisposizione unilaterale delle clausole – indice dell'assoggettamento, e della conseguente diseguaglianza di fatto, di una generalità di contraenti all'autorità contrattuale altrui (Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 62 ss., ora in Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 47 ss.) – è un tema che oggi si ripresenta sotto la nomenclatura del "contratto asimmetrico" ed involge, da una diversa e complementare visuale, quello della regolazione del mercato che vede protagoniste le Autorità indipendenti, chiamate a supplire e/o ripristinare la razionalità individuale della parte debole e, ristabilita una tendenziale "parità delle armi" tra i contraenti, orientare l'agire nel mercato verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili perché coerenti con il principio concorrenziale: per queste considerazioni sia consentito rinviare a Imbrenda, M.: "Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities", in AA.VV.: *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarantanni da "Le autorità private" di C.M. Bianca* (a cura di P. Sirena e A. Zoppini), RomaTre-press, Roma, 2018, p. 479 ss. Sennonché, l'intervento pubblico "non dà garanzia di ripristino della razionalità degli individui e del mercato (…). La razionalità dell'intervento pubblico è limitata, e perciò spesso fallisce" degenerando in burocrazia (così, Gentili, A.: *Senso e consenso*, Giappichelli, Torino, 2015, vol. I, p. 305). In definitiva, i rimedi offerti scontano a loro volta la razionalità limitata dei regolatori, connessa tanto alla asimmetria informativa nei confronti degli stessi regolati quanto alla difficoltà di prevedere le variabili di contesto: per questi risvolti, sia, ancora, consentito rinviare a Imbrenda, M.: "Integrazione e conformazione del contratto: il ruolo delle Autorità indipendenti", in AA.VV.: *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili* (a cura di M. Pennasilico), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 305 ss., spec. p. 333 s.

11 Il che conduce a riconoscere che nel contesto codicistico l'informazione – nel caso di specie, da parte del predisponente – ha un qualche rilievo, "ma dove questo emerge non si materializza un'informazione al servizio della conoscenza": Grisi, G.: "Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi", in AA.VV.: *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 65. In argomento *vid.* inoltre l'interessante analisi di Di Raimo, R.: *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, spec. p. 138 ss.

12 Come giustamente puntualizza, ancora, Grisi, G.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 65 a parere del quale "Sarebbe tacciato di ipocrisia chi dicesse che qui l'informazione è veicolo di conoscenza; e basta osservare ciò che di consueto accade, nella pratica, quando un contratto per adesione è concluso, per averne conferma".

13 Grisi, G.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 66. In stretto nesso con questa disposizione – che Vettori, G.: "Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità", *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss., ha efficacemente indicato come regola di valutazione dinamica dei contegni delle parti nella fase formativa del contratto, suggellata dalle sentenze delle sezioni unite del 2007 (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725), a commento delle quali *cfr.*, Vettori, G.: "Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio", *Persona e mercato*, 2008; in critica verso la implicita perdurante vigenza del principio di non interferenza che la S.C. ripropone, *vid.* Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 41 ss. - prende corpo la riflessione sull'obbligo precontrattuale di informazione; obbligo che gioca un ruolo importante nella formazione del consenso. L'art. 1337 – osserva, ancora, Grisi, G.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 66, riprendendo un suo precedente scritto (Grisi, G.: "Informazione (obblighi di)", in *Enc. dir. Annali*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 599 - rivela "che l'ordinamento non solo tiene acché il consenso non sia viziato, ma ha a cuore altresì la formazione di un consenso effettivo e consapevole", sicché non "interessa (…) solo l'atto, ma anche ciò che precede e segue l'atto e senza che abbia peso dirimente (…) che alla conclusione di quest'ultimo si addivenga".

di là della conclusione di un contratto invalido"[14] ai fini del consenso effettivo e consapevole e, in definitiva, della sostanziale parità di posizioni dei contraenti[15].

L'obiettivo rimane tuttavia ancorato ad un'ottica formalistica che impedisce di guardare all'informazione quale "tramite per l'effettiva conoscenza e strumento di reale comprensione"[16].

Tale è l'informazione supportata dalla trasparenza, da orientare peraltro verso una "scelta di benessere" che, lungi dal porsi "in conflitto con l'autodeterminazione", contribuirebbe piuttosto "a definirne l'essenza"[17] in armonia con l'istanza solidaristica.

14 Vettori, G.: "Il contratto senza numeri e aggettivi", cit., p. 14, nel richiamare le sentenze della S.C. del 2005 e del 2007. *Vid*. anche, Vettori, G.: "Buona fede e diritto europeo dei contratti", *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 921 ss.

15 Parità di posizioni e giustizia contrattuale – puntualizza Pennasilico, M.: "L'interpretazione tra legge e contratto. Spigolando da 'Senso e consenso' di Aurelio Gentili", in AA.VV.: *L'interpretazione tra legge e contratto*, cit., p. 42 s. - sono l'una il fondamento dell'altra. In quest'ottica (ma *vid*., diversamente, Gentili, A.: *Senso e consenso*, cit., p. 169 s. e II, p. 577) la buona fede non è solo "lealtà di comportamento" ma "conformità del regolamento contrattuale ai valori di solidarietà, equilibrio e giustizia".

16 Per Grisi, G.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 67, la stessa informazione consumeristica non sembra emanciparsi da quest'ottica. In realtà, il cod. consumo stabilisce, in termini generali, che "Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore" (art. 5, comma 3); parimenti, le clausole proposte al consumatore per iscritto "devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile" (art. 35, comma 1). Sembra pertanto collocarsi nel solco di tale principio (diversamente, Grisi, G.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 73, nt. 41) l'enunciato contenuto all'art. 166, del coevo cod. assicurazioni (d.lgs. n. 209 del 2005), relativo ai criteri di redazione del contratto e di ogni altro documento consegnato dall'impresa contraente, ove si stabilisce che questi vadano redatti "in modo chiaro ed esauriente" e che le clausole particolarmente gravose devono essere "riportate mediante caratteri di particolare evidenza".
Il passaggio dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere contrassegna la materia del credito al consumo (artt. 124 *bis* e 125, d.lgs. n. 385 del 1993, in attuazione della dir. UE n. 2008/48) e si consolida con la disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali (art. 120 *unidicies*, d.lgs. n. 385 cit., in attuazione della dir. UE n. 2014/17): in armonia con il principio del prestito responsabile, il paradigma della trasparenza viene potenziato dalla introduzione dell'obbligo di fornire "assistenza" sui prodotti creditizi offerti, riecheggiante la *suitability rule* propria dei servizi di investimento (art. 39, reg. Intermediari n. 16190); e di uno strumento del tutto inedito, se non nella dimensione della vigilanza prudenziale, come l'obbligo del finanziatore di "verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori" sulla base di informazioni "adeguate", talchè l'assunzione di debito da parte degli individui, oltre che "libera" e "consapevole" in quanto informata, risulti essere soprattutto adeguata e responsabile. Sarebbe riduttivo considerare il profilo dell'assistenza come un mero "supplemento" o "complemento" dell'informazione precontrattuale: compito del professionista non è limitarsi a spiegare ed illustrare dati già comunicati ma non compresi dal consumatore, quanto calibrare l'informazione sullo specifico profilo finanziario del cliente e orientarlo, valutata l'astratta compatibilità di un determinato prodotto alle esigenze e alle caratteristiche della situazione economica dello stesso, verso soluzioni di finanziamento adatte. Al riguardo, l'ABF, *Collegio Roma, n. 4440 del 20 agosto 2013* ha chiarito che "Nella realtà attuale dell'ordinamento giuridico, l'informazione del cliente nella fase delle trattative che precedono la stipulazione di un contratto di finanziamento non può conseguentemente essere più considerata come una sorta di consiglio amichevole, ma costituisce ormai la prestazione di un vero e proprio servizio di consulenza professionale, e in ogni caso l'adempimento di uno specifico dovere di protezione nei confronti dell'altra parte contraente (....) Non vi è quindi dubbio che la violazione di tale obbligo determini il diritto del cliente di essere risarcito del danno cagionatogli".

17 Così Grisi, G.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 68, nel trarre spunto dalla "alleanza terapeutica", "che ispira e conforma il consenso informato nel rapporto medico-paziente". Nell'ottica della interpretazione del contratto, Gentili, A.: *Senso e consenso*, cit., p. 133, evidenzia che sul principio di trasparenza molto incidono le regole legali di interpretazione, che "non hanno come le semantiche una base logica, ma di politica legislativa", riguardo alla quale l'a. si chiede "se i rimedi che il nuovo diritto appresta alla limitata

Nel codice del consumo informazione ed educazione figurano come "diritti fondamentali" del consumatore (*vid.* art. 2), protesi – da angolature diverse – a favorirne la "consapevolezza"[18], garanzia essa stessa di quel "livello elevato di protezione" (enunciato all'art. 169 del TFUE) che, nel quadro della economia sociale di mercato[19], favorisce il miglioramento dell'offerta e dunque l'efficienza delle imprese e al contempo assurge a strumento di politica sociale innalzando il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori[20]. A tal fine, nella relazione introduttiva si accenna all'esigenza di tener conto dei "principi di analisi sociologica e psicologica nella più generale teoria del consumatore". Ciò tuttavia non sembra aver trovato compiuta traduzione sul piano normativo[21]: la disciplina delle pratiche commerciali scorrette si arresta sulla aprioristica nozione del consumatore "medio", con cui si allude ellitticamente al soggetto mediamente informato che agisce in modo ragionevolmente avvertito e attento[22] (*cfr.* il cons. n. 18, dir. 2005/29/CE; e

razionalità di molte scelte" siano espressione dell'efficientismo liberista o di "una diversa ispirazione, con essa concorrente, di tipo etico".

18 Se la consapevolezza evocata dall'art. 4 postula un'attività di *Consumer Empowerment* operata da soggetti pubblici e privati senza alcuna "finalità promozionale", l'art. 5 allude alle informazioni diffuse dal professionista in relazione al prodotto o servizio, aventi una caratura più propriamente persuasiva: sul punto, Punzi, A.: "Ragionevolmente attento ed avveduto. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza", in AA.VV.: *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Cedam, Padova, 2011, p. 543 s., il quale distingue la "consapevolezza come competenza, se non addirittura come virtù, del consumatore", nel selezionare e valutare informazioni, frutto di campagne di educazione al consumo ma anche di impegno che il consumatore medesimo deve, in prima persona, profondere; dalla consapevolezza come mera disponibilità di informazioni in ordine al prodotto, che il professionista è tenuto sempre a garantire, osservando le modalità comunicative enunciate all'art. 5, comma 3). Sul passaggio dalla tutela di stampo paternalistico alla centralità, nell'attuale sistema europeo, della *consapevolezza* della scelta dei consumatori, specialmente attraverso lo strumento dell'informazione, si diffonde Barela, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)", *Riv. dir. ind.*, 2019, n. 3, spec. p. 181 e 200 ss., la quale evidenzia come la rivalutazione del ruolo dei consumatori quali "arbitri" del mercato evochi immediatamente la concezione ascarelliana *dei consociati* "quali uomini e non come fanciulli da guidare dall'alto".

19 Formula che – avverte Vettori, G.: "Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi", *Persona e mercato*, 2011, p. 9 – di là dai diversi modelli di cui è debitrice, quali l'ordoliberismo tedesco, il liberismo economico, la Dottrina sociale della Chiesa, richiede una riflessione sulla sua attuale operatività. Gentili, A.: "Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 83, evidenzia la "doppia anima", liberista e sociale, della politica consumeristica. La formula *economia sociale di mercato* si rivela essere "il motto di una visione ordoliberale intesa a conciliare l'intoccabile libertà economica con l'irrinunziabile giustizia sociale, facendo intervenire lo Stato, come regolatore, più spesso che come attore, solo laddove il mercato fallisce" (nt. 23). Decisamente precorritrice si rivela la prospettiva di Ascarelli – limpidamente ricostruita da Barela, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato", cit., p. 171 ss. - che vede nella libertà di iniziativa economica, da attuare attraverso la corretta regolamentazione del mercato, la garanzia del massimo benessere collettivo: l'interesse del consumatore è "interesse generale della collettività, meritevole di tutela in vista del raggiungimento del benessere e del progresso economico e culturale della nazione" (Ascarelli, T.: "Teoria della concorrenza e interesse del consumatore", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954).

20 Gentili, A.: "Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali", cit., p. 83.

21 Grisi, G.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 72.

22 Il concetto prende corpo nel contesto statunitense - con il *Policy Statement on Deception* del 1984, la Federal Trade Commission ha abbandonato la regola, fino ad allora seguita, sancita dalla Supreme Court nel 1937 (FTC v. Standard Education Society, 302 U.S. 112, 1937) per cui "*laws are made to protect the trusting as well as the suspicious*", per approdare all'idea che la legge deve invece proteggere il *reasonable consumer* (sul punto, la attenta ricostruzione di Meli, V.: "'Diligenza professionale', 'consumatore medio' e regola di 'de minimis' nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa", in AA.VV.: *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni* (a cura di V. Meli, e P. Marano), Giappichelli, Torino, 2011, e in *orizzontideldirittocommerciale* (da cui si cita), p. 24 – per poi affermarsi nell'ambito della giurisprudenza tedesca in materia di concorrenza sleale e quindi approdare, negli anni '90 del XX secolo, nella giurisprudenza comunitaria formatasi in materia di informazione ed etichettatura

gli artt. 5, comma 2, lett. *b*; 6, 7 e 8, della stessa direttiva, che il nostro legislatore poi ha trasfuso negli artt. 18, lett. e; 20, commi 2 e 3; 21, commi 1 e 2; 22, commi 1 e 2; 24, comma 1, c. cons.). Ancora una volta traspare una idea astratta e presuntiva di razionalità, in parte smussata dalla apertura, attraverso il riferimento ai fattori sociali culturali e linguistici, ad una interpretazione sensibile al contesto ambientale e dalla considerazione della particolare vulnerabilità riscontrabile in determinati gruppi di consumatori (*cfr.* cons. n. 19)[23].

II. LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE AL VAGLIO DELLE RISULTANZE NEUROSCIENTIFICHE. RIFLESSI MICRO E MACRO ECONOMICI DELLA PROFILAZIONE ALGORITMICA.

dei prodotti. Il ragionamento costantemente seguito dalla Corte di Giustizia può essere sintetizzato nel senso che la valutazione del carattere eventualmente ingannevole di una denominazione, di un marchio o di una dicitura pubblicitaria deve basarsi su di una aspettativa presunta del consumatore medio, senza disporre di perizie o sondaggi: *ex plurimis*, CGCE, 7 marzo 1990, c-362/88, *GB-INNO-BM* c. *Confédération du commerce luxembourgeois*, *Raccolta*, 1990, I, p. 667; e in particolare, CGCE, 16 luglio 1998, c-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contro Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, *Raccolta*, 1998, I, p. 4657, chiamata a stabilire se l'indicazione apposta sugli imballaggi delle uova commercializzate da Gut Springenheide fosse ingannevole con riferimento al Trattato CE, ha fatto riferimento "all'aspettativa presunta di un consumatore medio che si assume essere normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto" (§ 37); CGCE, 28 gennaio 1999, c-303/97, *Verbraucherschutzverein eV e SektKellerei G.C. Kessler GmbH und Co.*, *Raccolta*, 1999, I, p. 513, ove, riguardo alla possibile ingannevolezza di un marchio evocativo di una indicazione vitivinicola protetta dalla normativa tedesca, si afferma che "per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite sia idonea a indurre in errore l'acquirente, il giudice nazionale deve riferirsi all'aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto". Il parametro del consumatore medio dà manforte alla prevalenza dell'informazione (al consumatore) sui divieti di circolazione, enunciata nel *leading case* Cassis de Dijon (CGCE, 20 febbraio 1979, c-120/78, *Rewe-Zentral AG* c. *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Raccolta*, 1979, p. 649): nel caso Commissione c. Spagna (CGCE, 6 novembre 2003, c-358/01, *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Spagna*, *Raccolta*, 2003, p. 13145), i giudici comunitari respingono l'argomento secondo cui il consumatore medio - che è "ragionevolmente ben informato, attento e cauto" - possa essere disorientato dalla presenza nel mercato di candeggine, importate da altri Stati membri, con un contenuto di cloro inferiore al valore minimo previsto dalla norma nazionale. La Corte procede insomma dalla convinzione che il consumatore medio prenda effettivamente conoscenza delle indicazioni apposte sulla confezione del prodotto: il modello di riferimento è dunque non un soggetto disattento ma un attivo partecipante al mercato tenuto ad informarsi per evitare il pericolo d'inganno (Mayr, C.E.: "Il parametro del consumatore", in AA.VV.: *AIDA. Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, dir. *da L.C. Ubertazzi*, XVII – 2008, Giuffrè, Milano, 2009, p. 287). In argomento anche, Barela, V.: "Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: Network marketing", *comparazioneedirittocivile*, 2017, p. 14 ss.

23 L'art. 20, comma 3, c. cons., prevede peraltro l'applicazione del parametro del "membro medio" ai c.d. consumatori vulnerabili. L'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico di un gruppo di consumatori che - in ragione della loro condizione di fragilità fisica, psichica o socioeconomica, individuabile dal professionista con la ordinaria diligenza – sono vulnerabili alla stessa, è cioè valutata nell'ottica del "membro medio" di tale gruppo, ovvero sulla base delle aspettative presunte di un consumatore tipico di quel gruppo: sul punto, Zorzi Galgano, N.: "Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario", *Contr. imp. Eur.*, 2010, p. 608. Come acutamente evidenziato da Meli, V.: "'Diligenza professionale'", cit., p. 22 ss., già con l'applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole si profila la necessità di valutare il messaggio sulla base del parametro della "*target audience* e, al suo interno, del consumatore/interprete tipo al cui punto di vista fare riferimento" (*vid.* AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 1994*). La difficoltà di definizione di un soggetto-tipo da prendere a parametro per la formulazione di un giudizio di scorrettezza, è emersa sotto il regime della pubblicità ingannevole come quello delle pratiche scorrette. A fronte di ciò, "l'esigenza di tutela della libertà di circolazione dei beni e dei servizi è stata in realtà, il viatico per dettare un parametro ispirato all'esigenza di non pregiudicare il buon funzionamento, in senso concorrenziale, dei mercati" (Meli, V.: "'Diligenza professionale'", cit., p. 24).

Le conoscenze neuroscientifiche evidenziano la "estrema variabilità, da soggetto a soggetto del raggiungimento dei diversi stadi di maturazione psico-fisica"[24]. "(L) a visione olistica della persona umana ad esse conseguente, con l'interdipendenza delle sue componenti, conduce a definire la soggettività in maniera nuova, senza basarsi su mere astrazioni logiche"[25], ma guardando l'uomo nella sua "totalità ontologica"[26], nel mondo e nel tempo, a partire dal substrato materiale della sua stessa dimensione neurobiologica.

Ciò non è affatto una novità per quella parte della dottrina civilistica[27] nettamente critica verso il dogmatismo delle costruzioni astratte, generali, astoriche e attenta agli aspetti funzionali dei fenomeni giuridici. In piena sintonia con le scoperte neuroscientifiche si rivela il superamento della dicotomia capacità giuridica – capacità di agire[28] e la esigenza di rifuggire ogni automatismo con riferimento alla capacità.

In questa prospettiva il consumatore, più che referente semantico di una categoria unitaria, esprime un modo di essere della persona umana - intesa come

24 Tafaro, L.: Neuromarketing e *tutela del consenso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 44 s.: alla luce delle scoperte neuroscientifiche, emerge con maggiore evidenza l'arbitrarietà della scelta codicistica di utilizzare un sistema indiretto e presuntivo per l'accertamento del grado di maturità psico-fisica richiesto per agire validamente, e l'opportunità *de jure condendo* di apportare dei temperamenti all'astratta e formale regola legale.

25 Così Tafaro, L.: Neuromarketing e *tutela del consenso*, cit., p. 28.

26 L'espressione è di Sammicheli L. e Sartori G.: "Neuroscienze giuridiche; i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze", in AA.VV.: *Manuale di neuroscienze forensi* (a cura di A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori), Giuffrè, Milano, 2009, pp. 15-36. Una visione che trova tra i propri ascendenti il filosofo tedesco Martin Heidegger, che ha elaborato una sua ontologia dell'uomo e ne ha predicato il suo "essere nel mondo" (*vid*. Heidegger, M.: *Essere e tempo* (1927), edizione it. a cura di A. Marini, Mondadori, Milano, 2006, § 22, p. 307), e tra i suoi attuali sostenitori Andy Clark, con il suo modello dell'*embodied, embedded and extended mind* (*vid*. Clark, A.: *Being There Putting Brain, and World Together Again*, The MIT Presse, Boston, 1997).

27 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 91 ss., 133 s.

28 La dicotomia ha una propria ragion d'essere con riferimento alle situazioni patrimoniali, rispetto alle quali il momento della mera titolarità del diritto può rimanere isolato da quello dell'attuazione, ma è del tutto inappropriata con riferimento alle situazioni esistenziali: non avrebbe valore alcuno – secondo l'autorevole insegnamento di Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972, p. 139 - riconoscere dei diritti, che più di altri sono finalizzati allo sviluppo della persona umana, senza concedere anche la possibilità di esercitarli. Lungo questa direttrice, anche Stanzione, P.: *Capacità e minore di età nella problematica della persona umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 249. La capacità di discernimento del minore, ormai pacificamente riconosciuta in relazione alle scelte di carattere esistenziale, è rimasta peraltro nell'ombra con riferimento al compimento di atti a contenuto patrimoniale. La prospettiva personalistica (*cfr.*, esplicitamente, Perlingieri, P.: "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss., ora in Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, (da cui si cita) p. 102 ss., spec. p. 104 ss., e p. 131 ss., il quale aveva espresso una posizione critica rispetto alle incapacità dettate nell'interesse della collettività: si pensi, ad es., all'impossibilità per l'interdetto di esercitare situazioni patrimoniali, come il lavoro) ravvisa anche nell'esercizio delle situazioni patrimoniali una modalità di realizzazione della personalità, sì che impedire in maniera indiscriminata al minore di compiere atti a contenuto patrimoniale equivarrebbe a limitare la possibilità dello stesso di perseguire i propri interessi e, attraverso questi, sviluppare la propria personalità: in tal senso, Berti De Marinis, G.: "Autodeterminazione e capacità di discernimento del minore: profili di diritto civile", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, 4*ter*, p. 50.

realtà concreta e considerata nella sua unitarietà psico-fisica[29] - in relazione al ruolo che riveste nel mercato. La relativa posizione contrattuale, scevra da qualità soggettive[30], è pertanto da "individuare e accertare di volta in volta"[31]. Con riferimento al parametro del consumatore medio, è di conseguenza giocoforza costatare, e le risultanze neuroscientifiche ne offrono riscontro, che i consumatori "non sono tutti uguali", sì che l'idoneità di una pratica commerciale a falsare il comportamento economico varia da consumatore a consumatore e richiede una valutazione non astratta ma concernente il concreto consumatore[32].

La complessità evidenziata dalle conoscenze neuroscientifiche può fungere da base per l'applicazione in concreto di un modello di tutela efficace ed effettivo, dando contenuto alla prassi, ancorata ad un uso tendenzialmente "declamatorio" dello standard[33].

Il parametro del "consumatore medio" appare inoltre poco congruente, se non del tutto desueto, avuto riguardo alla circostanza che gli attuali metodi di *marketing* sono rivolti non ai consumatori indistintamente considerati quanto a soggetti sempre meglio individuati. La c.d. "personalizzazione di massa" (*mass customizing*) teorizzata da Stanley M. Davis[34] è resa possibile dall'impiego di sofisticati sistemi di intelligenza artificiale capaci di raccogliere, aggregare, elaborare una enorme quantità di dati, le c.d. impronte - secondo una suggestiva immagine[35] - che l'uomo

29 L'unità psico-fisica della persona viene evidenziata da Perlingieri, P.: "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", cit., p. 104 s., con riferimento alla salute, intesa per l'appunto come benessere psico-fisico della persona e non come mera assenza di malattia.

30 Per Vettori, G.: "Oltre il consumatore", cit., p. 319, il rilievo giuridico assunto dalla persona in quanto tale vale a superare la stessa categoria del contratto asimmetrico: ciò che conta è la posizione di potere dei contraenti, che si determina di volta in volta nel mercato; posizione che richiede correttivi diversi, in base agli interessi sostanziali protetti.

31 Così, Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam", in AA.VV.: *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Rende-Napoli, 2004, p. 18: "il consumatore è una condizione legata alle circostanze concrete e alle effettive modalità di contrattazione", alle esigenze per le quali il rapporto di consumo si è instaurato, se cioè sono essenziali ed effettive secondo l'art. 2 cost., oppure effimere: Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 1995, 3, pp. 97 ss.; ora in Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 305 ss., spec. p. 309, (da cui si cita), nel senso che nella nozione di consumatore v'è una variabilità talmente forte che impedisce di costruirne una categoria unitaria se non in termini essenzialmente descrittivi e quindi poco utili.

32 Di Nella, L.: "Il consumatore", in AA.VV.: *I "princìpi" del diritto comunitario dei contratti* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2009, p. 39. La giurisprudenza amministrativa (analogamente a quella comunitaria: *vid. supra*, nt. 20) discorre invece di un "soggetto che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, è dotato della capacità cognitiva e che si identifica nel destinatario mediamente intelligente accorto ed informato sui prodotti del settore merceologico di appartenenza, nonché in grado di orientare il proprio comportamento economico" (Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 2006, n. 12120, banca dati *dejure*).

33 Libertini, M.: "Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette", *Giur. comm.*, 2009, II, p. 884. Per una attenta disamina della prassi, dalla quale emerge che tanto nei provvedimenti dell'AGCM quanto nelle pronunce del giudice amministrativo, il "consumatore medio" rimane una vuota formula, *vid*. Meli, V.: "'Diligenza professionale'", cit., p. 27 ss., spec. pp. 33 e 43.

34 Davis, S.T.: *Future Perfect*, Addison-Wesley, Reading, MA, United States, 1987.

35 Punzi, A.: "Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana", *Analisi giur. dell'Econ.*, 2019, n. 1, p. 21, che prende spunto da un bestiario del II sec. d.C. per descrivere il naturale istinto autodifensivo degli esseri viventi a cancellare le impronte per non essere "catturati", a fronte del quale la condizione in cui versa l'odierno uomo digitale, consapevole che le impronte disperse nell'infospazio sono molte e incancellabili,

lascia al proprio passaggio in ambiente digitale (*post* sui *social network*, acquisti tramite una piattaforma digitale, consultazioni operate attraverso un motore di ricerca: in definitiva, dati grezzi che per il diretto interessato non hanno nessun significato). Le "impronte" in questione possono essere coordinate e composte in tessere fino a realizzare un mosaico, il c.d. profilo, che tratteggia l'identità di singoli individui o di un gruppo di individui, il c.d. profilo collettivo, in cui le persone, benchè non siano state realmente prese in esame, vengono catalogate secondo un modello che in effetti, in molti casi, coincide con la realtà: il programma di intelligenza artificiale conosce alcune caratteristiche chiave degli esaminati e le collega a queste tendenze[36]

Le informazioni consentono al professionista di articolare e scomporre la massa indistinta di consumatori in segmenti di mercato sempre più settoriali, persino di calcolare, in base ad algoritmi personalizzati avanzati, le propensioni all'acquisto di quel dato consumatore. Da qui l'opportunità – poc'anzi evidenziata - di parametrare la valutazione circa la scorrettezza o meno della pratica commerciale sul consumatore singolarmente profilato o, quanto meno, su segmenti omogenei di consumatori.

Sotto il profilo dell'*enforcement antitrust*, l'AGCM[37] - proprio in considerazione del rischio che la capacità di profilazione, portata ai suoi estremi, e l'esasperazione degli effetti di rete possano agevolare comportamenti abusivi idonei a ridurre la contendibilità degli ecosistemi delle principali piattaforme, rendendo persistente il loro potere di mercato - ha prospettato fra l'altro un possibile ripensamento della definizione del mercato rilevante ai fini dell'accertamento del potere di mercato;

"chiede tutele affinché i cacciatori di dati, servendosi degli algoritmi, non possano rendere trasparente la sua tana".

36 Sul punto, Nieva Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo* (trad it. di P. Comoglio), Giappichelli, Torino, 2018, p. 141, che evidenzia le analogie di funzionamento con i sistemi di raccolta di dati per scopi commerciali degli stessi programmi di previsione del rischio, tramite i quali si creano modelli di persone sospette: l'intelligenza artificiale – chiarisce l'a. – cerca soprattutto grandi quantità di dati per stabilire modelli statistici.

37 *Vid*. Indagine conoscitiva avviata in data 30 maggio 2017 da AGCM, AGCOM e Garante Privacy sul fenomeno dei Big Data, i cui risultati sono stati pubblicati in data 10 febbraio 2020, e in particolare § 4 delle *Linee Guida* e *Raccomandazioni di Policy*. Con la diffusione dei *Big data*, il controllo delle concentrazioni assume nuova centralità (*vid*. n. 8, *Linee guida* e *raccomandazioni di policy*, formulate nel luglio 2019 nell'ambito della citata indagine conoscitiva). Sotto altra prospettiva (*cfr*., Agostino, R.M.: "Big data e nuovi beni tra modelli organizzativi e controllo dell'impresa", *Riv. dir. impresa*, 2018, n. 3, p. 607 ss.) i *big data* vengono analizzati in relazione all'inappagante riconduzione a modelli di appropriazione esclusiva tutelabili attraverso rimedi di natura reale. Si sottolinea, infatti, che "la pervasività, talvolta indistinguibile, dell'apporto creativo e la velocità di trasformazione del bene-dato informativo, da cui si originano molteplici ed incontrollate potenzialità applicative, privilegiano strumenti di circolazione elastici ed un assetto rimediale idoneo a garantire una 'coesistenza bilanciata' tra salvaguardia degli investimenti sostenuti per la creazione e lo scambio di tali beni, interesse pubblico all'accesso al patrimonio informativo ed alla sicurezza dei traffici e tutela dei diritti degli utenti-consumatori". L'a. evidenzia, peraltro, che la stessa Comunicazione COM (2017) 9 final, 10 gennaio 2017, "Costruire un'economia europea dei dati" suggerisca l'uso del diritto contrattuale vigente che potrebbe offrire soluzioni efficienti, anche ipotizzando il ricorso "ad accordi volontari o ad accordi quadro in alcuni settori", pur nella consapevolezza che "nei casi in cui il potere negoziale dei diversi operatori del mercato è diseguale, le soluzioni basate sul mercato potrebbero rivelarsi insufficienti, da sole, a garantire risultati equi e favorevoli all'innovazione, ad agevolare l'accesso di nuovi operatori del mercato e a evitare effetti di *lock-in*".

l'opportunità di tener conto, ai fini della tutela del benessere del consumatore, non soltanto dei tradizionali parametri legati a prezzi e quantità, ma anche della qualità, dell'innovazione e dell'equità; e l'adozione, quantomeno con riferimento alle piattaforme digitali globali, di misure volte ad incrementare la trasparenza all'utente circa la natura della propria profilazione in merito ai contenuti ricevuti, nonché meccanismi di *opt-in* circa il grado di profilazione prescelto, e ciò anche ai fini della tutela del pluralismo on-line, in relazione alla selezione dei contenuti operante attraverso la profilazione del consumatore.

III. NEUROMARKETING E PROSPETTIVE RIMEDIALI.

Si registra preoccupazione, da parte degli stessi neuroscienziati, in ordine all'applicazione, nell'ambito dell'attività pubblicitaria e del *marketing*, della conoscenza dei fondamenti neuroscientifici dei c.d. "neuroni-specchio" (*mirror neurons*) allo scopo di suscitare comportamenti imitativi (l'effetto indotto dalla attivazione dei neuroni-specchio viene descritto in termini di "simulazione incarnata"). Ne consegue la messa a punto di tecniche, denominate di *neuromarketing*[38], che, ricalcando il funzionamento dei neuroni-specchio per indurre all'acquisto di taluni beni o servizi, si rivelano particolarmente subdole e invasive[39]. L'utilizzo di tali tecniche[40], è oggi sempre più diffuso, come si evince dalla nascita di piattaforme *online* di ricerca che offrono servizi di *neuromarketing* integrati a costi molto contenuti[41].

L'impatto sulla libertà contrattuale e sull'autodeterminazione del consumatore è amplificato dalla profilazione algoritmica[42] poc'anzi richiamata, nel senso che

38 I primi studi in ambito neuroeconomico risalgono agli anni '90 ad opera di un gruppo di lavoro coordinato da Gerald Zaltman (*cfr.*, Zaltman, G.: *Come pensano i consumatori. Quello che il cliente non dice e che la concorrenza non sa*, trad. da Gaiarin N., Etas, Milano, 2003). Le ipotesi di fondo su cui si basa la ricerca di Zaltman sono: il 95% della nostra attività mentale ha luogo nel subconscio, là dove i manager credono di poter analizzare con facilità i processi decisionali dei consumatori; i consumatori sono interessati ai benefici emotivi dei prodotti che acquistano, i quali benefici sono funzione degli aspetti particolari e personali delle loro vite, e solo in parte tengono conto delle caratteristiche tecniche e funzionali dei prodotti.

39 D'obbligo richiamare, al riguardo, la monografia di Tafaro, L.: Neuromarketing e *tutela del consenso*, cit., spec. p. 64 ss.

40 Grazie alle tecnologie di *neuromarketing* e alle strumentazioni biomediche è stato possibile – secondo quanto dichiarato dalla società Microsoft (*cfr.* il report di Musante, G.: *Cracking the Code on Cross Media Engagement. Five Things Every Marketer Should Measure*, Microsoft Advertising, 9 dicembre 2009) – ottenere misurazioni più accurate rispetto ai fattori chiave che aiutano i responsabili di marketing nella valutazione dell'effetto delle pubblicità sui consumatori.

41 *Vid.*, il resoconto "Il neuromarketing: una storia recente ma non troppo", pubblicato nello *Speciale* Neuromarketing di C. Garofalo e F. Gallucci, sulla Harvard Review, 2018, n. 11, p. 64.

42 *Cfr.*, Indagine conoscitiva sui Big data, cit.: in termini generali, valevoli anche per lo specifico profilo della comunicazione commerciale, al § 3.1, si muove dal presupposto che le piattaforme *online,* basate su un modello di *business* fondato sulla raccolta pubblicitaria, puntano a catturare quanto più possibile l'attenzione del consumatore. Una volta conquistata, tali piattaforme mirano a far produrre il maggior numero di "azioni" (e.g.: *like*, *scroll*, *search*, ecc.,) all'utente in modo da immagazzinare quanti più dati possibili e della qualità più elevata. Il risultato di questo meccanismo è la profilazione dell'utente funzionale ad una proposizione selettiva di contenuti personalizzati. In questo contesto, hanno origine fenomeni noti come *filter bubble* e *self-confirmation bias*, caratterizzati da un meccanismo di causazione circolare per il

al consumatore vengono inviati quei segnali che l'algoritmo di *machine learning* individua come pertinenti al modello comportamentale che gli attiene e come tali idonei a provocare il riflesso che ci si attende: esempi emblematici sono il *marketing* di precisione, che permette di proporre il contenuto idoneo all'utente giusto nel momento ideale del suo *consumer journey*; e la "creatività dinamica", ossia un *software* in grado di modificare foto e video in tempo reale per servire all'utente finale un contenuto pubblicitario letteralmente personalizzato[43].

Il circuito è ben descritto, con una vena di inquietudine e disincanto, dal sociologo Dominique Cardon: l'algoritmo "organizza gerarchicamente l'informazione, indovina ciò che ci interessa, seleziona i beni che preferiamo e si sforza di sostituirci in numerosi compiti. Siamo noi a fabbricare questi calcolatori, ma in cambio loro ci costruiscono'"[44]. È innegabile che la potenza di elaborazione e calcolo degli algoritmi condizioni fortemente le "libertà di scelta" di beni e servizi, tanto da dubitarsi che possa discorrersi di libertà di scelta "in relazione ad un consumatore il cui comportamento economico è accuratamente scansionato – nei gesti, nelle espressioni, se non addirittura nei processi mentali – le cui preferenze sono classificate, i cui dispositivi digitali sono bersagliati da messaggi personalizzati,

quale l'utente con le proprie scelte, rivela le informazioni che lo interessano e, a sua volta, la selezione delle informazioni operata dall'algoritmo influenza le scelte dell'utente, confermandone la visione pregressa del mondo. Si realizza in questo modo una ri-proposizione circolare di contenuti confermativi delle proprie opinioni, credenze o convinzioni al singolo utente. Questo fenomeno viene poi ulteriormente rafforzato se l'utente - come accade nella fruizione di contenuti sui *social network* - è immerso in una determinata realtà di selezione di contenuti anche a seguito dell'interazione con i propri contatti e della conseguente costruzione di *cluster* omogenei di "amici" che condividono la stessa visione relativa ad argomenti sociali, politici e di attualità. La disponibilità di dati (personali e non) consente ai possessori di tali informazioni di avere una posizione di decisivo vantaggio competitivo nel mercato della pubblicità *online*, ove l'uso del dato è di vitale importanza nell'offerta di prodotti/servizi (c.d. "uso primario del dato"), consentendo, altresì, di sviluppare e migliorare i prodotti/servizi offerti (c.d. "uso secondario del dato"). Il valore molto elevato di queste informazioni per configurare specifici profili di abitudini di consumo spinge le piattaforme *online* a fare in modo di catturare quanta più attenzione possibile, anche attraverso la promozione e la proposizione di contenuti graditi all'utente.

43 Stante la moltitudine di informazioni che circolano nel mondo digitale, l'unico modo per catturare l'attenzione degli utenti è inviare messaggi che rispondano alle loro esigenze nel momento in cui essi sono più propensi ad ascoltare il *brand*. Da qui lo sviluppo di tecnologie avanzate che, avvalendosi dei *feed* di informazioni in possesso dei *brand*, operano un *retargeting* in tempo reale, la cui efficacia può essere ancor più ottimizzata in base ai contenuti della pagina su cui si trova l'utente, alla interazione di quest'ultimo con il *brand* e ad altre informazioni come la geolocalizzazione (ad es., un marchio di abbigliamento sportivo modula l'outfit del modello/modella e il copy della pubblicità ad ogni singola erogazione, segnatamente outfit tecnico per attività outdoor in un clima rigido proposto o da vela, seconda che si stia consultando un sito che organizza tour del Nord Europa e Baltico o vacanze in Sardegna).

44 Cardon, D.: *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data* (trad it. di C. De Carolis), Mondadori, Milano, 2016, p. 1. Le tecnologie ordiscono il nostro mondo da così tanto tempo, dai primi utensili preistorici alla meccanizzazione della stampa ecc., che è uno sbaglio separare gli umani dal loro ambiente sociotecnico: le tecnologie concettuali nel loro evolversi sono al centro dell'evoluzione dell'umanità. L'uomo vive in tale prossimità con le tecnologie che sarebbe ingenuo credere che non sia stato trasformato. Come l'invenzione del microscopio ha aperto un nuovo panorama sulla natura, i captatori digitali stanno gettando le loro reti nel mondo per renderlo *in tutto e per tutto misurabile*. Tutto è dato calcolabile. Gli indicatori si sono diffusi nella società (i modelli statistici dei nuovi *data scientists* testimoniano il rovesciamento della causalità: con un metodo induttivo, producono, sì, modelli di comportamenti, ma questi non emergono che *ex post* e si presentano come una serie aggrovigliata di spiegazioni le cui variabili funzionano a seconda dei profili, e che attendono di essere re-inquadrati dal basso: *vid*. Cardon, D.: *Che cosa sognano gli algoritmi*, cit., p. 44) per fornire, a coloro che venivano misurati, delle cifre destinate a orientarne i comportamenti: più che a conoscere la realtà, questi indicatori mirano a "guidare i comportamenti" degli individui affinché la trasformino.

il cui processo di acquisizione di informazioni in vista della decisione di acquisto si svolge in un ambiente digitale in cui spadroneggiano portali di recensioni e *ranking* reputazionali più o meno attendibili''[45].

Tale costatazione appare ancor più grave se si considera che il consumo, vero e proprio *ubi consistam* del postmoderno[46], pervade la vita degli individui e ne involge la quasi totalità degli aspetti; e si conviene che la decisione di scelta in campo economico è espressione, come quella politica, di democrazia[47]. La manipolazione su basi neuroscientifiche del comportamento delle persone per scopi commerciali, i quali non possono per l'appunto non implicare il modo di essere, le abitudini di vita, in una parola la loro stessa personalità[48], desta apprensione, al pari del sottostante processo di frammentazione e categorizzazione algoritmica dei dati personali che - osserva Antoinette Rouvroy, la quale prefigura un ''regime di verità digitale''[49] - finiscono per sostituirsi alla realtà significante, ovvero all'uomo.

In fenomeni come il *neuromarketing* (a maggior ragione il *nano-neuromarketing*) possono intravvedersi gli estremi di una pratica commerciale aggressiva, diretta cioè non semplicemente ad influenzare il processo di formazione della volontà, ma a minare in radice la libertà di scelta dell'individuo-consumatore, riflesso del ''diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati''[50]. Tali fenomeni sollecitano una riflessione di carattere più generale sul possibile delinearsi, per il tramite delle sequenze algoritmiche su cui sono impostati i sistemi economici avanzati, di un governo delle condotte (c.d. governamentalità algoritmica) il quale opererebbe meccanicisticamente, non minacciando o incitando, ma semplicemente inviando dei segnali che provocano dei riflessi, esautorando in radice l'idea stessa di un soggetto capace di orientarsi in modo libero[51].

45 Punzi, A.: "Il diritto e i nuovi orizzonti", cit., p. 33.

46 Fabris, G.: "Marche e griffe dappertutto e il consumatore rivendica degli spazi di libertà", *la Repubblica*, 24-9-2007.

47 Irti, N.: "Il dialogo fra le dottrine", in AA.VV.: *Persona e mercato. Lezioni* (a cura di G. Vettori), Cedam, Padova, 1996, p. 99, richiamando L.V. Mises, rileva: "L'acquisto di una merce o il voto politico esprimono una preferenza; e l'uno e l'altro esigono pluralità di offerte e lealtà di informazione". L'illustre a. evidenzia l'essenzialità, nel mercato, del problema dell'informazione, e quindi della pubblicità, anche in termini di consapevole libertà di scelta. *Vid. infra*, § 4 e 5, in ordine all'impatto della tecnologia sulla democrazia delle scelte.

48 Tafaro, L.: Neuromarketing e *tutela del consenso*, cit., p. 74

49 Rouvroy, A.: "Intervento", in Rouvroy, A. e Stiegler, B.: *Il regime di verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto* (trad it. S. Baranzoni), in *La Deleuziana*, 2016, *La vita e il numero*, n. 3, p. 6.

50 Vettori, G.: "Il contratto senza numeri e aggettivi", cit., p. 15; Id., *Contratto e rimedi*, Cedam, Padova, 2017, p. 786.

51 Rouvroy, A.: *Il regime di verità digitale*, cit., p. 7, paventa "una complicità abbastanza stretta tra (…) la governamentalità algoritmica e il capitalismo avanzato" - da altra prospettiva si teorizza l'affermarsi di una nuova forma di capitalismo, c.d. della sorveglianza, incentrata sull'asimmetria della conoscenza e del suo potere che origina prodotti predittivi (*vid.* Zuboff, S.: *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. P. Bassotti, Luiss University press, Roma, 2019, spec. p. 106 ss.) - muovendo dal presupposto che "i dati, nella loro proliferazione, non sono in effetti 'dati'. (…) I dati sono lavorati,

Il segnale persuasivo penetra subdolamente nella sfera della personalità, senza che vi sia alcuna condotta apertamente riconoscibile come "rivolta ad estorcere il consenso alla transazione": ciò rende opportuno tutelare la dignità del consumatore in maniera rafforzata rispetto alle pratiche commerciali ordinarie[52]. In particolare, "secondo la logica delle nuove e protettive invalidità"[53] appare plausibile collocare i contratti stipulati a seguito dell'indebito condizionamento realizzato mediante l'uso di tecniche di *neuromarketing*, nell'orbita della nullità di protezione[54].

IV. SEGUE. REGOLA "AUTONOMA" ALGORITMICA E LIMITE DI ORDINE PUBBLICO DELLA DIGNITÀ UMANA.

Un tale assetto di interessi appare distonico rispetto all'assiologia del vigente sistema ordinamentale che pone la persona umana e la sua dignità[55] (art. 41 e 2

ordinati, e così via. È ovvio che esiste un'attività piuttosto sofisticata di produzione dei dati, compresi i dati grezzi, che invece nell'ideologia dei *big data* sembrerebbero delle emanazioni spontanee della natura. Esiste inoltre un vero e proprio lavoro, il *data scientist*, che si sviluppa attorno alla pulizia dei dati, al loro ordinamento". Questa pulizia – a parere dell'a. (Zuboff, S.: *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 8) – "consiste essenzialmente in una operazione di purificazione, con cui i dati sono espunti da tutto ciò che fa loro contesto, del loro rapporto con la singolarità delle vite, del loro significato singolare" per "funzionare non più come segni che significano qualcosa in relazione a ciò che rappresentano, ma come elementi in grado di sostituirsi alla realtà significante, facendola sparire. Così, a quest'ultima subentrano insiemi di reti di dati a-significanti che funzionano come segnali, ossia, che nonostante non abbiano alcun significato, o piuttosto a causa di ciò, divengono calcolabili". Ciò conduce l'a. a costatare: "Abbiamo a che fare solo con un'abbondanza di dati, o si potrebbe dire persino ad una messa in numero della vita stessa, giacché gli individui vengono considerati come aggregazioni temporanee di dati, sfruttabili in massa ed in scala industriale" (Zuboff, S.: *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 9), al punto che "Presto ci saranno tanti di quei profili che le persone si troveranno talmente ben circondate dai propri, come una seconda pelle, che non voler essere profilato sembrerà equivalere a non volere se stessi. Appare qui tutto il paradosso di una personalizzazione industriale che parte da questa pretesa di esaustività" (Zuboff, S.: *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 14). Ma, in parziale dissenso rispetto a tale posizione, Punzi, A.: "Il diritto e i nuovi orizzonti", cit., p. 23, ridimensiona questa prefigurazione, rilevando come sia "la stessa dialettica dell'interazione umana a far sì che il soggetto talora riceva 'segnali' che provocano 'riflessi'".

52 Le considerazioni di De Stefano, F.: "Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale", in AA.VV.: *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), Il Mulino, Bologna, 2019, p. 222, a proposito della contrattazione algoritmica, ovvero che occorre ricostruire con maggiore attenzione il grado di consapevolezza del consenso in capo a ognuno dei contraenti, involgono necessariamente la fase di mero contatto sociale, antecedente la stipulazione del contratto, già presidiata peraltro dall'art. 1337 c.c. (art. 24, c. cons.).
L'organizzazione *Commercial Alert* si è resa promotrice di una petizione, presentata anche al Congresso americano, contro l'uso del *neuromarketing*, in quanto tecnica in grado di "soggiogare la mente e usarla per il profitto commerciale", paventando l'ipotesi che possano avvalersene aziende promotrici di attività o di prodotti meno salutari come tabacco o *fast-food* oppure per propaganda politica, "portando potenzialmente a nuovi regimi totalitari". Tuttavia non mancano voci diverse, come quella di M. Lindstrom (*cfr.*, lo studio pubblicato da IAB Italia, *Neuromarketing: panorama di una nuova frontiera*, il 27 aprile 2017), secondo cui questa scienza emergente, come qualsiasi altra, deve essere vista come uno strumento che può essere usato sia per il bene che per il male e che tutto dipende dall'uso che ne viene fatto dalle aziende.

53 Scalisi, V.: "Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia", *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 856.

54 Per questa soluzione rimediale, Tafaro, L.: "Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive", BioLaw Journal- *Riv. Biodiritto*, 2017, n. 3, p. 264 s. Sulla nullità di protezione quale categoria giuridica autonoma, *species* del più ampio *genus* della nullità, *vid*., in particolare, Passagnoli, G.: *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995.

55 In quanto essenza, "in quanto qualità 'irriducibilmente' legata alla persona": Lonardo, L.: "Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 761 ss., spec. p. 798. Sulla dignità quale valore e principio *cfr.*, anche, Busnelli, F.D.: "L'inizio della vita umana", *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 548; Resta, G.: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)", *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 819 ss.; Alpa, G.: "Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 425 ss.

cost.; art. 1, Carta dei diritti fondamentali UE) al vertice della gerarchia dei valori; valori alla cui realizzazione l'ordinamento è finalizzato in ogni sua parte, dunque anche attraverso l'esplicazione del potere di autonomia[56], di cui "l'algoritmo (è) figlio", imponendosi come nuovo *potere* in grado di mediare similmente alla *norma* statuale, ma con modalità diverse, le relazioni interpersonali[57].

La regola algoritmica - sequenza di passaggi finalizzata ad un dato risultato - incontra pertanto il limite di ordine pubblico della dignità umana[58]. In altre parole l'algoritmo, che conforma e ordina le relazioni interpersonali – diventando potere proprio per il fatto di stare nel *mezzo* della relazione tra le persone – deve armonizzarsi con le scelte e i valori di fondo dell'ordinamento[59].

Il *neuromarketing* e la sua declinazione più evoluta del *nanomarketing* sono indicativi delle nuove forme di vulnerabilità generalizzata che si annidano nella "infosfera digitale". Cionondimeno la crescente simbiosi tra uomo e macchina, tale – secondo alcuni – da condurre ad un vero e proprio mutamento antropologico, speculare al mutamento strutturale della tecnica[60], esige di ripensare tutto il

56 "La persona come valore, cioè la personalità, rappresenta la parte caratterizzante l'ordinamento giuridico sì da garantirne l'unitarietà": Perlingieri, P.: *La personalità umana*, cit., ora in Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti*, cit. (da cui si cita), p. 5. Unitarietà che non esclude la pluralità ed eterogeneità delle fonti. Fra queste l'autonomia c.d. privata, quale specie di potere normativo *lato sensu* "privato", "all'interno dell'unità giuridica costruita dalla Costituzione e mantenuta da un metodo ermeneutico che di essa si faccia consapevole strumento", "contribuisce ad alimentare l'ordinamento, traendo ad un tempo da esso la fonte primaria della propria legittimazione, che pure esige e giustifica un riscontro sulla effettiva armonizzazione tra i valori liberamente scelti, le regole liberamente stabilite e i valori preminenti e talvolta inderogabili indicati nel quadro di riferimento costituzionale": Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 290 s.

57 Così Nuzzo, A.: *Algoritmi e regole*, cit., p. 39, il quale guarda alla "legge algoritmica" (d'obbligo il richiamo alla celebre espressione di Harvard Lawrence Lessing come alla manifestazione ultima di quelle forme di "regolazione decentralizzata" – Teubner, G.: *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Mondadori, Milano, 2012, p. 18, discorre di "costituzioni civili" della società globale, "senza l'appoggio del diritto e della politica in veste di moderatori costituzionali" (p. 38) e tuttavia dipendenti "dalle costellazioni di potere e di interessi all'interno dei frammenti globali" (p. 40) - in antitesi alla statualità della legge.

58 Oltre ai già menzionati artt. 2 e 41 cost., e 1, Carta dei diritti fondamentali UE del 2001, entrata in vigore con il Tratt. Lisbona del 2009, *vid*. anche la Convenzione di Oviedo, per la protezione dei diritti dell'uomo nell'applicazione della biomedicina, convertita in legge dal Governo italiano con legge 28 marzo 2001, n. 145, la quale, con riferimento in generale alla scienza e pertanto anche alle neuroscienze, all'art 1, indica quale sua finalità la protezione dell'essere umano "nella sua dignità e nella sua identità" e il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali "riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina"; all'art. 2, prevede che: "l'interesse e il bene dell'essere umano devono prevalere sull'esclusivo interesse della società e della scienza" (sul punto, Tafaro, L.: Neuromarketing *e tutela del consenso*, cit., p. 116). *Vid*., inoltre, Passagnoli, G.: "Il contratto illecito", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), *Il regolamento* (a cura di G. Vettori), II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 456 ss. Nondimeno, il recente Reg. UE, 2016/679, sulla protezione dei dati personali (GDPR), promuove l'economia dei dati, dunque gli interessi economici delle imprese che operano nel settore del digitale, ma nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, come evidenziano D'Acquisto, G. e Pizzetti, F.: "Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali", *Analisi giur. dell'Economia*, 2019, n. 1, p. 89 ss.

59 L'insegnamento di Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 416, riconosce la valenza di limite positivo dell'ordine pubblico, cui qualsiasi regola, qualunque ne sia fonte, deve essere improntata.

60 Per Soro, A.: *Democrazia e potere dei dati: Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Baldini – Castoldi, Milano, 2019, p. 4 s., il principale mutamento antropologico, simbolico e culturale, indotto dall'intelligenza artificiale, quale è la marginalizzazione del contributo dell'uomo nel processo decisionale, è il portato di un vero mutamento strutturale della tecnica che da protesica, volta a compensare deficit dell'uomo, diventa mimetica, capace cioè di replicare, sino a sostituire, gli aspetti più qualificanti dell'uomo, come

percorso di formazione delle competenze umane, e quindi l'archetipo stesso della razionalità.

Sì che, "se è vero che prodotti e servizi – progettati, realizzati ed offerti in funzione dei suoi bisogni e sulla base di dati processati ed aggiornati in tempo reale – inseguono il consumatore fin quasi a togliergli ogni libertà di decisione critica, d'altronde proprio grazie agli stessi algoritmi egli potrebbe scansionare i beni, individuarne le caratteristiche, valutarne la qualità, ricostruirne la filiera produttiva"[61].

V. TECNOLOGIA DIGITALE E POTENZIALITÀ EMANCIPATIVE DEL CONSUMATORE: LA BLOCKCHAIN NEL SETTORE AGROALIMENTARE.

Particolarmente significative appaiono le applicazioni della tecnologia *blockchain* nel settore agroalimentare: all'interno di uno spazio virtuale, i diversi operatori della filiera concorrono a creare e validare la tracciabilità del prodotto. L'utilizzo di tale tecnologia apporta dei vantaggi sia ai produttori che ai consumatori in termini di sicurezza alimentare, dunque di trasparenza e affidabilità, costituendo un sistema di tracciabilità molto più efficace rispetto alle metodologie tradizionali. Il prodotto viene dotato di una carta d'identità digitale immodificabile ed accessibile a chiunque. L'etichetta intelligente applicata sulla confezione del prodotto finito consente, in particolare, ai fruitori finali, di accedere a tutte le informazioni immesse nel sistema crittografato circa provenienza delle materie prime, processi di produzione, conservazione e distribuzione del prodotto stesso[62].

La *blockchain* può intensificare la relazione tra chi produce e chi consuma[63]. Relazione suscettibile, peraltro, di essere calata in una dimensione ambientale, sociale, economica, culturale e persino politica[64] nella misura nella quale le parti

la razionalità. Questo mutamento va pertanto considerato in combinazione con gli effetti del potere predittivo degli algoritmi.

61 Punzi, A.: "Il diritto e i nuovi orizzonti", cit., p. 33, nella prospettiva di prendere congedo da una lettura in chiave protettiva se non proprio assistenzialistica della disciplina consumeristica, per richiamare il consumatore alla propria responsabilità ed in particolare ad una condotta proattiva che gli consenta di riappropriarsi almeno in parte della sovranità teorizzata da Mill (Mill, J.S.: *Saggio sulla libertà* (trad. it. S. Magistretti), Il Saggiatore, Milano, 2014.

62 L'adozione di strumenti che permettano al consumatore di reperire esaustive informazioni in ordine al prodotto è trova riscontro, ad esempio, nella ricerca realizzata nel 2018 da Veronafiera in collaborazione con il Consiglio per la Ricerca e la sperimentazione in Agricoltura (C.R.A.), denominata "Atteggiamenti e comportamenti del consumatore del vino e del rapporto con la GDO", dalla quale è emerso che le informazioni sulla tracciabilità del prodotto influenzano il 74% dei consumatori nell'acquisto del vino.

63 Sulla emersione di forme e modalità di relazioni forti e qualificate tra chi produce e chi consuma, sia consentito rinviare a Imbrenda, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 121 ss.

64 L'uso politico dei consumi sottolineano Forno, F. e Graziano, P.R.: *Il consumo critico. Una relazione solidale tra chi acquista e chi produce*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 13 non è un fenomeno nuovo. Il boicottaggio, ad esempio, ha radici antiche in quanto ha rappresentato una pratica usata frequentemente come forma di pressione anche da movimenti storici, tra i quali il movimento per l'abolizione della schiavitù. Nella dottrina civilistica ha da tempo indicato "nel boicottaggio dei prodotti delle imprese senza etica negli affari (…) un

diventano attori[65] consapevoli e responsabili del "sistema" del cibo e con esso dello sviluppo virtuoso del territorio e della comunità[66]. Può dunque convenirsi che l'uso attivo e critico degli algoritmi sortisce "delle potenzialità emancipative"[67] per il consumatore, ponendolo in condizione di contribuire come "consum-attore" all'efficienza del mercato. Particolarmente pertinenti, di là dal mercato finanziario, appaiono le parole del Commissario Consob Paolo Ciocca riguardo alla "crescita collettiva della conoscenza, perché questa si rifletta positivamente in mercati più ampi, liquidi e trasparenti"[68].

Si impone altresì una ulteriore considerazione, in ordine alla convergenza fra la logica di "democrazia alimentare" secondo la quale i cittadini hanno il diritto e la responsabilità di partecipare alla definizione delle regole della produzione e del consumo di cibo[69] e l'innovazione "democratica e potenzialmente solidale"[70] di cui la *blockchain*, quale struttura decentralizzata, è portatrice. Autonomia decisionale e libertà di scelta passano dunque per il controllo sui processi produttivi (e quindi sui prodotti realizzati e sulle tecniche adottate) e sul cibo consumato (quale, quando); controllo che si ammanta nondimeno della "esigenza di poter rispettare nelle proprie pratiche dei principi etici di riferimento", quali "la sostenibilità ambientale, il benessere animale, la dignità del lavoro"[71].

segnale per recuperare il mercato all'etica", Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà, e diritti umani", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss., ora anche in Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 250.

65 Sulla evoluzione dal consumatore all'attore di consumo, *vid*. Losavio, C.: *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto ad essere informato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 235. Gli studi di sociologia dei consumi hanno peraltro posto in rilievo una sorta d'inscindibilità tra beni di consumo e modelli di comportamento e di vita, che ovviamente si ripropone anche in ambito agroalimentare: *vid*. Codeluppi, V.: *Consumo e comunicazione. Merci, messaggi e pubblicità nelle società contemporanee*, Franco Angeli, Milano, 1989.

66 Sul punto, *vid*. ancora Imbrenda, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, cit., p. 123. Le modalità operative che favoriscono questo "nuovo" modello di produzione e consumo sono costituite da: mercati degli agricoltori; punti vendita aziendali ed extra-aziendali; auto-raccolte in azienda; gruppi di acquisto solidale (GAS); gruppi organizzati di distribuzione (GODO); distributori automatici di latte crudo; forniture al circuito HoReCa (hotel, ristoranti, alberghi); cooperative di consumo; forme associative più o meno intense che vanno dalla "adozione di capi di bestiame" alla condivisione del rischio aziendale.

67 Punzi, A.: "Il diritto e i nuovi orizzonti", cit., p. 35: il consumatore potrebbe compiere la sua decisione di acquisto – a tutti gli effetti politica giacchè suscettibile di indurre l'impresa ad assumere condotte responsabili nella prospettiva di accrescere il proprio capitale reputazionale e quindi ad incidere sul sistema produttivo – in ragione, ancora una volta, delle tracce che il processo produttivo via via lascia nel mondo digitale.

68 Riportate da Mottura, C.: "Decisione robotica negoziale e mercati finanziari", in AA.VV.: *Decisione robotica* (a cura di Carleo), cit., p. 281.

69 Si coglie, così, un punto di forza per elaborare un nuovo modello di sviluppo, in grado di coniugare l'autodeterminazione dei popoli nelle scelte alimentari, nell'ottica di un'agricoltura plurale, con l'uso responsabile delle risorse naturali nella direzione della sostenibilità e della protezione dell'ambiente. Sul *right to food* e sulla *food sovereignty*, di recente ripresi nella Carta di Milano adottata in occasione della Esposizione Universale, si veda, anche per ulteriori riferimenti, il prezioso saggio di Jannarelli, A.: *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2015.

70 *Vid*. il report a cura di Giordano A. e Caliento P. per RuralHack, Blockchain *per l'*Agrifood. *Scenari applicazioni impatti*, 2019, p. 17.

71 Rossi, A.: "L'innovazione sociale della filiera corta", in Giarè, F. e Giuca, S.: *Imprenditori e filiera corta. Profili giuridici e dinamiche socio-economiche*, INEA, Roma, 2012, p. 88.

Del resto, nella prospettiva che reputa equo e al tempo stesso efficiente quell'assetto istituzionale che tende all'ampliamento effettivo della "capacità di ciascuno di agire per la propria libertà in modo da procedere verso obiettivi che, per un qualche motivo, egli ritiene importanti"[72], il meccanismo della sussidiarietà orizzontale (artt. 5, par. 3, Tratt. FUE; 118, comma 4, cost.)[73] – esplicazione del quale è la stessa piattaforma *blockchain*, che realizza in assenza di un'autorità centralizzata un processo collettivo, *rectius* democratico, di approvazione degli scambi e di creazione di una "verità tecnologica", secondo un protocollo di funzionamento concordato - assume un ruolo decisivo nel disegnare lo spazio delle opportunità, dando così attuazione al pieno e libero sviluppo della persona (art. 2 cost.)[74].

La società civile è il motore del processo volto a riportare le pratiche di produzione e di consumo e lo scambio economico in una dimensione relazionale dove, nella tensione verso "un saggio equilibrio tra esigenze di efficienza e ragioni di giustizia sociale"[75], contano la conoscenza reciproca, la trasparenza, il rispetto del valore dell'uomo e della sua dignità, e dove trovano posto occasioni di mutualità e convivialità[76].

La dimensione sociale dei processi mentali attestata dalle neuroscienze - i *neuroni specchio* ci ricordano che siamo individui sociali, orientati all'empatia e alla cooperazione – offre nuova linfa all'idea di una "economia morale", che postula una "rifondazione delle attività economiche su base etica"[77], e spiega il successo delle piattaforme di *sharing economy*[78], in cui si intrecciano finalità collaborative e

72 Sen, A.K.: *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, 2ª ed., Marsilio, Venezia, 1998, p. 52.

73 Se, per un verso, l'art. 118 cost. si limita a rendere esplicito ciò che nel sistema ordinamentale già c'era, ovvero il riconoscimento dell'autonomia come potere di regolamentare anche interessi che non sono individuali; per altro verso, la sussidiarietà è essa stessa, unitamente agli artt. 41, 2, 18 ecc., *a fortiori* fondamento degli atti di autonomia che realizzano interessi che non sono generali: Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 688.

74 L'irriducibilità della persona a consumatore è argomentata da Perlingieri, P.: "Il 'diritto privato europeo' tra riduzionismo economico e dignità della persona", *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 345 ss. Netta anche la posizione di Vettori, G.: "Il contratto senza numeri e aggettivi", cit., spec. p. 18 e 21 ss.

75 Così Perlingieri, P.: "Il diritto agrario tra pubblico e privato", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 265, nel rimarcare, anche nel diritto agrario, la tendenza alla c.d. "depatrimonializzazione" del diritto privato (sulla quale si veda Donisi, C.: "Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.).

76 All'interno di questa dimensione umana e sociale, i "produttori" e le loro attività non sono più entità isolate e risultano visibili alla società; i "consumatori" non sono solamente acquirenti-fruitori dei beni, quanto piuttosto persone con desideri, aspettative, incertezze, ma anche capacità di assumersi e condividere responsabilità: Rossi, A.: "L'innovazione sociale della filiera corta", cit., p. 89.

77 Teorizzata da Sayer, A.: "Moral and political economy", *Studies in Political Economy*, 61ª ed., 2000, p. 79 ss., spec. p. 99. Questa impostazione, in riferimento al cibo, si declina in chiave di "ethical foodscape": Goodman, M.K., Maye, D. e Holloway, L.: *Ethical foodscape?: premises, promises and possibilities*, Sage, London, 2010, spec. pp. 3 e 5. La formula "economia morale" fu coniata da Edward Thompson per analizzare le proteste della folla in merito alla carestia e al mercato del grano nell'Inghilterra del Settecento, con l'obiettivo di evitare spiegazioni utilitaristiche dell'azione collettiva e di restituire ciò che essa esprime in termini di concezioni popolari di legittimità e giustizia in merito al benessere collettivo, alle transazioni economiche e al ruolo dello Stato nel governo di queste.

78 In argomento, *vid.* da ultimo, Di Sabato, D.: *Diritto e new economy*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 71 ss.

tecnologia digitale. In questo "luogo" virtuale lo scambio è frutto dell'incontro diretto senza l'intermediazione di professionisti.

L'infrastruttura digitale si disvela essere il tramite di un percorso emancipatorio del "consumatore" che, oltre ad agire sul mercato in veste di arbitro (si pensi alle potenzialità offerte dalla *blockchain* per monitorare il processo produttivo e quindi orientare le proprie scelte di consumo sulla base delle informazioni e dei riscontri acquisiti), approda al ruolo ibrido di "prosumer", tramutandosi in un vero e proprio attore economico[79].

Dinanzi a questo complesso scenario, fatto di luci ed ombre, diviene ancora più stringente l'invito, rivolto a suo tempo all'interprete – compito primario del quale è l'identificazione e la tutela delle posizioni di libertà civili ed economiche della persona[80] -, a "non rifugiarsi nell'astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi"[81].

79 All'interno dello specifico contesto economico della "condivisione". Sulla pluralità di mercati, cui fanno riscontro una pluralità di statuti, *vid*. le pagine di Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona* e mercato, cit., p 272.

80 Vettori, G.: "Introduzione", in AA.VV.: *Persona e mercato. Lezioni* (a cura di G. Vettori), cit., p. 16.

81 Vettori, G.: *Oltre il consumatore*, cit., p. 321, il quale ammonisce: "I problemi non saranno mai risolti dalla stessa cultura che li ha generati ma occorre un nuovo sapere e nuove azioni consapevoli dei limiti del passato e delle potenzialità di strumenti nuovi".

BIBLIOGRAFIA

ADDIS, F.: "Diritto comunitario e 'riconcettualizzazione' del diritto dei contratti: accordo e consenso", *Obbligazioni e contratti*, 2009.

AGOSTINO, R.M.: "Big data e nuovi beni tra modelli organizzativi e controllo dell'impresa", *Riv. dir. impresa*, 2018.

ALPA, G.: "Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II.

ALPA, G.: "Nuove frontiere del diritto contrattuale", *Contr. e impr.*, 1997.

ASCARELLI, T.: "Teoria della concorrenza e interesse del consumatore", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954.

BARCELLONA, P.: "Libertà contrattuale", in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974.

BARELA, M.: "La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)", *Riv. dir. ind.*, 2019.

BARELA, V.: "Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: Network marketing", *comparazioneedirittocivile*, 2017.

BENEDETTI, A.M.: "Contratto asimmetrico", in *Enc. dir. Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012.

BERTI DE MARINIS, G.: "Autodeterminazione e capacità di discernimento del minore: profili di diritto civile", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, 4*ter.*

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

BIANCA, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002.

BUSNELLI, F.D.: "L'inizio della vita umana", *Riv. dir. civ.*, 2004, I.

CARDON, D.: *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data* (trad it. di C. De Carolis), Mondadori, Milano, 2016.

CLARK, A.: *Being There Putting Brain, and World Together Again*, The MIT Presse, Boston, 1997.

Codeluppi, V.: *Consumo e comunicazione. Merci, messaggi e pubblicità nelle società contemporanee*, Franco Angeli, Milano, 1989.

D'Acquisto, G. e Pizzetti, F.: "Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali", *Analisi giur. dell'Economia*, 2019, n. 1.

Davis, S.T.: *Future Perfect*, Addison-Wesley, Reading, MA, United States, 1987.

De Stefano, F.: "Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale", in AA.VV.: *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), Il Mulino, Bologna, 2019.

Di Bona, L.: "Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici", *Studi Urbinati*, 2014, nn. 2-3.

Di Nella, L.: "Il consumatore", in AA.VV.: *I "princìpi" del diritto comunitario dei contratti* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2009.

Di Raimo, R.: *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

Di Sabato, D.: *Diritto e new economy*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Donisi, C.: "Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1980.

Fabris, G.: "Marche e griffe dappertutto e il consumatore rivendica degli spazi di libertà", *la Repubblica*, 24-9-2007.

Forno, F. e Graziano, P.R.: *Il consumo critico. Una relazione solidale tra chi acquista e chi produce*, Il Mulino, Bologna, 2016.

Gandolfini, M.: *I volti della coscienza. Il cervello è organo necessario ma non sufficiente per spiegare la coscienza*, Cantagalli, Siena, 2013.

Garofalo C. e Gallucci F.: "Il neuromarketing: una storia recente ma non troppo", *Speciale Neuromarketing*, *Harvard Review*, 2018, n. 11.

Gentili, A.: "Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali", *Riv. dir. civ.*, 2013.

Gentili, A.: *Senso e consenso*, Giappichelli, Torino, 2015, vol. I.

Goodman, M.K., Maye, D. e Holloway, L.: *Ethical foodscape?: premises, promises and possibilities*, Sage, London, 2010.

Gorla, G.: "La 'logica-illogica' del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto", *Riv. dir. comm.*, 1968, I.

Grisi, G.: "Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi", in AA.VV.: *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato* (a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi), Roma Tre-press, Roma, 2014.

Grisi, G.: "Informazione (obblighi di)", in *Enc. dir. Annali*, IV, Giuffrè, Milano, 2011.

Heidegger, M.: *Essere e tempo* (1927), edizione it. a cura di A. Marini, Mondadori, Milano, 2006.

Imbrenda, M.: "Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities", in AA.VV.: *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarantanni da "Le autorità private" di C.M. Bianca* (a cura di P. Sirena e A. Zoppini), RomaTre-press, Roma, 2018.

Imbrenda, M.: "Integrazione e conformazione del contratto: il ruolo delle Autorità indipendenti", in AA.VV.: *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili* (a cura di M. Pennasilico), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Imbrenda, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

Irti, N.: "Il dialogo fra le dottrine", in AA.VV.: *Persona e mercato. Lezioni* (a cura di G. Vettori), Cedam, Padova, 1996.

Jannarelli, A.: *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2015.

Libertini, M.: "Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette", *Giur. comm.*, 2009, II.

Lonardo, L.: "Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano", *Rass. dir. civ.*, 2011.

Losavio, C.: *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto ad essere informato*, Giuffrè, Milano, 2007.

Mayr, C.E.: "Il parametro del consumatore", in AA.VV.: *AIDA. Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, dir. *da L.C. Ubertazzi*, XVII – 2008, Giuffrè, Milano, 2009.

Meli, V.: "'Diligenza professionale', 'consumatore medio' e regola di 'de minimis' nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa", in AA.VV.: *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni* (a cura di V. Meli, e P. Marano), Giappichelli, Torino, 2011.

Mill, J.S.: *Saggio sulla libertà* (trad. it. S. Magistretti), Il Saggiatore, Milano, 2014.

Mottura, C.: "Decisione robotica negoziale e mercati finanziari", in AA.VV.: *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), Il Mulino, Bologna, 2019.

Musante, G.: *Cracking the Code on Cross Media Engagement. Five Things Every Marketer Should Measure*, Microsoft Advertising, 9 dicembre 2009.

Nieva Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo* (trad it. di P. Comoglio), Giappichelli, Torino, 2018.

Oliverio, A.: "La seconda rivoluzione scientifica. Scienze biologiche e medicina. Le neuroscienze e il Neuroscience Research Program", *treccani.it* – Storia della Scienza, 2004.

Passagnoli, G.: "Il contratto illecito", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), *Il regolamento* (a cura di G. Vettori), II, Giuffrè, Milano, 2007.

Passagnoli, G.: *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995.

Pennasilico, M.: "L'interpretazione tra legge e contratto. Spigolando da 'Senso e consenso' di Aurelio Gentili", in AA.VV.: *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili* (a cura di M. Pennasilico), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 41 ss.

Perlingieri, P.: "Il 'diritto privato europeo' tra riduzionismo economico e dignità della persona", *Eur. dir. priv.*, 2010.

Perlingieri, P.: "Il diritto agrario tra pubblico e privato", *Rass. dir. civ.*, 1985.

Perlingieri, P.: "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", *Rass. dir. civ.*, 1982.

Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 2016.

Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam", in AA.VV.: *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Rende-Napoli, 2004.

Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 1995.

Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà, e diritti umani", *Rass. dir. civ.*, 1995.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972.

Punzi, A.: "Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana", *Analisi giur. dell'Econ.*, 2019.

Punzi, A.: "Ragionevolmente attento ed avveduto. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza", in AA.VV.: *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Cedam, Padova, 2011.

Resta, G.: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)", *Rass. dir. civ.*, 2002.

Rossi, A.: "L'innovazione sociale della filiera corta", in Giarè, F. e Giuca, S.: *Imprenditori e filiera corta. Profili giuridici e dinamiche socio-economiche*, INEA, Roma, 2012.

Rouvroy, A. e Stiegler, B.: *Il regime di verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto* (trad it. S. Baranzoni), in *La Deleuziana*, n. 3, 2016, *La vita e il numero*,

Sammicheli L. e Sartori G.: "Neuroscienze giuridiche; i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze", in AA.VV.: *Manuale di neuroscienze forensi* (a cura di A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori), Giuffrè, Milano, 2009.

SAYER, A.: "Moral and political economy", *Studies in Political Economy*, 61ª ed., 2000.

SCALISI, V.: "Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia", *Riv. dir. civ.*, 2008, I.

SEN, A.K.: *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, 2ª ed., Marsilio, Venezia, 1998.

SORO, A.: *Democrazia e potere dei dati: Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Baldini – Castoldi, Milano, 2019.

STANZIONE, P.: *Capacità e minore di età nella problematica della persona umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

TAFARO, L.: "Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive", BioLaw Journal-*Riv. Biodiritto*, 2017, n. 3.

TAFARO, L.: Neuromarketing *e tutela del consenso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

TEUBNER, G.: *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Mondadori, Milano, 2012.

VETTORI, G.: "Buona fede e diritto europeo dei contratti", *Eur. e dir. priv.*, 2002.

VETTORI, G.: "Contratto e concorrenza", *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 794.

VETTORI, G.: *Contratto e rimedi*, Cedam, Padova, 2017.

VETTORI, G.: "Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi", *Persona e mercato*, 2011.

VETTORI, G.: "Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole", *Persona e Mercato*, 2012.

VETTORI, G.: "Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità", *Riv. dir. priv.*, 2003.

VETTORI, G.: "Oltre il consumatore", *Persona e Mercato*, 2012.

VETTORI, G.: "Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio", *Persona e mercato*, 2008.

ZALTMAN, G.: *Come pensano i consumatori. Quello che il cliente non dice e che la concorrenza non sa*, trad. da N. Gaiarin, Etas, Milano, 2003.

Zoppini, A.: "Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del 'buon padre di famiglia'", in AA.VV.: *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato* (a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardì), Roma Tre-press, Roma, 2014.

Zoppini, A.: "Prefazione. La giustizia arbitrale e il contributo offerto dalla scienza behavioural", in AA.VV.: *Errori cognitivi e arbitrato* (a cura di S. Azzali, U. Morera, G. Rojas Elgueta), Il Mulino, Bologna, 2019.

Zorzi Galgano, N.: "Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario", *Contr. imp. Eur.*, 2010.

Zuboff, S.: *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. P. Bassotti, Luiss University press, Roma, 2019.

LEGISLAZIONE

Direttiva (UE) 17 aprile 2019, n. 633, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare.

Regolamento (UE) 17 dicembre 2013, n. 1308, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio.

D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

Legge 24 marzo 2012, n. 27, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

D.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, "Attuazione della direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio".

D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, "Codice delle assicurazioni private".

D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52".

D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229".

D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia".

Giurisprudenza nazionale e internazionale

CGCE, 6 novembre 2003, c-358/01, *Commissione delle Comunità europee* c. *Regno di Spagna*, *Raccolta*, 2003.

CGCE, 28 gennaio 1999, c-303/97, *Verbraucherschutzverein eV* c. *SektKellerei G.C. Kessler GmbH und Co.*, *Raccolta*, 1999.

CGCE, 16 luglio 1998, c-210/96, *Gut Springenheide GmbH* e *Rudolf Tusky* c. *Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, *Raccolta*, 1998.

CGCE, 7 marzo 1990, c-362/88, *GB-INNO-BM* c. *Confédération du commerce luxembourgeois*, *Raccolta*, 1990.

CGCE, 20 febbraio 1979, c-120/78, *Rewe-Zentral AG* c. *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Raccolta*, 1979.

Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *Giur. comm.*, 2008, n. 3, p. 604.

Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, *Banca, borsa, titoli di credito*, 2009, n. 2, p. 133.

Tar Lazio, Sez. I, 8 novembre 2006, n. 12120, in *banca dati dejure*.

PROFILI APPLICATIVI DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA IN AMBITO SPORTIVO. STUDIO DI DIRITTO DOMESTICO E COMPARATO

APPLICATION PROFILES OF THE ARBITRATION CLAUSE IN SPORTS LAW. STUDY OF DOMESTIC AND COMPARATIVE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 842-897

Salvatore
ACETO DI
CAPRIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Lo studio della clausola compromissoria conduce gli interpreti ad esplorare uno dei settori più intriganti nei quali l'autonomia privata può spingersi a lambire i confini ordinamentali. Il sistema di giustizia sportiva rappresenta un interessante banco di prova e di confronto, alla luce delle sue peculiarità e specificità. L'esperienza comparatistica e la più attenta riflessione ermeneutica degli ultimi anni suggeriscono un drastico ripensamento delle categorie ordinanti a livello dogmatico, tradizionalmente applicate in materia arbitrale, così da aprire nuovi e inesplorati orizzonti all'operatività delle ADR nell'ordito domestico.

PALABRAS CLAVE: Clausola compromissoria; arbitrato, diritto dello sport; giustizia sportiva; Federazioni sportive nazionali ed internazionali; contratto ad effetti processuali.

ABSTRACT: *The study of the arbitration clause leads interpreters to explore one of the most intriguing sectors of private autonomy. The sports justice system represents an interesting test and comparison bench, in the light of its peculiarities and specificities. The comparative experience and the most careful hermeneutic reflections of the last few years suggest a drastic rethinking of the ordering categories at a dogmatic level, traditionally applied in arbitration, so as to open new and unexplored horizons to the operation of ADRs in the Italian law.*

KEY WORDS: *Arbitration clause; arbitration; sports law; sports justice; national and international sports federations: contract with procedural effects.*

SUMARIO.- I. CONFIGURABILITÀ DI UN ORDITO SPORTIVO ONTOLOGICAMENTE AUTONOMO. LA MERITEVOLEZZA DEGLI INTERESSI E LA PROPORZIONALITÀ TRA OBIETTIVO E MEZZO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA PROTAGONISTI DELLO SPORT. PRINCÌPI BASICI DI GIUSTIZIA SPORTIVA.- 1. La genesi del fenotipo arbitrale tra profili nominalistici e ricadute applicative in ambito sportivo.- 2. La controversa qualificazione fenomenologica della clausola compromissoria nel Codice italiano del '42 e nella riforma autoctona del 2006. Il contratto ad effetti processuali.- 3. L'autonomia privata unilaterale a fondamento genetico dell'arbitrato.- II. LO SCOPO STRUMENTALE DELL'INDAGINE COMPARATISTICA: IL RAGGIUNGIMENTO DEL COMMON CORE DELLA DISCIPLINA.- 1. Cenni di diritto dell'arbitrato in Francia.- 2. I sistemi monisti: panoramica delle soluzioni adottate in Belgio, Spagna e Brasile.- III. IL MODELLO TEDESCO E IL CASE STUDY PECHSTEIN: OPERATIVITÀ DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA, PUR IN PRESENZA DI PROFILI DI INVALIDITÀ, IN AMBITO SPORTIVO.- IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: I LIMITI DI EFFICACIA DELL'ARBITRATO E LA NECESSITÀ DI RIFONDARE IL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA, IN PROPORZIONE AL CONTENUTO CONTRATTUALE. IL CONTRIBUTO ERMENEUTICO DOMESTICO INFLUENZATO DALLA DISCIPLINA CONSUMERITISCA.

I. CONFIGURABILITÀ DI UN ORDITO SPORTIVO ONTOLOGICAMENTE AUTONOMO. LA MERITEVOLEZZA DEGLI INTERESSI E LA PROPORZIONALITÀ TRA OBIETTIVO E MEZZO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA PROTAGONISTI DELLO SPORT. PRINCÌPI BASICI DI GIUSTIZIA SPORTIVA.

La conclusione della vicenda giudiziaria inziata nel 2009 e terminatasi lo scorso anno, dopo oltre un decennio di pronunce e annullamenti, relativa al famoso caso *Pechstein*[1] ha riportato all'attenzione i fenomeni dell'arbitrato e della clausola compromissoria nell'ambito del diritto e della giustizia sportiva.

Lo sport è innanzitutto un fenomeno culturale e sociale che registra l'evoluzione dei costumi e dei valori di una società[2], è la principale forma di intrattenimento per miliardi di spettatori, i quali fisicamente e entusiasticamente si radunano ai bordi di un campo sviluppando processi di identificazione e costruendo appartenenze socialmente significative. Controprova dell'importanza dell'intero settore, è l'attenzione che gli si sta rivolgendo, nel pieno dell'emergenza globale Covid-19,

1 Claudia Pechstein è in assoluto l'atleta olimpica tedesca di maggior successo per quanto riguarda gli sport invernali. È anche la prima donna ad aver conquistato medaglie in ben 5 competizioni olimpiche invernali, dal 1992 al 2006. Complessivamente ha vinto 5 medaglie d'oro 2 d'argento 2 di bronzo. Nel 2009 inizia la sua vicenda giudiziara all'indomani della squalifica infertale per doping ematico.

2 Porro, N.: *Lineamenti di sociologia dello sport*, Carocci, Roma, 2001, p.11.

• Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato, Diritto Privato Comparato, Università Parthenope di Napoli. E-mail: acetodicapriglia@uniparthenope.it

finalizzata a trovare soluzioni alla sospensione delle manifestazioni più importanti, quali ad esempio le Olimpiadi che sono state rimandate (salvo non auspigabili peggioramenti del quadro pandemico) all'anno 2021.

Il fenotipo sportivo, quale fatto giuridicamente rilevante, appare ampiamente strutturato nelle diverse componenti sociali, etiche ed economiche. Aspetti tutti presi in esame dal diritto che ora insegue, ora recepisce gli obiettivi del complesso settore dello sport e del relativo *business*. Il continuo interessamento da parte dell'ordinamento giuridico nei riguardi di tale settore sembra legarsi in particolare, al crescente rilievo assunto dallo sport non tanto per l'ampio sviluppo dell'attività ludica a livello globale, quanto per le ingenti somme di capitali in grado di attirare all'interno di tale complessa fenomenologia[3].

Nodo gordiano della vicenda, ampiamente dibattutto in letteratura[4], è il rapporto fra l'ordinamento giuridico e quello sportivo, alla luce della crescente importanza da quest'ultimo assunta negli ultimi decenni. Dottrina e girisprudenza discutono dell'esistenza di un "ordinamento sportivo" autonomo da quello generale dal momento in cui il legislatore ha iniziato a rivolgere la sua attenzione al fenotipo. L'importanza attribuitagli è desumibile dalla natura giuridica rivestita sin dal 1942 ad oggi al CONI (Comitato Olimpico Nazionale Italiano) come ente avente personalità pubblica. Le teorie cosiddette "pluralistiche", cioè favorevoli all'esistenza di un "ordinamento sportivo" parallelo a quello giuridico hanno trovato larga diffusione[5]. Anche la Suprema Corte aderisce[6] a tale impostazione ermeneutica, quella cioè di un ordinamento sportivo proprio. Lo stesso legislatore ha cercato di porre fine al dibattito con l'emanazione della l. 280 del 2003 la quale prevede all'art. 1 che "La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale.

2. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento

3 Indraccolo, E.: "I contratti dello sport", in *Manuale di diritto dello sport* (a cura di Di Nella, L.), Esi, Napoli, 2010, p. 211.

4 Cfr, *ex multis*, Di Nella, L.: *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, ESI, Camerino-Napoli, 1999; Alvisi, C.: *Autonomia privata e autodisciplina sportiva - Il CONI e la regolamentazione dello sport*, Giuffré Editore, Milano, 2000; Lepore, A.: "Fenomeno sportivo e autonomia privata nel diritto italiano ed europeo", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2015, 2 bis, pp. 163 ss.

5 *Cfr. ex multis,* Di Nella, L.: "La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici", *Riv. dir. sport,* 1998, 7; Landini, S.: "Pluralismo giuridico e ordinamento sportivo", *Rass. dir. econ. sport*, 2006; Manfredi, G.: *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Giappichelli, Torino, 2007; Memmo, D.: "Il rapporto tra ordinamento sportivo ed ordinamento nazionale", in AA.VV.: *Il diritto sportivo nel contesto nazionale ed europeo* (a cura di C. Alvisi), Giuffré, Milano, 2006.

6 Cass., Sez. un., 26 ottobre 1989, n. 4399, in *Foro it.*, I, p. 899.

giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo"[7].

Tuttavia permangono dubbi interpretativi suscitati dall'inciso "salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica" che non vengono ben chiariti limitandosi a descrivere i campi di applicazione esclusiva dell'ordinamento sportivo[8]. La Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi[9] in merito alla non fondatezza della questione di legittimità costituzionale con riguardo ai commi 1 e 2 dell'art. 2 della legge 280 nella parte in cui riserva al giudice sportivo la competenza a decidere le controversie aventi ad oggettro sanzioni disciplinari diverse da quelle squisitamente tecniche. Né si deve tralasciare il delicato rapporto che si instaura tra le norme dell'ordinamento sportivo e quelle regolanti il funzionamento dell'Unione europea, questione balzata agli onori della cronaca al tempo della famosa sentenza Bosman con la quale si ribadì la libera circolazione dei lavoratori (atleti) all'interno dell'UE, ancorché soggetti a norme limitative imposte dagli ordinamenti sportivi domestici.

Questio juris di fondamentale importanza per la presente indagine è l'attribuzione o meno della qualificazione di ordinamento autonomo in capo al fenomeno sportivo: tesi sostenuta dalle teorie c.d. pluralistiche, avversata, invece, da quelle moniste.

Secondo l'orientamento pluralistico in ogni organizzazione sociale è individuabile un relativo ordinamento giuridico; tale visione comporta un frastagliamento normativo, giacché ad una pluralità di ordinamenti corrisponderebbe una variegata molteplicità di trattamenti. La tesi monistica, invece, manifesta il difetto di una eccessiva staticità, incapace di analizzare i fenomeni nella loro specificità. A ben vedere tutto nasce dall'evoluzione del concetto di persona, che, a partire dall'ingresso nell'ordito giuridico dei valori costituzionali repubblicani, si affranca dal concetto di *status:* si è persona in quanto tale, non in quanto si riveste una specifica condizione. I diritti fondamentali vengono riconosciuti alla persona, non allo *status* da questa rivestito. L'art. 2 della Costituzione italiana è di lampante chiarezza al riguardo. La persona preesiste all'ordinamento, ed in questo riceve tutela che a ottima ragione definiamo multilivello[10]. Il rapporto fra ordinamenti

7 In G.U. n. 243 del 18 ottobre 2003. "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva".

8 Art. 2 della legge citata secondo il quale "In applicazione dei principi di cui all'articolo 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attivita' sportive; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive".

9 Sent. della Consulta n. 49 del 16 febbraio 2011, la cui posizione è stata ulteriormente ribadita dalla sent. n. 160 del 2019.

10 *Cfr.* Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006, pp. 189 ss.

giuridici, nella fattispecie quello nazionale e quello euro-unitario, è stato poi oggetto di accesi dibattiti e arresti della Consulta italiana e della Corte europea, e all'attualità è stato risolto sulla base dell'affermazione che "l'Italia con la ratifica dei Trattati comunitari, è entrata a far parte di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha trasferito, in base all'art. 11 della Costituzione, l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi[11]". Pertanto se si mette in dubbio, anzi si esclude, l'esistenza di un ordinamento giuridico sovranazionale autonomo, *a fortiori* tale esistenza deve essere rifiutata nel caso dell'ordinamento sportivo.

Tale ordito può essere piuttosto letto alla luce di un sistema che beneficia di ampi spazi di autonomia privata, ma che non può essere considerato come avulso e del tutto indipendente. Sostenere che esista un ordinamento del genere, basato sull'acquisizione dello *status* di atleta, professionista o dilettante, appare di chiara marca obsoleta. L'autonomia privata riconosciuta ai vari regolamenti federali non è tuttavia da considerarsi come assoluta. Almeno tre devono essere i *fils rouges* alle quali attenersi: il controllo di meritevolezza dell'interesse perseguito, il dovere di adeguatezza allo scopo e la necessità che impone l'adozione del mezzo meno aggressivo tra quelli a disposizione. Fra i tre, quello che appare di estrema rilevanza è senza dubbio il primo: il controllo di meritevolezza dell'interesse, strumento indispensabile per verificare la compatibilità fra la norma espressa a livello federale (sportivo) e quella nazionale. È in tale prospettiva ermeneutica che andrà esaminata la configurabilità della clausola compromissoria anche all'interno di un sistema peculiare e, a tratti "chiuso", come quello sportivo, intesa come salvaguardia della proporzionalità fra interesse perseguito e strumento adottato.

Al vertice del c.d. ordinamento sportivo si pone il CONI, il quale, dal 1999, gode di personalità giuridica di diritto pubblico. Le singole federazioni sportive nazionali si configurano come società e associazioni dotate di personalità giuridica. A livello internazionale in posizione apicale si erge il CIO (Comitato Internazionale Olimpico) considerato come un'organizzazione internazionale non governativa composta da persone e non da associazioni, finanziata con fondi privati (principalmente derivanti da sponsorizzazioni e cessioni di diritti televisivi). Assai peculiare si palesa il sistema della giustizia sportiva al punto da rendere necessaria una digressione.

Disciplinato a livello nazionale dal nuovo Codice di giustizia sportiva, approvato dalla Giunta Nazionale del CONI, con deliberazione n. 258 dell'11 giugno 2019, si snoda nell'arbitrato e nel sistema di procedure regolate dagli organi che compongono il sistema sportivo i quali, è bene ricordare, non hanno carattere giurisdizionale seppure dotati di competenze in merito alle regole che disciplinano

11 Corte cost. 15 aprile 2008, n. 102.

le varie attività a loro volta sottoposte dal diritto dello Stato di riferimento. L'arbitrato, invece, ha funzione alternativa rispetto alla giurisdizione statale.

Le misure disciplinari relative ai campionati nazionali sono adottate dai giudici sportivi a livello di lega, mentre per le sanzioni più gravi sono previsti due gradi di giudizio: il primo presso la Commissione disciplinare nazionale, il secondo presso la Corte di giustizia federale. La *vexata quaestio* circa il rapporto di competenze tra giudice statale e giudice sportivo[12] ha trovato parziale definizione nell'art. 2 dellla legge 280 del 2003, il quale attribuisce all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto:

a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive;

b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni.

È tuttavia nel numero 2 dell'art. 1 della prefata legge che viene sancito il principio generale secondo il quale: "I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo.". Scaturigine di questa, non totale, autonomia è il riconoscimento del vincolo di giustizia[13] e della clausola compromissoria. In virtù del primo principio le parti si impegnano ad adire la giustizia interna; con la clausola compromissoria invece devolvono la cognizione ad un collegio arbitrale terzo, rendendo di fatto l'arbitrato sportivo uno strumento alternativo sia alla giurisdizione statale, che a quella sportiva.

L'esistenza di un sistema di giustizia sportiva a *latere* di quello ordinario non può essere considerata sintomo di piena e totale autonomia e indipendenza da parte del mondo dello sport[14]. Controprova è l'intreccio di competenze tra le due giurisdizioni: la esclusività di quella statale nel settore amministrativo, nonché relativamente ai rapporti patrimoniali[15].

12 *Cfr. ex multis*, Manfredi, G.: *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva,* Giappichelli, Torino, 2007, pp. 283 ss.; Di Giandomenico, G.: "Sport e ordinamento giuridico", in AA.VV.: *Le federazioni sportive nazionali tra sport e mercato*, Esi, Napoli, 2006, pp. 6 ss.; Serio, M.: "Riorganizzazione del Sistema di Giustizia Sportiva e funzione nomofilattica delle Corti Federali di ultima istanza", *Nuove Autonomie*, 2010, vol. 1, pp. 55-68.

13 In tema di vincolo sportivo *cfr.* Bigiavi, W.: "L'associazione calcio Torino e il disastro di Superga", *Giur. it.,* 1951, IV, c. 88; Minervini, E.: "Il trasferimento del giocatore di calcio", *Rass. dir. civ.,* 1984, p. 1079 e più recentemente Sferrazza, M.: "Il vincolo di giustizia sportiva: natura ed effetti alla luce dell'attuale quadro normativo", *Rdes*, v. V, fasc. 3, 2009, p. 41.

14 *Cfr.* Maio, E.: *Clausola compromissoria e meritevolezza nel sistema della giustizia sportiva*, Esi, Napoli, 2020, p. 78.

15 *Cfr.* art. 2 dellla legge 280 del 2003.

La specificità del fenomeno "sport[16]" è la chiave di lettura dell'intero sintagma di giustizia sportiva al punto da consentirci di escludere per quest'ultima l'esistenza stessa di una giustizia speciale (vietata ai sensi dell'art. 102, 2 co. Cost.), qualificandola, più correttamente, come una specializzazione della giustizia.

L'arbitrato sportivo, principale mezzo di risoluzione delle controversie in materia, ha il suo iniziale riconoscimento con l'istituzione[17] presso il CONI del CCAS (Camera di Conciliazione e Arbitrato dello Sport) nel 2002 il quale, per la *communis opinio* operava a mezzo di lodi irrituali. Nel 2008 viene invece istituito[18] il TNAS (Tribunale Nazionale di Arbitrato dello Sport) per il quale veniva espressamente prevista l'appellabilità delle decisioni innanzi alla Corte d'Appello, configurando senza dubbio come rituali i lodi emanati. Nel 2014 e soprattutto nel 2019, con il varo del nuovo codice di giustizia sportiva, i due organi vengono soppressi e il quadro normativo cambia *funditus*.

L'art. 8 del nuovo codice istituisce il Collegio di Garanzia dello sport presso il CONI, oltre al fondamentale assunto normativo secondo il quale " gli statuti e i regolamenti federali prevedono che gli affiliati e i tesserati accettino la giustizia sportiva così come disciplinato dall'ordinamento sportivo", introducendo una sorta di clausola compromissoria "generale", da buona parte della letteratura considerata come un "vincolo di giustizia"[19], dando accoglienza a quello che può essere considerato un arbitrato comune, di tipo irrituale.

A seguito delle ultime riforme cronologicamente intervenute, ed in particolare con la soppressione di organi arbitrali a favore di un Collegio di Garanzia, si registra una ulteriore conferma della tesi secondo la quale quello sportivo non può essere considerato un ordinamento munito di autodichia. L'assunto iniziale, in virtù del quale a prevalere è sempre lo *status personae* che si sviluppa anche attraverso l'attività sportiva, sembra accogliere il favore del legislatore.

Si rende a questo punto nescessaria una compiuta disamina del fenotipo arbitrale all'interno della giustizia statuale, alla luce degli interventi di riforma susseguitisi negli anni, l'ultimo dei quali, per quanto riguarda il modello domestico, data 2006. L'analisi della riforma, del vivace dibattito dottrinale che ne è scaurito e soprattutto un confronto multilivello e comparato in particolare con il modello

16 "*Sport*" è una parola inglese che significa divertimento. La parola è a sua volta un'abbreviazione dal francese antico della voce "*desport*", da cui derivano lo spagnolo "*deporte*" e l'italiano "diporto" (svago, divertimento, ricreazione). Tutti a loro volta derivati dal latino *deportare*. La voce inglese *sport* e il suo aggettivo sportivo sono poi entrati in Italia nel XIX secolo, attraverso il francese *sport* (1828) e *sportif* (1862). In origine la parola significava divertimento gratuito; l'antico significato sopravvive però nell'espressione "fare qualcosa per sport".

17 Istituito attraverso il D.l. 282/2002, poi convertito in legge n. 27 del 2003.

18 A seguito del D. lgs. 8 gennaio 2004, n. 15 in G.U. n. 21 del 27 gennaio 2004.

19 *Cfr.* Maio, E.: *Clausola compromissoria*, cit., p. 111.

tedesco, sarà necessaria al fine di poter riflettere sulle ricadute applicative nel mondo dello sport.

1. La genesi del fenotipo arbitrale tra profili nominalistici e ricadute applicative in ambito sportivo.

Il fenotipo giuridico dell'arbitrato origina da un atto di volontà, con il quale si opera la scelta di deferire ad arbitri la risoluzione di controversie già instaurate o che si prevede possano insorgere in futuro in ordine ad un determinato rapporto giuridico, con la contesutale preclusione della possibilità di adire l'Auorità giudiziaria statuale[20]. La nomenclatura codicistica, all'atto di autonomia privata che sta alla base dell'arbitrato attribuisce il *nomen juris* di *convenzione di arbitrato,* cui il Codice di procedura civile italiano dedica un intero Capo[21].

L'opzione lessicale seguita dal legislatore[22] nel 2006, in occasione dell'ultima riforma[23] dell'arbitrato, lungi dal potersi considerare come una semplice scelta terminologica, appare nondimeno pregna di implicazioni giuridiche, se è vero che la stessa segna il superamento della dicotomia - che da sempre caratterizzava il linguaggio legislativo – tra compromesso[24] e clausola compromissoria[25], tant'è che gli ermeneuti hanno registrato l'influenza esercitata sul legislatore[26] dalle riflessioni degli studiosi, che da tempo avevano segnalato la sostanziale sovrapponibilità[27] tanto

20 La migliore dottrina ha da tempo concentrato l'attenzione sull'ambivalenza che contraddistingue il contenuto del negozio giuridico attraverso il quale si addiviene all'arbitrato, evidenziando come, accanto ad una determinazione di carattere positivo, consistente nell'attribuzione del potere decisionale agli arbitri, sia da sottolineare anche un risvolto negativo, definibile in via di prima approssimazione come una rinuncia a far valere le proprie ragioni innanzi agli organi giurisdizionali ordinari. In questi termini C. Consolo (a cura di): *Codice di procedura civile commentato*, Giuffré, Milano, 2012, p. 1502.

21 Si tratta, in particolare, del Capo I del Titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile.

22 Peraltro, si tratta di una denominazione che il legislatore italiano non ha coniato *ex novo,* atteso che già la Convenzione di Ginevra del 1961, ratificata dall'Italia con legge 10 maggio 1970, n. 418, chiarisce che "si intende per convenzione d'arbitrato sia una clausola compromissoria inserita in un contratto, sia un compromesso, contratto o compromesso firmato dalle parti oppure contenuto in uno scambio di note, telegrammi o comunicazioni tramite telescrivente e, nei rapporti tra paesi le cui leggi non impongono la forma scritta alla convenzione di arbitrato, ogni convenzione conclusa nelle forme ammesse da dette leggi".

23 Approvata con il D.lgs. 40 del 2006 Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80, in G.U. 38 del 15 febbraio 2006.

24 Il compromesso essere definito come un contratto di diritto privato attraverso il quale le parti convengono di affidare ad uno o più terzi (arbitri) l'incarico di decidere determinate controversie tra di esse insorte, sottraendo le stesse alla cognizione del giudice ordinario.

25 La clausola si riferisce al caleidoscopio di controversie che possono originare da un certo rapporto contrattuale, con l'ulteriore specificazione che quest'ultima può essere inserita come disposizione facente parte di un più ampio regolamento contrattuale (nel qual caso assume la morfologia di una vera e propria clausola contrattuale) ovvero formare oggetto di una separata pattuizione.

26 Invero, la svolta terminologica era stata preconizzata già dalla legge delega n. 80 del 2005, il cui art. 1, comma 3, lett. b, nel dedicare due punti alla convenzione d'arbitrato, stabiliva che il legislatore delegato avrebbe dovuto prevedere "la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge; che per la stipulazione di compromesso e di clausola compromissoria, vi sia un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso", in tal modo fornendo un criterio direttivo chiaro ed univoco, tendente ad una *reductio ad unum* delle varie *species.*

27 In entrambi i casi, infatti, le parti perseguono l'effetto processuale di sottrarre la cognizione di una controversia alla giurisdizione ordinaria e di rimetterla, conseguentemente, ad un tribunale privato, eletto

funzionale quanto effettuale tra le prefate figure. La novella si colloca sulla scia, già inauguarata dalla precedente riforma[28] del 1994, la quale "ha evitato il pericolo e la tentazione di trasferire i concetti ed i modi esistenti in diritti stranieri per inquadrarli acriticamente nel nostro ordinamento. Inoltre il contributo dell'ampia letteratura in materia, incentrato sulle esperienze straniere e su riflessioni comparatistiche traspare non solo in alcune scelte di carattere generale effettuate dal legislatore, ma anche in profili specifici. Ne consegue, sempre secondo gli insegnamenti di una nota dottrina[29], che la comparazione ha reso la nostra legislazione più uniforme a quelle vigenti all'estero è più vicina alle principali convenzioni multinazionali anche nella prospettiva di realizzare un effettivo adeguamento del nostro ordinamento interno a quello internazionale"[30].

La letteratura[31], infatti, nel riflettere intorno alla portata sostanziale del sintagma utilizzato dal legislatore del 2006, ha evidenziato come nella *littera legis* sia volutamente assente ogni riferimento alla nozione di *contratto*, il che disvela la volontà di attribuire alla clausola compromissoria una connotazione del tutto peculiare sotto il profilo dell'inquadramento sistematico, atteso che la stessa, pur rientrando nel novero degli atti negoziali, non è *sic et simpliciter* assimilabile alla figura contrattuale[32]. Traspare così dall'esegesi normativa il richiamo al concetto romanistico di *conventio*[33], che, a prescindere dal dotto dibattito relativo al corretto

dagli stessi soggetti che addivengono alla stipulazione. In questi termini sia Punzi, C.: *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Cedam, Padova, 2000, p. 177, sia Ferro, P.: "La clausola compromissoria", *Giur. Sistematica di diritto civ. e comm.*, 1999, p. 612. Infine, per mero tuziorismo, si rammenta la distinzione netta nei confronti di ogni tipologia di ADR (*Alternative disputes resolutions*) per la quale è utile il rinvio a Indraccolo, E.: *I negozi indiretti a comporre e prevenire le liti*, Esi, Napoli, 2017, *passim*.

28 La legge n. 25 del 1994 la quale, visto l'aumento esponenziale dei rapporti giuridici transnazionali aveva adottato apposite norme volte a regolare in maniera meno formale l'arbitrato internazionale introducendo nel Codice di rito, un apposito capo dedicato alla sua disciplina (artt. 832-838).

29 Gorla, G.: voce "Diritto comparato", in *Enc. dir.*, Milano, 1964, pp. 832 ss; Id. *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1991, p. 77.

30 Testualmente Recchia, G.: *L'arbitrato nel diritto comparato*, cit., p. 174.

31 Si vedano in particolare le dotte riflessioni svolte da Zucconi Galli Fonseca, E.: *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, spec. p. 3 ove si scorge nel patto compromissorio "un punto di giunzione tra diritto e processo, svolgendosi sul piano sostanziale dell'accordo e rappresentando al contempo la fonte di uno strumento tipicamente processuale quale è l'arbitrato".

32 Si osservi, infatti, che già il Carnelutti ebbe ad esprimere penetranti perplessità circa l'inquadramento contrattualistico del patto arbitrale. L'A. infatti, si sforzò di dimostrare le differenze intercorrenti tra l'arbitrato e il contratto di transazione, evidenziando che, mentre con la transazione le parti compongono la lite obbligandosi reciprocamente con un atto avente la stessa forza della sentenza, con il compromesso esse lasciano sussistere la controversia, ma incaricano della sua soluzione degli arbitri, anziché dei giudici ordinari; di talché si può affermare che il patto compromissorio non tende ad un componimento diretto del conflitto, bensì "predispone un mezzo per risolverlo". *Cfr.* Carnelutti, F.: *Sistema del diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1936, I, pp. 154 ss.; Id.: "Arbitrati e arbitri", *Riv. Dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 129. Si veda inoltre Perlingieri, P. *Scuole tendenze e metodi. Problemi di Diritto civile*, Esi, Napoli, 1989, pp. 32 ss.; Grassetti, C.: "Interpretazione dei negozi giuridici *inter vivos* (diritto civile)", *Nov. Dig. It.,* VIII, Torino, 1969, pp. 904 ss.; Pennasilico, M.: "L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia", *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 737 ss.; Sacco, R.: "Qualificazione del contratto", *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg., V, Torino, 2010, pp. 884 ss.; vedi anche Casella, M.: *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Giuffré, Milano, 1961, pp. 119 ss.; Scalfi, G.: *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano-Varese, 1962, pp. 23 ss.

33 Gli studiosi del diritto romano, infatti, muovendo dal celeberrimo passo di Ulpiano relativo alla definizione di *conventio,* nel quale si legge che "Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii

significato da attribuire a siffatta espressione, riporta alla mente un percorso di convergenza degli interessi, mentre nel fenomeno contrattuale quelli in gioco sono necessariamente divergenti ed antitetici.

Se, dunque, nell'attuale assetto codicistico la convenzione di arbitrato si erge quale autonomo *genus* di negozio giuridico, il compromesso (art. 807 c.p.c.) e la clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.) – con le caratteristiche di cui si è sinteticamente dato conto - assurgono al rango di singole *species,* alle quali si giustappone un'ulteriore figura, coniata e*x novo* dal legislatore del 2006, che prende il nome di *convenzione arbitrale in materia non contrattuale*[34]. L'esatta comprensione dell'identità della clausola compromissoria è un'operazione ermeneutica postulante un'*actio finium regundorum* tra la clausola compromissoria ed il compromesso, che non a caso da tempo affatica il mondo degli interpreti; al fine di risolvere siffatta *quaestio juris* gli studiosi hanno elaborato numerosi ed articolati criteri discretivi. In specie, quantunque autorevolmente sostenuta[35] e dottamente argomentata[36],

contrahendi transingendique causa, consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive verbis sive re fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est." sono addivenuti alla conclusione per la quale *conventio* e *consensus* siano termini sostanzialmente equivalenti, volti ad indicare genericamente una situazione connotata dall'esistenza di una "volontà comune" tra le parti. *Cfr.*, in tal senso: Bonfante, P.: "Il contratto e la causa del contratto", in Id.: *Scritti giuridici varii* 3, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1921, pp. 127 ss.: "i termini significanti l'accordo sono pei Romani: *consensus, conventio, pactum, pactio*"; P. Cerami, P.: "D.2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.). "Congetture sulle tres species conventionum", *AUPA,* 36, 1976, p. 168 nt. 72: secondo il quale "Quanto alla pretesa giustapposizione *conventio-pactum* è da osservare che conventio, pactum e consensus ricorrono come termini equivalenti nel linguaggio dei giuristi classici"; Santoro, R.: "Il contratto nel pensiero di Labeone", *AUPA,* 37, 1983, p. 194, che, nel difendere la genuinità del passo in commento, ritiene "irrilevante il sostituirsi di *consensum* a *conventionem*, dato che... consentire è usato come sinonimo di convenire". Non mancano, tuttavia, voci dissonanti, seguendo le quali si giunge a delineare un'accezione del concetto di *conventio* molto più specifica e puntuale, la quale, lungi dal rappresentare un mero sinonimo del *consensus,* è volta precipuamente a designare "il contenuto negoziale dell'accordo". A tale conclusione giunge, tra gli altri, Romano, G.: "Conventio e consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1.3)", *AUPA,* 68, 2003, pp. 241 ss.

34 In tal modo si è data una risposta testuale ad un interrogativo che la dottrina si era posta fin da tempi non recenti, concernente la configurabilità di un patto compromissorio relativo a materia non contrattuale, e, in caso di risposta affermativa, l'individuazione della disciplina da applicare allo stesso. Al riguardo si richiamano Redenti, E.: voce "Compromesso (diritto processuale civile)", *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1959, pp. 786 ss.; Andrioli, V.: *Commento al Codice di Procedura Civile*, IV, Napoli, 1964, p.752; Zucconi Galli Fonseca, E.: "sub art. 806", in AA.VV.: *Arbitrato* (a cura di Carpi), Zanichelli, Bologna, 2001. Sotto il profilo del diritto intertemporale, va rilevato che la nuova figura trova applicazione relativamente alle convenzioni di arbitrato stipulate a far data dal 3 marzo del 2006.

35 Ruffini, G.: "La nozione di clausola compromissoria", *Riv. Arb.*, 2004, pp. 417 ss.

36 Infatti, l'autore ricava la conclusione di cui si discorre nel testo da un esame sistematico della disciplina positiva, che salda nel medesimo orizzonte ermeneutico tanto il diritto processuale, con particolare riferimento agli artt. 807, comma 1, e 808, comma 1, c.p.c., quanto le previsioni sostanziali di cui agli artt. 1346, 1418, comma 2, c.c., a norma dei quali il contratto deve avere, a pena di nullità, un oggetto "determinato o determinabile". Secondo Ruffini, dunque, nelle norme poste dal codice di rito si pongono in rapporto di specialità rispetto alla disciplina generale recata dal Codice civile, nella misura in cui esigono che il negozio compromissorio possa avere un oggetto determinabile soltanto ed unicamente nell'ipotesi in cui detto oggetto riguardi "le controversie nascenti dal contratto". Solo il riferimento ad un rapporto giuridico di natura contrattuale, contenuto nella clausola compromissoria, è considerato dal legislatore sufficiente per soddisfare il requisito della determinabilità delle controversie oggetto del patto compromissorio, nell'ipotesi in cui dette controversie non siano determinate ai sensi dell'art. 807 c.p.c. *Mutatis mutandis*, mentre non sarebbe ammesso un patto compromissorio con il quale le parti pretendessero di devolvere ad arbitri controversie, attuali o future, non determinate nei loro estremi ed identificate soltanto attraverso

la tesi che individua il *discrimen* nella natura contrattuale o meno del rapporto dal quale originano le controversie devolute agli arbitri non convince la maggioranza della comunità interpretativa, in seno alla quale appare tuttora insuperato l'insegnamento di un illustre maestro, secondo il quale "la clausola compromissoria differisce dal compromesso in quanto non demanda a posteriori agli arbitri la decisione di controversie già sorte, identificabili e identificate come tali, bensì stabilisce a priori (cioè preventivamente e in ipotesi[37]) che viene demandata ad arbitri, nominati o nominandi, la decisione di eventuali controversie che potranno nascere (forse che sì, forse che no) da un certo contratto (principale) fra le parti"[38].

Il formante normativo attualmente in vigore costituisce il frutto di un lungo ed elaborato *iter* di sedimentazione, scandito non solo dal succedersi di interventi legislativi, ma anche e soprattutto dall'evolvere della riflessione giuridica che, prim'ancora di soffermarsi sul patto compromissorio, nelle sue molteplici declinazioni, ha fatto registrare una *summa divisio* in ordine alla più generale questione afferente alla natura pubblicistica o privatistica del fenomeno arbitrale[39]. Il pensiero di Chiovenda ha impresso una svolta fondamentale al dibattito sulla natura dell'arbitrato, giacché ebbe ad individuare il giusto punto di equilibrio tra le contrapposte ricostruzioni ermeneutiche: riuscì, infatti, ad abbracciare la tesi privatistica senza negare il fondamentale assunto da cui muoveva il fronte ermeneutico pubblicistico, consistente nell'affermazione secondo la quale la giurisdizione costituisce una prerogativa riservata esclusivamente allo Stato. Di talché la decisione emessa dagli arbitri (che in teoria avrebbe dovuto presentare

il riferimento ad un rapporto giuridico sostanziale di natura non contrattuale, al fine invece di devolvere ad arbitri le liti nascenti da un contratto è ritenuto sufficiente dal legislatore il riferimento al contratto medesimo, mediante il quale dette controversie, pur non essendo determinate, divengono determinabili. Sulla base di tali osservazioni, quindi l'Autore rileva che il riferimento al contratto rende determinabili le controversie già in atto alla data di stipulazione della convenzione d'arbitrato, non meno delle controversie che a tale data non siano invece ancora sorte: la *relatio* al contratto, infatti, consente di determinare le controversie oggetto della clausola compromissoria *ancorchè* le stesse non siano ancora sorte, e non *in quanto* le stesse non siano ancora sorte.

37 Al riguardo Ferro, P.: *La clausola compromissoria*, cit., p. 614, evidenzia un'ulteriore tratto caratteristico attinente specificamente all'oggetto della clausola compromissoria, e consistente nella marcata "eventualità" dello stesso, nel senso che, quando si stipula una clausola compromissoria, il giudizio arbitrale (e dunque lo stesso contratto arbitrale, intercorrente tra le parti e gli arbitri) viene dedotto come una fattispecie successiva ma non indefettibile, che potrebbe anche non venire mai ad esistenza. Se ne ricava, pertanto, che la clausola compromissoria conserva integra la propria giustificazione a livello causale, e dunque non perde la meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito in accordo all'art. 1322 c.c., quandanche tra le parti non sorga alcuna lite, in ciò ulteriormente differenziandosi dal compromesso, che presuppone, per contro, la pregressa sussistenza di una lite tra le parti.

38 Redenti, E.: *Diritto processuale civile,* III, Milano, 1957, p. 461.

39 In chiave diacronica, infatti, le prime ricostruzioni ermeneutiche dell'arbitrato tradiscono un marcato approccio pubblicistico, dal quale discende, come ovvia conseguenza, la svalutazione del patto compromissorio, derubricato al rango di mero presupposto di una più ampia fattispecie processuale; ciò in quanto la *potestas iudicandi* viene in ogni caso ritenuta come un potere pubblicistico, sia nel caso in cui esso sia conferito dalla legge ai giudici ordinari, sia nell'ipotesi in cui l'attribuzione di siffatto potere avvenga attraverso un patto privato. La ricostruzione appena illustrata, sebbene coerente con la disciplina all'epoca vigente, si presenta eccessivamente contorta, in quanto, portata alle estreme conseguenze, costringe l'interprete a scindere concettualmente il vincolo che nasce dal patto arbitrale da quello, integrativo e complementare, che scaturisce da un separato rapporto intercorrente tra parti ed arbitri, avente la consistenza di un mandato.

la valenza vincolante propria della statuizione negoziale) risulta, invece, portatrice di una valenza giurisdizionale per volontà dello Stato, che si determinava in tal senso in virtù del vantaggio sociale connesso all'effetto deflattivo derivante dall'eliminazione di una controversia dal panorama giudiziario[40].

In continuità con l'elaborazione chiovendiana si pone altra dottrina, che ha fornito un contributo determinante ai fini della qualificazione del patto arbitrale, consentendo il superamento della tesi del *contratto ad effetti processuali,* che appariva fuorviante, in quanto lasciava intendere che le parti, attraverso la convenzione arbitrale, si limitassero a modificare in qualche suo aspetto il processo di cognizione. Per contro, è stato definitivamente chiarito che dalla stipulazione del patto compromissorio discende una conseguenza ben più radicale e di portata sistematica, consistente nella sostituzione di tutto il processo di cognizione con altro fenomeno, similare ma concettualmente distinto[41].

Nel formante post-unitario, dunque, la clausola compromissoria si prestava ad essere intesta come una sorta *di preliminare di compromesso,* alla luce dell'infelice formulazione letterale contenuta nel c.d. Codice Pisanelli, a mente della quale le parti si obbligavano a compromettere; donde il fiorire di letture che mettevano in luce gli effetti meramente obbligatori della clausola *de qua,* nella quale si intravedeva un compromesso *in fieri,* ovvero il nucleo embrionale di futuri compromessi. Proprio in virtù del solido fondamento testuale, la ricostruzione in commento, oltre ad essere patrocinata dalla più autorevole dottrina del tempo[42], ricevette altresì indubbio seguito anche da parte del formante pretorio, sia di merito[43], che di legittimità[44].

40 In particolare Chiovenda costruisce l'arbitrato come istituto avente funzione essenzialmente privata, con attribuzione del carattere giurisdizionale della decisione degli arbitri per solo volere dello Stato; in quest'ottica, pertanto, il patto compromissorio assume le fattezze di un "contratto processuale", avente ad oggetto "la rinuncia alla cognizione di una controversia per opera dell'autorità giudiziaria" *cfr.* Chiovenda, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1940, p. 75. Né può sostenersi che la tesi in esame si limiti a lumeggiare i profili negativi del patto arbitrale, riducendolo ad una sorta di atto abdicativo, implicante solo e soltanto la rinunzia alla sottoposizione della controversia all'autorità giudiziaria ordinaria, in quanto dalle riflessioni di Chiovenda emerge chiaramente il più ampio contenuto dell'accordo compromissorio, il cui effetto ultimo è quello di affidare la risoluzione di una controversia alla decisione degli arbitri, che si sostituiscono al giudice ordinario.

41 Redenti, E.: *Diritto processuale civile,* cit. p. 789. Negli stessi termini Colesanti, V.: "Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri", *Riv. Dir. proc.*, 1958, pp. 261 ss. La tesi del Redenti non è andata esente da critiche, specie nella parte in cui ricorre all'artificio teorico di costruire il patto compromissorio come la risultante di due elementi distinti, consistenti, da un lato, nella volontà delle parti di deferire la soluzione della controversia ad arbitri (il c.d. *accordo basilare),* e, dall'altro, nell'accettazione da parte di questi ultimi, debitamente comunicata o notificata. Si veda in termini Schizzerotto, G.: *Dell'arbitrato,* Giuffré, Milano, rist. 1988, p. 52.

42 Mortara, L.: *Commentario del codice* e *delle leggi di procedura civile*, Vallardi, Milano, 1923, p. 98.

43 *Cfr.* App. Milano, 21 luglio 1933, in *Riv. Dir. proc.*, 1943, II, p. 97, secondo il quale la clausola, ove una delle parti non avesse voluto addivenire alla stipulazione del contratto "definitivo" di compromesso, stante l'impossibilità dell'esecuzione specifica, avrebbe prodotto il sorgere di un'obbligazione risarcitoria di danno, peraltro di difficile accertamento e liquidazione.

44 *Cfr.* Cass., 11 luglio 1953, n. 2258, in *Mass. Foro It.*, 1953, p. 436.

2. La controversa qualificazione fenomenologica della clausola compromissoria nel Codice italiano del '42 e nella riforma autoctona del 2006. Il contratto ad effetti processuali.

La formulazione letterale impressa dal legislatore del 1942 all'art. 808 c.p.c. - rimasta sostanzialmente immutata anche all'esito della riforma del 2006 - segna un netto *iatus* rispetto alla previsione del Codice post-unitario, giacché essa chiarisce in maniera incontrovertibile che, mercé la pattuizione della clausola compromissoria, le parti, lungi dall'obbligarsi meramente a stipulare un successivo compromesso, si impegnano piuttosto a rimettere la soluzione delle eventuali controversie al sindacato degli arbitri[45]. Proprio nel contesto tassonomico nel quale ha visto la luce il vigente Codice di procedura civile si viene sviluppando l'orientamento che sostiene la natura contrattuale della clausola compromissoria[46], il cui merito, sul piano diacronico, risiede nell'aver fugato ogni dubbio circa la sussistenza di profili pubblicistici nell'arbitrato, posto che, a differenza del processo di cognizione, il fenomeno arbitrale ha la funzione di costituire rapporti giuridici soggettivi di natura relativa, fondati, cioè, sulla dicotomia pretesa-obbligo, del tutto estranei al processo[47].

Un primo tentativo[48] di negare la natura contrattuale della clausola compromissoria, fondato sul rilievo che in essa difetti il requisito della patrimonialità, non ha sortito effetti significativi, atteso che, come puntualmente argomentato[49], il prefato requisito è suscettibile di essere inteso in molteplici accezioni, e non è infrequente che al concetto di patrimonialità venga attribuita una latitudine talmente lata da risultare riferibile a tutti gli accordi vincolanti, da cui discendono effetti direttamente o indirettamente economici[50], con esclusione, pertanto, delle sole convenzioni attinenti ai rapporti familiari, o a quelli di natura strettamente personale.

Altra opzione ermeneutica contraria al riconoscimento della natura contrattuale si è soffermata non tanto sugli effetti della pattuizione, quanto sul contenuto processuale della stessa. Seguendo tale ordine di idee, infatti, si riconduce la

45 Schizzerotto, G.: *Dell'arbitrato,* cit. p. 125.

46 La dottrina individua nell'opera di Satta, S.: *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Giuffré, Milano, 1932, una sorta di manifesto dell'orientamento riferito nel testo. Per approfondimenti si veda Punzi, C.: "L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta", *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 749 ss.

47 Non v'è chi non veda come sullo sfondo si stagli il più ampio problema della possibilità di realizzare il fenomeno processuale all'interno di altri istituti, quali ad esempio il contratto. In merito Fazzalari, E.: "Processo (Teoria generale del)", *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1069 ss.

48 Portato avanti da Zaccheo, M.: "Contratto e clausola compromissoria", *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 4

49 Ferro, P.: "Il compromesso", in Alpa, G.: *L'arbitrato - Profili sostanziali*, II, Giappichelli, Torino, 1999, p. 550.

50 In questo senso depone l'insegnamento di Sacco, R.: "Il Contratto", in *Trattato dir. civ.* (dir. por R. Sacco), Torino, 1993, II, p. 42, secondo il quale "le situazioni strumentali sono patrimoniali se incidono su situazioni patrimoniali". Nello stesso senso Fazzalari, E.: *L'arbitrato,* Cedam, Padova, 1997, p. 34, secondo il quale "il compromesso è un contratto perché i paciscenti dispongono in parte qua del loro patrimonio (oggetto della controversia), affidandosi e vincolandosi alla volizione del terzo".

clausola compromissoria nel novero degli accordi che, pur producendo i loro effetti nel processo, si formano prima ed a prescindere da esso, e come tali non sono pertanto regolati dalla legge processuale[51]. Si tratta, in definitiva, di accordi di natura sostanziale[52] ma con effetti processuali, nel senso che, attraverso la stipulazione degli stessi le parti conseguono il risultato di sottrarre la cognizione delle controversie all'autorità decisionale del giudice ordinario per attribuirla al giudice privato[53].

L'elaborazione della categoria dell'accordo processuale, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 1942, non è certo casuale, collocandosi piuttosto nell'ambito di una più ampia riflessione, che ha visto impegnata in particolare la letteratura tedesca[54]. Specificatamente, nel contesto di una generale opera di *rivitalizzazione* dell'autonomia privata nel campo processuale, gli autori di lingua tedesca hanno concepito una *summa divisio* tra due categorie di accordi sostanziali incidenti sul versante processuale: ad una prima *species* appartengono quelle convenzioni mediante le quali le parti si assumono l'impegno ad esercitare, o più frequentemente a non esercitare determinate prerogative processuali, come accade nel caso del *pactum de non petendo* o del *pactum de non exequendo.* In tali ipotesi viene in rilievo un atto di disposizione del potere processuale che prende il nome di *Befugnisdisposition,* e che presuppone la validità e la vigenza delle norme processuali sulle quali l'atto di autonomia è destinato ad incidere. Alla seconda categoria appartengono invece le pattuizioni a mezzo delle quali le parti dispongono non già dei poteri, bensì direttamente delle norme processuali (*Normdisposition),* ai fini della cui validità si richiede non solo la presenza di una previsione normativa *ad hoc,* ma anche l'evidenziazione dei motivi concreti che sorreggono la volontà

51 Questi ultimi, per contro, sono regolati direttamente dalle norme del codice di rito, come rilava, nel contesto di una più ampia analisi, Bessone, M.: "Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza", *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1054 ss.

52 La dottrina ha ampiamente approfondito tale categoria di accordi, stimolata dalla possibilità di istituire prolifici collegamenti tra diritto sostanziale e processuale. Si vedano, al riguardo, i contributi di Liebman, E.: "Fondamento del principio dispositivo", *Riv. Dir. proc.*, 1960, I, p. 551, secondo cui le parti, nel predisporre il regolamento del proprio interesse e nel perseguire la migliore realizzazione dei risultati da esse divisati, possono organizzare le rispettive posizioni processuali accordandosi su determinati punti o attività.

53 Sugli accordi processuali si veda Bongiorno, G.: "(voce) Accordo processuale", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, I, pp. 3 ss.; Caponi, R.: "Autonomia privata e processo civile: gli accordi delle parti", *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile. Accordi di parte e processo*, Giuffré Milano, 2008, pp. 99 ss.; Satta, S.: "voce Accordo (diritto processuale civile)", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 300; E. Liebman, "Risoluzione convenzionale del processo", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, pp. 260 ss.

54 Invero, fin da tempi non sospetti nella letteratura tedesca si è dischiusa la prospettiva del recupero di una correlazione tra diritto privato e diritto processuale civile. Come osserva Wolfram Henckel nel 1970: "noi non possiamo dire che il processo persegue lo scopo di attuare il diritto soggettivo o di difenderlo. Noi diciamo in modo migliore che il diritto può ed ha il permesso di essere esercitato nel processo e che il nostro diritto processuale fissa limiti di questo esercizio, limiti che nei loro effetti sono paragonabili ai limiti fissati dal diritto sostanziale. Se gli effetti sono paragonabili e sono riconducibili a condotte comparabili, allora anche le valutazioni del diritto processuale devono accordarsi con quelle adottate dal diritto sostanziale in relazione all'esercizio stragiudiziale del diritto. Il vantaggio che l'una parte consegue a carico dell'altra nello svolgimento del processo non può essere fondato su punti di vista attinenti al bene pubblico. Tale vantaggio deve fondarsi su valutazioni adeguate al diritto soggettivo privato" *cfr.* Henckel, W.: *Prozessrecht und materielles Recht*, Mohr Siebeck GmbH & Co., Göttingen, 1970, pp. 62 ss., con rinvio in nota al pensiero di R. Neuner, *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925).

derogatoria posta dalle parti a fondamento dell'atto dispositivo[55]. In quest'ottica appare possibile istituire un parallelismo tra il valore marcatamente sostanziale dell'autonomia privata, da un lato, e i princìpi del processo civile dall'altro, con particolare riguardo al principio dispositivo (*Dispositionsmaxime)* ed a quello della trattazione (*Beibringungsgrundsatz)*[56]. La riconduzione della clausola compromissoria al paradigma del contratto processuale[57] è un'operazione ermeneutica di altissimo profilo, in quanto non si riduce alla semplicistica constatazione della presenza di un contenuto processuale o di effetti processuali nella convenzione arbitrale, bensì comporta la conseguenza di vedere nella clausola compromissoria un punto di giunzione tra norme sostanziali e processuali[58], che a sua volta si riannoda alla distinzione, cara agli studiosi di teoria generale del diritto, tra diritti sostanziali e diritti processuali. La difficoltà di tracciare una linea di confine netta tra le menzionate categorie dogmatiche emerge, *ictu oculi,* con riferimento alla *figura*

55 L'Autore che maggiormente ha approfondito tale categoria di accordi è senza dubbio Leipold, in Stein, Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* ,ventiduesima ed., 3, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, premessa al § 128, p. 111 ss., il quale, nel lumeggiare le differenze intercorrenti tra diritto sostanziale e processuale, ha posto in rilievo che "mentre la disciplina del diritto civile è in larga parte dispositiva, per cui la regola è la sua derogabilità per contratto, non accade così nel diritto processuale civile, che lascia uno spazio esiguo e tipizzato all'autonomia negoziale delle parti, a causa del carattere di diritto pubblico della disciplina del processo civile". Ancora: "nel diritto processuale civile non vige il principio della libertà contrattuale. In altri termini, non vi è spazio per un processo convenzionale (un processo, le cui regole possano cioè essere determinate attraverso l'accordo delle parti)". Nello stesso senso Arens, P.: "Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts", in *Humane Justiz*, (a cura di P. Gilles), Athenaum, Kronberg, 1977, p. 3 secondo cui "sussiste un interesse pubblico alla conformazione del procedimento, per cui vasti settori del diritto processuale civile hanno un carattere cogente e non possono essere modificati attraverso l'accordo delle parti"; inoltre "l'opinione oggi dominante ritiene tuttavia che accordi processuali (contratti processuali) siano possibili, quando essi non urtano con disposizioni cogenti del codice di procedura civile. Il problema della loro ammissibilità consiste nella delimitazione tra diritto processuale cogente e diritto processuale dispositivo. Tale delimitazione scaturisce dalla contrapposizione tra interesse privato e interesse pubblico". Si staglia, sullo sfondo dell'opinione appena riportata, l'insegnamento fondamentale di Peter Schlosser, secondo il quale il canone ermeneutico per valutare l'incidenza dell'attività consensuale nel campo del processo civile può essere condensato nel brocardo "in dubio pro libertate". *Cfr.* Schlosser, P.: *Einverständliches Partei handeln im Zivilprozeß*, Mohr Siebeck GmbH & Co., Tübingen, 1968, *passim*.

56 *Beibringungsgrundsatz* è il principio vigente nei procedimenti civili in virtù del quale è responsabilità delle parti presentare tutti i fatti rilevanti in tempo utile, sulla base dei quali il tribunale prende una decisione. *Cfr.* § 282 del codice di procedura civile tedesco.

57 Per ragioni di completezza espositiva, non può omettersi una precisazione terminologica, nel senso che a fronte di autorevolissimi autori che fanno ricorso alla locuzione "contratto processuale" *cfr.*, Messineo, F.: *Dottrina generale del contratto*, Giuffré, Milano, 1948, p. 417; Rocco, U.: *Trattato di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 1967, p. 135, si registrano altre voci dottrinali che ritengono più corretto discertare di contratto ad effetti processuali, Schizzerotto, G.: *Dell'arbitrato*, cit., pp. 49 ss.; Punzi, C.: "Arbitrato e prescrizione", *Riv. Arb.*, 1992, p.7; Bove, M.: "L'estinzione del patto compromissorio", *Riv. Arb.*, 1998, p. 681.

58 *Prima facie* la distinzione tra norme sostanziali e norme processuali può apparire scarsamente problematica. Si insegna, infatti, che mentre le prime, dette anche primarie, appartengono al diritto privato, disciplinando i rapporti tra soggetti posti su un piano di parità, le seconde, per contro, disciplinano lo svolgimento di un'attività imperativa e pubblicistica, quale è lo svolgimento del processo, e come tali non possono che essere ricondotte all'alveo del diritto pubblico. Per maggiori approfondimenti teorici si rimanda a Liebman, E.: "L'azione nella teoria del processo civile", *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1950 pp. 63-64. Più articolata la ricostruzione proposta da Satta, S. e Punzi, C.: *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2000, pp. 278-279, secondo i quali il tentativo di imbrigliare il diritto processuale entro i confini della rigida dicotomia dogmatica tra diritto privato e diritto pubblico è destinato al fallimento, tant'è che in dottrina emerge il riferimento al concetto di *"diritto pubblico dispositivo"*, che suona evidentemente ossimorico.

juris del diritto di azione[59], emblematica dell'esistenza di molteplici situazioni dalla consistenza ambivalente e non facile da ricondurre agli schemi generali[60].

Altra dottrina, nell'affrontare il tema della natura e degli effetti della clausola compromissoria ha adottato un angolo prospettico ancor più sofisticato, che orbita attorno all'idea della flessibilità funzionale[61] del contratto, riguardato alla stregua di uno schema teoretico capace di adattarsi alle finalità di volta in volta divisate dalle parti. Seguendo tale ordine di idee, si giunge a negare che dalla stipulazione di un contratto debba necessariamente originare una situazione giuridica riconducibile allo schema pretesa-obbligo, ben potendo dedursi come oggetto del contratto anche un fascio di situazioni giuridiche procedimentali[62]. Tale orientamento si configura come quello più vicino alla costruzione mutuata dal nostro legislatore del 2006, attraverso la creazione della convenzione di arbitrato. Difatti, se è vero che tale impostazione non è stata spinta fino al punto di negare la natura contrattuale del patto compromissorio, è altrettanto vero che i sostenitori della tesi in commento hanno sottolineato che il negozio dal quale scaturisce l'arbitrato, non ripropone la classica contrapposizione di interessi sottostante alla vicenda contrattuale, di talché la clausola compromissoria viene ad assumere i connotati di un contratto con comunione di scopo. Quest'ultimo è rappresentato dalla comune volontà dei paciscenti di precostituire uno strumento di tutela alternativo a quello offerto dall'Autorità giurisdizionale ordinaria di matrice pubblicistica-statuale[63]. Ne consegue, pertanto, che l'interesse volto alla costituzione di una situazione giuridica processuale concorrente con gli strumenti di tutela messi a disposizione

59 Come insegna Liebman, E.: *L'azione nella teoria del processo civile*, cit. p. 67, non è metodologicamente corretto parlare del diritto di azione come di un diritto sostanziale.

60 Festi, F.: *La clausola compromissoria*, Giuffré, Milano, 2001, p. 872 osserva come, in definitiva, la tutela sia ad un tempo indefettibile strumento e presupposto del diritto; per ulteriori approfondimenti circa il rapporto tra diritto e tutela si rimanda a Ferrara, F.: *Trattato dir. civile italiano*, Roma, 1921, p. 337. Ancor più raffinate le riflessioni svolte da Di Majo, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffré, Milano, 1987, pp. 5 ss. e 57-58 attorno al brocardo *ubi ius ibi remedium,* che, a giudizio dell'A., potrebbe essere agevolmente ribaltato. Detto altrimenti, è arduo stabilire quale sia l'elemento che, in senso logico e non ontologico, preceda l'altro. Allorio, E.: "Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale", *Jus*, 1955, pp. 165 ss. ritiene che, ai fini di una corretta perimetrazione del concetto di diritto soggettivo, sia indispensabile adottare l'angolo visuale della tutela processuale; così opinando, assumono la consistenza di diritti soggettivi può essere riferita solo a quelle situazioni giuridiche suscettibili di accertamento in via giudiziale. Opocher, E.: *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1993, pp. 293 ss., si spinge fino al punto di teorizzare la "*processualità del diritto*", che non comporta la necessità di prospettare "un primato evidentemente assurdo del diritto processuale sul diritto sostanziale", bensì consente di riconoscere che "il diritto è in funzione alla possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio".

61 In definitiva, il contratto viene inteso come un mezzo, e precisamente come lo strumento individuato dal legislatore al fine di consentire la piena estrinsecazione dell'autonomia privata. *Cfr.* Angelici, C.: *La società nulla*, Giuffré, Milano, 1975, p. 71.

62 Per una esaustiva esposizione della ricostruzione in commento si rinvia a Zucconi Galli Fonseca, E.: *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi,* cit. pp. 7 e ss., ove si evidenzia come l'effetto diretto del patto compromissorio si identifichi nella costituzione di una situazione giuridica strumentale, definibile alla stregua di un *diritto al mezzo di tutela.*

63 Alla base dell'orientamento in esame si pone l'idea, secondo la quale la funzione giurisdizionale è suscettibile di avere una genesi consensualistica, non necessitando indefettibilmente dell'*imprimatur* pubblicistico del legislatore. In questi termini Verde, G.: "Pubblico e privato nel processo arbitrale", *Riv. Arb.*, 2002, pp. 647 ss. e, con particolare riguardo all'evoluzione diacronica del modo di intendere il concetto di giurisdizione, Id.: "Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione", *Riv. Dir. proc.*, 2003, pp. 371 ss.

dall'Autorità giudiziaria, assurge al rango di fondamento giustificativo autonomo e, dunque, di vero e proprio elemento eziologico dell'accordo compromissorio tra le parti.

3. L'autonomia privata unilaterale a fondamento genetico dell'arbitrato.

Alla stregua delle osservazioni che precedono, non vi è dubbio che, come dianzi accennato, l'opzione terminologica prevalsa in sede di riforma offra un argomento di grande peso ai fautori della ricostruzione anti-contrattualistica, tenuto conto, tra le altre cose, anche del peculiare substrato storico che caratterizza l'anfibologico concetto di *convenzione.*

Nondimeno, autorevoli voci dottrinali hanno scorto nella scelta lessicale compiuta del legislatore nel 2006 il segno della consapevolezza che la disputa in ordine alla sussumibilità della clausola compromissoria all'interno dello stampo contrattuale avesse assunto i tratti di un dibattito teorico privo di apprezzabili implicazioni concrete. All'uopo si evidenzia, infatti, che, anche a voler negare il carattere contrattuale del patto compromissorio, non solo si ricadrebbe nella necessità di fare ricorso ad una farraginosa ricostruzione teorica, implicante la presenza di un fascio di atti negoziali unilaterali tra loro combinati, ma soprattutto non si determinerebbe alcuna conseguenza di rilievo sul versante della disciplina applicabile, giacché troverebbe comunque operatività il panorama normativo disciplinante il contratto[64], e ciò in virtù della *vis expansiva* rinveniente dalla formulazione dell'art. 1324 c.c., che estende la portata delle norme regolanti il fenomeno contrattuale ai negozi unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale[65].

In realtà, le conclusioni appena rassegnate sollecitano una revisione critica degli elementi costitutivi della clausola compromissoria, liberando gli interpreti italiani da ipoteche concettuali che, benché radicate nel tempo, non consentono un'adeguata comprensione del fenomeno arbitrale, determinando, altresì, un non auspicabile isolamento dell'Italia nel panorama giuridico internazionale. In definitiva, è giunto il momento di prendere atto che l'esistenza di un accordo devolutivo tra le parti della controversia risponde all'*id quod plerumque accidit,* ma non identifica un requisito ontologicamente necessario del fenomeno arbitrale[66].

64 La necessità di applicare in ogni caso la disciplina del contratto, anche a prescindere dalla natura contrattuale della clausola compromissoria è sostenuta da Festi, F.: *La clausola compromissoria,* Giuffré, Milano, 2001, pp. 6 e ss.

65 Per ulteriori approfondimenti si vedano Verde, G.: *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 57; Fazzalari, E.: *L'arbitrato*, cit. 1997, p. 34; Mirabelli, G. e Giacobbe, D.: *Diritto dell'arbitrato*, Esi, Napoli, 1994, p. 14; Ricci, F.: *Compromesso*, Giappichelli, Torino, 1981, pp. 126 ss.

66 Mantucci, D.: "I profili contingenti della clausola compromissoria", in *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti* (a cura di G. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini), Esi, Napoli, 2019, p. 36.

Ne scaturisce che la genesi dell'arbitrato può risiedere anche in una fonte unilaterale, come il testamento[67], ovvero l'atto costitutivo di una società unipersonale o l'atto di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c.[68]. Ciò schiude l'orizzonte alla possibilità che la fonte dell'arbitrato sia addirittura eteronoma, aprendo il varco all'ammissibilità dell'arbitrato *ex lege,* figura che dottrina e giurisprudenza interna hanno sempre avversato[69], a fronte delle ripetute pronunce favorevoli delle Corti sovranazionali e della diffusione della stessa in molti Stati europei[70].

In tal senso milita la funzione giurisdizionale che l'arbitrato è chiamato a svolgere, in virtù dell'attuale formulazione dell'art. 824 *bis* c.p.c., e della tesi giurisprudenziale ormai attestante la natura giurisdizionale del lodo[71], che si pone in termini sostitutivi, e quindi equivalenti, rispetto alla giurisdizione statuale. Né tale circostanza svilisce *tout court* il ruolo dell'autonomia privata, atteso che l'imposizione eteronoma dell'arbitrato non esclude la possibilità di una sua regolazione convenzionale, con la conseguenza che anche in siffatta ipotesi avrebbe senso stipulare una convenzione arbitrale[72].

II. LO SCOPO STRUMENTALE DELL'INDAGINE COMPARATISTICA: IL RAGGIUNGIMENTO DEL *COMMON CORE* DELLA DISCIPLINA.

Nell'affrontare il tema del fenomeno arbitrale è imprescindibile misurarsi con l'esperienza comparatistica, come dimostra il costante ricorso al relativo metodo[73]

67 Sulla clausola arbitrale testamentaria si rinvia *ultra.*

68 Al riguardo si vedano le riflessioni di Festi, F.: *L'arbitrato negoziale e legale,* in *Arbitrato, giurisdizione e sviluppo (Incontro tenutosi a Roma il 5 dicembre 2018).*

69 Basti richiamare, al riguardo, il lavoro di Fazzalari, E.: "Contro l'arbitrato obbligatorio*", Riv. Arb.* 1993, pp. 213 e ss., nonché Corte Cost. 14 luglio 1977, n. 127, in *Giur. Cost.,* 1977, p. 123.

70 Invero, tanto la Corte di giustizia europea quanto la Corte di Strasburgo si sono pronunciate a favore dell'ammissibilità dell'arbitrato *ex lege.* Si veda, al riguardo, Corte giust. 4 dicembre 2003, C- 63/01, in www.europa.eu e Corte EDU, 24 marzo 2016, Tabene c. Svizzera, reperibile nel contributo di Motto, A.: *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano,* Giuffré, Milano, 2018, p. 13, spec. nota 25.

71 Il riferimento è alla celebre pronuncia resa da Cass. Sez. Un. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro It.,* 2013, 12, I, p. 3047

72 Mantucci, D.: *I profili contingenti,* cit. p. 37, enuclea i profili in relazione ai quali l'autonomia privata troverebbe spazio anche nell'ambito di un arbitrato imposto direttamente dalla legge, suggerendo peranto l'opprtunità di un ripensamento del giudizio di legittimità avente ad oggetto tali ipotesi di arbitrato, sovente cadute, come si è visto, sotto la scure di pronunce di incostituzionalità. Per ulteriori spunti ricostruttivi si rimanda al saggio di Perlingieri, P.: *Arbitrato e Costituzione,* Esi, Napoli, 2002, pp. 33 ss.

73 In tal modo si è data nuova linfa al pensiero di Taruffo, M.: "L'insegnamento accademico del diritto processuale civile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 551 ss., spec. p. 555, il qual richiama la "massima ben nota ai comparatisti, secondo la quale la conoscenza approfondita di altri sistemi non è solo interessante in sé sotto il profilo culturale, ma è anche il miglior modo per conoscere il proprio sistema"; l'autore, infatti, evidenzia come lo studio dei sistemi allogeni costituisca "uno strumento indispensabile per progettare riforme del nostro ordinamento che abbiano qualche speranza di essere efficaci". Si veda altresì Id.: "Il processo civile di *civil law* e di *common law:* aspetti fondamentali", *Foro it.*, 2000, V, c. 345 ss. Per maggiori approfondimenti circa il tema generale delle finalità della comparazione giuridica si rinvia agli studi di: Cappelletti, M.: *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 11 ss.; David, R. e Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei* 4, ed. italiana (a cura di R. Sacco), Padova, 2004, p. 3 ss.; Varano, V.- Barsotti, V.: *La tradizione giuridica occidentale* 4, I, *Testo e materiali per un confronto di civil law - common law*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 19 ss.; Gambaro, A., Sacco, R.,

che ha caratterizzato nel tempo non solo l'approccio della letteratura scientifica, ma anche quello del formante pretorio, essendo indiscutibile che in molti arresti della giurisprudenza la chiave di volta per risolvere i problemi ermeneutici del caso concreto è stata evinta proprio dal confronto con le soluzioni adottate negli ordinamenti stranieri in relazione all'annoso problema della natura e degli effetti da ricondurre alla pronuncia del lodo arbitrale[74]. Né la necessità di ricorrere al metodo comparativo poteva essere ignorata dal legislatore in sede di riforma, tant'è *che gli interpreti, nel commentare la nuova formulazione dell'*art. 824 *bis* c.p.c., e, più in generale, le novità apportate con la novella del 2006, hanno rimarcato la volontà legislativa di allineare l'ordinamento interno al panorama internazionale[75]. Indiscutibilmente il metodo comparatistico da sempre "offre l'occasione per ulteriori ricerche dottrinali le quali, muovendo dallo studio della nostra storia giuridica, intendano riflettere sull' individuazione del *quid* comune del *quid* diverso del fenomeno arbitrale permanendo l'attenzione per una continua ricerca ed attualizzazione sul "common core" presente negli ordinamenti vigenti"[76] così da realizzare la "liberazione dal provincialismo e contribuire tra l'altro alla facilitazione degli scambi economici internazionali"[77].

Vogel, L.: *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 7 ss. Con specifico riguardo all'importanza che l'approccio comparatistico riveste nello studio del fenomeno arbitrale appaiono emblematiche le riflessioni di Seraglini, C.: *L'arbitrage commercial international*, II ed., LGDJ, Paris, 2019, p. 973, secondo il quale "l'étude du droit comparé est, en matière d'arbitrage, primordiale". Sempre in ordine all'importanza della comparazione ai fini dello studio del diritto dell'arbitrato si vedano, quanto alla letteratura straniera Guasp, J.G.: *El arbitraje en el derecho español*, Bosch Ed., Barcelona, 1956, p. 12, secondo cui "ninguna otra institución, como la del arbitraje, se ofrece tan unánime y constante en todos los territorios jurídicos, por diverso que sea su contenido" e Gaillard, E.: "Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 375 ss. con riguardo agli autori italiani si richiamano i contributi di Recchia, G.: "La nuova legge sull'arbitrato e le esperienze straniere", *Riv. arb.* 1994, pp. 23 ss.; Recchia, G. e Frosini, T.E.: *L'arbitrato nel Diritto comparato*, Cedam, Padova, 2014; Consolo, C.: "Sul *campo* dissodato della compromettibilità in arbitri", *Riv. arb.*, 2003, p. 256; Crespi Reghizzi, G.: "L'arbitrato internazionale e la comparazione giuridica", *Revista de la Corte Española de arbitraje*, 2004, pp. 126 ss.

74 A tale riguardo si richiama Bonato, G.: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato,* Esi, Napoli, 2012, pp. 67 ss.

75 Le convergenze registrate nell'approccio di vari ordinamenti al fenomeno arbitrale sono state riassunte, da autorevole dottrina, con il ricorso all'efficace immagine della internazionalizzazione del diritto dell'arbitrato. In questi termini Ricci, E.F. : "La longue marche vers l'*internationalisation* du droit italien de l'arbitrage", *Gaz. Pal.*, 17 ottobre 2006, n.290, § 4. L'equiparazione tra lodo e sentenza viene segnalata come soluzione dominante nel panorama comparatistico anche da Ricci, E.F.: "La *natura* dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite", *Riv. dir. proc.,* 2001, pp. 263 ss., ove scrive che "è *l'equiparazione tra lodo e sentenza a dominare la scena, ancorché gli arbitri siano dei privati*"; Id.: "La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo, (Un grand arrêt della Corte costituzionale)", *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 362, secondo cui "assegnare al lodo effetti di contratto significa collocare l'arbitrato italiano in una situazione di solitudine"; Id.: "Recent case law concerning international effects of an Italian arbitral award:is the Italian supreme court poisoning Italian arbitration?", *Bulletin de l'AssociationSuisse de l'Arbitrage*, 2004, pp. 722 ss., spec. p. 730, ove si legge che "everywhere out of Italy, arbitral awards have res judicata effect and arbitration is thriving". Sull'influenza esercitata dall'esperienza comparatistica sulle scelte legislative *in subiecta materia* si veda Tarzia, G.: "Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze", *Riv. dir. proc.*, s. 2, 1994, fasc. 3, p. 638 s., secondo cui "la linea di tendenza verso il riconoscimento dell'idoneità del lodo alla produzione del giudicato, o di un'efficacia ad esso equiparata, è netta, e che di essa non può disinteressarsi né il legislatore italiano né l'interprete del diritto da esso formato".

76 Recchia, G.: *L'arbitrato nel diritto comparato*, cit., p. 175.

77 Gorla, G.: voce *Diritto comparato*, cit., p. 933.

1. Cenni di diritto dell'arbitrato in Francia.

L'indagine comparatistica non può che inizialmente muovere dalla disamina dell'ordinamento francese[78], tenuto conto della significativa influenza che il modello giuridico transalpino ha da sempre esercitato sull'ordinamento italiano[79], nonché della *leadership* mondiale[80] che il diritto francese ha assunto nella materia dell'arbitrato, da sempre contraddistintosi in senso pionieristico. L'attuale assetto normativo costituisce il precipitato della riforma[81] adottata nel 2011, salutata unanimemente con favore dalla dottrina, che ha scorto in essa un'efficace sintesi tra tradizione e innovazione[82]. L'intervento del 2011, infatti, pur introducendo alcune novità, non ha segnato un momento di drastica discontinuità con le scelte di fondo sedimentate già dagli anni '80, a partire dalla conferma del modello dualista,

78 Esula dall'economia del presente studio la, pur interessante, disamina del fenotipo nel modello di *Common law* inglese. Nel Regno Unito l'arbitrato ha una grande tradizione, viene disciplinato dall'*Arbitation act* più volte aggiornato fino alla forma vigente del 1996 (reperibile su https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents); a Londra hanno sede alcune importanti Camere arbitrali per la risoluzione di controversie commerciali interne ed internazionali.

79 È appena il caso di sottolineare, infatti, il ruolo determinante che il diritto francese ha svolto nella costruzione del sistema del processo civile italiano, sia nel passato, rispetto all'elaborazione dell'abrogato codice di rito del 1865, che nel presente come, ad esempio, per riforme in materia di tutela cautelare e sommaria, in parte ispirate al sistema dei *référés;* sul punto si rinvia a Bonato, G.: "I référés nell'ordinamento francese", in AA.VV.: *La tutela sommaria in Europa* (a cura di A. Carratta), Esi, Napoli, 2012, pp. 35 ss.

80 Bonato, G.*: La natura e gli effetti del lodo arbitrale,* cit., p. 72, riflettendo sulle ragioni che hanno determinato il successo del modello francese, ritiene che il primato in questione sia "stato raggiunto grazie ad una serie di circostanze favorevoli: un legislatore ambizioso che all'inizio degli anni'80 ha elaborato una riforma dell'arbitrato, di stampo liberale, che più di ogni altra ha influenzato le leggi europee in materia", cui è seguita una seconda riforma nel 2011, impregnata dello stesso spirito liberale e finalizzata a mantenere la leadership francese in ambito arbitrale; una giurisprudenza consapevole dell'importanza del fenomeno arbitrale, soprattutto di quello internazionale, che, con il supporto della dottrina, ha saputo elaborare dei principi che hanno contribuito allo sviluppo dell'istituto; la presenza della Chambre de Commerce International a Parigi".

81 Per maggiori approfondimenti sulla riforma del 2011, nell'ambito di una produzione scientifica torrenziale, si richiamano i seguenti contributi: AA.VV.: *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (a cura di Clay), Lextenso, Paris, 2011; Gaillard, E. : " Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international ", *Riv. arb*., 2011, pp. 525 ss.; Gaillard, E., Delapasse, P. : " Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international ", *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 175 ss.; Id. : "Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage", *Cahiers del'arbitrage*, 2011, pp. 263 ss.; Beguin, M.J., Ortscheidt, J., Seraglini, C.: "Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne -*À propos du décret 13 janvier 2011", La semaine juridique*, 2011, n. 322; Notté, G.: "Réforme de l'arbitrage", *La semaine juridique*, 2011, n. 26; Bolléé, S.: "Le droit français de l'arbitrage international après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011", *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 553 ss.; Carducci, G.: "The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law", *Arbitration International*, 2012, pp. 125 ss.; Seraglini, C.: "L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011", *Cahiers del'arbitrage*, 2011, pp. 375 ss.; Nourrisat, C.: "Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage)", *Procédures*, 2011, n. 3, *étude*n. 3; Kleiman, E., Spinelli, J.: "La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signede la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011", *Gazette du Palais*, 27 gennaio 2011, n. 27, pp. 9 ss.; Betto, J.G., López Ortiz, A.: "Francia apuesta por seguir liderando la práctica del arbitraje internacional", *Club esp del Arbitraje*, 11/2011, p. 4 ss.; Cremades, B. : *Francia pone a punto su normativa sobre arbitraje internacional*, *loc. ult. cit*., pp. 139 ss.

82 Emblematiche al riguardo le riflessioni di Gaillard, E., Delapasse, P. : "Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit françaisde l'arbitrage", Cahiers de l'arbitrage, 02/2011, p. 265, i quali osservano come "la conjugaison des deux préoccupations de modernisation et d'accessibilité a conduit à une refonte complète du droit français del'arbitrage"; da segnalare anche lo spunto ermeneutico offerto da Nourissat, C.: "Le nouveau droit français de l'arbitrage", *Rev. proc*., 2011, no 3, étude 3, §5, che, nel delineare i profili teleologici della riforma, assegna un'evidente centralità allo scopo deflattivo della novella, volta a "favoriser le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges dans un contexte de saturation desjuridictions françaises".

incentrato sulla previsione di un duplice regime, dedicato, rispettivamente, all'arbitrato interno ed a quello internazionale[83]. Molti dei profili di novità, peraltro, hanno rappresentato la consacrazione, a livello normativo, di soluzioni abbondantemente sperimentate in seno alla prassi applicativo-giurisprudenziale[84].

Nell'ordinamento francese, al di là della necessità di sceverare *ex ante* tra la pronuncia arbitrale in senso stretto[85] e le altre decisioni adottate all'esito di procedure similari[86], ma non sovrapponibili all'arbitrato, è possibile distinguere ben tre tipologie di lodi arbitrali, rispetto ai quali il *discrimen* è *costituito dall'*estensione degli interessi dedotti come oggetto della controversia. *Ergo*, oltre alla dicotomia tra arbitrato interno, relativo alle pronunce rese all'esito di una controversia avente ad oggetto interessi puramente domestici[87], e arbitrato internazionale[88], ricorrente

83 Contrariamente all'approccio monista che caratterizza le opzioni politico-legislative della maggior parte dei paesi occidentali, come evidenziato da Cremades, A.C.: "El dualismo del nuevo derecho francés delarbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización", *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, pp. 40 ss., spec. p. 42, che segnala l'*unicum* costituito dalla scelta dualista operata dal legislatore francese, a fronte di uno scenario internazionale ove si scorge una "tendencia a la adopción de legislaciones arbitrales monistas".

84 Aspetto, quest'ultimo, chiaramente messo a fuoco nel *Rapport au Premier ministre relatif au décret n°2011 - 48 du 13 janvier 2011 portant réforme del'arbitrage*, in *www.legifrance.gouv.fr*, ove è si legge che: "il est apparu nécessaire deréformer afin, d'une part, de consolider unepartie des acquis de la jurisprudence qui s'est développée sur cette base, d'autre part,d'apporter des compléments à ce texte afin d'en améliorer l'efficacité et, enfin, d'yintégrer des dispositions inspirées par certains droits étrangers dont la pratique a prouvél'utilité".

85 I cui tratti essenziali, a mente della disciplina contenuta nel quarto libro del *code de procédure civile*, si individuano nell'origine consensuale e nella presenza di un terzo imparziale chiamato a risolvere una controversia in base al diritto o all'equità, mediante la pronuncia di una decisione vincolante per le parti. In questo senso si vedano: Jarrosson, C.: *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1988, p. 372, secondo cui l'arbitrato è "l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celleci"; Deboissèson, M. : *Le droit français de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1983, p. 5, secondo cui "l'arbitrage est l'institution par laquelle les partiesconfient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges".

86 Si pensi alle ipotesi di *arbitrage forcès,* nelle quali è la legge ad obbligare la compromissione in arbitri della vita, di talché viene meno la riconducibilità dello stesso all'arbitrato *strictu sensu* inteso, mancando l'elemento volontaristico, che come osserva Loquin, E.: *L'arbitrage du commerce international*, LGDJ, Paris, 2015, § 31, "le caractère volontaire de l'arbitrage est de l'essence decette institution". Né costituiscono vere e proprie forme di arbitrato le multiformi fattispecie conciliative e di mediazione contemplate dalla prassi applicativa d'Oltralpe, alle quali difetta il carattere vincolante del pronunciamento, che può essere rifiutato dalle parti; siffatta distinzione è scolpita non solo a livello dogmatico e definitorio, come dimostra la chiara classificazione di Oppetit, B.: "Arbitrage, médiation et conciliation", *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 307 ss., ma risulta ben governata anche dalla giurisprudenza, che fin da pronunce ormai risalenti, ha negato la sussumibilità nella nozione di arbitrato in relazione a quelle clausole che, pur utilizzando il termine "*arbitrage*", prevedono che la procedura si concluda con "un avis arbitral de conciliation" che, se non accettato da tutte le parti, non impedisce loro di rivolgersi al giudice statale. In termini si vedano Cass., 7 luglio 1971, *La semaine juridique*, 1971, II, n. 16898 e App. Paris, 24 ottobre 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 494, secondo cui "les mentions qui soumettent la sentence arbitrale à l'accord des parties ôtent toutcaractère juridictionnel à l'acte d'arbitrage".

87 Ovvero la decisione resa all'esito di una procedura che "non mette in causa gli interessi del commercio internazionale", secondo la definizione in negativo coniata da Fouchard, P. - Gaillard, E.- Goldman, B.: *Traité de l'arbitrage commercialinternational*, LGDJ, Paris, 1996, p. 901, al fine di mettere ulteriormente in risalto il carattere residuale dell'arbitrato interno.

88 In ordine a siffatta tipologia di sentenza arbitrale si rimanda a Flécheux, G.: "La reconnaissance et l'exécution des sentences internationalesen droit français", *Journées Société de Législation Comparée*, 1986, Vol. 8, p. 571, secondo cui " la sentence internationale se définit en droitinterne français comme étant celle qui *met en cause les intérêts du commerce international*". Al fine di intendere correttamente il criterio di internazionalità adottato nel sistema francese, occorre ricordare che lo stesso è fondato su una concezione prettamente economica, che non tiene conto dell'eventuale presenza di un elemento di estraneità di tipo giuridico. In questo senso si è espresso anche il formante pretorio, come confermano App. Paris, 29 marzo 2001, in

allorquando la decisione incida su interessi afferenti al commercio transnazionale, il diritto francese offre altresì un *tertium genus* di pronuncia arbitrale, consistente nella *sentenza arbitrale resa all'estero,* o, *rectius*, emessa all'esito di una procedura di arbitrato la cui sede territoriale sia stata fissata fuori del territorio della Repubblica francese[89].

La disciplina degli effetti riconducibili alla decisione arbitrale, con riferimento all'arbitrato interno, si arguisce dal combinato disposto degli artt. 1484 e 1485 del *Code civil,* dalla cui lettura gli interpreti traggono l'operatività del principio di *dessaisissement*[90]*,* da intendersi alla stregua di un effetto consumativo rispetto alla cognizione degli arbitri, che restano dunque vincolati alla statuizione resa in ordine alla questione oggetto di contestazione ad opera delle parti.

Al fine di comprendere adeguatamente l'effetto della decisione arbitrale occorre attentamente analizzare la portata che il concetto di cosa giudicata assume nell'ordinamento francese, il che vale tanto per la decisione resa dagli arbitri quanto per quella emessa dall'Autorità giudiziaria. L'esperienza giuridica francese[91], infatti, ignora la distinzione tra giudicato formale e sostanziale, che rappresenta, invece, un vero e proprio *topos* della tradizione italiana[92].

Revue de l'arbitrage, 2001, p. 543, con nota di Bureau, D., secondo il quale, il codice di rito ha adottato "une définition exclusivement économique de l'arbitrage international selon la quelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État" e Cass., 26 gennaio 2011, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 312.

89 Al riguardo giova evidenziare che, già dall'esame della locuazione "sentence rendue à l'étranger", emerge la volontà del legislatore francese di rendere irrilevante la distinzione fondata sulla nazionalità dei compromittenti. La sentenza arbitrale "par définition, échappe à toutordre juridique, qui n'est rendue au nom d'aucune souveraineté et dont les éléments d'extranéité varient à des degrés différents"; in questi termini Perrot, M.R.: "Sur la réforme de l'arbitrage international, Travaux du Comité français de droit international privé", 1981-1982, LGDJ, Paris, 1985, pp. 53 ss., spec. p. 60 s.). La giurisprudenza, dal canto suo, non ha mancato di puntualizzare che la distinzione tra decisioni in materia di arbitrato interno e decisioni in materia di arbitrato internazionale acquista importanza solo rispetto alle pronunce rese in Francia, mentre perde di rilievo in relazione ai lodi stranieri, per i quali la legge prevede lo stesso trattamento giuridico, abbiano questi ad oggetto degli interessi puramente locali oppure degli interessi del commercio internazionale *cfr.* (Cass., 17 ottobre 2000, *Revue de l'arbitrage,* 2000, p. 648 ss., con nota di P. Mayer).

90 Si tratta di un effetto già evincibile sulla base della disciplina vigente prima della riforma del 2011, come evidenziano Jarrosson, C. - Pellerin, J.: "Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13janvier 2011", *Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage*, 1/2011, p. 39, secondo il quale "le droit anterieur de l'autorité de la chose jugéen'est donc pas affecté par la réforme". Appaiono ancora attuali, pertanto, le riflessioni dottrinali sviluppatesi in relazione al formante normativo anteriore alla riforma, tra le quali si richiamano i contributi di Moreau, B.: "Le prononcé de la sentence arbitrale entraînet elle dessaissement de l'arbitre?", AA.VV.: *Mélanges en honneur de Jean-François Poudret*, LexisNexis, Lausanne, 1999, pp. 453 ss.; Mayer, P.: "Litispendence, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", in AA.VV.: *Mélanges en l'honneur de Claude Raymond*, LGDJ, Paris, 2004, pp. 185 ss.

91 Una disamina esaustiva del diverso modo di atteggiarsi dell'autorità di cosa giudicata nell'ordinamento italiano ed in quello francese è stata condotta da Querzola, L.: *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 62 ss. Né può trascurarsi che l'autorità di cosa giudicata compete, nell'ordinamento transalpino, anche alla transazione, intesa alla stregua di un "équivalent juridictionnel". Sul punto si veda Nouvel, P.: "L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction", *Procédures*, agosto 2007, *étude* n. 18.

92 Sul punto si richiamano Menchini, S.: "Regiudicata civile", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 404 ss., spec. p. 408; Id., *Il giudicato civile* 2, cit., p. 21 ss.; Punzi, C.: *Il processo civile*, I, cit., p. 46 ss.

L'*autorité de la chose jugée* nel diritto francese appare, e*x adverso*, come un effetto-attributo solo provvisoriamente prodotto dalla decisione, suscettibile di essere revocato in dubbio mercé il ricorso ai mezzi di impugnazione[93]; basti osservare, al riguardo, che, a mente dell'art. 561 del *code de procédure civile* "L'appel remet la chose jugée en question devant la chose juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et endroit". Ne deriva la necessità di operare un distinguo sul piano concettuale, totalmente sconosciuto all'esperienza italiana, tra il passaggio in *force de chose jugée*, correlato al venir meno dell'esperibilità dei c.d. mezzi di impugnazione *sospensivi*, e l'acquisizione del carattere dell'irrevocabilità della sentenza, la statuizione giudiziale divenendo *irrevocable* solo allorquando non siano più proponibili tutti gli altri mezzi di impugnazione[94].

La peculiarità fenomenologica consiste, dunque, nell'affiancare all'autorità di cosa giudicata *au principal*, che arride ad una statuizione idonea a dettare una disciplina immutabile del rapporto giuridico controverso, un'autorità *au provisoire*. Tale *qualitas* è relativa ad un provvedimento che, da una parte, è portatore di una tendenziale stabilità, assimilabile alla figura del giudicato cautelare, e, dall'altra, non è tuttavia tale da vincolare il giudice, potendo essere rimesso in discussione laddove venga in rilievo una metamorfosi delle circostanze divisate al momento della decisione, come accade, ad esempio, per le ordinanze di *référé*[95], contrassegnate

93 Al riguardo, alcuni autori italiani hanno evidenziato, in chiave critica, come il concetto di cosa giudicata venga evocato dal legislatore francese in modo improprio, come sottolinea anche Carpi, F.: "Art. 824-bis", in AA.VV.: *Arbitrato* 2, diretto da Carpi, III, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 590, il quale afferma che "l'efficacia del lodo è una qualità sua specifica anche in quegli ordinamenti che parlano, come il francese in maniera forse imprecisa, di 'autoritéde la chose jugée', con la stessa terminologia che poi è prevista, guarda caso, per la transazione"; proprio il parallelismo con la transazione aveva indotto risalente dottrina francese a prospettare la natura contrattuale del lodo, negando che lo stesso avesse carattere pubblicistico. Tesi, quest'ultima, sostenuta da Mezger, E.: "Note sous App. Paris, 20 juin 1980", *Revue de l'arbitrage*, 1981, pp. 428 ss., spec. p. 432; Bellet, P., Mezger, E.: "L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile", *Revue critique de droit international privé*, 1981, pp. 611 ss., spec. p. 648, ma nel corso degli anni abbandonata.

94 Ed invero, a norma dell'art. 500 del *code de procédure civile* "A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution", ossia l'appello e l'*opposition*. Sulla distinzione tra *autorité de la chose jugée*, *force de chose jugée* e *irrévocabilité* della sentenza statale, si vedano tra gli altri: Martin, R., Mas, D.: "Voies de recours. Dispositions communes", *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 705, Paris, 1995, p. 2, i quali ricordano che la "chose jugée est attachée en puissance au jugement dès qu'ilest prononcé, mais qu'elle ne peut être mise en acte que sous réserve des voies derecours"; Perrot, M.R. - Fricerio, N.: "Autorité de la chose jugée", *Juris classeur, Procédure civile*, fasc. 554, Paris, 2011, § 66 ss.; Foyer, J.: *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Paris, 1954, p. 193, che ricorda che "une fois rendu tout jugement est revêtu de l'autorité de la chose jugée qui, cependant, n'a qu'un caractère provisoire, étant l'acte qui la contient soumis aux voies de recours. L'autorité devient parfaite seulement après l'épuisement des voies de recours ordinaires"; Tomasin, D.: *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, Paris, 1975, p. 178 ss.; Cadiet, L., Jeuland, E.: *Droit judiciaire privé,* X ed., LGDJ, Paris, 2017, p. 78, secondo il quale la qualificazione di *jugement irrévocable* spetta alla decisione che è "insusceptibles de recours"; Guinchard, S., Chainais, F., Ferrand, C.: *Procédure civile,* VI ed., LGDJ Paris, 2019, p. 761, i quali ricordano che la presunzione di verità collegata alla cosa giudicata diventa "irréfragable à partir du moment où les délais des voies de recours extraordinaires ne peuvent plus être exercées". In giurisprudenza è particolarmente utile richiamare la nozione di decisione definitiva coniata da *Cass*., 8 luglio 2004, n. 02-15.893, in *www.lexisnexis.com*, ove si legge che "la notion dedécision 'définitive', qui peut être attaquée par une voie de recours, doit être distinguée de celle de décision irrévocable, qui ne peut plus être remise en cause par l'exercice d'unevoie de recours ordinaire ou extraordinaire".

95 Per ulteriori approfondimenti si vedano le riflessioni di Bonato, G.: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale,* Esi, Napoli, 2012, p. 97, nonché Id.: "I référés nell'ordinamento francese", *La tutela sommaria in Europa - Studi* (a cura di A. Caratta), Esi, Napoli, 2012, p. 50.

da spiccati tratti di interinalità. Pertanto, il lodo, così come la sentenza resa dal giudice ordinario, presenta, al momento della sua emanazione, un'autorità di cosa giudicata solo provvisoria, destinata a divenire definitiva solo al venir meno degli ordinari mezzi di reazione processuale. Inoltre, l'esecutività del lodo è subordinata all'emissione di un'ordinanza di *exequatur,* di competenza del *tribunal de la grande instance,* che giunge all'esito di una procedura non caratterizzata dal contraddittorio, potendo il collegio pronunciare *inaudita altera parte*[96], e che postula, altresì, uno scrutinio di compatibilità con il principio di ordine pubblico della decisione arbitrale[97].

Il sistema processuale civile francese contempla una disciplina unitaria per "il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali emanate all'estero e di quelle in materia di arbitrato internazionale"[98].

Entrambe le categorie di lodi sono assoggettate al riconoscimento da parte del *tribunal de la grande instance*[99], quantunque le decisioni emesse all'esito di arbitrati internazionali, aventi sede in Francia, producano, fin dal momento della loro emanazione, l'*acutoritas rei iudicatae;* contraddizione, quest'ultima, che non è sfuggita all'occhio critico della dottrina d'Oltralpe[100].

In disparte i rilievi circa la coerenza sistematica della sua previsione, il subordinare il lodo arbitrale alla procedura di riconoscimento, e, dunque, in definitiva, al vaglio circa la conformità dello stesso all'ordine pubblico, significa rendere possibile una contestazione dell'ingiustizia sostanziale di una statuizione che ha già acquisito l'autorità di cosa giudicata, il che evidentemente non è consentito in relazione alla sentenza. La pronuncia giudiziale, infatti, una volta verificatosi il passaggio

96 Il formante pretorio ha consacrato la legittimità della procedura *inaudita altera parte* nel procedimento di omologazione già in relazione al sistema vigente anteriormente alla riforma del 2011. In termini si rimanda a Cass., 9 dicembre 2003, *Revue del'arbitrage*, 2004, p. 337ss., con nota di Bollée, S.

97 Alcune ipotesi di diniego di *exequatur* per contrarietà all'ordine pubblico del lodo arbitrale si veda Bonato, G.: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale,* cit. p. 99, nota 89, ove si richiamano Cass., 17 giugno 1971, *Recueil Dalloz*, 1971, p. 177; App. Paris, 11 luglio 1978, *Revue de l'arbitrage*, 1978, p. 538, con nota di Viatte, J..

98 In specie l'art. 1514 dispone che: "Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international". In merito Jarrosson, C., Pellerin, J.: *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., p. 67, ribadiscono che le previsioni in materia di riconoscimento ed esecuzione di cui al capitolo III del titolo II del libro IV del *code de procédure civile* si applicano tanto ai lodi internazionali quanto a quelli resi all'estero, con la conseguenza che "il n'y a pas de régime propre à chaque catégorie de sentences".

99 Proprio su tale profilo si è innestata una delle più significative novità della riforma del 2011, che ha accentrato in capo al presidente del *tribunal de grande instance* di Parigi la competenza a concedere il riconoscimento in relazione a tutti i lodi stranieri. Sul punto si rimanda alle osservazioni di Seraglini, C.: *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après ledécret n°2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., p. 379, secondo cui "cette concentration decompétence dans les mains d'un juge 'dédié' à cette tâche ne peut que favoriser l'exequatur des sentences arbitrales".

100 I commentatori della riforma hanno infatti evidenziato che il regime del riconoscimento "difficilement sa place entre la règle qui confère de plein droit à la sentence, dès son prononcé, autoritéde chose jugée et celles qui régissent l'exequatur". *Cfr.* al riguardo Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 904.

in giudicato, non può più essere rimessa in discussione, nemmeno laddove si appalesino profili di contrasti della stessa con l'ordine pubblico.

Alla luce del panorama normativo sommariamente delineato, la comunità degli interpreti in Francia si è posta il problema della natura e degli effetti del lodo arbitrale, dando vita ad un *discussant* che, pur non assumendo la portata che lo stesso interrogativo ha acquisito nell'esperienza italiana, non ha mancato di far emergere un'interessante poliedricità ricostruttiva. In particolare, l'impostazione prevalente arguisce dalla formula dell'art. 1484 del *Code* una perfetta equivalenza[101] tra decisione arbitrale e pronuncia giudiziale, quantomeno sotto il profilo degli effetti di tali statuizioni, tra le quali si ravvisa, pertanto, una perfetta sovrapponibilità. Si registra dunque una sostanziale concordia degli studiosi nel senso di una ricostruzione dell'arbitrato in termini quantomeno para-giurisdizionali, con conseguente equiparazione del lodo alla sentenza e, quindi, dell'arbitro privato al giudice togato: di talché, mediante la clausola compromissoria le parti realizzano la sostituzione del primo al secondo[102].

Nondimeno, è sufficiente spostare il piano dell'indagine dal profilo effettuale a quello della natura del lodo, per rendersi agevolmente conto dell'esistenza di molte sfumature di pensiero, all'interno delle quali maturano significativi *distinguo* tra la decisione arbitrale e la pronuncia giudiziale. Basti rilevare, al riguardo, come molti *scholars* transalpini puntualizzino la differenza che investe la fonte del potere decisionale attribuito, rispettivamente, agli arbitri privati ed al giudice ordinario. Ed invero, mentre l'Autorità giudiziaria "relève d'un service public", l'attività posta in essere dagli arbitri presenta un carattere privato, non avendo alcun "lien organique avec le détenteur de la souveraineté, ne s'insère dans aucun ordre préétabliet jouit d'une parfaite autonomie"[103].

101 Alcuni autori arrivano infatti a teorizzare "la parfaite équivalence de la sentence arbitrale et du jugement judiciaire, en ce qui concerne les effets". In termini Ricci, E.F.: "La crise de l'arbitrage juridictionnel en Italie", *Rev. Arb.*, 2002, p. 859, in nota; Id.: *Recent case law concerning international effects of an Italian arbitral award*, cit., p. 730, in nota, ove si legge che "French authors explain that arbitral award is the equivalent of a court judgment, regarding the res judicata effect", ancora Id.: "La Cassazione insiste sulla natura *negoziale* del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici", *Riv. dir. proc.,* 2002.

102 In questi termini, *ex plurimis,* Cornu, G., Foyer, J.: *Procédure civile* 3, LJDC, Paris, 1996, p. 59 ss.; Cornu, G., "Présentation de la réforme", *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 586, secondo il quale l'art. 1484 costituisce la disposizione con la quale il legislatore afferma definitivamente l'equiparazione tra sentenza arbitrale e giurisdizionale. Nella stessa direzione si vedano Guinchard, S., Chainais, C., Ferrand, F.: *Procédure civile,* LGDJ, Paris, 2015, p. 1507, i quali scrivono che dall'art. 1484 si deduce che il lodo "constitue un acte juridictionnel, émanant d'un juge privé, mais qui produit les mêmes effets qu'une décision de justice"; Robert, J., Moreau, B.: *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1983, p. 170, secondo i quali attualmente "le caractère juridictionnel de la sentence arbitrale s'affirme beaucoup plus large-ment dans le nouveau texte"; Cadiet, L., Normand, J., Amarani-Mekky, S.: *Théorie générale du procès*, II ed., LGDJ, Paris, 2013, p. 894, secondo cui "l'arbitre est un juge et la sentence qu'il prononce un jugement"; Cadiet, L., Jeuland, E.: *Droit judiciaire privé*, X ed., LexisNexis, Paris - New York, 2017. p. 756; Cadiet, L.: "L'économie des conventions relatives à la solution des litiges", in AA.VV.: *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (a cura di L. Deffains), LGDJ, Paris, 2001, p. 315 ss., spec.p. 320; Id.: "I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 1169 ss., spec. p. 1171, secondo cui "l'arbitro è un giudice e la pronuncia arbitrale una sentenza".

103 Oppetit, B.: "Justice étatique et justice arbitrale", in AA.VV.: *Mélanges en l'honneur de Pierre Bellet*, LGDJ, Paris, 1991, pp. 415 ss., spec. p. 422; Id.: *Théorie de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1998, pp. 30 ss., per l'elenco delle

Una significativa conferma della necessità di operare tale distinzione viene tratta dalla previsione normativa che non riconosce al collegio arbitrale la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità in via principale; previsione, quest'ultima, che la dottrina estende a livello interpretativo anche alla possibilità di proporre rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia europea *ex* art. 267 T.U.E[104]. Secondo molti interpreti, le previsioni in commento possono giustificarsi solo negando la natura giurisdizionale del collegio arbitrale, che, per contro, deve essere considerato alla stregua di una *justice privée d'origine conventionnelle*[105].

Ne deriva, secondo la migliore letteratura d'Oltralpe, che una valutazione sistematica del formante normativo impone di tenere nettamente distinti i profili attinenti, rispettivamente, alla natura e agli effetti dell'arbitrato. Seguendo tale ordine di idee, si giunge a scorgere nell'istituto arbitrale una sorta di Giano bifronte, nel senso che, mentre l'origine dell'arbitrato presenta carattere contrattuale, dallo stesso discendono effetti di natura giurisdizionale[106]. D'altra parte, i più acuti

differenziazioni tra giustizia arbitrale e giustizia statale derivante dalla diversità delle loro rispettive fonti. Anche Cornu G. - Foyer, J.: *Procédure civile* 3, cit., p. 58, scrivono che: "La justice étatique et la justice arbitrale sont lesdeux modes distincts, et pourtant tous deux juridictionnels, de solution des litiges"; per poi aggiungere che "l'identité de la fonction qui rapproche la justice étatique et la justice arbitrale ne saurait masquer la dissemblance profonde des organes qui l'exercent" (p. 61). Sottolineano che l'arbitrato trae origine dalla volontà delle parti compromittenti anche: David, R.: *L'arbitrage dans le commerce international*, LGDJ, Paris, 1982, p. 9, che definisce l'arbitrato come "une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressantles rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes–l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État"; Nella stessa direzione si veda anche Panou, C.: *Le consentement à l'arbitrage*, IRJS Editions, Paris, 2011, p. 23, la quale specifica che il potere del giudice e quello dell'arbitro non si situano sullo stesso piano, in quanto: "Justice privée, l'arbitrage tire sa force de la volonté des parties: là où le juge état i que bénéficie d'une investiture générale en sa qualité de magistrat, le juge privé qu'est l'arbitre ne dispose que d'une mission délimité e ratione materie et ratione temporis parla convention d'arbitrage, qu'il tient donc exclusivement des parties elle-mêmes".

104 Il riferimento è alla riforma costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008, all'art. 61-1 Cost., successivamente attuata con la legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, commentata, in dottrina, da Levy, D.: "Devant qui soulever la question prioritaire de constitutionnalité", in AA.VV.: *La question prioritaire de constitutionnalité* (a cura di D. Rousseau), Gazette Palais, Paris, 2012, p. 25. È appena il caso di precisare che la soluzione cui ha aderito il legislatore francese risulta opposta a quella fatta propria dall'omologo italiano, che, con la riforma del 2006, ha espressamente conferito agli arbitri la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via principale.

105 In questo senso si è espressa non solo la dottrina, come testimoniano le riflessioni di Rousseau, D.: *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1990, p. 244; AA.VV.: *QPC La question prioritaire de constitutionnalité* (a cura di X. Magnon), LexisNexis, Paris, 2011, p. 185, secondo cui "les tribunaux arbitraux ne doivent pas être considérés comme étant en mesure de transmettre une QPC [questione prioritaria di costituzionalità], parce qu'ils n'ont pas la qualité de juridiction", ma anche Cass., 28 giugno 2011, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1754, con nota di Lienhard, A.: che, nell'esercizio della propria funzione di ulteriore filtro del sindacato di costituzionalità, ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata da un arbitro, proprio sul rilievo che tale organo "investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel".

106 L'orientamento incline a contrapporre la natura convenzionale agli effetti pubblicistici dell'arbitrato annovera, tra i suoi corifei, In questa direzione si veda Seraglini, C.: *L'arbitrage commercial international*, cit., p. 950, secondo il quale l'arbitrato è una "justice volontaire et privée", ossia "un modede résolution des litiges par le quel les parties, d'un commun accord, décident des oustraire l'examen de leur litige aux juridictions étatiques et d'en confier le règlement définitif à une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent à cet effet et investies, pour la circonstance, de la mission de juger"; Croze, H., Fradin, O., Morel, C.: *Procédure civile* 4, Dalloz, Paris, 2008, p. 234, secondo i quali l'arbitrato si caratterizza per "un mélange d'autonomie de la volonté et d'activité juridictionnelle"; Bolard, G.: "Clôture sur l'arbitrage: L'arbitrage, la juridiction et le contrat", in AA.VV.: *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution* (a

interpreti evidenziano come il riconoscimento del carattere giurisdizionale della pronuncia resa all'esito di una procedura arbitrale non comporti necessariamente un'equiparazione del lodo alla sentenza, essendo anzi perfettamente possibile ipotizzare una *specificità* del lodo rispetto alla sentenza emessa dall'Autorità giudiziaria statuale[107]. La menzionata specificità, d'altronde, non costituisce una mera elucubrazione teorica, essendo sufficiente anche un esame superficiale del panorama normativo per avvedersi che lo stesso è disseminato di tracce della peculiarità del lodo arbitrale. Si pensi, ad esempio, già al profilo strutturale della pronuncia, tenuto conto che, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza, la soluzione della lite non deve essere necessariamente scolpita nel dispositivo, essendo sufficiente che la stessa sia enunciata chiaramente nell'ordito motivazionale[108]. Tale peculiarità viene valorizzata dagli studiosi, secondo i quali essa non può essere ridotta ad un mero orpello stilistico, dal momento che la *ratio* del minor rigore formale nella tecnica di redazione del provvedimento si riannoda direttamente all'origine contrattuale dell'arbitrato[109].

2. I sistemi monisti: panoramica delle soluzioni adottate in Belgio, Spagna e Brasile.

L'ordinamento belga aderisce, come la maggior parte degli orditi giuridici continentali, all'impostazione monista, in virtù della quale non viene operata alcuna distinzione tra arbitrato interno e internazionale[110]. La dottrina belga

cura di L. Cadiet), LexisNexis, Paris, 2005, p. 313 s., secondo cui l'arbitrato è "irréductiblement composé d'éléments contractuels et d' éléments juridictionnels", da cui deriva il suo "caractère composite"; Perrot, R.: "L'arbitrage, une autre justice", *Petites affiches*, 2003, n. 197, pp. 32 ss., il quale sottolinea "la nature hybride de l'arbitrage, cette institution en équilibre instable, avec un pied dans le contrat par sa source, et un autre dans la justice par ses résultats". La dualità dell'arbitrato è, in ogni caso, messa in luce anche da Cadiet, L.: *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à laconciliation*, in AA.VV.: *Mélanges en l'hommeurs de Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, p.126, secondo cui l'arbitrato è "contractuelle et processuelle".

107 Tale assunto è stato fatto proprio financo dalla Cassazione francese, che, nel "Rapport de la Cour de Cassation 2001", *La documentation française*, Paris, 2002, p. 469 ss., rimarca la "nature hybride de la sentence arbitrale qui a certes un caractère juridictionnel, mais dont l'origine conventionnelle la distingue du jugement"; di talché proprio "les spécificités" della giustizia privata si oppongono "à une parfaite adéquation" della "autorité de la chose arbitrée" del lodo con l'*autorité de la chose jugée* della sentenza statale. Il rapporto della Suprema Corte francese è citato da Bonato, G.: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale,* cit. p. 114. Per una disamina delle differenze tra sentenza arbitrale e *jugement etatique* si veda il contributo di Perrot, M.R.: "L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de procédure civile", *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 645 ss.

108 Sul punto si veda Cass., 25 marzo 1999, *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 311 ss., con nota di Racine, J.B.

109 Ed infatti, osserva Racine, J.B.: "Note sous Cass., 25 mars 1999", *Revue de l'arbitrage*, 1999, pp. 311 ss., "il n'est pas possible de pousser l'assimilation de la sentence [arbitrale] et du jugement au point de soumettre les deux à un régime entièrement identique. Il existe un particularisme irréductible attaché à la sentence, particularisme qui tient essentiellement à l'origine conventionnelle des pouvoirs juridictionnels des arbitres. C'est pourquoi des règles spécifiques doivent s'appliquer à la sentence arbitrale. La justice arbitrale réclame en effet plus de souplesse que la justice étatique". Sul punto si veda anche Jarrosson, C.: "L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales", *Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage*, §7, che parla di una "exception partielle et limitée à l'analogie entre jugement et sentence".

110 In prospettiva diacronica va rilevato che le disposizioni relative all'arbitrato, inizialmente introdotte con la legge del 4 luglio 1972, albergano nella parte sesta del *code judiciaire* (artt. 1676-1723); tale disciplina, dopo un primo e limitato intervento risalente al 1985, è stata oggetto di una riforma sistematica con la legge del 19 maggio 1998. Per una panoramica sul sistema vigente in Belgio si rimanda a Keutgen, G.: "La nouvelle

concepisce il lodo come un *acte de juridiction privée*, dotato di tutti gli *attributs* tipici della sentenza statale (che prende il nome di *jugement*), con l'unica eccezione dell'efficacia esecutiva[111]. Tuttavia, l'assimilazione tra lodo e sentenza, che una parte degli interpreti intende come un'acquisizione ormai definitiva e non più revocabile in dubbio nell'ordito belga[112], viene da altra dottrina utilizzata *cum grano salis,* non mancando, a giudizio di numerosi autori, caratteristiche peculiari[113], della pronuncia arbitrale, proprio in virtù delle quali si afferma anche in Belgio la tesi predicativa della natura autonoma dell'arbitrato rispetto alla sentenza giudiziaria. Né risulta estranea al panorama concettuale territoriale l'ulteriore impostazione, che scorge nell'arbitrato un istituto intermedio tra la convenzione *jure privatorum* e la vera e propria pronuncia giudiziale, nello specifico senso che il fenomeno arbitrale, pur presentando un'indubbia *mission juridictionnelle*[114], origina pur sempre da una fonte pattizia[115].

In particolare, similmente a quanto già rilevato in relazione al modello francese, l'autorità di cosa giudicata, tanto del lodo quanto della sentenza[116], si presenta "*conditionelle",* nel senso che tale effetto, pur producendosi fin dall'emanazione della sentenza e dalla comunicazione del lodo alle parti, appare nondimeno

loi sur l'arbitrage", *Journal des tribunaux*, 1998, 50, pp. 761 ss.; Hanotiau-Block, B.: "La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage", *Bulletin de l'Association Suisse de l'arbitrage*, 1998, pp. 528 ss.; Horsmans, G.: "La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1999, pp.475 ss.; Verbist, H.: "Reform of the Belgian Arbitration Law (The law of 19 May 1998)", *Revue des affaires internationales*, 1999, pp. 842 ss.; Righetti, G.: "La riforma dell'arbitrato in Belgio (legge 19 maggio 1998)", *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 1087 ss.; De bournonville, P.: *L'arbitrage*, Larcier, Bruxelles, 2000, *passim*; De Leval, G.: *Eléments de procédure civile* 2, Larcier, Bruxelles, 2005, pp. 463 ss.; Keutgen, G., Dal, G.A.: *L'arbitrage en droit belge et international* 2, I, Larcier, Bruxelles, 2006, *passim*.

111 De Bournonville, P.: "La sentence arbitrale", *Revue de droit international et de droit comparé*, 1996, pp. 58 ss., che scrive che "toute controverse est désormais exclue: la sentence arbitrale est un acte de juridiction privé; la loi du 4 juillet 1972 a en effet consacré formellement la nature juridictionnelle de la sentence".

112 Di questo avviso, ad esempio, risulta essere Van Comperolle, J.: "Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1994, pp. 647 ss., spec. p. 653, che scrive: "il n'est plus contestable que la sentence arbitrale revêt la même nature et produit les mêmes effets qu'un jugement".

113 Il profilo differenziale di maggior rilievo ermeneutico verte in ordine all'*autorité de la chose jugée*: ed invero, mentre l'art. 24 del *code judiciaire* dispone *sic et simpliciter* che la sentenza statale assume l'autorità di cosa giudicata fin dalla sua emanazione ("toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée"), l'acquisizione di tale qualità da parte del lodo è subordinata al ricorrere delle condizioni indicate dall'art. 1703, tra le quali spicca la conformità con l'ordine pubblico. Sul punto Krings, E.: "L'exécution des sentences arbitrales", *Revue de droit international et dedroit comparé*, 1976, pp. 181 ss., spec. p. 183; De Bournonville, P.: *L'arbitrage*, cit., p. 194; De Leval, G.: *Eléments de procédure civile* 2, cit., p. 496, secondo cui la sentenza arbitraleè "revêtue de l'autorité de la chose jugée moyennant le respect des quatre conditionsénumérées à l'article 1703"; Keutgen, G., Dal, G.A.: *L'arbitrage en droit belge et international* 2, I, cit., p. 440.

114 L'espressione è tratta da De Bournonville, P.: *L'arbitrage*, cit., p. 55.

115 Sul carattere misto dell'arbitrato si vedano Keutgen, G., Dal, G.A.: *L'arbitrage en droit belge et international* 2, I, cit., p. 45, i quali definiscono l'arbitrato come "une institution originale, étrangère comme telle au contrat et à la juridiction", che si conclude con un "jugement privé", ossia come "une institution autonome, dotée d'un régime original qui tend à concilier l'efficacité nécessaire avec les garantiesque les parties sont en droit d'exiger".

116 Si badi, peraltro, che, a mente dell'art. 2052 del codice civile belga, il concetto di cosa giudicata viene esteso financo alla transazione, della cui natura contrattuale non vi è motivo di dubitare. La norma in commento dispone infatti che "Les transactions ont, entre les parties,l'autorité de la chose jugée en dernier ressort".

subordinato all'esaurimento dei mezzi di impugnazione[117]. Né può trascurarsi che l'orientamento dominante neghi che l'autorità di cosa giudicata del lodo possa essere invocata *ultra partes,* essendo controverso se al lodo possa attribuirsi il diverso carattere della *opposabilité*[118] nei confronti dei terzi; *ex adverso*, si registra una sostanziale concordia nel ricondurre al lodo la produzione di effetti, *latu sensu,* probatori verso i terzi[119].

L'attuale assetto del formante normativo spagnolo in materia di arbitrato compendia un lungo *iter* evolutivo[120], culminato con l'emanazione della *Ley* n. 11/2011 del 20 maggio 2011[121], innestatasi, a seguito di una laboriosa gestazione, testimoniata anche dall'interesse che gli autori spagnoli hanno dedicato all'esame dei lavori preparatori[122], sul tronco della *Ley de Arbitraje* (LA) n. 60 del 23 dicembre 2003. Anche l'ordinamento spagnolo pare aderire, in termini generali,

117 Il che induce De Leval, G.: *Eléments de procédure civile 2*, cit., pp. 246 ss., a discorrere di una "gradation de la chose jugée".

118 I dubbi sulla "opposabilité" del lodo ai terzi sono alimentati dalla circostanza che il *code judiciaire* non indica quali mezzi di impugnazione siano attivabili dai terzi per reagire ad un lodo lesivo dei loro interessi. *Cfr.*, sul punto, Van Comperolle, J.: *Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude*, cit., p. 660; De Bournonville, P.: *L'arbitrage*, cit., p. 196.

119 Si riconosce, infatti, "une certaine force probante authentique en raison de son caractère juridictionnel", vale a dire che il lodo assume un'efficacia probante, fino a querela di falso, di quanto gli arbitri attestano essere avvenuto in loro presenza, pur sempre nei limiti delle loro attribuzioni, il che equivale ad assimilare, quantomeno sotto il profilo della valenza probatoria, il lodo arbitrale all'atto pubblico. In termini Caprasse, O.: "La sentence arbitrale", *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Larcier, Bruxelles, 2002, p. 689, secondo il quale il lodo ha l'efficacia di piena prova "des constatations faites personnellement par le tribunal arbitral qui ne participent pas au rôle volitif du tribunal et pour autant que le tribunal soit resté dans les limites de ses attributions". Si rinvia anche a De Leval, G.: *Eléments de procédure civile* 2, cit., p. 497, che parla di un'efficacia probatoria del lodo "*semblable*" a quella della sentenza statale; Debournonville, P.: *L'arbitrage*, cit., p. 195, il quale non mette indubbio l'efficacia di piena prova del lodo ma afferma, tuttavia, che "la nature de l'arbitrage comme la qualité privée de l'auteur de la décision arbitrale peuvent à cet égardentretenir la discussion"; Keutgen, G., Dal, G.A.: *L'arbitrage en droit belge et international*, I, cit., p. 409; Linsmeau, J.: *L'arbitrage volontaire*, Bruylant, Bruxelles, 1991, p. 53.

120 Tale *iter* prende le mosse addirittura dalla *Ley de Arbitraje de Derecho privado* del 22 dicembre del 1953, seguita dalla *Ley de Arbitraje* n. 36/1988 del 5 dicembre 1988. Per approfondimenti dottrinali relativi alla legislazione previgente si rinvia, senza pretesa di esaustività, a Mantilla Serrano, F.: "La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 225 ss.; Verdera y Tuells, M.E.: "La nouvelle loi espagnole sur l'arbitrage", *Les Cahiers de l'arbitrage*, III (a cura di A. Mourre), Pedone Ed., Paris, 2006, pp. 194 ss.; Munné Catarina, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, *passim*; Ramos Méndez, F.: "El arbitraje internacional en la nueva ley española de arbitraje", in AA.VV.: *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, pp. 2151 ss.; Gonzalo Quiroga, M.: "La nuova legge spagnola sull'arbitrato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 889 ss.; Merino Merchánd, J.F., Chillón Medina, J.M.: *Tratado de derecho arbitral*, Civitas Ed., Madrid, 2006, *passim*; AA.VV., *Curso de derecho arbitral* (a cura di J. F. Merino Merchán), Tirant Lo Blanch Ed., Valencia, 2009, *passim*; Cordón Moreno, F.: *El arbitraje de derecho privado*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, *passim*; Id.: *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2010, *passim*.

121 In ordine all'ultima riforma in materia arbitrale si vedano Perales Viscasillas, M.: "La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Commercial y de Inversiones*, 2011, pp. 667 ss.; Stampa, G.: "La Reforma de la Ley de Arbitraje", *LaLey*, ottobre 2011, p. 5 ss.; Id.: "La Reforma de la Ley de Arbitraje", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Commercial y de Inversiones*, 2012, pp. 91 ss. Sul lodo dopo la riforma del 2011 si vedano: Sánchez Pos, M.V.: "La Validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje", *La Ley*, ottobre 2011, pp. 9 ss.; Ripol Carulla, I.: "La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011", *Spain Arbitration Review*, 2011, pp. 93 ss.

122 La legge in questione, infatti, era stata anticipata da un *Anteprojecto* di riforma della *Ley de Arbitraje,* licenziato dal Governo spagnolo nel 2010, su cui Gómez Jene, M.: "Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Arbitraje", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Commercial y de Inversiones*, 2011, p. 77 ss. Da segnalare, altresì, che sulla materia dell'arbitrato ha inciso anche la *Ley* n. 13 del 3 novembre 2009 (*de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*, in merito alla quale si veda,

all'impostazione monistica nella strutturazione della disciplina dell'arbitrato, sebbene non manchino disposizioni *ad hoc* per l'arbitrato internazionale[123].

Con specifico riguardo al lodo[124], va subito valorizzata l'attribuzione agli arbitri del potere di emanare anche lodi parziali, nel cui ambito sono ricomprese non solo statuizioni che definiscono una parte soltanto della *regiudicanda,* in quanto relative a singole domande o eccezioni, ma anche strumenti di tutela anticipatoria ed interinale di natura cautelare[125].

Alla riforma del 2011 va *sine dubio* ascritto il merito di aver fatto chiarezza circa gli effetti del lodo[126], avendo il legislatore definitivamente chiarito che produce quelli propri della *res iudicata,* sin dal momento della sua emanazione, con la conseguenza, finora molto dibattuta in letteratura[127], che non solo la *revisiòn*[128]*,* ma anche la *accion de anulaciòn* devono essere qualificate come veri e propri mezzi per impugnare la *firmeza* prodotta dal lodo.

Un elemento di peculiarità della legislazione spagnola in tema di arbitrato concerne, senza dubbio, il profilo dell'efficacia esecutiva, atteso che, mentre nella maggior parte dei sistemi giuridici l'esecutività del lodo è subordinata

ancora, Gómez Jene, M.: "Arbitraje y Ley 13/2009 para implantación de la nueva Oficina judicial", *La Ley*, n.7648, 23 febbraio 2010, p. 1 ss.) che ha apportato alcune modifiche alla *Ley de Arbitraje* del 2003.

123 Aspetto sul quale si concentrano le riflessioni di Fernández Rozas, J.C.: "Arbitrage interne et international: la réglementation soidisant unitaire en Espagne", in AA.VV.: *Arbitrage interne et international* (a cura di A. Bonomi e D. Bochatay), Ginevra, 2010, pp. 189 ss., spec. pp. 211 ss., e Olivencia Ruiz, M.: "El arbitraje internacional en España tras la Ley 60/2003", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011, pp. 15 ss.

124 In relazione al quale si impone una precisazione di ordine terminologico, giacché va evidenziato che solo a partire dalla legge del 2003, nel formante legislativo iberico si è registrato l'utilizzo del vocabolo "laudo", in luogo della precedente dizione di "sentencia arbitral". Per approfondimenti sull'avvicendamento delle scelte lessicali compiute dal legislatore spagnolo nel corso degli anni si veda Olivencia Ruiz, M.: "El laudo: naturaleza, clases y contenido", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2009, p. 655 ss.

125 Per un'analisi esaustiva delle molteplici tipologie di lodi previste dall'ordinamento spagnolo si rimanda a Olivencia Ruiz, M.: "El laudo: naturaleza, clases y contenido", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 3, 2009, pp. 657 ss., spec. p. 662, ove si prende in considerazione l'originale figura del "*laudo por acuerdo de las partes*", anche detto "*lodo-transazione"* che ricorre allorquando il collegio arbitrale l'esistenza di un accordo tra le parti e chiude il giudizio. È doveroso sottolineare che la legge attribuisce al *laudo transaccional* la stessa efficacia di un lodo che decide il merito della controversia.

126 L'attuale formulazione dell'art. 43 della LA dispone, infatti, che "El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes".

127 Nella formulazione previgente, infatti, una parte della dottrina riteneva che il transito *in re judicata* del lodo non avvenisse fin dal momento della sua emanazione, essendo tale effetto subordinato al venir meno dell'espribilità dell'azione di annullamento. In tal senso De La Oliva Santos, A. - Díez-Picazo Giménez, I. - Vegas Torres, J.: *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* 3, Madrid, 2005, p. 631; Olivencia Ruiz, M.: *El laudo:* cit., p. 662; Bernardo San José, A.: "Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad", in *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2008, pp. 115 ss., spec. pp. 124 ss.; Artacho Martin-Lagos, M.: "La controvertida firmeza del laudo", in AA.VV.: *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (a cura di Gonzáles Montes), Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 193 ss.

128 Quest'ultima, invero, è stata sempre intesa alla stregua di un mezzo di impugnazione straordinario, assimilabile, nei suoi tratti essenziali, alla revocazione straordinaria italiana, come acutamente osservato da La China, S.: "La nuova legge spagnola sull'arbitrato", *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 509.

all'ottenimento di una pronuncia di omologazione da parte dell'autorità giudiziaria statuale, in Spagna il lodo è esecutivo *ab origine*[129].

Anche in questo paese si registra un acceso dibattito circa la natura del provvedimento decisorio, in seno al quale si apprezza la riproposizione della frattura ermeneutica tra quanti sostengono la tesi del carattere giurisdizionale[130] del lodo e quanti, per contro, concepiscono l'intero fenomeno arbitrale, e quindi anche la decisione, in termini schiettamente privatistici[131].

Meno netta appare, per contro, la posizione della *law in action*, in seno alla quale, probabilmente in considerazione dell'approccio casistico che caratterizza l'intervento pretorile, si apprezza una ricostruzione intermedia[132], volta a configurare il lodo come un *tertium genus* tra contratto e pronuncia giurisdizionale. Si tratta, in sostanza, di un orientamento ispirato alla tesi degli *equivalenti giurisdizionali*[133], tesi che, peraltro, è stata preconizzata nel panorama dottrinale italiano dagli autorevoli studi condotti in merito[134].

129 A tale esito interpretativo si perviene considerando, *in primis*, che l'art. 517 comma 2°, n. 2, include espressamente i "laudos o resoluciones arbitrales" nel catalogo dei titoli esecutivi, cui si aggiunge la mancata previsione dell'istituto dell'omologazione. Si badi, peraltro, che l'eventuale proposizione della *accion de anulaciòn* non osta a che si proceda ad esecuzione forzata del lodo, consentendo soltanto all'esecutato di chiedere la sospensione dell'esecuzione nell'ambito del procedimento *in executivis.* Con specifico riferimento ai profili esecutivi della pronuncia arbitrale si veda Pardo Iranzo, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, Civitas, Navarra, 2010, *passim*.

130 Anche in Spagna, come in molti altri sistemi, la tesi della natura giurisdizionale del lodo valorizza il profilo effettuale, nel senso che l'equiparazione normativa tra gli effetti del lodo e quelli della sentenza viene concepita come la base concettuale per attribuire all'intero fenomeno dell'arbitrato i tratti della giurisdizionalità. In termini si vedano De La Oliva Santos, A.: *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, Giuffré, Milano, 2009, pp. 118 ss., da cui le citazioni nel testo, nonché Montero Aroca, J. - Gómez Colomer, J.L. - Mónton Redondo, A. - Barona Vilar, S.: *Derecho jurisdiccional*, II, cit., pp. 484 ss.

131 Nell'ambito di tale corrente di pensiero si riportano, in particolare, le osservazioni di Guasp, J. - Aragoneses, A.: *Derecho procesal civil*, II, 2005, Ed. Civitas, Madrid, p. 58, secondo i quali "el arbitraje es una institución privada", in quanto "ni los árbitros son Jueces, ni el procedimiento arbitral es un proceso, ni el laudo arbitral es una sentencia", aggiungendo che nell'arbitrato "toda vinculación que antes, durante y después de él se produce, se explica sólo a base de la voluta de losparticulares que en el arbitraje figuran".

132 Sulla scorta della posizione consolidatasi in giurisprudenza, la tesi della natura *ecletica* dell'arbitrato ha fatto breccia, con diverse sfumature terminologiche, anche in parte della dottrina. In particolare, secondo Barona Vilar, S.: *El arbitraje*, Ramón Areces Ed., Madrid, 2016, p. 888, "el arbitraje es el arbitraje, y esta es su naturaleza jurídica". Si veda anche González Soria, J.: "Prólogo", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arbitraje* (a cura di A. De Martín Muñoz e S. Hierro Anibarro), Marcial Pons, Madrid, pp. 9 ss.; analogamente Merino Merchán, J.F. - Chillón Medina, J.M.: *Tratado de derecho arbitral*, cit., p. 92, i quali parlano di "efecto de equivalencia jurisdiccional" del lodo con la sentenza statale, e aderiscono allo stesso tempo alla soluzione della natura "híbrida y original" dell'arbitrato, accettando la formula di "jurisdicción convencional".

133 Proprio di "equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada" discorre in diverse pronunce il T*ribunal Constitucional* (*cfr.*, tra le tante, *Tribunal Constitucional*, 22 marzo 1991, n. 62; e nella stessa direzione, successivamente, *Tribunal Constitucional*, 4 ottobre 1993, n. 288; *Tribunal Constitucional*, 23 novembre 1995, n. 174, tutte reperibili sul sito *www.boe.ese www. tribunalconstitucional.es*). Una disamina sistematica delle pronunce del *Tribunal Constitucional* in materia di arbitrato è stata condotta da Cremades, B.: "El arbitraje en la doctrina constitucional española", *Lima Arbitration*, n. 1, 2006, p. 185 ss., secondo il quale "entendiendo el Tribunal Constitucional que no existe una equiparación plena entre los órganos judiciales y los arbitrales, no puede mantenerse que la naturaleza del arbitraje sea puramente jurisdiccional, sino que nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual pero con efectos jurisdiccionales".

134 Il riferimento è a Carnelutti, F.: *Sistema di diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1936, p.154. Alla nozione di "equivalenti giurisdizionali" si è rifatta anche la dottrina più recente, come testimonia Tarzia,

Non dissimili appaiono le conclusioni cui perviene il *Tribunal Supremo,* sovente impegnato nell'arduo compito di tracciare l'esatto perimetro degli effetti che il lodo esplica nei confronti dei terzi[135].

Il Portogallo vanta una lunghissima tradizione per quanto riguarda gli strumenti di negoziato che a suo tempo ha perpetuato anche nell'America del Sud presso i popoli sotto la sua diretta influenza. Sino alla fine dell'Ottocento la conciliazione era obbligatoria e la stessa Costituzione portoghese del 1826 prevedeva la condizione di procedibilità. La legge 19 aprile 2013 n. 29 ridisegna tutto il settore della mediazione nel Paese, innovando la precedente disciplina risalente al 1986 con la legge n.31 del 29 agosto[136]. La norma stabilisce in particolare i princìpi generali applicabili alla mediazione condotta in Portogallo, così come i regimi giuridici della mediazione civile e commerciale, del mediatore dei conflitti e del sistema pubblico di mediazione già abbozzato peraltro nella pregressa legislazione[137].

L'esame delle soluzioni adottate nell'ordinamento brasiliano in materia arbitrale è segnalato dalla migliore dottrina[138] come un'operazione ermeneutica altamente proficua, sia sul piano metodologico che sotto il profilo dei contenuti sostanziali, tenuto conto che in Brasile, all'esito di un incisivo percorso di riforme, l'ordinamento ascrive al lodo i medesimi effetti della sentenza statale, non menzionando tuttavia l'idoneità dello stesso a produrre gli effetti del giudicato sostanziale[139].

Dalla configurazione che il formante normativo è venuto assumendo negli anni, gli interpreti brasiliani desumono il carattere autenticamente giurisidizionale della pronuncia resa dagli arbitri: tale statuizione, infatti, essendo suscettibile di acquisire l'*auctoritas rei iudicatae,* per effetto della mancata proposizione nel termine *ação*

G.: *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, cit., p. 644.

135 Difatti, il *Tribunal Supremo,* se da un lato ammette che *inter partes* "la actuación del árbitro tiene un contenido material similar al ejercicio dela función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional (…), entre ellos el efectode cosa juzgada material", dall'altro in numerose pronunce puntualizza che "la cláusula de sumisión a arbitraje solo puede producir efectos respecto a quienes formalizaron el compromiso o traen causaen ellos, en lógica correspondencia con la legitimación para su alegación en el proceso, que solo corresponde a quienes la han aceptado expresamente o traen causa en ellos, porlo que los efectos del laudo no se extienden a quienes, por no haber suscrito el compromiso arbitral, no pueden alegarlo". In questi termini si richiama, da ultimo, la sentenza del *Tribunal Supremo* del 23 novembre 2010, n. 4527, in *www.poderjudicial.es,* annotata da Guilarte Gutierrez, V.: "Efectos de cosa juzgada del laudo arbitral", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2011, pp. 230 ss.

136 Per l'anlisi del precedente regime portoghese si veda Moura, V.: "L'évolution récente du droit de l'arbitrage au Portugal", *Rev. Arb.,* 1991, p. 421.

137 Per approfondimenti Calcagno, C.A.: *La nuova legge portoghese in materia di mediazione*, in www.mediaresenzaconfini.org del 19 ottobre 2013.

138 Ricci, E.F.: "Reflexões sobre o art. 33 da lei arbitragem", *Revista do processo*, n. 93, 1999, pp. 45 ss., spec. p. 47, secondo cui "a nova Lei brasileira de Arbitragem é tão interessante, que merece a atenção inclusive dos juristas não brasileiros".

139 Si tratta, pertanto, di una soluzione perfettamente simmetrica a quella maturata nell'ordinamento a seguito della riforma del 2006, e trasfusa nell'attuale formulazione dell'art. 824 *bis* c.p.c.; per approfondimenti Bonato, G.: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, Jovene, Napoli, 2012, p. 71.

anulatoria, ovvero del rigetto della relativa domanda, disvela, a parere della *communis opinio doctorum*, un fondamento pubblicistico e giurisdizionale pieno[140].

Così opinando si assiste al superamento della tesi degli equivalenti giurisdizionali, che pure continua ad essere sostenuta da una corrente minoritaria degli studiosi[141]. Peraltro, gli autori brasiliani, anche all'indomani della ambigua riformulazione dell'art. 467 del Codice di rito civile[142], concepiscono la cosa giudicata materiale non già come un autonomo effetto della pronuncia, bensì come una peculiare qualità degli effetti da essa prodotti, che, con il transito *in re iudicata,* divengono immutabili.

In disparte i rilievi di carattere dogmatico, la tesi dominante nell'ermeneutica brasiliana ha a fondamento un ampio compendio di dati testuali, a partire dalla scelta legislativa di modificare il *nomen juris* della pronunzia resa dagli arbitri, con riferimento alla quale si è abbandonata la dizione di *laudo,* sostituendola con la locuzione di *sentencia arbitral,* chiaramente evocativa della perfetta sovrapponibilità tra il *dictum* degli arbitri e quello del giudice ordinario[143].

140 Tale posizione, che risulta dominante nel panorama dottrinale brasiliano, è sostenuta con convinzione da Carreira Alvim, J.E.: *Direito arbitral*, Ed. Forense, Rio De Janeiro, 2007, p. 66 ss.: "não existe fundamental diferença no produto que resulta do exercício de ambas as atividades (arbitral e estatal), que, em qualquer caso, è uma sentença" (p. 252); "os efeitos que produz a sentença arbitral, tanto quanto a sentença judicial, são idênticos: a) tornar certa a relação (ou situaçao) jurídica incerta; b) pôr fim àatividade jurisdicional arbitral; c) constituir título executivo, se condenatória; d) sujeitaro devedor à execução; e e) produci hipoteca judiciária" (p. 30). Si vedano anche le riflessioni di Nery Junior, N. - De Andrade Nery, R.M.: *Código de processo civil comentado*, Revista dos Tribunais, São Paolo, 2006, p.1400, secondo il quale la legge sull'arbitrato del 1996 "não deixa dúvidas quanto ao caráterjurisdicional da decisão do árbitro, pois a denomina de sentença e lhe confere eficácia detítulo executivo judicial"; Cruze Tucci, J.R.: *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 125 ss.; Guerrero, L.F.: "Arbitragem e juridição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira", *Revista de processo*, 2008, pp. 9 ss., spec. p. 16, il quale afferma che "a arbitragem, além de ser fenômeno de natureza pública, também possui natureza jurisdicional".

141 Ferreira Lemes, S.M.: "A sentença arbitral", *Justilex*, 2003, n. 15, p. 58, la quale parla di "equivalência" della sentença arbitral alla "sentença judicial"; negli stessi termini Mazzonetto, N.: "Uma análise comparativa da intervenção deterceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro", *Revista brasileira de arbitragem*, 2007, pp. 45 ss., spec. p. 56, che discorre di "expressae quiparaçao do laudo arbitral à sentença judicial". La tesi ispirata alla dottrina degli equivalenti giurisdizionali alimenta l'orientamento volto a qualificare l'arbitrato come un istituto dalla natura mista o *sui generis,* di tipo para-giurisdizionale. In questi termini si rimanda a Figueira Junior, J.D. *Manual de arbitragem*, Revista dos Tribunais, São Paolo, 1997, pp.115 ss.; Id.: *Arbitragem: legislação national e estrangeira e o monopolio juridicional*, Revista dos Tribunais, São Paolo, 1999, pp. 42 ss.; Strenger, I.: *Arbitragem comercial internacional*, LTr, São Paulo, 1996, pp. 35 ss., che qualifica l'arbitrato come un istituto *sui generis*, di natura ibrida; Bulos, U.L.: *Lei da Arbitragem Comentada*, Saraiva Ed., São Paulo, 1998, pp. 15 ss.

142 Che definisce la cosa giudicata materiale come "aeficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Sulla persistente validità dell'impostazione mutuata dal pensiero di Liebman anche a fronte della nuova formulazione della norma in commento si veda Dina Marco, C.R.: "Liebman e a cultura processual brasileira", in AA.VV.: *Linhas mestras do processo civil*, ATLAS EXATAS, São Paulo, 2004, pp. 82 ss., spec. p. 88 (anche nota 16), il quale ricorda che la *coisa julgada* è la *imutabilidade da sentençae* non un suo effetto, nonostante l'imperfetta formulazione dell'art. 467 del *código de processo civil*, nonché pp. 97 ss., ove l'A. scrive che "nenhume studioso do processo civil brasileiro duvida que o autor do anteprojeto do vigente Códigode Processo civil teve a intenção de adotar o notório conceito de coisa julgada proposto por Liebman, nãoobstante a defeituosa redação dada o seu art. 467".

143 Sul punto la dottrina carioca è sostanzialmente uniforme nell'affermare che la svolta terminologica operata dal legislatore, lungi dal poter essere ridotta ad una mera questione nominalistica, assume un rileivo preponderante al fine di tratteggiare la natura e gli effetti della decisione arbitrale. Si veda, infatti, Barbosa Moreira, J.C.: "La nuova legge brasiliana sull'arbitrato", *Riv. arb.* 1997, spec. p. 12; Batista Martins, P.A.:

Nella medesima direzione vengono invocate l'inclusione della sentenza arbitrale tra i titoli esecutivi, la soppressione del giudizio di omologazione[144] e le previsioni relative allo *status*[145] personale e professionale degli arbitri, che ricalcano quasi *in toto* quello dei giudici statuali.

Pur in presenza di un fronte ermeneutico tanto compatto e consolidato nel sostenere la natura giurisdizionale dell'arbitrato, non mancano in Brasile voci dissonanti, che negano la perequazione tra arbitrato e sentenza ponendo in rilievo, ancora una volta, la profonda differenza che investe la fonte della potestà decisionale attribuita agli arbitri, consistente nella volontà delle parti e non nell'autorità imperativa della legge[146]. *Né sfugge all'*attenzione degli interpreti la limitata valenza che la decisione arbitrale assume nei confronti dei terzi, la cui sfera giuridica soggettiva resta sostanzialmente insensibile rispetto alla statuizione[147] pronunciata dagli arbitri *inter alios.*

Quanto al profilo della stabilità dell'accertamento contenuto nella statuizione arbitrale, una isolata impostazione dottrinale configura il lodo come un *minus* rispetto alla sentenza resa dall'autorità giudiziaria, in quanto il primo, a differenza di quest'ultima, è *soggetto ad una più ampia gamma di ipotesi di inesistenza*[148], azionabili dalla parte interessata innanzi al giudice togato *sine die*, che, secondo

"Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral", in P.A. Batista Martins, S.M. Ferreira Lemes, C.A. Carmona, *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 383 ss., spec. p. 402 ss.; nonché Carmona, C.A.: *Arbitragem e processo*, Atlas Ed., São Paulo 2007, pp. 278 ss., secondo il quale l'utilizzo del solo termine *sentença arbitral* è dettato dalla volontà di attribuire all'arbitrato una natura giurisdizionale e di equiparare gli effetti del lodo alla sentenza statale; Tenorio Da Costa Fernandes, M.V.: *Anulaçao da sentença arbitral*, Atlas Ed., São Paulo 2007, p. 31, il quale aggiunge che "falar em laudo pode levar à equivocada conclusão de que a decisão do árbitro teriade ser homologada pelo juiz estatal".

144 Carreira Alvim, J.E.: *Direito arbitral*, Forense, Rio de Janeiro, 2004., p. 373.

145 In particolare, l'art. 17 della Legge sull'Arbitrato che: "Os árbitros, quando no exercício desuas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para osefeitos da legislação penal". Tra gli autori che invocano gli artt. 17 e 18 L.A. ai fini della natura giurisdizionale dell'arbitrato e del suo atto conclusivo si richiamano, in specie, Carreira Alvim, J.E.: *Direito arbitral*, cit., p. 249 ss., spec. p. 251; Carmona, C.A.: *Arbitragem e processo*, cit., p. 229 ss.; Tenorio Da Costa Fernandes, M.V.: *Anulaçao da sentença arbitral*, cit., p. 69.

146 Tale rilievo conduce De Albuquerque Cavalcanti Abbud, A.: *Homologaçao de sentenças arbitrais estrangeiras*, Atlas Ed., São Paulo 2008, pp. 6 ss., a definire l'arbitrato come un sistema "paraestatal de soluçao de controvérsias".

147 Con specifico riguardo al rapporto tra determinazione arbitrale e terzi estranei alla controversia si vedano Theodoro Junior, H.: "Arbitragem e terceiros – litisconsórcio foa pacto arbitral – outras intervençóes de terceiros", *Revista de direito bancário*, 2001, pp. 375 ss., spec.p. 379, seguito da Pellegrini Grinover, A.: "Arbitragem e litisconsórcio necessário", *Revista brasileira de arbitragem*, 2006, p. 5 ss.,spec. p. 21 s., nonché da Cruze Tucci, J.R.: *Limites subjetivos*, cit., p. 129, il quale scrive che "tendose vista os limites subjetivos da convenção arbitralnão há como se admitir que a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença [arbitrale] possa atingir terceiros".

148 Le cause di inesistenza della decisione arbitrale sono enumerate dall'art. 32 L.A., a tenore del quale: "É nula a sentença arbitralse: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não con-tiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção dearbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado quefoi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora doprazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitadosos princípios de que trata o art. 21, § 2°, desta Lei".

tale ordine di idee, inducono a scorgere nella decisione arbitrale una *norma jurídica individual de origem privada*[149], non assimilabile *tout court* alla sentenza.

III. IL MODELLO TEDESCO E IL *CASE STUDY* PECHSTEIN: OPERATIVITÀ DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA, PUR IN PRESENZA DI PROFILI DI INVALIDITÀ, IN AMBITO SPORTIVO.

Per una visione olistica si rende necessaria una comparazione sincronica con l'ordito teutonico al fine di procedere all'analisi complessiva in materia di clausola compromissoria: un raffronto che risulta molto peculiare sia a livello generale, e che offre un interessante spunto di riflessione in ambito sportivo.

Prodromicamente, si rimarca il principio secondo il quale l'ordinamento tedesco riconosce ampi poteri all'autonomia negoziale privata nel ricorrere a mezzi alternativi di risoluzione delle liti. L'arbitrato è senza dubbio uno di essi, considerato come una sorta di *private Gerichtbarkeit* (giurisdizione privata), che ritrova il proprio *ubi consistam* nell'accordo arbitrale stipulato dalle parti, le quali ai sensi della Costituzione tedesca, possono rinunciare all'accesso al tribunale statale in virtù della loro autonomia negoziale. La convenzione arbitrale, secondo buona parte della dottrina[150], si configura come un accordo sul processo *der Prozessvertrag*[151].

Il contenuto di tale convenzione perimetra poteri e limiti dell'attività degli arbitri, le cui pronunce (lodi) hanno il medesimo effetto di una sentenza. Se è libera la scelta, da parte dei postulanti, del luogo ove si svolgerà l'arbitrato, le norme processuali saranno, invece, desunte dalla *lex locii arbitrii* mitigata dai princìpi già stabiliti da convenzioni internazionali (es. UNCITRAL)[152]. Le parti possono stabilire anche il tribunale arbitrale al quale rivolgersi, tra i quali si annovera l'*American Arbitration Association*, il DIS (l'istituzione tedesca per l'arbitrato) e soprattutto il più noto, ICC *(International Chamber of Commerce)*.

149 De Melo Valença Filho, C.: "Sentença arbitral inexistente", in AA.VV.: *Reflexões sobre arbitragem* (a cura di B. Martins e R. Garcez), São Paulo, 2002, p. 354, rileva la contraddittorietà di fondo del formante legislativo brasiliano, che da un lato afferma che le *sentenças arbitrais* sono "equiparadas, quanto aos efeitos, aos títulos executivos de origem judicial", ma, dall'altro, enuclea tali e tante ipotesi di inesistenza del lodo, da apparire difficilmente conciliabili con la propugnata equiparazione tra i due atti in questione.

150 *Cfr.* Maio, E.: *op. cit.,* p. 121.

151 Schlosser, P.: vor § 1025 Rn 2, in *Kommentar zur Zivilprozessordnung (stein Jonas),* 22° Auglage, 2002.

152 La Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL, o United Nations Commission on International Trade Law) è stata creata con risoluzione 2205(XXI) il 17 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite al fine di promuovere la progressiva armonizzazione e unificazione del diritto commerciale internazionale, ha redatto nel corso degli anni le "Regole uniformi", clausole modello per la preparazione di contratti: norme di arbitrato UNCITRAL (1976), norme di conciliazione UNCITRAL (1980), norme di arbitraggio UNCITRAL (1982), e note per la risoluzione di un contenzioso in via stragiudiziale (1996).

Nella fase di avvio del procedimento innanzi all'ICC la parte attrice, nel depositare la petenza, versa (diversamente da quanto stabilito dalle ordinarie norme di diritto processuale) un acconto sulle spese di giudizio. Il collegio ha sei mesi di tempo, decorrenti dall'ultima sottoscrizione, per emettere il lodo. Sebbene i tribunali statali possano annullare i lodi arbitrali a loro vaglio, in caso riscontrino vizi o anomalie, ciò si verifica di rado, sia in virtù degli attenti controlli che i collegi operano sulle loro decisioni, sia in considerazione che la pronuncia è una espressione dell'autonomia privata la quale, come già sottolineato, gode di ampia considerazione.

Per meglio apprezzare e valutare le differenze e le relative sensibilità emergenti tra l'ordito teutonico e quello domestico in *subjecta materia* nell'ambito sportivo, è interessante sottolineare come i due specifici sistemi di giustizia abbiano attraversato parabole diacroniche differenti.

Quello italiano è passato da una sostanziale autonomia, a una riduzione progressiva della stessa concretizzata dalle ultime disposizioni con il più recente Codice di giustizia sportiva[153]. Quello tedesco invece, originariamente contraddistinto da una certa forma di autodichìa, ha poi conosciuto la disciplina statale del fenomeno[154] allorquando gli attori del mondo dello sport, al crescere degli interessi, soprattutto economici, hanno avvertito la necessità di "sottrarsi" ad un controllo meramente endogeno da parte delle federazioni, per potersi affidare anche agli organi giurisdizionali di natura statale, in astratto maggiormente garantisti.

Le differenze tra le due visioni ad opera dei rispettivi sistemi di giustizia possono essere rimarcate dall'analisi del caso Pechstein. I fatti sono noti[155] e si dipanano lungo circa un decennio di ricorsi e appelli a seguito di una squalifica per *doping* della pattinatrice[156]. Il nodo gordiano, per quanto attiene alla nostra analisi, non ruota intorno al fenomeno del *doping* e alla relativa squalifica, ma piuttosto al

153 Approvato dalla Giunta Nazionale del CONI, con deliberazione n. 258 dell'11 giugno 2019.

154 *Cfr.* Maio, E.: *op. cit.*, p. 124.

155 Per una articolata e precisa ricostruzione della vicenda si rinvia a Maio, E.: *op. cit.*, pp. 126-133.

156 Il fenomeno del doping è disciplinato, a livello domestico, dalla legge 376 del 2000 in GU 294 del 18 dicembre 2000. Il provvedimento ha introdotto profonde innovazioni alla disciplina dei controlli antidoping, ai loro criteri e metodologia; ma soprattutto novità assolute e rilevanti quale ad esempio la responsabilità di carattere penale in aggiunta a quella sportiva. Per la prima volta attribuita a tutti gli attori delle varie fasi (prescrizione, vendita, somministrazione e assunzione). Al centro dell'attenzione è posta la tutela della salute dell'atleta. Viene così sancito il principio che l'atleta può, come tutti, assumere farmaci e sottoporsi a pratiche mediche solo se ammalato. Quindi il trattamento è consentito solo in presenza di patologie certificate dal medico e secondo le modalità e i dosaggi riconosciuti a livello internazionale e previsti dalle specifiche esigenze terapeutiche. In germania la relativa legge è in vigore dal 2016 e prevede la pena della detenzione fino a tre anni per gli atleti dopati e fino a 10 per chi traffica o prescrive le sostanze dopanti. L'intera disciplina è poi armonizzata a livello internazionale dall'opera del WADA *(World Anti-Doping Agency)* creata per volontà del Comitato Olimpico Internazionale (CIO), il 10 novembre 1999 a Losanna, per coordinare la lotta contro il doping nello sport. Giuridicamente resta una fondazione, di diritto privato, regolata dal diritto civile svizzero.

destino teleologico e alla validità della clausola compromissoria che l'atleta aveva dovuto sottoscrivere nel momento in cui firmava per il suo tesseramento alla Federazione Pattinaggio tedesca, necessario per l'iscrizione e la partecipazione alle competizioni nazionali ed internazionali. Questa clausola è stata oggetto di analisi da parte del Tribunale di Monaco in prima istanza ed in appello fino ad essere portata all'attenzione della BGH *(Zulassung der Revison)*, ultimo grado di giudizio della giurisdizione ordinaria. *Prima facie* dichiarata non valida, a seguito dell'abuso di posizione dominate assunto dalla Federazione e, in secondo e terzo grado, "riabilitata" alla luce delle garanzie che il collegio arbitrale, da questa previsto, in ogni caso offriva. Sebbene da questa clausola fossero derivate delle compressioni ai diritti della difesa dell'atleta, la Corte riconosceva che tali limiti gravavano anche sulla Federazione e, in cambio, si beneficiava di un collegio che offriva garanzie di celerità e terzietà. La Suprema Corte tedesca, nell'argomentare in ordine alla validità di tale clausola, ha incentrato il proprio *iter* logico-giuridico sul canone della buona fede, evidenziando, da un lato, che l'atleta, al momento della stipulazione del contratto, era perfettamente consapevole dell'esistenza di una posizione sostanzialmente monopolistica in capo all'ISU (*International Skating Union)*, e, dall'altro, che la posizione dominante in sé non è un dato patologico, fintanto che non emergano elementi sintomatici di un abuso di tale posizione. *Last but not least*, rilevava l'alta considerazione che, come già detto, l'ordinamento tedesco riconosce all'autonomia privata, della quale il compromesso era un ovvio prodotto.

Le discrasie con l'ordinamento domestico rilevano soprattutto nella fase finale dell'intero *iter* procedimentale. In Italia, da tempo molto attenta ai diritti fondamentali, soprattutto della parte contraente "debole", alla quale si potrebbe associare la figura del tesserato rispetto alla relativa federazione, avrebbe, molto probabilmente, ricevuto un trattamento diverso e, forse, ne sarebbe stata declarata l'invalidità.

Per esigenza di esaustività, va riportato che la vicenda giudiziara ha avuto un epilogo presso la CEDU[157], la quale l'ha riconosciuta compatibile con l'art. 6 della Convenzione, allorquando si ravvisi uno scopo legittimo e vi sia proporzionalità di mezzi impiegati e scopo perseguito.

157 *Cfr.* CEDU, 2 ottobre 2018, c. 40575/10 et 67474/10, Mutu/Pechstein c. Suisse in www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc.

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: I LIMITI DI EFFICACIA DELL'ARBITRATO E LA NECESSITÀ DI RIFONDARE IL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA, IN PROPORZIONE AL CONTENUTO CONTRATTUALE. IL CONTRIBUTO ERMENEUTICO DOMESTICO INFLUENZATO DALLA DISCIPLINA CONSUMERITISCA.

L'analisi del panorama normativo e dottrinale italiano, in rapporto alle variegate soluzioni concepite negli ordinamenti stranieri, dovrebbe rendere chiaro come la chiave ermeneutica fondamentale per risolvere i dubbi che si addensano sull'istituto della clausola compromissoria sia disciplinata da un'*actio finium regundorum* che consenta di individuare l'esatto perimetro del giudizio di meritevolezza[158], al quale la clausola *de qua* va assoggettata. La *quaestio iuris*, in sostanza, consiste nello stabilire se il sindacato sulla meritevolezza di una determinata operazione negoziale involga o meno il profilo dell'equilibrio contrattuale. Al riguardo, è noto che, nell'impostazione originariamente assunta dall'ordito codicistico, l'equilibrio si presentava come una nozione normativa, che non involgeva l'assetto concreto del regolamento di interessi divisato dalle parti. Queste ultime, infatti, erano considerate come i migliori (ed unici) arbitri dei propri interessi, di talché l'equilibrio raggiunto dalle stesse, all'esito delle trattative e trasfuso nel contenuto del programma contrattuale, era considerato pressocché intangibile, salve ipotesi eccezionali, nelle quali il legislatore prendeva in considerazione percorsi formativi della volontà significativamente anomali e patologici[159].

Un interessante corollario della premessa sistematica appena stilata era rappresentato dal *distinguo* tra equilibrio oggettivo e soggettivo del contratto. Tale *discrimen*, infatti, era teleologicamente orientato all'affermazione secondo la quale il giudice avrebbe dovuto limitarsi a constatare l'esistenza di un equilibrio in senso soggettivo[160], essendo per contro radicalmente precluso all'Autorità giudiziaria ingerirsi nella valutazione dell'equivalenza tra le prestazioni oggetto dello scambio.

158 Il tema della portata da attribuire al giudizio di meritevolezza dei contratti costituisce un *topos* della letteratura civilistica italiana. Senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano, al riguardo, Messineo, F.: "Contratto innominato", *Enc. Dir.,* X, Giuffré, Milano 1962, p. 107; Gazzoni, F.: "Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*", Riv. dir. civ.,* 1978, pp. 52 ss.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti,* Esi, Napoli 2006, pp. 334 ss. e Id.: "Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*", Foro nap.,* 2014, pp. 58 ss. Un settore nel quale il problema della meritevolezza ha recentemente attirato l'attenzione degli interpreti è quello dei contratti sportivi, ove il tema si arricchisce di un ulteriore profilo, attinente all'annoso e complesso dibattito sulla unitarietà e pluralità degli ordinamenti, e, in particolare, alla configurabilità di un ordinamento giuridico sportivo autonomo. Per approfondimenti si rimanda Maio, E.: *op. cit.*, 2020, pp. 159 ss., ove si rinvengono interessanti spunti di diritto comparato, giacché l'argomento *de quo* è oggetto di attenzione anche da parte della letteratura di lingua tedesca. Per tutti, si veda Brunk, A.: *Der Sportler und die istitutionelle Sportschiedsgerichtsberkeit,* Nomos Ed., Lausanne, 2015, p. 33.

159 Per una visione diacronica del problema, si veda Roppo, V.: *Il contratto del duemila,* Giappichelli, Torino, 2011, pp. 74 ss.

160 In questi termini Camilletti, F.: *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale,* Giuffré, Milano, 2004, p. 40.

Come è noto, il poderoso impatto dell'esperienza consumeristica ha comportato lo sgretolamento della consolidata tesi che relegava le ipotesi di controllo sull'equilibrio oggettivo del paradigma contrattuale, a casi del tutto eccezionali, oggetto di specifiche previsioni normative, quali, ad esempio, quelle di cui agli artt. 1339 e 1815 c.c.

L'*iter* verso un'oggettivizzazione dell'equilibrio contrattuale ha trovato la propria consacrazione negli artt. 33 e 37 del Codice del consumo[161], che, già *prima facie*, offrono all'interprete elementi per riconoscere in capo all'Autorità giudiziaria penetranti ed incisivi poteri di sindacato in ordine all'equilibrio delle pattuizioni formanti oggetto del contratto. Tuttavia, nessuna seria riflessione sulla tematica indagata può prescindere dalla valorizzazione delle specificità connotanti l'esperienza consumeristica, nell'ambito della quale lo sforzo ermeneutico richiesto al giudice è teleologicamente orientato a compiere un'operazione di ortopedia giuridica sul contenuto contrattuale. Ciò è finalizzato a rimuovere *ex post* gli squilibri determinati *ex ante* dalla condizione di strutturale ed ineliminabile debolezza del consumatore verso il professionista.

Né si trascuri che, in ogni caso, il sindacato giudiziale relativo ai contratti di consumo non si estende fino al punto di vagliare la congruità del prezzo, nel qual caso sarebbe stato lecito discorrere di un vero e proprio controllo sull'equilibrio economico del contratto[162], trattandosi, *ex adverso*, di un vaglio che investe l'equilibrio giuridico della vicenda negoziale. La valutazione giudiziale, dunque, non si incentra sul confronto tra il valore delle prestazioni dedotte come oggetto del contratto, bensì orbita attorno alla valutazione comparativa dei diritti e degli obblighi che trovano la propria genesi nell'accordo raggiunto dalle parti.

Ebbene, fugato ogni dubbio sulla possibilità di sottoporre financo i contratti del cosumatore ad un sindacato in ordine all'equilibrio economico del contratto[163], *a maiori causa,* al di fuori di tale specifico contesto, deve ribadirsi la vigenza del principio di libertà, declinantesi nella prestazione di un consenso libero alla stipulazione del contratto ed alla determinazione del relativo contenuto[164]. Ne deriva, come insegna anche l'indagine comparatistica, che l'ingerenza giudiziale sul merito delle scelte economiche compiute dalle parti debba porsi come un dato

161 Il c.d. "Codice del consumo", più correttamente definito Decreto legislativo n. 206 del 2005.

162 Gentili, A.: "De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni", *Riv. dir. civ,* 2004, 2, pp. 27 ss.

163 D'altronde, la migliore dottrina da tempo mette in guardia dal rischio di fraintendere il senso complessivo della normativa consumeristica. Difatti, se si volge lo sguardo ai riferimenti eurounitari, che hanno costituito l'impulso principale per lo sviluppo delle norme a tutela dei consumatori, ci si avvede agevolmente del fatto che la protezione del consumatore non costiuisce il fine ultimo delle norme *de quibus,* ma è a sua volta strumentale all'instaurazione di un assetto del mercato autenticamente concorrenziale. *Cfr.* Sirena, P.: "L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina contrattuale del contratto", *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, p. 793.

164 Principio sancito a chiare lettere nel *Buchs 1 abs. 3 Rechtsgeschafte, titel 2 Willensklarung del BGB*, sul quale, per approfondimenti, si rinvia a Musielak, H.J.: "Vertragsfreiheit und ihre Grenzen", *JuS,* 2017, 10, p. 949.

eccezionale, invocabile solo in presenza di presupposti tassativamente indicati a livello legislativo, e, possibilmente, teso a tutelare non già la sfera giuridica di uno dei contraenti, bensì interessi generali, che proiettano la loro valenza ben al di là degli stipulanti[165].

La visione ricostruttiva appena proposta, lungi dal costituire un anacronistico retaggio del passato, appare la più conforme a rispettare le esigenze del mercato e del traffico giuridico anche transnazionale. Non v'è dubbio che l'emersione, lo sviluppo e l'istituzionalizzazione della disciplina cosumeristica abbiano generato degli equivoci circa il rilievo da attribuire all'autonomia privata, il cui ambito di esplicazione è stato in molti settori ingiustificatamente ridimensionato, ingenerando così un clima di incertezza, derivante dall'essere il contenuto contrattuale costantemente *sub judice.* Si impone, pertanto, un necessario ripensamento dei rapporti tra l'autonomia privata e gli altri assetti assiologici in gioco nella vicenda contrattuale, il cui bilanciamento non può comportare sempre il sacrificio del primo a beneficio dei secondi, ritenuti acriticamente meritevoli di maggior tutela.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca un fondamentale arresto delle Sezioni unite della Corte di Cassazione italiana in ordine all'annoso problema dell'usura sopravvenuta[166]. L'aspetto dirompente del *dictum* in commento si appunta sull'esclusione sia della nullità che di qualsivoglia altra patologia del contratto di mutuo divenuto usurario successivamente al momento della stipula. Tale decisione emblematica, pertanto, si colloca lungo una linea di convergenza con la pronuncia della Suprema Corte tedesca del caso *Pechstein*, e sembra aprire il varco ad una visione più liberale del giudizio di meritevolezza del contratto, che implica una dequotazione del controllo sul suo equilibrio economico e la conseguente riaffermazione del principio secondo il quale il vaglio di meritevolezza investe, salvo casi eccezionali, solo il versante del bilanciamento giuridico della vicenda contrattuale.

Implementando così la prospettiva ermeneutica segnalata, ed applicandola allo specifico tema della clausola compromissoria, sembra possibile attendersi in un futuro anche prossimo, il superamento di numerosi limiti di operatività

165 In tal senso può richiamarsi l'art. 138 del BGB, che, nel descrivere la fattispecie del negozio nullo per contrarietà all'ordine pubblico, evidenzia il rilievo della sproporzione tra i vantaggi pecuniari ricavati da una parte e il sacrificio economico dell'altra. Nondimeno, detta sproporzione non assurge a condizione necessaria e sufficiente ai fini della caducazione del contratto, necessitandosi, a tal fine, del ricorrere di una serie di presupposti, che rendono la norma in esame molto simile all'art. 1815 del Codice civile italiano, nel quale, come è noto, si prevede la comminatoria della nullità per i contratti di mutuo caratterizzati dalla stipulazione di interessi usurari. Sul punto si richiamano le riflessioni di E. Maio, *op. cit.,* pp.171-172.

166 *Cfr.* Cass. Sez. un., sent. 19 ottobre 2017 n. 24675, in www.cassazione.net, ove si statuisce il seguente principio di diritto: "allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario, superi nel corso dello svolgimento del rapporto la soglia dell'usura come determinata dalla legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula".

dell'arbitrato, cosicché tale istituto possa trovare maggiore applicazione sia in contesti tradizionalmente esclusi dal suo ambito previsionale, come quello testamentario, sia in settori ove già attualmente opera, come, ad esempio, quello societario e quello sportivo[167].

167 *Cfr.* 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 S.I.S.Di.C., Capri 27-28-29 marzo 2008*, Esi, Napoli, 2009, pp. 369 ss.; Indraccolo, E.: "Arbitrato e conciliazione nel diritto dello sport", in AA.VV.: *Mediazione e arbitrato nel sistema dei rapporti giuridici d'impresa,* (a cura di R. Vitolo), Esi, Napoli, 2012, pp. 274 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Curso de derecho arbitral*, Valencia, 2009.

AA.VV.: *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, 2011.

AA.VV.: *QPC La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2011.

Allorio, E.: "Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale", *Jus*, 1955.

Alvisi, C.: *Autonomia privata e autodisciplina sportiva - Il CONI e la regolamentazione dello sport*, Milano, 2000.

Andrioli, V.: *Commento al Codice di Procedura Civile*, IV, Napoli, 1964.

Angelici, C.: *La società nulla*, Milano, 1975.

Arens, P.: "Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts", in *Humane Justiz*, Kronberg, 1977.

Artacho Martin-Lagos, M.: "La controvertida firmeza del laudo", in AA.VV.: *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, Madrid, 2008.

Barbosa Moreira, J.C.: "La nuova legge brasiliana sull'arbitrato", *Riv. arb.,* 1997.

Barona Vilar, S.: *El arbitraje*, Madrid, 2016.

Batista Martins, P.A.: "Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral", in P.A. Batista Martins, S.M. Ferreira Lemes, C.A. Carmona, *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*, Rio de Janeiro, 1999.

Beguin, M.J., Ortscheidt, J., Seraglini, C.: "Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne -À propos du décret 13 janvier 2011", *La semaine juridique*, 2011.

Bellet, P., Mezger, E.: "L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile", *Revue critique de droit international privé*, 1981

Bernardo San José, A.: "Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad", in *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2008.

Bessone, M.: "Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza", *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1965.

Betto, J.G., López Ortiz, A.: "Francia apuesta por seguir liderando la práctica del arbitraje internacional", *Club esp del Arbitraje*, 2011.

Bigiavi, W.: "L'associazione calcio Torino e il disastro di Superga", *Giur. it.,* 1951.

Bolard, G.: *Clôture sur l'arbitrage: L'arbitrage, la juridiction et le contrat*, in AA.VV.: *Médiation et arbitrage. Alternative disputere solution*, Paris, 2005.

Bolléé, S.: "Le droit français de l'arbitrage international après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011", *Revue critique de droit international privé*, 2011.

Bonato, G.: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato,* Napoli, 2012.

Bonato, G.: *I référés nell'ordinamento francese*, in AA.VV.: *La tutela sommaria in Europa*, Napoli, 2012.

Bonfante, P.: *Il contratto e la causa del contratto*, in Id.: *Scritti giuridici varii* 3, Torino, 1921.

Bongiorno, G.: "(voce) *Accordo processuale*", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

Bove, M.: "L'estinzione del patto compromissorio", *Riv. arb.*, 1998.

Brunk, A.: *Der Sportler und die istitutionelle Sportschiedsgerichtsberkeit,* Lausanne, 2015.

Bulos, U.L.: *Lei da Arbitragem Comentada*, São Paulo, 1998.

Cadiet, L.: *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à laconciliation*, in AA.VV. : *Mélanges en l'hommeurs de Claude Champaud*, Paris, 1997.

Cadiet, L.: *L'économie des conventions relatives à la solution des litiges*, in AA.VV.: *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, 2001.

Cadiet, L., Normand, J., Amarani-Mekky, S.: *Théorie générale du procès*, II ed., Paris, 2013.

Cadiet, L., Jeuland, E.: *Droit judiciaire privé,* X ed., Paris, 2017.

Camilletti, F.: *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale,* Milano, 2004.

Caponi, R.: "Autonomia privata e processo civile: gli accordi delle parti", *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile. Accordi di parte e processo*, Milano, 2008.

Caprasse, O.: "*La sentence arbitrale*", *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Bruxelles, 2002.

Carducci, G.: "The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law", *Arbitration International*, 2012.

Carmona, C.A.: *Arbitragem e processo*, São Paulo, 2007.

Carnelutti F.: "Arbitrati e arbitri", *Riv. Dir. proc. civ.*, 1924.

Carnelutti, F.: *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936.

Carpi, F.: *Art. 824-bis*, in AA.VV.: *Arbitrato* 2, III, Bologna, 2016.

Carreira Alvim, J.E.: *Direito arbitral*, Rio De Janeiro, 2007.

Casella, M.: *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961.

Cerami, P.: "D.2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.). Congetture sulle tres species conventionum", *AUPA,* 1976.

Chiovenda, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1940.

Colesanti, V.: "Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri", *Riv. Dir. proc.*, 1958.

Consolo, C.: "Sul *campo* dissodato della compromettibilità in arbitri", *Riv. arb.*, 2003.

Cordón Moreno, F.: *El arbitraje de derecho privado*, Madrid, 2005.

Cornu, G.: "Présentation de la réforme", *Revue de l'arbitrage*, 1980.

Cornu, G., Foyer, J.: *Procédure civile* 3, Paris, 1996.

Cremades, A.C.: "El dualismo del nuevo derecho francés delarbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización", *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11.

Cremades, B.: "El arbitraje en la doctrina constitucional española", *Lima Arbitration*, 2006.

Crespi Reghizzi, G.: "L'arbitrato internazionale e la comparazione giuridica", *Revista de la Corte Española de arbitraje*, 2004.

Croze, H., Fradin, O., Morel, C.: *Procédure civile* 4, Paris, 2008.

Cruze Tucci, J.R.: *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo, 2006.

David, R. - Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei* 4, Padova, 2004.

David, R.: *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982.

De Albuquerque Cavalcanti Abbud, A.: *Homologaçao de sentenças arbitrais estrangeiras*, São Paulo 2008.

Deboisséson, M.: *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, 1983.

De Bournonville, P.: "La sentence arbitrale", *Revue de droit international et de droit comparé*, 1996.

De Bournonville, P.: *L'arbitrage*, Bruxelles, 2000.

De La Oliva Santos, A.: *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, Milano, 2009.

De Leval, G.: *Eléments de procédure civile* 2, Bruxelles, 2005.

De Melo Valença Filho, C.: *Sentença arbitral inexistente*, in AA.VV.: *Reflexões sobre arbitragem* (B. Martins, R. Garcez), São Paulo, 2002.

Di Giandomenico, G.: *Sport e ordinamento giuridico*, in AA.VV.: *Le federazioni sportive nazionali tra sport e mercato*, Napoli, 2006.

Di Majo, A.: *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.

Dina Marco, C.R.: *Liebman e a cultura processual brasileira*, in AA.VV.: *Linhas mestras do processo civil*, São Paulo, 2004.

Di Nella, L.: "La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici", *Riv. dir. sport,* 1998.

Di Nella, L.: *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1999.

Fazzalari, E.: "*Processo (Teoria generale del)", Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966.

Fazzalari, E.: "Contro l'arbitrato obbligatorio*", Riv. arb.*, 1993.

Fazzalari, E.: *L'arbitrato,* Padova, 1997.

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 S.I.S.Di.C., Capri 27-28-29 marzo 2008*, Napoli, 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Arbitrage interne et international: la réglementation soidisant unitaire en Espagne*, in AA.VV.: *Arbitrage interne et international*, Ginevra, 2010.

FERRARA, F.: *Trattato dir. civile italiano*, Roma, 1921.

FERREIRA LEMES, S.M.: "A sentença arbitral", *Justilex*, 2003.

FERRO, P.: "La clausola compromissoria", *Giur. Sistematica di diritto civ. e comm.*, 1999.

FERRO, P.: *Il compromesso*, in G. ALPA, *L'arbitrato - Profili sostanziali*, II, Torino, 1999.

FESTI, F.: *La clausola compromissoria*, Milano, 2001.

FIGUEIRA JUNIOR, J.D.: *Manual de arbitragem*, São Paolo, 1997.

FLÉCHEUX, G.: "La reconnaissance et l'exécution des sentences internationalesen droit français", *Journées Société de Législation Comparée*, 1986.

FOUCHARD, P. - GAILLARD, E.- GOLDMAN, B.: *Traité de l'arbitrage commercialinternational*, Paris, 1996.

FOYER, J.: *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Paris, 1954.

GAILLARD, E.: "Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 2005.

GAILLARD, E. : "Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international", *Riv. arb.*, 2011.

GAILLARD, E., DELAPASSE, P. : "Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit françaisde l'arbitrage", *Cahiers de l'arbitrage*, 2011.

GAILLARD, E., DELAPASSE, P. : "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *Recueil Dalloz*, 2011.

Gambaro, A - Sacco, R., Vogel, L.: *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, 2011.

Gazzoni, F.: "Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi", *Riv. dir. civ.,* 1978.

Gentili, A.: "De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni", *Riv. dir. civ,* 2004.

Gómez Jene, M.: "Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Arbitraje", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Commercial y de Inversiones*, 2011.

González Soria, J.: *Prólogo*, in AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2006.

Gonzalo Quiroga, M.: "La nuova legge spagnola sull'arbitrato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005.

Gorla, G.: voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964.

Gorla G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1991.

Grassetti, C.: "Interpretazione dei negozi giuridici *inter vivos* (diritto civile)*", Nov. Dig. It.,* VIII, Torino, 1969.

Guasp, J.G.: *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956.

Guasp J., Aragoneses, A.: *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 2005.

Guerrero, L.F.: "Arbitragem e juridição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira", *Revista de processo*, 2008.

Guilarte Gutierrez, V.: "Efectos de cosa juzgada del laudo arbitral", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2011.

Guinchard, S., Chainais, F., Ferrand, C.: *Procédure civile,* VI ed., Paris, 2019.

Hanotiau-Block, B.: "La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage", *Bulletin de l'Association Suisse de l'arbitrage*, 1998.

Henckel, W.: *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970.

Horsmans, G.: "La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1999.

INDRACCOLO, E.: *I contratti dello sport*, in *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2010.

INDRACCOLO, E.: "Arbitrato e conciliazione nel diritto dello sport", in AA.VV.: *Mediazione e arbitrato nel sistema dei rapporti giuridici d'impresa,* (R. VITOLO), Napoli, 2012.

INDRACCOLO, E.: *I negozi indiretti a comporre e prevenire le liti*, Napoli, 2017.

JARROSSON, C.: *La notion d'arbitrag*e, Paris, 1988.

JARROSSON, C. - PELLERIN, J.: "Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13janvier 2011", *Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrag*e, 2011.

KEUTGEN, G.: "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *Journal des tribunaux*, 1998.

KEUTGEN, G., DAL, G.A.: *L'arbitrage en droit belge et international* 2, I, Bruxelles, 2006.

KRINGS, E.: "L'exécution des sentences arbitrales", *Revue de droit international et dedroit comparé*, 1976.

LA CHINA, S.: "La nuova legge spagnola sull'arbitrato", *Riv. dir. proc.*, 1990.

LANDINI, S.: "Pluralismo giuridico e ordinamento sportivo", *Rass. dir. econ. sport*, 2006.

LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES J.: *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* 3, Madrid, 2005.

LEVY, D.: "Devant qui soulever la question prioritaire de constitutionnalité", in AA.VV.: *La question prioritaire de constitutionnalité* (D. ROUSSEAU), Paris, 2012.

LIEBMAN E.: "Risoluzione convenzionale del processo", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932.

LIEBMAN, E.: "L'azione nella teoria del processo civile", *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1950.

LIEBMAN, E.: "Fondamento del principio dispositivo", *Riv. Dir. proc.*, 1960.

LINSMEAU, J.: *L'arbitrage volontaire*, Bruxelles, 1991.

LOQUIN, E.: *L'arbitrage du commerce international*, Paris, 2015.

MAIO, E.: *Clausola compromissoria e meritevolezza nel sistema della giustizia sportiva*, Napoli, 2020.

MANFREDI, G.: *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007.

MANTILLA SERRANO, F.: "La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 2004.

MANTUCCI, D.: "I profili contingenti della clausola compromissoria", in PERLINGIERI G., TARTAGLIA POLCINI A., *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti,* Napoli, 2019.

MARTIN, R., MAS, D.: "Voies de recours. Dispositions communes", *Jurisclasseur, Procédure civile*, 1995.

MAYER, P.: "Litispendence, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", in AA.VV. : *Mélanges en l'honneur de Claude Raymond*, Paris, 2004.

MAZZONETTO, N.: "Uma análise comparativa da intervenção deterceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro", *Revista brasileira de arbitragem,* 2007.

MEMMO, D.: "Il rapporto tra ordinamento sportivo ed ordinamento nazionale", in AA.VV.: *Il diritto sportivo nel contesto nazionale ed europeo*, Milano, 2006.

MENCHINI, S.: "Regiudicata civile", *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, XVI, Torino, 1997.

MERINO MERCHÁND, J.F., CHILLÓN MEDINA, J.M.: *Tratado de derecho arbitral*, Madrid, 2006.

MESSINEO, F.: *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948.

MESSINEO, F.: "Contratto innominato", *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962.

MEZGER, E.: "Note sous App. Paris, 20 juin 1980", *Revue de l'arbitrage*, 1981.

MINERVINI, E.: "Il trasferimento del giocatore di calcio", *Rass. dir. civ.*, 1984.

MIRABELLI, G. - GIACOBBE, D.: *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994.

MORTARA, L.: *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923.

MOTTO, A.: *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano,* Milano, 2018.

MOREAU, B.: "Le prononcé de la sentence arbitrale entraînet elle dessaissement de l'arbitre?", AA.VV.: *Mélanges en honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999.

MOURA, V.: "L'évolution récente du droit de l'arbitrage au Portugal", *Rev. arb.*, 1991.

MUNNÉ CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcelona, 2004.

MUSIELAK, H.J.: "Vertragsfreiheit und ihre Grenzen", *JuS,* 2017.

NERY JUNIOR, N. - DE ANDRADE NERY, R.M.: *Código de processo civil comentado*, São Paolo, 2006.

NOTTÉ, G.: "Réforme de l'arbitrage", *La semaine juridique*, 2011.

NOURRISAT, C.: "Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage)", *Procédures*, 2011.

NOURISSAT, C.: "Le nouveau droit français de l'arbitrage", *Rev. proc.*, 2011.

OLIVENCIA RUIZ, M.: "El laudo: naturaleza, clases y contenido", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2009.

OLIVENCIA RUIZ, M.: "El arbitraje internacional en España tras la Ley 60/2003", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011.

OPOCHER, E.: *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993.

OPPETIT, B.: "Arbitrage, médiation et conciliation", *Revue de l'arbitrage*, 1984.

OPPETIT, B.: "Justice étatique et justice arbitrale", in AA.VV.: *Mélanges en l'honneur de Pierre Bellet*, Paris, 1991.

OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998.

PANOU, C.: *Le consentement à l'arbitrage*, Paris, 2011.

PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, Navarra, 2010.

PELLEGRINI GRINOVER, A.: "Arbitragem e litisconsórcio necessário", *Revista brasileira de arbitragem*, 2006.

PENNASILICO, M.: "L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia", *Rass. dir. civ.*, 2005.

Perales Viscasillas, M.: "La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Commercial y de Inversiones*, 2011.

Perlingieri, P.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi di Diritto civile*, Napoli, 1989.

Perlingieri, P.: *Arbitrato e Costituzione,* Napoli, 2002.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

Perlingieri P.: "Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*", Foro nap.,* 2014.

Perrot, M.R.: "L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de procédure civile", *Revue de l'arbitrage*, 1980.

Perrot, M.R.: *Sur la réforme de l'arbitrage international, Travaux du Comité français de droit international privé*, 1981-1982, Paris, 1985.

Perrot, R.: "L'arbitrage, une autre justice", *Petites affiches*, 2003.

Perrot, M.R. - Fricerio, N.: "Autorité de la chose jugée", Juris classeur, *Procédure civile*, 2011.

Porro, N.: *Lineamenti di sociologia dello sport*, Roma, 2001.

Punzi, C.: "Arbitrato e prescrizione", *Riv. arb.*, 1992.

Punzi, C.: *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000

Punzi, C.: "L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta", *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2003.

Querzola, L.: *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

Racine, J.B.: "Note sous Cass., 25 mars 1999", *Revue de l'arbitrage*, 1999.

Ramos Méndez, F.: "El arbitraje internacional en la nueva ley española de arbitraje", in AA.VV.: *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005.

Recchia, G.: "La nuova legge sull'arbitrato e le esperienze straniere", *Riv. arb.* 1994.

Recchia, G - Frosini, T.E.: *L'arbitrato nel Diritto comparato*, Padova, 2014.

REDENTI, E.: *Diritto processuale civile,* III, Milano, 1957.

REDENTI, E.: voce "Compromesso (diritto processuale civile)", *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959.

RICCI, F.: *Compromesso*, Torino, 1981.

RICCI, E.F.: "Reflexões sobre o art. 33 da lei arbitragem", *Revista do processo*, 1999.

RICCI, E.F.: "La *natura* dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite", *Riv. dir. proc.,* 2001.

RICCI E.F.: "La *funzione giudicante* degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte costituzionale)", *Riv. dir. proc.*, 2002.

RICCI, E.F.: "La crise de l'arbitrage juridictionnel en Italie", *Rev. arb.*, 2002.

RICCI E.F.: "La Cassazione insiste sulla natura *negoziale* del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici", *Riv. dir. proc.,* 2002.

RICCI E.F.: "Recent case law concerning international effects of an Italian arbitral award: is the Italian supreme court poisoning Italian arbitration?", *Bulletin de l'AssociationSuisse de l'Arbitrage*, 2004.

RIGHETTI, G.: "La riforma dell'arbitrato in Belgio (legge 19 maggio 1998)", *Riv. dir. proc.*, 2000.

RIPOL CARULLA, I.: "La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011", *Spain Arbitration Review*, 2011.

ROBERT, J., MOREAU, B. : *L'arbitrage*, Paris, 1983.

ROCCO, U.: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1967.

ROMANO, G.: "Conventio e consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1.3)", *AUPA,* 2003.

ROPPO, V.: *Il contratto del duemila,* Torino, 2011.

ROUSSEAU, D.: *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 1990.

RUFFINI, G.: "La nozione di clausola compromissoria", *Riv. arb.*, 2004.

SACCO, R.: "Il Contratto", in *Trattato dir. civ.*, II, Torino, 1993.

Sacco, R.: "Qualificazione del contratto", *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg., V, Torino, 2010.

Santoro, R.: "Il contratto nel pensiero di Labeone", *AUPA,* 1983.

Satta, S.: "voce Accordo (diritto processuale civile)*", Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

Scalfi, G.: *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962.

Schizzerotto, G.: *Dell'arbitrato,* Milano, 1988..

Schlosser, P.: *Einverständliches Partei handeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968.

Seraglini, C.: "L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011", *Cahiers del'arbitrag*e, 2011.

Seraglini, C.: *L'arbitrage commercial international*, II ed., Paris, 2019

Serio, M.: "Riorganizzazione del Sistema di Giustizia Sportiva e funzione nomofilattica delle Corti Federali di ultima istanza", *Nuove Autonomie*, 2010.

Sferrazza, M.: "Il vincolo di giustizia sportiva: natura ed effetti alla luce dell'attuale quadro normativo", *Rd*es, v. V, 2009.

Sirena, P.: "L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina contrattuale del contratto"*, Riv. dir. civ.*, 2004.

Strenger, I.: *Arbitragem comercial internacional*, São Paulo, 1996.

Taruffo, M.: "L'insegnamento accademico del diritto processuale civile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996.

Tarzia, G.: "Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze", *Riv. dir. proc.*, s. 2, 1994.

Tenorio Da Costa Fernandes, M.V.: *Anulaçao da sentença arbitral*, São Paulo 2007.

Theodoro Junior, H.: "Arbitragem e terceiros – litisconsórcio foa pacto arbitral – outras intervençóes de terceiros", *Revista de direito bancário*, 2001.

Tomasin, D.: *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, 1975.

Van Comperolle, J.: "Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1994.

VARANO, V.- BARSOTTI, V.: *La tradizione giuridica occidentale* 4, I, *Testo e materiali per un confronto di civil law - common law*, Torino, 2010.

VERBIST, H.: "Reform of the Belgian Arbitration Law (The law of 19 May 1998)", *Revue des affaires internationales*, 1999.

VERDE, G.: "Pubblico e privato nel processo arbitrale", *Riv. arb.*, 2002.

VERDE G.: "Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione", *Riv. Dir. proc.*, 2003.

VERDE, G.: *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010.

VERDERA Y TUELLS, M.E.: "La nouvelle loi espagnole sur l'arbitrage", *Les Cahiers de l'arbitrag*e, III, Paris, 2006.

ZACCHEO, M.: "Contratto e clausola compromissoria", *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1987.

ZUCCONI GALLI FONSECA, E.: "sub art. 806", in AA.VV.: *Arbitrato*, Bologna, 2001.

ZUCCONI GALLI FONSECA, E.: *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004.

L'OPERA D'ARTE FIGURATIVA: RECENTI SVILUPPI NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA E STATUNITENSE

WORKS OF VISUAL ART: RECENT DEVELOPMENTS IN THE ITALIAN AND U.S. CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 898-923

Raffaele AVETA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Le tradizionali categorie del diritto d'autore si scontrano, sempre più spesso, con inedite problematiche giuridiche poste dalla riproduzione ed utilizzazione del manufatto artistico. Il tema, con lo sviluppo delle nuove tecnologie e l'emersione di inedite forme d'arte, ha generato un significativo contenzioso in ordine alle prerogative proprietarie e alle limitazioni ed eccezioni previste dal quadro normativo. La problematica coinvolge in un unicum problematico paesi di diversa tradizione giuridica a prescindere dall'intensità degli scambi commerciali inerenti i singoli mercati e dalla distinzione tra source nations e market nations. L'analisi, limitata al campo dell'arte figurativa e agli ordinamenti italiano e statunitense, fa emergere le difficoltà del potere giudicante di rapportarsi con fenomeni artistici in continua evoluzione e la necessità di coinvolgere nei processi decisionali gli stessi protagonisti che animano il panorama artistico.

PALABRAS CLAVE: Minore; amore.

ABSTRACT: *Traditional categories of author's rights more frequently clash with unprecedented legal issues setup by the reproduction and use of artworks. Following the development of new technologies and the appearance of previously unseen works of art, the issue caused a significant dispute with regard to the ownership prerogatives, limitations and exceptions provided by the legislative framework. This matter involves countries of different judicial traditions in a unique issue regardless of the thriving trade related to single markets and of the distinction between source nations and market nations. The analysis, limited to the field of figurative art and to the Italian and American systems, determines the emerging of the difficulties the role of judge has in relating to the artistic phenomena which are in a continuous evolution and the necessity of involving the same protagonists who enliven the artistic scene into the decision making process.*

KEY WORDS: *Visual art; copyright; fair use; appropriation art; style; semantic difference; gradient inventive; freedom of artistic creation; photography.*

SUMARIO.- I. LE PREROGATIVE PROPRIETARIE.- II. IL DIVIETO DI RIPRODUZIONE.- III. IL CASO BANKSY.- IV. L'APPROPRIATION ART.- V. IL RICORSO AL "FAIR USE" NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE.- VI. LO "SCARTO SEMANTICO".- VII. I CODICI DI AUTOREGOLAMENTAZIONE

I. LE PREROGATIVE PROPRIETARIE.

Le norme sul *copyright* trovano normale applicazione nel campo delle arti figurative sul presupposto che gli "authors will not invest their time and money in creating original works unless they are granted certain property rights"[1]. All'artista viene tradizionalmente riconosciuto il diritto di sfruttare in modo esclusivo la propria creazione, traendo il massimo vantaggio economico dalla sua diffusione al pubblico[2]. I diritti di privativa[3], "separate a part from the rights that property law recognizes in the tangible object the artist might create"[4], riguardano esclusivamente opere nelle quali sia rinvenibile l'intervento creativo dell'autore.

Nel campo delle arti figurative[5] diviene centrale l'apporto materiale dell'artista che imprime, attraverso un'attività di segno tangibile, l'impronta della sua personalità su una forma espressiva dotata di corporeità[6].

1 Petruzzelli, L.: "Copyright problems in post-modern art", *DePaul LCA J. Art & Ent. L.,* 1994, V, p.115.

2 Pallas Loren, L.: "Law, Visual Art and Money", *Lewis & Clark L. Rev.,* 2018, vol. 22°, pp. 1331-1336, sottolinea come le norme sul copyright garantiscano a chi crea "works of authorship that are original and fixed in a tangible medium of expression a set of exclusive rights to control certain uses of the creative expression contained in those works".

3 In Italia i diritti di sfruttamento economico che spettano all'autore dell'opera sono elencati negli articoli da 12 a 19 della L.d.A. Ai sensi dell'art. 12 "l'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera. Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo originale, o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti. È considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione". Sull'ampia bibliografia in materia di diritto d'autore v.: Gutierrez, B.M.: *La tutela del diritto d'autore*, 2ª ed., Giuffré, Milano, 2008, p. 38; Sbarbaro, E.: *Le creazioni intellettuali derivate nel diritto d'autore*, Eurilink, Roma, 2018; Venanzoni, C.: *Copyright: i diritti e i rimedi nel sistema italiano e nella prospettiva della comparazione*, Jovene, Napoli, 2018; Cunegatti, B.: "Il diritto d'autore nella società dell'informazione", in AA.VV.: *Manuale del diritto d'autore: principi e applicazioni*, Editrice Bibliografica, Milano, 2020, p.20; Spedicato, G.: *Principi di diritto d'autore*, Il Mulino, Milano, 2020.

4 Pallas Loren, L.: "Law, Visual Art", cit., p. 1335.

5 In Italia l'art. 2 della L.d.A. identifica a titolo esemplificativo come opere di arte figurativa "le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia". Ai fini del riconoscimento del diritto di seguito previsto dall'art. 144 della medesima Legge la definizione di arte figurativa è di poco differente, comprendendo "quadri, i 'collages', i dipinti, i disegni, le incisioni, le stampe, le litografie, le sculture, gli arazzi, le ceramiche, le opere in vetro e le fotografie, nonché gli originali dei manoscritti, purché si tratti di creazioni eseguite dall'autore stesso o di esemplari considerati come opere d'arte e originali".

6 Nelle arti figurative la forma espressiva dell'oggetto è evidentemente un elemento necessario ai fini della protezione. La nozione di "corporeità" sta progressivamente svanendo in alcune forme d'arte. Sulle recenti

• Raffaele Aveta
Già Ricercatore nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Vincitore del concorso nazionale di Professore Associato di Diritto Comparato. E-mail: Correo electrónico: raffaele.aveta@unicampania.it

Il contributo dell'artista è a tal punto decisivo che possono essere considerati come originali anche le copie realizzate con mezzi meccanici in presenza di determinati requisiti espressamente indicati dalla legge.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'attribuzione del requisito dell'originalità spetta, ai fini del riconoscimento del diritto di seguito[7], anche alle "copie delle opere delle arti figurative prodotte in numero limitato dall'autore stesso o sotto la sua autorità, (…) purché siano numerate, firmate o altrimenti debitamente autorizzate dall'autore" stesso[8].

Negli Stati Uniti[9], invece, lo U.S. Code § 101 include nella definizione di "*visual art*" non solo l'opera singola ma anche le copie da essa derivate a condizione che non vengano prodotte in numero superiore a 200 esemplari, e siano firmate e "consecutively numbered"[10].

Il diritto alla riproduzione spetta esclusivamente all'artista e non si trasferisce normalmente con la vendita di un'opera in quanto la *traditio* materiale è slegata dalla cessione dei diritti di utilizzazione economica che, salvo diversa pattuizione, restano in capo all'autore, che conserva anche i diritti morali sulle opere cedute[11].

Questa scissione tra l'oggetto realizzato, il c.d. *corpus mechanicum*, e l'idea che in essa è contenuta, il c.d. *corpus mysticum*, è alla base di molte delle numerose

trasformazioni *vid.* Cooper, E.: *Art and modern copyright: the contested image*, Cambridge, 2018, pp. 3-11; Wilson, M.: *The artist and the artwork*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

7 Il diritto di seguito è previsto dall'art. 144 della L.d.A.. È in vigore in Italia dal 9 aprile 2006 ed è stato introdotto dal D.lgs n.118 del 13 febbraio 2006 in attuazione della direttiva 2001/84/CE. Sul diritto di seguito *vid.* Boi, D.: *Arte e diritto di seguito*, Il Massimiliano, Trieste, 2011; Shipley, D.E.: "Droit de Suite, Copyright's First Sale Doctrine and Preemption of State Law", *Hastings Comm. & Ent. L. J.*, 2017, 39, pp.17-35; Lemme, G. (a cura di): *Diritto ed Economia del mercato*, Cedam, Padova, 2018.

8 Sul punto *vid.* art. 145, comma 2, della L.d.A.

9 Il presente contributo è limitato agli ordinamenti italiano e statunitense. Il confronto tra gli Stati Uniti, saldamente al primo posto nel mercato mondiale dell'arte e l'Italia, che detiene l'1% del fatturato globale, sottolinea l'esistenza di problematiche comuni, a prescindere dall'intensità degli scambi commerciali inerenti i singoli mercati e dalla distinzione tra source nations e market nations. Per i dati statistici sul mercato internazionale dell'arte *vid. The Art Basel and UBS Global Art Market Report 2020*, disponibile all'indirizzo: www.artbasel.com. Sui rapporti tra arte e mercato *vid.* di recente: Durkop Henseling, L.: "The Art Market: Art's Incomplete Mirror—Artistic Action's Guiding Principles and Their Consequences for the Art Market", *Soc. Arts & Mark.*, 2020, pp. 129-156.

10 *Cfr.* U.S. Code § 101 che individua come"works of visual art" "(1) a painting, drawing, print, or sculpture, existing in a single copy, in a limited edition of 200 copies or fewer that are signed and consecutively numbered by the author, or, in the case of a sculpture, in multiple cast, carved, or fabricated sculptures of 200 or fewer that are consecutively numbered by the author and bear the signature or other identifying mark of the author; or (2) a still photographic image produced for exhibition purposes only, existing a single copy that is signed by the author, or in a limited edition of 200 copies or fewer that are signed and consecutively numbered by the author". Sul copyright statunitense *vid.* Reed, C.S.: *The unrealized promise of the next great copyright act: U.S. Copyright Policy for the 21st Century*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

11 Il "complesso di diritti di utilizzazione dell'opera dell'ingegno" si possono trasferire in modo unitario, come ha precisato la Cassazione con la sent. 1951/1966 oppure in modo differenziato a soggetti diversi. L'art. 19 della L.d.A. sottolinea l'indipendenza dei diritti di sfruttamento delle opere dell'ingegno le quali "sono fra loro indipendenti".

controversie riguardanti l'utilizzazione dell'opera d'arte, anche di quelle afferenti al mondo digitale[12].

La protezione della "*owner of the expression*"[13] si sostanzia infatti in una molteplicità di diritti di carattere patrimoniale e morale, i quali negli ultimi anni sono stati sottoposti, per effetto dell'intervento del potere giurisdizionale, ad un processo di ridefinizione e modellati parallelamente alla nascita di nuove forme d'arte e all'evoluzione degli strumenti tecnologici[14].

II. IL DIVIETO DI RIPRODUZIONE.

I diritti patrimoniali d'autore[15] vedono nel divieto di riproduzione la principale prerogativa[16] in capo agli artisti/autori, intendendosi per riproduzione "la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma"[17] e con qualsiasi procedimento.

12 Anche negli Stati Uniti l'U.S.C. § 102 distingue tra "intangible work" e "tangible object express". Sul tema v.: Tumicelli, A.: "L'immagine del bene culturale", *Aedon*, 2014, I; Bartolini A., Morbidelli G.: *L'immateriale economico nei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2016; Manfredi, G.: "La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali", *Dir. Econ.*, 2017, vol. 30°, I, pp. 29-38; Antons C., Logan W.: *Intellectual property, cultural property and intangible cultural heritage*, Routledge, Londra, 2018; Papa, A.: *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2019; Gualdani, A.:"I beni culturali immateriali, una categoria in cerca di autonomia", *Aedon,* 2019, I; Stokes, S.: *Digital copyright: law and practice*, Hart Publishing, Oxford, 2019. Cronin, C.: "3D Printing: Cultural Property as Intellectual Property", *Colum. J. L. & Arts,* 2015, 39, I, p. 1.

13 Cohen, M.R.:"Property and Sovereignty", *Cornell L. Q.*, 1927, p. 8, *passim*.

14 Le tecnologie per la riproduzione e la digitalizzazione hanno contribuito a rendere più evidente la separazione tra il valore intrinseco di un'opera e il potenziale derivante dal suo sfruttamento economico. Sul punto Ajani G., Donati A. (a cura di): *I diritti dell'arte contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2011; Donati, A.: *Law and Art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffré, Milano, 2014; Corrias Lucente, G.: *La tutela dell'opera d'arte contemporanea*, Gangemi, Roma, 2016; McDaniel C., Robertson J.: *Themes of contemporary art: visual art after 1980*, Oxford, 2017; Donati, D.: "La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela opere d'ingegno", *P.A.,* 2019, II, p. 323; Foong, C.: *The making available right: realizing the potential of copyright's dissemination function in the digital age*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019; McCutcheon J., McGaughey F.: *Research handbook on art and law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020. Per le sue specificità non è oggetto della presente trattazione la vexata quaestio della proteggibilità di un'opera d'arte esposta alla pubblica vista. La materia, ampiamente dibattuta in ambito nazionale, non ha trovato compiuta definizione neppure nella direttiva UE 2001/29 CE che lascia alla discrezionalità dei singoli stati membri l'introduzione o meno di limitazioni al diritto d'autore per "opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici". *Cfr.* art. 5, sezione 3 lettera h della direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Official Journal L 167, 22/06/2001 P. 0010 0019. Sulla ricca bibliografia in materia di panorama freedom v.: Resta, G.: "Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons", *Riv. Pol. Dir.*, 2009, IV, p. 567; Faggioni, L.S.: "La libertà di panorama in Italia", *Dir. Indust.*, 2011, VI, p. 535; Newell, B.C.: "Freedom of panorama: a comparative look at international restrictions on public photography", *Creighton L. Rev.,* 2011, 44, pp. 405-426; Casini, L.: "Riprodurre il patrimonio culturale? I 'pieni' e i 'vuoti' normativi", *Aedon*, 2018, III.

15 Questi diritti hanno una durata limitata nel tempo in quanto sono volti a conciliare le prerogative autoriali e il progresso culturale. Sul punto L. Petruzzelli, *Copyright problems,* cit., p. 2, che sottolinea come i diritti patrimoniali d'autore attribuiscono "economic incentives to create unique and original works which contribute to our cultural heritage".

16 Goldstein P. Bernt Hugenholtz P.: *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford, 2001, p. 307, passim. L'autore ha evidenziato come storicamente il diritto "to make copies of a copyrighted work is the seminal author's right, the law's response to the invention of moveable type".

17 L'art. 13 della L.d.A. stabilisce che i diritti di utilizzazione di un'opera d'arte si possono trasferire solo con l'esplicita autorizzazione dell'autore. Il medesimo articolo statuisce, inoltre, che "il diritto esclusivo

Con questa ampia dizione il legislatore italiano vieta non soltanto la realizzazione "di copie fisicamente identiche all'originale", ma protegge anche "l'utilizzazione economica che può effettuare l'autore mediante qualunque altro tipo di moltiplicazione dell'opera in grado di inserirsi nel mercato della riproduzione"[18]. Anche negli Stati Uniti la cessione di un'opera non comporta l'automatico trasferimento degli "*exclusive rights*"[19] espressamente definiti dall'U.S. Code § 106, come il diritto di "reproduce the copyrighted work in copies"[20].

Le prerogative proprietarie di carattere patrimoniale legate alla riproduzione conoscono in tutti gli ordinamenti limitazioni ed eccezioni, che spesso costituiscono fonte di contenzioso giudiziale.

In Italia, nel campo delle arti figurative, al di là dei casi previsti dall'art. 70 della L.d.A. relativamente alle libere utilizzazioni[21], viene in rilevo l'art. 109 della medesima Legge che contempla l'ipotesi della cessione di qualsiasi mezzo idoneo alla riproduzione, sottolineando come essa includa, salvo diversa pattuizione[22], "la facoltà di riprodurre l'opera stessa sempreché tale facoltà spetti al cedente"[23].

Sull'operatività e la portata di questa norma è recentemente intervenuta la Cassazione, valutando la rilevanza di un disegno creativo nel processo produttivo

di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione".

18 Cass. Civ. sez. I, n. 11343/1996. Nel caso di specie la controversia riguardava la riproduzione fotografica di un'opera d'arte figurativa nel catalogo di una mostra. Secondo i giudici anche questa forma di utilizzazione dell'opera pittorica rientra nei diritti esclusivi riservati all'autore, i quali non vengono ceduti in automatico con la cessione dell'opera, a qualsiasi titolo essa avvenga. Per un commento della sentenza *vid.* Albertini, "La riproduzione fotografica in cataloghi delle opere dell'arte figurativa", *Giustizia civile*, 1997,vol.1°, p.1606.

19 Come evidenzia Glinney Jr, S.L.: "A tale of two copyrights", *Akron L. Rev.*, 2019, IV, p. 987, il "Copyright Act of 1976 grants certain rights to the copyright owner including the right to make, distribute, and derive works based on the original, display the copyrighted work publicly and seek royalties from others who wish to use the copyrighted work". Sul punto *vid.* U.S. Code § 106.

20 *Cfr.* U.S. Code § 106. Nell'ordinamento italiano è esplicito l'art. 106 L.d.A, il quale stabilisce che "la cessione di uno o più esemplari dell'opera non importa, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di utilizzazione".La definizione di "copies" rintracciabile nello U.S. Code è decisamente ampia e consente all'"owner of copyright" di fare duplicazioni attraverso "any method now known or later developed". Sul punto *vid.* l'U.S.C. § 101. La definizione include "material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term "copies" includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed". Entrambi gli ordinamenti riecheggiano, ampliandolo, l'art. 9 della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1971, che attribuisce agli autori di opere letterarie ed artistiche "il diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione delle loro opere in qualsiasi maniera e forma".

21 L'art. 70 della L.d.A. stabilisce al primo comma che "il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali". La previsione dell'art. 70, costituendo un'eccezione al regime ordinario, non può essere applicata oltre i casi espressamente previsti.

22 Secondo l'art. 110 della L.d.A. "la trasmissione dei diritti di utilizzazione deve essere provata per iscritto".

23 L'art. 109, secondo comma, della L.d.A. precisa che "la cessione di uno stampo, di un rame inciso o di altro simile mezzo usato per riprodurre un'opera d'arte, comprende, salvo patto contrario, la facoltà di riprodurre l'opera stessa, sempreché tale facoltà spetti al cedente".

di un'opera vetraria ai fini della sua duplicabilità. Nel caso specifico la Corte ha ritenuto assimilabile la rappresentazione pittorica allo stampo, sul presupposto che l'opera artistica originaria fosse "priva di "autonomia" e non assumesse rilievo "come oggetto *ex se* di immediata fruizione, ma come strumento di riproduzione", per duplicare "il progetto realizzato dal *designer*, da passare successivamente all'ufficio tecnico della vetreria per la riproduzione degli ulteriori pezzi"[24]. I giudici di Cassazione hanno di fatto confermato l'ipotesi formulata dalla Corte di merito per la quale in occasione della cessione onerosa dei disegni l'artista avesse trasferito alla ditta produttrice non solo la proprietà della rappresentazione grafica, ma anche il diritto di riproduzione del prototipo, realizzato sulla base del disegno iniziale.

Il ragionamento appare perfettamente congruente con la *ratio* della norma[25] e con il legame inscindibile che, in una officina del vetro, esiste tra il disegno, il prototipo e il processo produttivo finale dell'opera.

III. IL CASO BANKSY.

L'approccio casistico, innanzi descritto, è divenuto rilevante anche in un'altra fattispecie molto recente riguardante l'applicazione dell'art. 109 della L.d.A. nell'ambito di una vicenda che, per la notorietà del personaggio coinvolto, ha avuto ampia risonanza internazionale[26].

Il Tribunale di Milano è stato, infatti, chiamato ad emettere un provvedimento cautelare nell'ambito di un procedimento avviato da una società di diritto inglese, la Pest Control Office Limited[27], in relazione alla paventata ipotesi di un uso illecito dei segni denominativi e figurativi registrati a tutela dell'opera dell'artista noto con lo pseudonimo di Banksy[28]. Il caso ha tratto spunto dall'organizzazione di una mostra, non autorizzata dall'autore, che tuttavia esponeva delle opere da lui prodotte e commercializzate come normali espressioni dell'arte figurativa.

24 Le due ultime citazioni sono tratte da Cass. Civ, sez. I, n. 20178/2017.

25 Come hanno evidenziato i giudici della Suprema Corte si tratta di una interpretazione estensiva dell'art. 109, comma 2, la quale non riduce "la portata della norma costituente la regola con l'introduzione di nuove eccezioni, bensì si limita ad individuare nel contenuto implicito della norma eccezionale o derogatoria già codificata un'altra fattispecie avente identità di ratio con quella espressamente contemplata. Come tra le ultime ribadito nella pronuncia 30722/2011, l'interpretazione estensiva tende a ricomprendere nella concreta portata della norma tutti i casi da essa anche implicitamente considerati, quali risultanti sulla base della lettera ma anche della ratio della disposizione".

26 Ordinanza del Trib. Milano (r.g. 52442/2018) emessa il 15 gennaio 2019 nel procedimento cautelare promosso da Pest Control Office Limited contro 24 Ore Cultura s.r.l. La vicenda trae origine dalla mostra dal titolo "L'arte di Banksy. Una protesta visiva" organizzata presso il Museo Mudec di Milano dalla società 24 Ore Cultura s.r.l. L'ordinanza è reperibile all'indirizzo: :www.iusletter.com

27 La Pest Control Office Ltd ha dichiarato di essere incaricata in via esclusiva dell'amministrazione e tutela dei diritti dell'artista noto con lo pseudonimo di Banksy e in tale veste- si legge nella sentenza- "provvede a verificare la riconducibilità a detto artista delle opere e a rilasciare autentiche".

28 I marchi figurativi in questione riguardano due immagini simbolo di Banksy: la "Bambina con il palloncino rosso" ed il "Lanciatore di fiori".

Il Giudice si è espresso su una pluralità di questioni che attengono al diritto d'autore non solo su quelle afferenti alla riproduzione del marchio[29] ma, cosa più rilevante ai nostri fini, sulla titolarità dei diritti collegati o collegabili alle opere vendute da Banksy ed esposte nella mostra.

Il Tribunale, in via preliminare, circoscrive il campo di analisi, specificando l'estraneità della vicenda al dibattito sulla *street art*[30] e la sua piena riconducibilità al regime normativo delle opere dell'arte figurativa, secondo la volontà dell'artista che, commercializzando multipli delle sue opere, sembra escludere ogni volontà di rinnegare le regole e i principi della proprietà intellettuale.

In quest'ambito viene in rilievo l'art. 109 L.d.A. e la necessità di provare la cessione del diritto di riproduzione delle immagini fotografiche delle opere rappresentate nel catalogo della mostra.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale ha, infatti, evidenziato che la pubblicazione di un volume illustrativo "rappresenta una forma di utilizzazione economica dell'opera d'arte che rientra, salvo patto contrario, nel diritto esclusivo di riproduzione riservato all'autore"[31].

29 Sulla contraffazione dei marchi *vid.* art. 9, co. 2, Reg. 1001/17. Il giudice ritiene che non possa essere fornita una "chiara ed indiscutibile prova di una registrazione dei marchi eseguita in malafede, benché emerga (…) un uso limitato dei segni identificativi da parte della ricorrente nella specifica funzione di segno distintivo". Sulle condizioni richieste in sede comunitaria per l'accertamento della malafede e sulla loro sussistenza all'epoca del deposito del marchio *vid.* Corte Giustizia UE, sentenza 11 giugno 2009, causa C-529/07. Più creativo il ragionamento avviato in merito alla contraffazione dei marchi registrati e al loro utilizzo. Al riguardo le valutazioni del giudice divergono a seconda della tipologia di materiale realizzato e delle finalità alle quali lo stesso può potenzialmente essere destinato. La riproduzione del marchio denominativo e figurativo nel titolo della mostra e nei mezzi promozionali ad essa collegati escludono il rinvenimento di elementi di illiceità in considerazione della funzione meramente descrittiva e comunicativa degli articoli pubblicitari. Il Tribunale evidenzia come la denominazione "Banksy" e la grafica identificativa della mostra non vengano "ripresi per presentare un prodotto sotto il marchio altrui o per creare un collegamento con quest'ultimo", ma per orientare il pubblico, veicolando il contenuto dell'esposizione. La mera funzione pubblicitaria degli oggetti realizzati appare, quindi, conforme ai principi della correttezza professionale e non lascia spazio al rinvenimento di una condotta parassitaria, denigratoria o comunque pregiudizievole a danno della Pest Control. Al contrario, invece, il giudice ritiene violati i diritti della ricorrente a fronte della realizzazione di materiale di merchandising recante il segno "Banksy" su "prodotti del tutto generici e di comune consumo, senza alcuna specifica attinenza all'ambito dell'esposizione". Tale comportamento rende evidente il perseguimento di una finalità puramente commerciale. La linea del rigore, scelta opportunamente per prodotti dei quali la mostra poteva sicuramente fare a meno senza menomare la sua finalità culturale, viene ribadita anche per il catalogo della mostra, la cui realizzazione -a parere del giudice- sembrerebbe integrare la fattispecie dell'illecito concorrenziale configurato dal n. 3 dell'art. 2598 c.c.

30 Il Tribunale ha evidenziato "la non pertinenza al caso di specie delle peculiari problematiche di diritto d'autore relative alla street art caratterizzata dalla realizzazione in luogo pubblico di un'opera che implicherebbe in sé per un verso la pubblica e libera esposizione della stessa in rinuncia delle prerogative proprie della tutela autoriale e sotto altro profilo la natura effimera dell'opera stessa, in un contesto ideologico di diretta contestazione del diritto d'autore e/o dei circuiti commerciali propri di tale settore". L'equivalenza prospettata dal magistrato tra street art e rinuncia alle prerogative autoriali offre una visione limitata del fenomeno che non tiene conto di quanto avvenuto negli ultimi anni nelle corti europee e statunitensi, con la progressiva affermazione della proteggibilità delle opere di street art. Sull'ampia bibliografia: Smith, C.Y.N.: "Lead Article: Street Art: An Analysis Under U.S. Intellectual Property Law And Intellectual Property's "Negative Space" Theory", *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, 2014, 24, p. 259; Ferlito, I.: *Diritto e street art: profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2019.

31 Sul punto *vid.* Corte App. Roma, 23 dicembre 1992; Cass. Civ. sez. I, n. 11343/1996. I giudici di Cassazione ribadiscono come "il diritto di esposizione dell'opera, che spetta al proprietario cessionario del suo esemplare originale, non include quello di pubblicizzarla con la sua riproduzione su catalogo".

Nel caso di specie non vi sono evidenze documentali per ritenere che l'artista abbia ceduto tale diritto alla Pest Control o ai proprietari dei multipli esposti[32].

La realizzazione del catalogo non può neppure rientrare nelle libere utilizzazioni previste dall'art. 70 L.d.A., date le particolari caratteristiche dell'opera pubblicata, la quale riproduce in modo integrale le singole produzioni artistiche ed appare priva di una esclusiva o prevalente finalità critico-culturale[33].

Sulla base di questi presupposti il Tribunale potrebbe emettere un provvedimento di inibitoria cautelare e di sequestro, ma l'assenza di prove certe circa la reale portata dei diritti di sfruttamento economico vantati dalla Pest Control rendono impossibile una pronuncia accertativa dell'illecito concorrenziale ex art. 2598, n. 3, c.c. in quanto l'integrazione di questa fattispecie richiede una potenzialità di danno a carico del soggetto che lamenta la commissione dell'illecito[34]. Una eventualità che, secondo il Tribunale, non può evidenziarsi nelle specifiche circostanze del giudizio per l'assenza in capo alla società inglese di un diritto concorrente di riproduzione delle immagini che possa ritenersi effettivamente pregiudicato dal catalogo della mostra milanese.

L'ordinanza mette in evidenza la debolezza delle strategie legali messe in campo da Banksy attraverso la Pest Control, nel tentativo di utilizzare il diritto dei marchi per difendere le proprie prerogative autoriali e, nel contempo, tutelare il proprio anonimato.

Una strada decisamente in salita come testimonia non solo la vicenda esaminata dal Tribunale di Milano, ma anche l'azione di nullità proposta all'EUIPO dalla società

32 Il Tribunale evidenzia come "la stessa presentazione svolta dalla ricorrente nel presente procedimento appare in verità indefinita e generica rispetto alla reale indicazione dei diritti di utilizzazione economica delle opere dell'artista da esso trasmessi a Pest Control Office Ltd, al di là dell'attività di autenticazione e vendita di opere che non attiene strettamente a tale ambito". Neppure la proprietà dei singoli manufatti autorizza, in effetti, la loro riproduzione. Il principio, consolidato in giurisprudenza, è stato recentemente ribadito dallo stesso Tribunale di Milano in un caso riguardante una famosa casa di moda italiana, la quale, dopo aver acquistato la proprietà di un quadro, lo aveva fatto riprodurre, senza l'autorizzazione dell'autore, sul sito internet della società, come arredo dei negozi e packaging commerciale. Il giudice ha ribadito il principio della scissione tra corpus mechanicum e corpus mysticum, sottolineando come "la proprietà in capo alla società convenuta, di una delle opere create dall'autore, non implica anche il diritto di utilizzazione mediante riproduzione". Sul punto *vid.* Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia d'impresa, sentenza n. 5093/2018 del 9 maggio 2018.

33 Come nota il Giudice la previsione dell'art. 70 L.d.A. costituisce "un'eccezione al regime ordinario dell'esclusiva e non può essere applicata oltre i casi espressamente previsti (…). A tale proposito appare rilevante considerare l'assoluta prevalenza delle immagini delle opere dell'artista rispetto alla ben più limitata parte di testo che accompagna tali illustrazioni".

34 Il giudice ritiene condivisibile l'opinione "secondo la quale per l'integrazione di tale fattispecie di illecito concorrenziale, oltre alla verifica positiva della condotta obiettivamente contra legem, sia necessaria la verifica dell'effettiva potenzialità di tale condotta di un danno a carico del soggetto che lamenta la commissione di tale illecito che risulti causalmente collegabile ad esso". Per l'atto di concorrenza non tipizzato, in altre parole, non opera alcuna presunzione, ma trattandosi di una clausola generale è necessaria la prova della potenzialità lesiva, allo stesso modo di quanto avviene per la clausola generale di illecito civile ex art. 2043 cod. civ. Sull'ampia letteratura in materia di concorrenza sleale *vid.* Labella, E.: *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2018.

Full Color Black ("FCB") in merito alla registrazione come marchio figurativo del famoso murale noto come "*Flower Thrower*". La decisione dell'Ufficio Europeo dà ulteriormente atto delle numerose questioni che emergono nel settore della riproducibilità dell'opera d'arte, anche in campi ad essa tradizionalmente estranei come quello dei marchi[35].

IV. L'APPROPRIATION ART.

Le problematiche connesse all'utilizzazione e alla riproduzione dell'opera d'arte figurativa hanno trovato anche negli Stati Uniti un ampio terreno di dibattito, soprattutto in relazione alle complessità interpretative sollevate dalla teoria "dell'arte trasformativa"[36] e del c.d. "*fair use test*"[37].

Nell'ordinamento statunitense, l'assolutezza dei diritti autoriali ha già in sé due rilevanti eccezioni, le quali trovano espressione normativa nella *section* 109 dello U.S. Code, la "*first sale doctrine*"[38] e la"*exception to display a work publicly*"[39].

La prima vendita attribuisce all'acquirente dell'opera il diritto "to resell it or give it away or otherwise distribuite it, as long as they do not copy it and try to sell

35 Decisione EUIPO, 14 settembre 2020, Operations Department Cancellation Division., Dec. 33843 C/2020. L'EUIPO ha riconosciuto la nullità del marchio denominato "Flower Thrower", tratto dall'opera di Banksy e registrato dalla Pest Control Office Limited, sulla base dell'art. 59 del Regolamento UE n. 1001/2017. Elemento fondamentale della decisione l'accertata volontà di non utilizzare concretamente il marchio per le finalità alle quali è specificamente destinato. L'assenza di una strategia commerciale per la vendita di beni appare un dato acquisito che emerge nel corpo della Decision, p. 11, laddove si evidenzia che "Banksy had not manufactured, sold or provided any goods or services under the contested sign or sought to create a commercial market for his goods until after the filing of the present application for a declaration of invalidity. Only then, in October of 2019, he opened an online store (and had a physical shop but which was not opened to the public) but by his own words, reported in a number of different publications in the UK, he was not trying to carve out a portion of the commercial market by selling his goods, he was merely trying to fulfil the trade mark class categories to show use for these goods to circumvent the non-use of the sign requirement under EU law. Both Banksy and Mr. M.S, who is a Director of the proprietor, made statements that the goods were created and being sold solely for this cause". Una riconosciuta "bad faith" per perseguire scopi estranei "than those falling within the functions of a trade mark (29/01/2020, C 371/18, SKY, EU:C:2020:45, § 81)". Sul punto p. 12 della Decisione EUIPO.

36 Adler, A.: "Why art does not need copyright", *George Wash. L. Rev.*, 2018, 86, pp.314; Rachum-Twaig, O.: *Copyright law and derivative works: regulating creativity*, Routledge, Londra, 2019.

37 Gervais, D.: "Improper Appropriation", *Lewis & Clark L. Rev.*, 2019, 23, pp.599-620.

38 La section 109 (A) dello U.S. Code stabilisce che "notwithstanding the provisions of section 106 (3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord". Sulla "first sale doctrine" *vid.* Katz, A.: "The First Sale Doctrine and the Economics of Post-Sale Restraints", *BYU L. Rev.*, 2014, I, p. 55; Reis, S.: "Toward a Digital Transfer Doctrine-The First Sale Doctrine in the Digital Era", *Nw. U. L. Rev.*, 2014, 109, I, p.173; Gabison, G.A.: "The First Sale Doctrine and Foreign Sales: The Economic Implications in the United States Textbook Market", *UMass L. Rev.*, 2019, 15, II, p. 166-196; Graham, L.M., McJohn, S.M., "Intellectual Property's First Sale Doctrine and the Policy Against Restraints on Alienation", *Texas A&M L. Rev.*, 2019, III, pp. 497-536.

39 Strettamente collegata alla *first sale doctrine* è il limitato diritto di esposizione riconosciuto dalla section 109 (C) dello U.S. Code, dove si legge che: "Notwithstanding the provisions of section 106(5), the owner of a particular copy lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to display that copy publicly, either directly or by the projection of no more than one image at a time, to viewers present at the place where the copy is located". Le sections da 107 a 122 dello U.S. Code contengono diverse eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi degli autori.

the copies''[40], mentre il ''*right of public display*'' consente una limitata visualizzazione, circoscritta sia in termini soggettivi che oggettivi[41].

Queste limitazioni[42] sono strettamente collegate alla teoria del ''*fair use*'', formalizzata nel disposto della *section* 107 dello U.S. Code[43]. Detta norma è divenuta il principale parametro di valutazione del rapporto tra il *copyright* e l'arte contemporanea, assumendo un ruolo chiave nelle evoluzioni giurisprudenziali in materia. Il ''*fair use*'', infatti, resta al centro delle dispute sulla legittimità dell'operato degli artisti che, desacralizzando l'opera d'arte, il suo valore percettivo ed estetico, si appropriano di elementi creativi preesistenti per attribuirgli un nuovo significato, per riproporli al pubblico in un contesto diverso e con linguaggi different[44]. Si tratta di operazioni intellettuali volte generalmente a potenziare nell'espressione artistica la riflessione filosofica e critica, attraverso l'utilizzazione o meglio l'appropriazione (da qui il nome di ''appropriation art'') ''di immagini preesistenti tratte dall'arte e dalla cultura di massa''[45], allo scopo di fondare una ''nuova poetica'', spesso di critica ai valori e ai simboli imposti dalla società moderna[46].

40 Duboff, L.D., Murray, M.D.: *Art Law: Cases and Materials*., Wolter Kluver, Alphenaan den Rijn, 2017. Per una prima enunciazione della "*first sale doctrine*" *vid.*: *Bobbs-Merrill v. Strauss*, 210 US 339 (1908).

41 Sul punto *vid.* Merryman, J.H., Elsen, A.E., Urice, S.K.:*Law, Ethics, and the Visual Arts*, Wolters Kluver, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 346. Come la dottrina della prima vendita anche il "il right of public display" si applica solo al proprietario dell'opera e non a chi ha acquisito il possesso della copia "by rental, lease, loan, or otherwise, withoutacquiring ownership of it". Sul punto *vid.* l'art.17 U.S.C. § 109 (d).

42 AA.VV.: *Prosecuting Intellectual Property Crimes*, U.S. Department of Justice, 2019, 4, dove si legge che il "Congress has noted that fair use is the most important limitation on the exclusive rights granted copyright owners, H.R. Rep. No. 94-1476, at 65 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5678, and the Supreme Court has characterized fair use as one of copyright law's built-in accommodations to the First Amendment".

43 Il primo caso che ha utilizzato la dottrina "fair use" risale al 1841 e si tratta del caso Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4901). La sections 107 esprime il tentativo di bilanciare "the interest of authors in the control and exploitation of their [works], and society's competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce". Sul punto *vid.* anche *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417, (1984).

44 *Cfr.* Liberati Buccianti, G.:"Recenti questioni in tema di diritto privato dell'arte", *Aedon*, 2018, III. La storia dell'arte è densa di fenomeni imitativi e i movimenti artistici del novecento hanno implementato questa tendenza, spostando la propria attenzione "più che sul contenuto dell'espressione in sé considerato, sul significato o sul senso che quest'ultimo assume per l'autore". Sul punto Spedicato, G.:"Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore", *Giurispr. Comm*., 2013, 40, p. 122. *Cfr.* Anche Carlin, J.: "Culture Vultures: Artistic Appropriation and Intellectual Property Law", *Colum.-VLA J. L. & Arts*, 1988, 13, p. 103, che sottolinea come "l'appropriation is one of the most important conceptual strategies in late twentieth-century art because it underscores the role of the artist as the manipulator or modifier of existing material, rather than as the inventor or creator of new forms". L'appropriazionismo è considerata quasi una categoria del post-moderno. Sul punto *vid.* Buskirk, M.:"Appropriation Under the Gun", *N.Y. Brandt Arts Publ*., 1992, 80, p. 37 ss., che scrive: "*the appropriation of imagery from mass media and other sources is, of course, a strategy central to postmodern art*".

45 In questo senso *vid.* l'ord. Trib. Milano, 13 luglio 2011, pronunciata nel caso Foundation Alberto et Annette Giacometti, Stitchin Fondazione Prada c. Prada S.p.A., con nota di Briceño Moraia, L.: "Arte appropriativa, elaborazioni creative e parodia", cit., p. 357. Particolarmente convincente la definizione di appropriation art offerta da Landes, W.M.: "Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: An Economic Approach", *Mason L. Rev*., 2000, vol. 9°, I, p. 1, secondo il quale " l'appropriation art borrows images from popular culture, advertising, the mass media, other artists and elsewhere, and incorporates them into new works of art. Often, the artist's technical skills are less important than his conceptual ability to place images in different settings and, thereby, change their meaning. Appropriation art has been commonly described "as getting the hand out of art and putting the brain in".

46 Il ricorso ad immagini iconiche tratte dalla cultura di massa viene utilizzata in chiave antisistema come simbolo del depauperamento dei valori e critica ai modelli imposti dalla società contemporanea. Sul potere

Il fenomeno si è notevolmente ampliato negli ultimi anni ed è stato facilitato dalla diffusione delle tecniche di "*computer graphics*" che hanno reso fruibili ad un vasto pubblico svariati strumenti di manipolazione e riproduzione digitale[47], imponendo ai giuristi statunitensi la continua ricerca di un punto di equilibrio tra il titolare dei diritti sull'opera originaria e "the progress of science and useful arts"[48]. Lo scontro dialettico tra questi interessi e il loro necessario bilanciamento ha condotto i giudici a sviluppare le potenzialità insite nella *section* 107dello U.S. Code, che indica i casi nei quali l'utilizzazione di un'opera altrui può essere considerata lecita, non integrando gli estremi dell'"*infringement of copyright*"[49]. L'elenco riportato nello U.S. Code ha un carattere esemplificativo[50] che viene letto in correlazione con quanto dispone la parte successiva della norma, ove sono enunciati i criteri necessari all'individuazione del "*fair use*".

I parametri indicati dalla *section* 107 sono quattro: lo scopo e il carattere dell'uso, la "nature of the copyrighted work", la quantità e la consistenza della parte utilizzata, "l'effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work"[51].

La lettura complessiva della norma mette in luce il carattere flessibile della *section* 107 che lascia ai giudici ampi margini di discrezionalità nel definirne i limiti

delle immagini *vid.* Hariman, R., Lucaites, J.L.: *No Caption Needed: Iconic Photographs, Public Culture, and Liberal Democracy*, Chicago, 2007, pp. 25-48.

47 Eckhause, M.: "Digital Sampling v. Appropriation Art: Why Is One Stealing and the Other Fair Use? A Proposal for a Code of Best Practices in Fair Use for Digital Music Sampling", *Mo. L. Rev.*, 2019, 84, II, p. 371, che evidenzia come: "today, artists no longer have to rely on physically cutting and pasting images with scissors and glue to make appropriation art and collage. Instead, they can do it digitally with nothing more than a computer and the Internet". Sulle nuove forme d'arte collegate allo sviluppo della tecnologia *vid.* Pascuzzi,G.: *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2010.

48 U.S. Const. all'art. I, section 8, cl. 8. La problematica non ha, quindi, natura esclusivamente mercantilistica, legata allo sfruttamento economico dell'opera originaria, ma pone anche questioni che attengono allo sviluppo delle arti e alla tutela dei diritti morali legati alle opere appropriate.

49 *Cfr.* Gorman, E.D.: "Appropriate Testing and Resolution: How to Determine Whether Appropriation Art is Transformative 'Fair Use' or Merely an Unauthorized Derivative?", *St. Mary's L. J.*, 2012, 43, pp. 289-307.

50 La section 107 fa riferimento all'uso "by reproduction in copies or phonorecords or by anyothermeans (…), for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research". Sul carattere non esaustivo dell'elencazione contenuta nella section 107 *vid.* la sentenza della Corte Suprema Federale nel caso *Campbell v. Acuff-Rose Music*, Inc., 510 U.S. 577- 578 (1994), nella quale si legge: "the terms 'including' and 'such us' in the preamble paragraph to indicate the illustrative and not limitative function of the examples given (…) which thus provide only general guidance about the sorts of copying that courts and Congress most commonly had found to be fair uses". Per una ricostruzione storica dell'intento del legislatore *vid.* Seltzer, L.E.: *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 19, passim.

51 *Cfr.* La section 107 dello U.S. Code che dispone "Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; the nature of the copyrighted work; the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work".

applicativi[52]. Una caratteristica che, mentre ha assicurato l'adattabilità del "*fair use test*" alle evoluzioni dell'arte contemporanea[53], ha anche permeato il sistema di un certo grado di instabilità, rendendo non sempre facile la prevedibilità dei giudicati[54].

V. IL RICORSO AL "*FAIR USE*" NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE.

I principali interventi giurisprudenziali in materia sono, infatti, diretti da un'analisi "*case by case*"[55] e dalla valutazione dei diversi fattori indicati nella *section* 107 alla luce degli scopi perseguiti dalla normativa sul *copyright*[56].

Quest'approccio si riviene anche nel recentissimo caso *Andy Warhol Found. for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*[57] che, per le sue peculiarità, merita un approfondimento, testimoniando quanto possa estendersi la "soggettivizzazione" della regola del "*fair use*".

L'analisi condotta nella sentenza si articola in una puntuale disamina dei quattro fattori indicati nella *section* 107 e porta il giudice Koeltl a chiarire che la "Serie Prince"[58] non ha violato i diritti di Lynn Goldsmith, autrice dello scatto fotografico

52 Senftleben, M.: *Comparative approaches to fair use: An important impulse for reforms in EU copyright law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, p. 4, sostiene che "the central advantage of the Anglo-American fair use approach is flexibility. Within a flexible fair use framework, the courts can broaden and restrict the scope of copyright limitations to safeguard copyright's delicate balance between exclusive rights and competing social, cultural, and economic needs. Judges are rendered capable of adapting the copyright limitation infrastructure to new circumstances and challenges, such as the digital environment". Sul carattere "*flexible*" del "*fair use test*" v: Eckhause, M.:*Digital Sampling*, cit., p. 388, che scrive: "The fair use test is meant to be a fluid and flexible approach with no bright-line rules. In-stead, each case is analyzed on its own facts; therefore, the test is 'context-sensitive'. This can lead to different judges construing and applying the statutory factors differently and coming up with disparate results in seemingly similar cases. As a result, the fair use test is infamously unpredictable, which in turn leads to uncertainty and a fear of asserting it as a defense".

53 Adler, A.: "Fair Use and the Future of Art", *N.Y.U. L. Rev.*, 2016, 91, p. 559, passim.

54 Come ha osservato Zwisler, J.C.: "(Mis)appropriation Art: Transformation and Attribution in the Fair Use Doctrine", *Chi.-Kent J. Intell. Prop.*, 2016, 15, 1, p. 163, "in the world of appropriation art, the focus on transformation requires judges to rely on their personal views on art to determine if and how a work has been sufficiently transformed into a new work. As a result, many plaintiffs rely on judges who likely do not have substantial training in the fine arts".

55 Sul punto *vid.* Cariou v. Prince, 714 F.3d 694, 705 (2d Cir. 2013) dove si evidenzia la necessità di operare "an open-ended and context-sensitive inquiry". Sul caso Cariou *vid.* Barbour, A.: "Yes, Rasta 2.0: Cariou v. Prince and the Fair Use Test of Transformative Use in Appropriation Art Cases", *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2011, 14, pp. 365-381; Gover, K.E.: *Art and Authority: Moral Rights and Meaning in Contemporary Visual Art*, Oxford, 2018, p. 147.

56 *Cfr. Castle Rock Entm't, Inc. contro Carol Pub. Grp.*, Inc., 150 F.3d 132, 141 (2d Cir. 1998), un caso dove già emergeva in modo evidente che la determinazione della legittimità dell'uso fosse strettamente collegata all'obiettivo perseguito della legge sul copyright e in particolare alla valutazione se "the progress of science and useful arts would be better served by allowing the use than by preventing it". Sul punto risulta centrale anche l'intervento della Corte Suprema Federale nel caso *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578 (1994).

57 Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith2019 WL 2723521.Il caso è stato deciso dalla District Court for the Southern District di New York.

58 Si tratta di sedici opere, di cui dodici dipinti serigrafici, due serigrafie su carta e due disegni.

utilizzato da Warhol per le sue creazioni, poiché l'appropriazione ha un carattere trasformativo qualificabile come "*fair use*"[59].

Il primo requisito, sullo scopo e il carattere dell'uso, è quello che maggiormente si lega alla natura trasformativa dell'opera, come ha precisato anche la Corte Suprema Federale nel *leadig case Campbell v. Acuff-Rose Music*[60]. Sul punto l'indagine, volta a comprendere se il "new work merely supersede[s] the objects of the original creation or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message"[61], diviene centrale per misurare "the significance of other factors, like commercialism that may weigh against a finding of fair use"[62].

Nel caso di Lynn Goldsmith la comparazione "side-by-side" mette in luce il carattere trasformativo del lavoro secondario, che ottiene risultati creativi e comunicativi distinti dall'originale[63], attraverso l'esaltazione di alcuni dettagli della figura di Prince come: la focalizzazione sul viso, la particolare caratterizzazione dei tratti della struttura ossea, la realizzazione di una figura piatta e bidimensionale,

59 Il caso trae origine da una foto in bianco e nero scattata al musicista Prince nel 1981 da Lynn Goldsmith nel suo studio di New York. Il lavoro fotografico, commissionato dalla rivista Vanity Fair, fu utilizzato da Warhol su incaricato della stessa testata giornalistica (che aveva ottenuto in tal senso l'autorizzazione della stessa Lynn Goldsmith) per creare un'illustrazione di Prince da utilizzare in un articolo dedicato alla star del rock, poi apparso nel 1984 con il titolo "Purple Fame", accompagnato dall'immagine elaborata da *Warhol.* Alla morte di Prince nel 2016 la Andy Warhol Foundation for the Visual Arts ("AWF") autorizzò Vanity Fair a riprodurre sulla copertina della rivista una delle opere della serie "Prince", ispirata alla foto di Lynn Goldsmith. Come si legge nel testo della sentenza dopo la pubblicazione "Goldsmith contacted AWF and advised that she believed the Condé Nast magazine cover infringed one of her Prince photograph copyrights". In risposta alle accuse mosse la Fondazione ha chiesto alla Corte distrettuale di New York "a declaratory judgment of non-infringement".

60 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc*., 510 U.S. 569, 578 (1994). Con la risoluzione di questo caso, che riguardava la riproduzione parodistica di un pezzo musicale, la Corte Suprema aderì alla c.d. "dottrina Neval", che aveva introdotto il concetto di *transformative use*. La teoria, formulata dal giudice della Corte del Distretto Federale di New York Pierre N. Neval in un articolo apparso nel 1990 sulla Harvard Law Review, si fonda sull'idea che l'uso deve essere "productive and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original". Come scrive il giudice Neval "if, on the other hand, the secondary use adds value to the original -- if the quoted matter is used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings -- this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society. Transformative uses may include criticizing the quoted work, exposing the character of the original author, proving a fact, or summarizing an idea argued in the original in order to defend or rebut it. They also may include parody, symbolism, aesthetic declarations, and innumerable other uses". *Cfr.* Leval, P.N.:"Toward a fair use standard", *Harvard L. Rev*, 1990, 103, pp. 1105-1136.

61 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 US 569, 579, 114 S.Ct.127 L.Ed.2d 500 (1994). La giurisprudenza successiva ha precisato che il lavoro trasformativo deve potersi identificare con una nuova creazione, *cfr.* Wall Data Inc. v. L.A. Cty. Sheriff's Dep't, 447 F.3d 769, 778 (9th Cir. 2006).

62 Sul punto *vid.* il caso Campbell, 510 U.S. at 579, 114 S.Ct. 1164. *Cfr.* anche Cariou, 714 F.3d at 708 dove si segnala la necessità di un confronto "side-by-side" tra le opere oggetto di causa. Questo confronto ha evidenziato- scrive il giudice nel caso Cariou- che "Prince's images, except for those we discuss separately below, have a different character, give Cariou's photographs a new expression, and employ new aesthetics with creative and communicative results distinct from Cariou's. Our conclusion should not be taken to suggest, however, that any cosmetic changes to the photographs would necessarily constitute fair use. A secondary work may modify the original without being transformative. For instance, a derivative work that merely presents the same material but in a new form, such as a book of synopses of televisions shows, is not transformative".

63 Cariou, 714 F.3d a 707–088.

l'utilizzo di "loud, unnatural colors", il tutto in linea con lo stile "Warhol". Attraverso queste modalità operative ciascuna delle opere appartenenti alla serie "Prince" può- a detta del giudice- essere ragionevolmente percepita come trasformativa della fotografia originaria, sia sul piano del significato che del risultato estetico.

L'incrocio tra questi due piani evidenzia come il lavoro di Warhol ha trasformato Prince da "unvulnerable, uncomfortable person to an iconic, larger-than-life figure", rendendo evanescente l'umanità che promana dalla fotografia realizzata da Goldsmith.

L'intero ragionamento sembra legare in modo indissolubile il carattere trasformativo dell'opera derivata alla capacità dell'artista di imprimere il proprio stile, rendendo il suo lavoro immediatamente riconoscibile[64]. Si tratta di un'importante novità nel percorso argomentativo che, negli ultimi anni, ha accompagnato l'identificazione del "*fair use*" nell'arte trasformativa e ha dato rilievo principalmente alla comparazione con il contenuto espressivo e il messaggio dell'opera originale. Nella sentenza sembrerebbe, invece, emergere un ulteriore metro di misurazione della legittimità dell'appropriazione, basato sull'idea che l'effetto trasformativo possa anche essere poco rilevante se accompagnato da uno stile riconoscibile.

Il riferimento alle peculiarità stilistiche si evince non soltanto dalla descrizione delle trasformazioni operate rispetto all'opera originale, ma anche nell'accenno alla immediata riconoscibilità "as a "Warhol" rather than as a photograph of Prince – in the same way that Warhol's famous representations of Marilyn Monroe and Mao are recognizable as "Warhols", not as realistic photographs of those persons".

Il collegamento tra lo stile e la riconoscibilità salda in un *unicum* le modalità espressive dell'autore e la sua notorietà, la quale rende il suo stile facilmente individuabile rispetto all'opera originale.

In questo contesto le caratteristiche stilistiche perdono il ruolo di strumento di analisi, tradizionalmente utilizzato nel mondo dell'arte per operare classificazioni, ed assumono una natura atecnica rilevabile al "*reasonable observer*" secondo il parametro già emerso nel caso *Cariou v. Prince*[65]. Evidentemente l'individuazione

64 Gupta, A.: "I'll Be Your Mirror", Contemporary Art and The Role Of Style In Copyright Infringement Analysis", *Dayton L. Rev.*, 2005, 31, p. 1.

65 Cariou v. Prince, 714 F.3d 694, 705 (2d Cir. 2013). Nel caso in questione la Corte ha chiarito che "Prince's work could be transformative even without commenting on Cariou's work or on culture, and even without Prince's stated intention to do so. Rather than confining our inquiry to Prince's explanations of his artworks, we instead examine how the artworks may 'reasonably be perceived' in order to assess their transformative nature. L'individuazione del 'reasonable observer', quale metro di giudizio per l'identificazione dello stile, consente di non incorrere nel rischio di applicare prospettazioni giuridiche non rapportabili alle moderne espressioni dell'arte contemporanea, che differentemente da quanto accaduto per secoli, si presentano

di uno "stile forte" rappresenta, per il magistrato, un antidoto alle preoccupazioni espresse nella *dissenting opinion* del giudice Wallace sui rischi di trasformare i Tribunali in arbitri dell'arte[66], evitando un'eccessiva discrezionalità di giudizio.

Quanto queste modalità interpretative potranno pesare in futuri contenziosi non è al momento prevedibile, ma sicuramente nel caso specifico hanno condizionato il giudizio sui fattori costitutivi del "*fair use*".

L'effetto trasformativo e l'individuazione di un preciso stile hanno, in particolare, depotenziato il valore del secondo parametro indicato dalla *section* 107 dello U.S. Code, in quanto il giudizio sulla natura dell'opera protetta da copyright resta- secondo la Corte- sostanzialmente neutrale tra le parti, mentre gli altri parametri giocano a favore della Andy Warhol Foundation.

Con riferimento al terzo e al quarto fattore il giudice evidenzia, infatti, come i lavori della serie Prince operino in modo significativo sulla fotografia originaria, rimuovendo i "*protectible elements*" presenti nell'opera di Goldsmith[67].

Le capacità trasformative di Warhol diminuiscono anche le probabilità che l'uso secondario sostituisca l'opera originale nei suoi potenziali mercati[68] o ne diminuisca il valore[69].

L'applicazione di una regola probabilistica per misurare l'eventuale consunzione delle quote di mercato dell'opera originaria appare, analogamente al ragionamento fatto con lo stile, come un'utile strategia diretta ad evitare l'eccessiva restrizione

oggi spesso prive di caratteristiche stilistiche "codificabili" in specifiche convenzioni artistiche. Sul punto vid. Becker, H.S.: *I mondi dell'arte*, Il Mulino, Bologna, 2004, che sottolinea come le correnti artistiche siano il frutto della produzione di collettività di persone, accomunate dal punto di vista dello stile e della ricerca.

66 Sul punto *vid.* l'opinion del giudice Wallace espressa nel caso Cariou v. Prince. Sul ruolo dei giudici come arbitri dell'arte v.: Haight Farley, C.: "Judging Art", *Tul.ne L. Rev.*, 2005, 79, pp. 805-820.; Soucek, B.: "Aesthetic Judgment in Law", *Ala. L. Rev.*, 2017, 69, pp. 381-466.

67 Sul punto la valutazione del giudice è molto chiara: "the sharp contours of Prince's face that Goldsmith emphasized in her photograph are softened in some Prince Series works and traced over or shaded in others. Moreover, the three-dimensional effect in the photograph, produced by the background and lighting that Goldsmith chose, was removed by Warhol resulting in a flat, two-dimensional and mask-like figure of Prince's head. And in the majority of his Prince Series works, Warhol traded Goldsmith's white background for a loudly colored background. Indeed, unlike Goldsmith's photograph, most of Warhol's works are entirely in color, and the works that are black and white are especially crude and the creative features of the Goldsmith Prince Photograph are especially absent". Anche l'utilizzazione del viso e della scollatura di Prince perdono nelle mani di Warhol l'eventuale originale tratto distintivo per essere trasfigurati in qualcosa di nuovo. In realtà, il giudice ritiene che "the pose" nella quale viene ritratto Prince non sia "particularly original", mentre i tratti del viso "are not copyrightable, see Mattel, 365 F.3d at 136, and the distinctive (and therefore copyrightable) way in which Goldsmith presented those features is absent from the Prince Series works". A nulla rileva la quantità della porzione di foto utilizzata o l'impiego di elementi chiave. D'altronde, il criterio quantitativo è apparso irrilevante in alcuni casi laddove nel ragionamento giudiziale l'utilizzo del lavoro è risultato necessario "in relation to the purpose of the copying". Sul punto *vid.* Cariou, 714 F.3d at 710.

68 Come si legge nel testo della sentenza "the market for potential derivative uses includes only those that creators of original works would in general develop or license others to develop".

69 Sul punto *vid.* Campbell v. Acuff-Rose Music, cit., Inc., 592.; Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ. Group, Inc., 150 F.3d 145 (2d Cir. 1998).

dell'attività creativa e a consentire l'utilizzo di materiali già esistenti per nuove opere.

VI. LO "SCARTO SEMANTICO".

Il riutilizzo di opere altrui, all'interno dei meccanismi artistici di stampo appropriativo, ha posto anche in Italia delicate problematiche. Gli scarni riferimenti normativi utilizzabili nei casi di plagio[70] hanno aumentato il grado di conflittualità e affidato un ruolo preponderante ai giudici nell'individuazione dei casi nei quali è rinvenibile un'attività parassitaria.

Da questo punto di vista, a differenza dell'ordinamento statunitense, lo stile e la notorietà degli artisti non sembrano orientare le Corti, né giocano un ruolo centrale nell'estensione dei meccanismi di protezione. Infatti, l'impronta stilistica, che nella sentenza *Andy Warhol Found. for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith* appare come un elemento in grado di sopravanzare la stessa analisi sull'opera realizzata e sul suo significato, non emerge in modo evidente nell'ordinamento italiano.

Per le Corti nostrane lo stile e la notorietà non rilevano né come fattori che ostacolano la libertà di creazione artistica[71], né come un sistema che può ampliare la rete di protezione.

Il rapporto tra l'opera plagiata e l'opera plagiaria si impernia, invece, sul concetto di scarto semantico, idoneo a conferire all'opera derivata un proprio e diverso significato artistico[72].

70 Un richiamo all'arte appropriativa sembra rinvenibile nell'art. 4 della L.d.A., laddove vengono tutelati, "senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria", le "elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa", quali, tra le altre cose, "le trasformazioni in un'altra forma letteraria o artistica", oppure le "«modificazioni o aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria". Un altro riferimento potrebbe individuarsi nell'art. 18 della stessa legge, il quale riconosce in capo all'autore il diritto esclusivo di elaborazione e di "introdurre nell'opera qualsiasi modificazione": tale disposizione, sancendo la necessità del consenso dell'autore stesso per ogni successiva elaborazione che un altro artista voglia fare dell'opera originaria, comporterebbe di conseguenza che "l'opera derivata godrà di autonoma tutela prevista dal diritto d'autore, in quanto elaborazione creativa, sempreché sia stata autorizzata dall'autore dell'opera originaria".

71 Cass Civ, sez. I, n. 2039/2018, La Nuova Giurisprudenza Civile, 2018, VII-VIII, p. 983, con nota di Liberati Buccianti, G.:*La Cassazione su plagio artistico*, ivi., p. 987. Nella sentenza 2039 del 2018 si legge chiaramente che: "l'imitazione dello stile di un artista è libera, posto che ognuno si ispira, più o meno dichiaratamente, a modelli precedenti e che oggetto del diritto d'autore non è il contenuto ideologico dell'opera, come codificato all'art. 9.2 dell'accordo TRIPs, né lo sono i pensieri e le emozioni di chi guarda i dipinti, ma unicamente la forma specifica assunta dall'idea in concreto, in quanto si sia tradotta in una res". Come hanno sottolineato i giudici il plagio non riguarda l'idea "su cui l'opera si fonda, non proteggendo la disciplina sul diritto d'autore l'idea in sé (…) le idee per sé stesse non ricevono protezione nel nostro ordinamento, ma è necessario che sia identico il modo in cui sono realizzate e cioè la forma esterna di rappresentazione".

72 Cass. Civ, sez I, n. 3340/2015.

Tale criterio, applicato anche alle opere di arte informale nella sentenza n. 2039 del 2018[73], appare assai poco convincente nella misura in cui non attribuisce allo stile alcuna "autentica" valenza.

Su questo versante il confronto tra le opere degli astrattisti Vedova e De Lutti è limitato alla sola materialità delle produzioni. La valutazione comparativa che ha constatato la mancanza di "moduli stilistici privi di significato artistico diverso" è del tutto marginale[74] e viene totalmente assorbita dall'accertamento sull'identità dei piani, delle masse cromatiche e delle proporzioni[75].

L'assenza di un "gradiente inventivo"[76] esclude- secondo i magistrati- la possibilità di offrire protezione legale all'opera secondaria e marginalizza ogni valutazione sull'eventuale esistenza di uno "stile De Lutti"[77] o della sua appartenenza ad una specifica corrente artistica.

La "poetica dello stile" sembra, invece, emergere indirettamente in una recente sentenza del Tribunale di Roma[78] che, pur affrontando il terreno scivoloso del livello di protezione che può essere accordato ad una immagine fotografica, individua nella "cifra stilistica" un elemento distintivo per la tutela di un manufatto come

73 Cass Civ, sez. I, n. 2039/2018.

74 *Ibidem*.

75 Cass civ, sez. I, n. 2039/2018. La quasi totale identità riscontrata dai magistrati nel giudizio comparativo evidenzia la mancanza di "un atto creativo seppur minimo" da parte dell'opera plagiaria, la quale ricalca con minime diversità la forma esterna di rappresentazione dell'opera plagiata. È necessario riferiscono i magistrati "che l'autore del plagio si sia appropriato degli elementi creativi dell'opera altrui, ricalcando in modo pedissequo quanto da altri ideato ed espresso in forma determinata e identificabile". Il concetto di atto creativo seppur minimo è un concetto che può servire ad estendere la protezione poiché l'eccesiva estensione della protezione accordata dal diritto d'autore rischia di avere "chilling effects"sulla libertà della creazione artistica. In questo senso Krieg, P.A.: "Copyright, Free Speech, and the Visual Arts", *J. Arts Managem. & L.,* 1986, 15 (VIII), pp.59-80, che sottolinea come "the absence of a definitive legal standard for appropriation of visual images results in a chilling of freedom of speech interests. Artists will hesitate to experiment with creative modes if such experimentation may result in liability for copyright infringement".

76 La Cassazione definisce il gradiente inventivo come "una rivisitazione, una variazione, una trasformazione dell'opera originale mediante un riconoscibile apporto creativo". Sul punto Cass. civ., sez. I, n. 25173/2011, *AIDA*, 2012, p. 1475. *Cfr.* Spedicato, G.:"Gradiente creativo dell'opera dell'ingegno e proporzionalità della tutela", *Riv. Dir. Aut.*, 2012, III, p. 378 ss.

77 L'idea di applicare i concetti di "scarto semantico" e "gradiente inventivo" a tutte le opere d'arte, senza distinzione tra le diverse correnti artistiche non appare pienamente convincente. Esiste una evidente difficoltà applicativa nella pittura astratta. In questo ambito assumere atteggiamenti radicali nella valutazione comparativa tra opere può avere effetti depressivi sulla produzione artistica. Del resto, da sempre esistono correnti ed epigoni di famosi artisti che comunque hanno contribuito, con i loro lavori, alla diffusione dell'arte e della cultura. La selezione dovrebbe essere lasciata al mercato dell'arte, che appare da sempre in grado di far crescere i migliori talenti. Liberati Buccianti, G.: *L'opera d'arte nel mercato. Principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2019. Nel caso a neppure i giudici hanno rinvenuto un "contesto concettuale nuovo", idoneo ad attribuire all'opera di De Lutti un'autonomia capace di prevalere sulle possibili identità di forma. La "poetica del contesto creativo" sarebbe sicuramente valsa ad estendere la tutela e a favorire la sperimentazione artistica, come accaduto nei casi italiani che hanno visto coinvolti gli artisti John Baldessari e Samson Kambalou oppure nei casi statunitensi che hanno avuto come protagonisti Jeff Koons e Richard Prince. *Cfr.*: Trib. Milano, ordinanza 13 luglio 2011, *Giurisprudenza Commerciale*, 2013, II, p. 109; Trib. Milano, ordinanza 7 novembre 2015, *Riv. Dir. ind*ust, 2018, II, p. 81; Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006); Patrick Cariou v. Richard Prince, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013).

78 Tribunale di Roma, sezione XVII, Tribunale delle imprese, 1-12 luglio 2019 n. 14758. Per un commento della sentenza *vid.* Sirotti Gaudenzi, A.: "Una bella immagine, ma il Tribunale esclude il 'carattere autoriale'", *Iusimpresa*, 2019, 41, p. 52.

opera dell'ingegno. Nel caso specifico l'immagine fotografica che ritrae insieme i magistrati Falcone e Borsellino non avrebbe raggiunto quel livello di "creatività qualificata" per essere protetta fino a 70 anni dopo la morte dell'autore ai sensi dell'art. 25 L.d.A.[79]. Secondo i giudici capitolini la fotografia oggetto di causa non si caratterizza "per una particolare creatività" in quanto non sembrerebbe realizzata attraverso una peculiare "scelta di posa, di luci, di inquadramento, di sfondo"[80]. Mancherebbe -secondo il Tribunale- l'intento di conseguire "un obiettivo pittorico e creativo di valore artistico ed innovativo", basato su un progetto "unico, irripetibile nel quale l'autore sintetizza la sua visione del soggetto"[81].

Il giudizio espresso sulla qualità dell'opera fotografica, incluso il rilievo estetico[82], non appare esattamente congruente con la giurisprudenza in materia[83] e non fornisce giustificazioni ragionevoli sull'assenza di una "cifra stilistica" riconoscibile[84], che pure viene richiamata come elemento identificativo del progetto artistico.

VII. I CODICI DI AUTOREGOLAMENTAZIONE.

I criteri troppo soggettivi che emergono nella sentenza n. 14758, così come in altre decisioni precedentemente trattate, lasciano trasparire le difficoltà dei magistrati di rapportarsi con il fenomeno artistico, per sua natura estremamente difficile da ingabbiare in classificazione e valutazioni preordinate. In quest'ottica l'esame casistico, ampiamente praticato sia in Italia che negli Stati Uniti, appare estremamente utile, ma non sempre garantisce esiti prevedibili in materia di tutela autoriale e neppure di legittimità dei comportamenti nei casi di "appropriazionismo".

79 Nella sentenza i giudici evidenziano come nell'attuale assetto normativo si possono individuare tre ipotesi: "a) in presenza di un particolare grado di creatività (c.d. "qualificato"), la fotografia sarà protetta come opera dell'ingegno ai sensi dell'art. 2 l.d.a.; b) in presenza di un livello di creatività semplice, la fotografia sarà oggetto (a certe condizioni) di diritto connesso, ex art. 87 e ss. l.d.a.; c) in assenza di un qualsivoglia grado di creatività (ove si tratti, cioè, di mere riproduzioni di oggetti materiali), ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 87 L.d.A., si avrà una fotografia priva di qualunque tutela".

80 Tribunale di Roma n. 14758/2019. La particolarità della foto risiederebbe- a parere dei magistrati- nel soggetto ritratto, testimonianza viva e simbolica dell'amicizia e della stima tra due magistrati "eroi e martiri della lotta della Repubblica contro il fenomeno mafioso".

81 Secondo i giudici "la fotografia quale opera d'arte presuppone difatti una lunga accurata scelta da parte del fotografo del luogo, del soggetto, dei colori, dell'angolazione, dell'illuminazione (…). I presupposti per riconoscere ad una fotografia valore di opera d'arte sono i medesimi che devono essere ascritti ad un quadro. La fotografia deve essere l'espressione di un progetto artistico, di uno stile, di un momento creativo". Sul punto *vid.* Tribunale di Roma n. 14758 del 2019.

82 I giudici sottolineano che "la bellezza nella foto (…) è tanto più grande quanto, a posteriori, si riconosca e si ricordi la storia dei soggetti che lì sono effigiati" e a seguire "si tratta (…) sicuramente di una bella fotografia, simbolica, toccante ma che non può configurarsi quale opera d'arte".

83 Cassazione e tribunali di merito fanno coincidere la creatività con l'apporto personale del fotografo, senza esprimere giudizi estetici che renderebbero troppo soggettiva la valutazione. Sul punto *vid.* Cass., 7 maggio 1998, n. 4606. *Cfr.* De Robbio, A.:"Fotografie di opere d'arte: tra titolarità, pubblico dominio, diritti di riproduzione, privacy", *DigItalia,* 2014, I, p. 11.

84 I giudici citano lo stile come elemento caratterizzante l'opera d'arte, ma non spiegano perché la famosa fotografia di Falcone e Borsellino ne sarebbe priva. Lo stile quando viene citato dovrebbe essere verificato in concreto attraverso una consulenza tecnica.

L'equo bilanciamento tra i contrapposti interessi che si agitano nei casi di utilizzazione e riproduzione dell'opera d'arte, bilanciamento al quale fa riferimento anche la Corte di Giustizia nella sentenza n. 201 del 3 settembre 2014[85], potrebbe essere meglio ricostruito all'interno di una cornice di regole di autodisciplina dettate dagli stessi protagonisti che animano il panorama artistico. Sul punto un esempio interessante è rappresentato dal "*Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts*", elaborato dalla *College Art Association of America*[86] con l'obiettivo di fornire una guida all'applicazione della dottrina del "*fair use*", descrivendo "common situations in which there is consensus within the visual arts community about practices to which this copyright doctrine should apply and provides a practical and reliable way of applying it"[87]. Questo testo, benché non sia riuscito a prevenire in assoluto i conflitti, rappresenta un modello virtuoso, un metodo di lavoro esemplificativo che si presta ad essere esportato ed imitato. I codici di autoregolamentazione consentono, infatti, agli artisti e agli altri *stakeholders* impegnati nel campo dell'arte di realizzare il proprio potenziale produttivo[88] e di partecipare indirettamente al processo di regolamentazione dei conflitti, offrendo ai giudici persuasive indicazioni sulla legittimità delle riproduzioni ed utilizzazioni alla luce delle più recenti tendenze creative[89].

85 Corte di Giustizia n. 201 del 3 settembre 2014 (C-201/2013). *Cfr. vid.* Mezzanotte, F.: "Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE", *AIDA*, 2016, p. 480.

86 Il *Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts*, redatto nel 2015, è rinvenibile all'indirizzo www.collegeart.org. Negli Stati Uniti ci sono numerosi esempi di *Codes of Best Practices* diretti a "specific communities of copyright users". *Cfr.* LehrburgeR, A.: "You be the judge", *Colum. J. L. & Arts*, 2016, 40, pp. 237-267. Non mancano le critiche a questi strumenti ritenuti incapaci di bilanciare gli interessi degli utenti e quelli dei titolari del diritto d'autore, come hanno evidenziato Elkin-Koren, N., Fischman-Afori, O.: "Taking Users' Rights to the Next Level: A Pragmatist Approach to Fair Use", *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 2015, 33, p. 1.

87 L'espressione è tratta dal *Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts,* p. 5.

88 Sulle difficoltà che incontrano i membri della "visual arts community" *vid. Code of Best Practices*, cit., p. 6, dove si evidenzia che "although members of the community may rely on fair use in some instances, they may self-censor in others, due to confusion, doubt, and misinformation about fair use, leading them to over-rely on permissions".

89 La funzione persuasiva o di ausilio ai tribunali non sfugge ai redattori del *Code of Best Practices*, cit., che sottolineano a p. 5 come "although a code cannot control the judicial interpretation of fair use, it helps courts to become familiar with best practices in a professional community when called upon to rule on fair use".

BIBLIOGRAFIA

ADLER, A.: "Fair Use and the Future of Art", *N.Y.U. L. Rev.*, 2016, vol.91.

ADLER, A.: "Why art does not need copyright", *George Wash. L. Rev.*, 2018, vol. 86.

AJANI G., DONATI A. (a cura di), *I diritti dell'arte contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2011.

ALBERTINI L., "La riproduzione fotografica in cataloghi delle opere dell'arte figurativa", *Giust. Civ.*, 1997, vol.1.

ANTONS C., LOGAN W.: *Intellectual property, cultural property and intangible cultural heritage*, Routledge, Londra, 2018.

BARBOUR, A.: "Yes, Rasta 2.0: Cariou v. Prince and the Fair Use Test of Transformative Use in Appropriation Art Cases", *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2011, vol. 14.

BARTOLINI A., MORBIDELLI G.: *L'immateriale economico nei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2016.

BECKER, H.S.: *I mondi dell'arte*, Il Mulino, Bologna, 2004.

BOI, D.: *Arte e diritto di seguito*, Il Massimiliano, Trieste, 2011.

BRICEÑO MORAIA, L.: "Arte appropriativa, elaborazioni creative e parodia", Ordinanza Tribunale di Milano 13 luglio 2011.

BUSKIRK, M.:"Appropriation Under the Gun", *N.Y. Brandt Arts. Publ.*, 1992, vol. 80.

CARLIN, J.: "Culture Vultures: Artistic Appropriation and Intellectual Property Law", *Colum.-VLA J. L. & Arts*, 1988, vol.13.

CASINI, L.: "Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi", *Aedon*, 2018, vol. III.

COHEN, M.R.: "Property and Sovereignty", *Cornell L. Q.*, 1927, vol.13.

COOPER, E.: *Art and modern copyright: the contested image*, Cambridge, 2018.

CORRIAS LUCENTE, G.: *La tutela dell'opera d'arte contemporanea*, Gangemi, Roma, 2016.

Cronin, C.: "3D Printing: Cultural Property as Intellectual Property", *Colum-VLA. J. L. & Arts,* 2015, vol. 39.

Cunegatti, B.: "Il diritto d'autore nella società dell'informazione" in AA.VV.: *Manuale del diritto d'autore: principi e applicazioni*, Editrice Bibliografica, Milano, 2020.

Donati, A.: *Law and Art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffré, Milano, 2014.

Donati, D.: "La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela opere d'ingegno", *in P.A.,* 2019, vol. II.

Duboff, L.D., Murray, M.D.: *Art Law: Cases and Materials*., Wolter Kluver, Alphenaan den Rijn, 2017.

Durkop Henseling, L.:"The Art Market: Art's Incomplete Mirror—Artistic Action's Guiding Principles and Their Consequences for the Art Market", *Soc. Arts & Mark*., 2020.

Eckhause, M.: "Digital Sampling v. Appropriation Art: Why Is One Stealing and the Other Fair Use? A Proposal for a Code of Best Practices in Fair Use for Digital Music Sampling", *Mo. L. Rev.,* 2019, vol. 84.

Elkin-Koren, N., Fischman-Afori, O.: "Taking Users' Rights to the Next Level: A Pragmatist Approach to Fair Use", *Cardozo Arts & Ent. L. J*., 2015, vol.33.

Faggioni, L.S.: "La libertà di panorama in Italia", *Dir. Indust*., 2011, vol.VI.

Ferlito, I.: *Diritto e street art: profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2019.

Foong, C.:*The making available right: realizing the potential of copyright's dissemination function in the digital age*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

Gabison, G.A.: "The First Sale Doctrine and Foreign Sales: The Economic Implications in the United States Textbook Market", *UMass L. Rev*., 2019, vol.15.

Gervais, D.: "Improper Appropriation", *Lewis & Clark L. Rev*., 2019, vol. 23.

Glinney Jr, S.L.: "A tale of two copyrights", *Akron L. Rev*., 2019, vol. IV.

Goldstein P. Bernt Hugenholtz P.: *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford, 2001.

GORMAN, E.D.: "Appropriate Testing and Resolution: How to Determine Whether Appropriation Art is Transformative "Fair Use" or Merely an Unauthorized Derivative?", *St. Mary's L. J.*, 2012, vol. 43.

GOVER, K.E.: *Art and Authority: Moral Rights and Meaning in Contemporary Visual Art*, Oxford, 2018.

GRAHAM, L.M., MCJOHN, S.M., "Intellectual Property's First Sale Doctrine and the Policy Against Restraints on Alienation", *Texas A&M L. Rev.*, 2019, vol. VII.

GUALDANI, A.: "I beni culturali immateriali, una categoria in cerca di autonomia", *Aedon,* 2019, vol. I.

GUPTA, A.: "I'll Be Your Mirror", Contemporary Art and The Role Of Style In Copyright Infringement Analysis", *Dayton L. Rev.*, 2005, vol. 31.

GUTIERREZ, B.M.: *La tutela del diritto d'autore*, 2ª ed., Giuffré, Milano, 2008.

HAIGHT FARLEY, C.: "Judging Art", *Tul. L. Rev.,* 2005, vol. 79.

HARIMAN, R., LUCAITES, J.L.: *No Caption Needed: Iconic Photographs, Public Culture, and Liberal Democracy*, Chicago, 2007.

KATZ, A.: "The First Sale Doctrine and the Economics of Post-Sale Restraints", *BYU L. Rev.*, 2014, vol. I.

KRIEG, P.A.: "Copyright, Free Speech, and the Visual Arts", *J. Arts Managem. L.,* 1986, vol. 15.

LABELLA, E.: *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2018.

LANDES, W.M.: "Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: An Economic Approach", *Mason L. Rev.*, 2000, vol.9.

LEHRBURGER, A.: "You be the judge", *Colum. J. L. & Arts*, 2016, vol. 40.

LEMME, G. (a cura di): *Diritto ed Economia del mercato*, Cedam, Padova, 2018.

LEVAL, P.N.: "Toward a fair use standard", *Harvard L. Rev.*, 1990, vol. 103.

LIBERATI BUCCIANTI, G.: "Recenti questioni in tema di diritto privato dell'arte", *Aedon*, 2018, vol. III.

LIBERATI Buccianti, G.: "La Cassazione su plagio artistico", *Aedon*, 2018, vol. III.

Liberati Buccianti, G.: *L'opera d'arte nel mercato. Principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2019.

Manfredi, G.: "La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali", *Dir. Econ.*, 2017, vol. 30.

McCutcheon J., McGaughey F.: *Research handbook on art and law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020.

McDaniel C., Robertson J.: *Themes of contemporary art: visual art after 1980*, Oxford, 2017.

Merryman, J.H., Elsen, A.E., Urice, S.K.:*Law, Ethics, and the Visual Arts*, Wolters Kluver, Alphen aan den Rijn, 2007.

Mezzanotte, F.:"Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE", *AIDA*, 2016.

Newell, B.C.: "Freedom of panorama: a comparative look at international restrictions on public photography", *Creighton L. Rev.,* 2011, vol. 44.

Pallas Loren, L.: "Law, Visual Art and Money", *Lewis & Clark L. Rev.,* 2018, vol. 22.

Papa, A.: *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2019.

Pascuzzi,G.: *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2010.

Petruzzelli, L.: "Copyright problems in post-modern art", *DePaul LCA J. Arts & Ent. L.,* 1994, vol. V.

Rachum-Twaig, O.: *Copyright law and derivative works: regulating creativity*, Routledge, Londra, 2019.

Reed, C.S.: *The unrealized promise of the next great copyright act: U.S. Copyright Policy for the 21st Century*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

Reis, S.: "Toward a Digital Transfer Doctrine-The First Sale Doctrine in the Digital Era", *Nw. U. L. Rev.*, 2014, vol. 109.

Resta, G.: "Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons", Riv. *Pol. Dir.*, 2009, vol. IV.

Sbarbaro, E.: *Le creazioni intellettuali derivate nel diritto d'autore*, Eurilink, Roma, 2018

SELTZER, L.E.: *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

SENFTLEBEN, M.: *Comparative approaches to fair use: An important impulse for reforms in EU copyright law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.

SHIPLEY, D.E.: "Droit de Suite, Copyright's First Sale Doctrine and Preemption of State Law", *Hastings Comm. & Ent. L. J.*, 2017, vol. 39.

SIROTTI GAUDENZI, A.:"Una bella immagine, ma il Tribunale esclude il 'carattere autoriale'", *Iusimpresa*, 2019, vol. 41.

SMITH, C.Y.N.: "Lead Article: Street Art: An Analysis Under U.S. Intellectual Property Law And Intellectual Property's "Negative Space" Theory", *DePaul J. Art Tech. & Intell. Prop. L.*, 2014, vol. 24.

SOUCEK, B.: "Aesthetic Judgment in Law", *Ala. L. Rev.*, 2017, vol. 69.

SPEDICATO, G.: "Gradiente creativo dell'opera dell'ingegno e proporzionalità della tutela", *Riv. Dir. Aut.*, 2012, vol. III.

SPEDICATO, G.: "Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore", *Giurisp. Comm.*, 2013, vol. 40.

SPEDICATO, G.: *Principi di diritto d'autore*, Il Mulino, Milano, 2020.

STOKES, S.: *Digital copyright: law and practice*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

TUMICELLI, A.: "L'immagine del bene culturale", *Aedon*, 2014, vol. I.

VENANZONI, C.: *Copyright: i diritti e i rimedi nel sistema italiano e nella prospettiva della comparazione*, Jovene, Napoli, 2018.

WILSON, M.: *The artist and the artwork*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

ZWISLER, J. C.: "(Mis)appropriation Art: Transformation and Attribution in the Fair Use Doctrine", *Chi.-Kent J. Intell. Prop.*, 2016, vol. 15.

APUNTES PARA UNA REFLEXIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE SUBSANACIÓN DE ERRORES EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL CUBANO

NOTES FOR A REFLECTION ON THE PROCEDURE FOR CORRECTING ERRORS IN THE REGISTRATION OF THE CUBAN CIVIL STATE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 924-943

Alejandro
PÉREZ DIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El trabajo que se presenta gira en torno a las principales problemáticas que dificultan la interpretación y aplicación de los preceptos legislativos relacionados con el procedimiento de subsanación de errores en el Registro del Estado Civil cubano; así como presenta varias propuestas para futuras reformas de esta materia en Cuba.

PALABRAS CLAVE: Registro del Estado Civil; actividad registral civil; Registrador del Estado Civil; ordenamiento registral civil; subsanación de errores.

ABSTRACT: *The work that is presented revolves around the main problems that hinder the interpretation and application of the legislative precepts related to the procedure for correcting errors in the Cuban Civil Status Registry; as well as presents several proposals for future reforms of this matter in Cuba.*

KEY WORDS: *Civil Status Registry; civil registry activity; Recorder of Civil Status; civil registry order; correction of errors.*

SUMARIO.- I. NOTAS INTRODUCTORIAS.- II. ALGUNOS ELEMENTOS SOBRE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.- 1. PRINCIPALES ADECUACIONES.- 2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.- III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SUBSANACIÓN.- 1. MODALIDADES.- IV. UNA MIRADA AL PROCEDIMIENTO.- V. PROPUESTAS.- VI. CONCLUSIONES.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS.

Poco se ha escrito en Cuba sobre la subsanación de errores en el Registro del Estado Civil. A tal punto que solo encontramos algunos estudios que corresponden al período 2009-2013. Es lamentable que exista una escasa bibliografía sobre el tema, a pesar de que constituye un asunto tan debatido y controversial entre académicos y operadores del Derecho, el cual no es pacíficamente aceptado por todos, por el contrario, resulta cuestionable la cantidad de solicitudes realizadas a partir del 2008, que a mi criterio, tiene su origen con la aprobación por parte del Gobierno de España de la Ley de Nietos o también conocida como Ley de Memoria Histórica en el 2007, a través de la cual miles de cubanos iniciaron sus trámites para acceder a la ciudadanía española, que generó una gran cantidad de gestiones por parte de la población, como la solicitud de certificaciones de nacimiento para demostrar parentesco con familiares, en las que salieron a relucir muchos problemas provenientes de épocas anteriores[1].

Es por ello, que en las presentes líneas busco reflexionar principalmente sobre las problemáticas en el procedimiento de subsanación de errores regulado en el ordenamiento registral civil cubano y en el entorno de su funcionamiento; así como exponer algunas propuestas que pudieran contribuir a enriquecer futuras reformas de esta materia en Cuba, toda vez que constituye el trámite más complejo desde el punto de vista técnico dentro de la actividad registral civil[2].

1 Según Rodríguez Corría, R. y Proenza Reyes, M.: "Pasado, presente y futuro del Registro del Estado Civil en Cuba", *Santiago*, 2016, vol. 1, p. 62. (www.santiago.uo.edu.cu); el origen de tales errores u omisiones "pudiera vincularse a la actuación subjetiva de los individuos, tanto de los que declaran como los que inscriben en virtud de su competencia, también pueden tener su origen en las imperfecciones de la legislación".

2 Así lo deja claro Castillo Álvarez, A.A.: *Comentarios a la Ley del Registro del Estado Civil*, Ed. ONBC, La Habana, 2013, p. 70; al indicar que "atendiendo al riguroso análisis que presupone cada subsanación de error u omisión que vaya a hacer el Registrador del Estado Civil en una inscripción, la variada cantidad de combinaciones que unos y otros asuntos pueden coincidir en una misma inscripción y la diversidad de situaciones que se presentan en el cotidiano actuar de los Registros Civiles, estrechamente vinculados a los principios de especialidad, legalidad y legitimación que rigen el ordenamiento registral, es que las

• Alejandro Pérez Diz
M.Sc. Especialista de la Dirección de Notarías y Registros Públicos del Ministerio de Justicia. Registrador del Estado Civil del Registro Especial. Correo electrónico: alejopd83@gmail.com

En el contexto actual, en que la dirección del país está llamando a elevar la calidad de los servicios, no es suficiente que se actualicen las normas registrales civiles, se requiere también de implementar acciones para lograr profesionales dotados de conocimientos sólidos y actualizados, capaces de orientar correctamente, eliminar obstáculos y buscar soluciones concretas para cada solicitud de subsanación -y asunto en general- presentada por la población en las oficinas registrales, impactando en la agilidad de los trámites, así como en la comprensión y confianza por parte de los usuarios en esta institución. Además, constituye un reto para los Registradores del Estado Civil, mantener su constante superación, buscando siempre otras miradas y replanteamientos del alcance de su labor. Sirva entonces, este sencillo artículo, para la autopreparación de todos los Registradores, así como de los estudiantes universitarios interesados en la actividad registral civil.

II. ALGUNOS ELEMENTOS SOBRE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

La regulación jurídica de la subsanación de errores en el Registro del Estado Civil, en lo adelante, Registro Civil, que impera en Cuba, tiene su fundamento histórico, aunque en una realidad distante y un escenario diferente, en la Metrópoli[3]. La ley que comenzó a regir en 1885 y que estuviera vigente hasta 1985, en su art. 9 reconocía que no podía hacerse rectificación, adición ni enmienda, una vez firmadas las inscripciones, que alterara sustancialmente el acto a que se refiera, especificando que solo se llevaría a cabo en virtud de ejecutoria del Tribunal competente; y complementaba esa regulación, el art. 32 del Reglamento, donde mencionaba la posibilidad de acudir a la vía judicial y registral para la rectificación, adición o enmienda de los asientos.

Establecía además como errores materiales, los vinculados a la equivocación de nombres, apellidos y palabras o frases no esenciales[4], pudiendo ser tramitada la solicitud de subsanación ante el Encargado del Registro Civil donde se realizó la inscripción, quien exigía las pruebas oportunas y dictaba la correspondiente

subsanaciones de errores u omisiones son consideradas el trámite más complejo a realizar en los Registros del Estado Civil".

3 Así, Rubio Jaquez, M.C.: *Treinta años en el Registro Civil*, Selecta, La Habana, 1955, p. 81; refiere que la Ley Provisional del Registro Civil se hace extensiva a las Islas de Cuba y Puerto Rico mediante Decreto de 8 de enero de 1884 y comenzó a regir en dichas islas el primero de enero de 1885; y para la ejecución de la ley se aprobó el Reglamento mandado a aplicar en ese mismo año.

4 Sobre este aspecto, Rubio Jaquez, M.C.: "*Treinta años",* cit., pp. 206-225; ejemplifica que constituyen errores materiales los vinculados a sustitución de los apellidos del finado; omisión del segundo nombre de la madre del inscripto o de los nombres de los abuelos; error en el primer apellido del contrayente, al consignarse Bao en vez de Bau. Por su parte, muestra como errores sustanciales los relacionados a la fecha de nacimiento, porque es esencial para apreciar la capacidad civil y política de una persona y su aptitud para la realización de actos, celebración de contratos y desempeño de cargos públicos; así como la sustitución de la filiación del contrayente, al convertirlo de hijo legítimo a hijo natural. Especifica además que los cambios en el nombre, el sexo y la filiación son tres atributos esenciales de la persona física y su alteración, constituye una variación de su estado civil; en una defunción se pueden ver cambios de raza y con quién estaba casado el difunto; poner segundo apellido sin tenerlo, naturalidad de lugar distinto y dos padres en vez de uno, es decir, carece de filiación por parte de uno de los padres, y error en la edad.

resolución, la cual era copiada al margen del asiento de inscripción; y como errores sustanciales, aquellos que afectaban el contexto sustancial de las inscripciones.

Partiendo de lo mencionado anteriormente, he de afirmar que los artículos que regulaban el procedimiento de subsanación en esa época, eran muy generales en su redacción, toda vez que no brindaban una definición explícita de los errores de carácter material y sustancial, así como circunscribían los errores a los actos, omitiéndose toda referencia a los hechos[5] que constituyen o afectan el estado civil de las personas.

No es hasta cien años después, con la promulgación de la Ley 51 "Del Registro del Estado Civil" de 15 de julio de 1985 y de la Resolución 157 "Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil" de 25 de diciembre del mismo año, donde se reconoce de manera más detallada el procedimiento para la subsanación de los errores materiales, no obstante, se mantiene ambiguo el tema de los errores sustanciales, aunque superaba la mirada que prevalecía hasta ese momento.

Examinando la Ley 51/1985 vemos que dispone en el inciso d) del art. 27, como una de las principales atribuciones y funciones de los Registradores, "subsanar errores u omisiones materiales en las inscripciones".

Por su parte, en el Reglamento de la Ley, estaban bien definidos en el art. 155 los errores materiales que se podían presentar, divididos por secciones, es decir, nacimiento, matrimonio y defunción, sumando un total de 30. Existía además un pronunciamiento en el art. 156 del Reglamento, vinculado a la posibilidad de que los Registradores del Estado Civil, en lo adelante Registradores, subsanaran errores que no aparecían recogidos en el artículo anteriormente mencionado, en caso que no alteraran sustancialmente el acto o hecho registrado o generara confusión o duplicidad en la identidad del inscripto.

A partir de la experiencia alcanzada en la aplicación de la citada Resolución 157 y la necesidad de continuar perfeccionando el procedimiento para la subsanación de errores en los asientos registrales, con el objetivo que sean más expeditos, fue derogada esta disposición jurídica y dictada la Resolución 249 Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil de 1 de diciembre de 2015. Una adecuada actividad registral civil vinculada a este aspecto, constituye un elemento de incalculable valor para la población en la actualidad, necesitada de reformar o modificar el contenido de los asientos registrales, para que los hechos y actos vitales de cada individuo

5 Según Castillo Álvarez, A.A.: "Comentarios a la Ley", cit., p. 11; son aquellos "en los que no interviene la voluntad humana, son sucesos naturales con trascendencia jurídica. Por ejemplo, el nacimiento que conlleva consigo el surgimiento de relaciones paterno-filiales, y la muerte que causa el surgimiento de la sucesión, mientras que en los actos jurídicos interviene para su ocurrencia la voluntad humana, con la producción de efectos jurídicos. Por ejemplo, el matrimonio se concierta voluntariamente y se crea una relación jurídica previamente concertada, creando efectos jurídicos".

se atengan a la realidad y sirvan como medio de prueba para tramitar asuntos imprescindibles para muchos cubanos, en su mayoría relacionados a procesos sucesorios (litigios de viviendas) y la emigración hacia al exterior.

1. Principales adecuaciones.

La Resolución 249 actualizó y perfeccionó los procedimientos previstos en el capítulo IX "De los errores en los asientos registrales", lo que representó un paso de avance para el trabajo de todos los Registradores. Ejemplo de ello es el art. 159 al establecer que el interesado o su "representante" presenta la solicitud de subsanación conjuntamente con los documentos de prueba, en el Registro Civil correspondiente a su lugar de residencia o donde se encuentre inscripto; así como puntualizó que cuando el asiento a subsanar corresponda a un menor de edad, el trámite puede resolverlo uno de los padres.

En este artículo se aprecia una ampliación en la figura de la representación, ya que comprende la legal y la voluntaria, y la Resolución 157, limitaba dicho procedimiento en su art. 151, a la representación legal solamente; así como destaca al final de su redacción, que la subsanación en los documentos de los menores de edad, puede realizarse por un solo padre, es decir, no requerirá que comparezcan los dos, salvedad que no aparece establecida en el anterior Reglamento. Todos estos cambios, atemperados a la realidad que vive actualmente nuestro país, posibilitan que la población encuentre soluciones a la promoción de sus intereses y no queden indefensos ante la tramitación de los temas que requieren un carácter legal especializado.

Igual ampliación de la representación, se refleja en la redacción del art. 160 de la Resolución 249, al referir que los Registradores están obligados a aceptar todas las solicitudes de subsanación de errores, así como los documentos de prueba que presente el interesado o su representante, y en el art. 152 de la Resolución 157 se circunscribe al "representante legal". Dicho art. 160 también incluyó la posibilidad de tomar los datos de las escrituras públicas referidos al número, fecha, nombres y apellidos del notario actuante y del apoderado, presentadas por los representantes voluntarios ante el Registrador, lo cual no ocurría así con anterioridad, por tanto, si los usuarios no tienen que entregar la escritura pública notarial y solo se toman los datos de la misma, se evita a la población gastos y trastornos en la gestión de estos documentos para cada trámite o asunto que realice.

Expresa que el Registrador conforma un expediente de subsanación con los documentos presentados por la parte interesada, el cual contendrá el escrito de solicitud, la certificación errada y los documentos probatorios. Sobre esto último, es válido destacar que en el Capítulo XV De los expedientes, resoluciones y recursos, la Resolución 249 agregó un párrafo en su art. 189 referente a la búsqueda

por parte del Registrador de las certificaciones en el sistema automatizado o en los libros de su oficina, cuando estas constituyan pruebas para sustentar el expediente de subsanación, sin que los interesados tengan que realizar esa gestión; así como, se puede utilizar un documento de prueba en varios expedientes, toda vez que hayan sido promovidos dentro del mismo año, es decir, que se conforma el expediente con todas las pruebas y en otros donde se necesiten, solo hace alusión a su ubicación a través del número de radicación. En ambos casos, le facilita los trámites a la población, al reducir la presentación de más documentos para solucionar sus asuntos.

Otro de los aportes del nuevo Reglamento lo podemos ver en el segundo párrafo del art. 164, que está relacionado a la facultad que ofrece a los Registradores de declarar sin lugar las solicitudes de la población, cuando valorados en su conjunto la presencia de varios errores materiales definidos en el art. 163[6], pueden calificarse de sustancial al afectar la identidad de la persona inscripta[7]. Como se puede apreciar, la norma actual resolvió un problema espinoso que no aparecía regulado en el Reglamento anterior: ¿Qué hacer ante la presentación de varios errores materiales que alteren sustancialmente el hecho o acto registrado, o producen confusión o duplicidad en la identidad de la persona inscripta?, limitándose el segundo párrafo del art. 156 del Reglamento anterior, a hacer alusión solamente a los errores declarados sustanciales por el Registrador, remitiendo el asunto al Tribunal competente.

2. Consideraciones críticas.

A pesar de la existencia de este nuevo marco regulatorio, el análisis documental de la propia Resolución 249 y la práctica diaria, constata la existencia de problemáticas en el ordenamiento registral civil que aún subsisten y atentan contra el buen desempeño de los Registradores en el país, así como favorecen diferentes interpretaciones de lo legislado por parte de los operadores del Derecho, incidiendo en la adopción de las decisiones y por consiguiente en la solución de las problemáticas de los usuarios.

En relación a lo anterior, la mencionada norma jurídica no es explícita en cuanto a la figura de la representación, toda vez que plantea que puede ser legal o voluntaria, limitándose a exigir el documento que acredita la legitimación legal de los comparecientes y acreditar la representación voluntaria mediante la copia de un poder realizado ante Notario.

6 En este artículo aparecen los 30 errores materiales descritos de manera idéntica a como estaban regulados en el art. 156 de la Resolución 157/1985 "Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil" que regía con anterioridad.

7 A criterio de este autor, debe tenerse en cuenta que, en algunos casos, varios errores materiales no constituyen un error sustancial.

Al respecto, la representación legal puede ser practicada por los padres que comparecen a nombre de los hijos menores de edad y el documento que lo acredita es el carné de identidad, realizándose posteriormente la comprobación del vínculo filiatorio. Otro ejemplo son los padres que se presentan en el Registro Civil representando a sus hijos declarados incapaces judicialmente, así como los tutelados, lo cual se acredita mediante la sentencia del Tribunal Municipal correspondiente al domicilio de estos. Por su parte, la voluntaria, puede suscitarse también mediante contrato de servicios jurídicos que ofrecen los Bufetes Colectivos. Sobre este último, aunque se realiza en la práctica, no está regulado, por lo que consideramos que es un gazapo de la norma jurídica.

El Reglamento actual, al igual que el anterior, no expresa claramente la distinción entre error material y error sustancial, es decir, que este tema no ha sufrido modificación alguna en el contenido normativo de estos conceptos.

Por su parte, el proclamado art. 164, ha suscitado disímiles interpretaciones que impactan negativamente en la uniformidad de criterio de los Registradores, toda vez que faculta al Registrador a subsanar los errores que no se encuentren entre los regulados en el art. 163 (30 en total) en caso que no alteren sustancialmente el hecho o acto registrado ni produzcan confusión o duplicidad en la identidad de la persona inscripta; y por consiguiente, puede generar una incorrecta aplicación de la norma jurídica que regula este proceso. Sobre este tema, Varona Santiago[8] considera que los errores que no estén incluidos en el art. 163 son de carácter sustancial y por ende, su resolución es competencia del Tribunal Municipal, con lo cual no concuerdo, ya que vemos complejos casos en la práctica cotidiana no previstos en el amplio listado del art. 163 y pueden ser subsanables por la vía registral civil[9]. En este sentido, algunos ejemplos son:

a) Los errores de letras o sílabas en los nombres del inscripto, como Mavian siendo lo correcto Maviam. Aquí se puede apreciar que sigue siendo la misma persona y fonéticamente el nombre suena igual, solo cambia una N por una M.

Sobre este particular, una voz autorizada considera que "debe primar un criterio más cerrado cuando estamos frente a la subsanación de errores u omisiones en

8 Varona Santiago, V.C.: "Tratamiento legal de las subsanaciones de error de carácter material en el ordenamiento registral civil cubano. Impacto social y proyección jurídica", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2011, p. 2. (www. eumed.net)

9 Así lo explica González Trujillo, D.: "La subsanación de errores u omisiones en el Registro del Estado Civil", inédito, 2011, p. 20. Dirección de Registros Públicos del Ministerio de Justicia de la República de Cuba; cuando refiere "que es inmenso el reto que supone la aplicación de este precepto para los registradores civiles, dada la carga de subjetividad que lleva implícita, al dejar a los dictados de su conciencia la solución de la subsanación en base a los elementos de prueba aportados, la lógica aplicada y el sentido común, así como a las consecuencias que en el orden legal ésta podría acarrear".

el nombre del inscripto[10], con lo cual no coincido exactamente, ya que después de analizar la situación y revisar meticulosamente los documentos de prueba aportados por la parte interesada, puede ser subsanada la inscripción mientras no afecte la esencia de su contenido y teniendo siempre presente, como principio de trabajo, favorecer los trámites a la población ante la presencia de errores como este u otros de mayor envergadura, para que no tengan que acudir a un proceso judicial ante el Tribunal competente, que implicaría "exigencias formales que a veces entorpecen o dilatan el acceso al proceso o que pueden hacerlo poco fluido y carente de la necesaria efectividad"[11].

b) Adición del nombre de los abuelos. En este caso están registrados en las inscripciones que se pretenden subsanar, el nombre de alguno de los abuelos y según las pruebas aportadas (certificación de nacimiento del padre o la madre) no aparece.

c) Omisión del nombre de los abuelos. Se trata de inscripciones de nacimiento de una persona donde no aparecen los nombres de los abuelos paternos o maternos, y según las pruebas aportadas se había omitido el vínculo familiar con los abuelos.

Volviendo al art. 163 que contempla, efectivamente los errores materiales, quisiera destacar que, en la vida cotidiana, los principales problemas presentes en las inscripciones de nacimiento están relacionados a errores en el lugar de nacimiento de los padres; la omisión de alguno de los nombres de los padres o abuelos, así como los errores, omisiones o adiciones de letras o sílabas en los nombres de sus padres o abuelos. Las principales causas a mi criterio, están relacionadas a los cambios sistemáticos en la división política administrativa de Cuba y la utilización por parte de las familias en épocas anteriores, de nombres compuestos (más de tres y hasta cinco o seis) para los recién nacidos, lo cual dificultaba la inscripción; lo que ha generado muchas de las solicitudes de subsanaciones que se tramitan en la actualidad.

Aunque no es de los errores que más vemos, es necesario destacar el inciso i) del apartado primero, donde reconoce que pueden subsanarse los errores u omisiones del sexo en el asiento de nacimiento, siempre que del cuerpo de este se constatare el verdadero[12], pero cabe preguntarnos: ¿Cómo se realiza la

10 No obstante, González Trujillo, D.: "La subsanación", cit., p. 13., explica que "no es posible ofrecer recetas en materia de subsanación de errores u omisiones, cada asunto lleva aparejado un análisis casuístico y la decisión final, dependerá de la apreciación del Registrador, de su perspicacia e inteligencia, de su actuación capaz y responsable con absoluto apego a la ley".

11 De la Cruz Ochoa, R. y Cobo Roura, N.A.: "Diez notas críticas sobre el acceso a la justicia", *Temas*, 2009, núm. 59, p. 16. (www.temas.cult.cu)

12 En el Dictamen sin número de 2016 emitido por la Dirección General de Notarías y Registros Públicos del Ministerio de Justicia, se señala que fue inscrito un niño en el Registro del Estado Civil de Guantánamo con el sexo femenino, pero fue posible rectificar este particular, teniendo en cuenta que en la redacción del

subsanación en caso que no pudiera confirmarse el verdadero sexo de la persona en el contenido del asiento original y en el duplicado donde se encuentran los documentos que legitiman lo inscrito? ¿Hasta dónde puede llegar la libertad del Registrador para subsanar un caso como este cuando se enfrenta a lagunas en la redacción de la Ley y su Reglamento que colisionan con el objetivo principal de este último de perfeccionar y hacer el procedimiento más expedito? ¿Contrae el Registrador alguna responsabilidad si con su actuación en busca de una solución, sobrepasa sus atribuciones y funciones? Al Registrador corresponderá analizar con la debida profundidad y rigor técnico, las acciones necesarias para no dejar al promovente en estado de indefensión[13].

En las de matrimonio, las problemáticas más presentes son errores en el lugar de nacimiento de los cónyuges; los errores, omisiones o adiciones de letras o sílabas en los nombres y apellidos de los padres de los cónyuges, y omisión o adición de alguno o algunos de los nombres de los padres; causado principalmente por el hecho de que la información es aportada por los contrayentes -lo cual no se realizaba así en años anteriores, cuando se solicitaban las certificaciones de nacimiento no había errores- y los datos son extraídos del documento identificativo de identidad (conocido popularmente como carné de identidad) los cuales muchas veces presentan problemas, lo que unido a la implementación desde el 2014 de un nuevo formato del documento identificativo que omite algunos datos necesarios para el trabajo registral civil, como es la naturalidad de las personas, genera inexactitudes e imprecisiones en la inscripción.

Por último, en el caso de las defunciones, vemos los errores fundamentalmente en el lugar de nacimiento de los fallecidos; la omisión o adición de alguno o algunos de los nombres del inscripto o de los padres; el estado conyugal y en el domicilio, debido a que la inscripción se realiza teniendo a la vista el certificado médico, realizado por los facultativos a través de las declaraciones de los familiares y allegados, que en medio de una situación de dolor y sufrimiento, pueden confundirse con facilidad; así como utilizando el documento identificativo de

asiento registral se alude a una persona del sexo masculino, al consignar "hijo de" y "nieto por línea paterna de", lo que contribuyó a la debida subsanación de este error.

13 Según el Dictamen 2/2020 de la Dirección General de Notarías y Registros Públicos del Ministerio de Justicia, "el juicio de identidad de los comparecientes que emiten los Registradores, se realiza a partir del documento oficial de identidad" y agrega que los datos que constan en este, se certifican por el jefe o funcionario del órgano que lo emitió y constituye prueba; por tanto, pudiera utilizarse como respaldo jurídico para subsanar el sexo del inscripto en caso que sea masculino y posee en el asiento registral femenino, o viceversa, por error en la transcripción y no sea posible rectificar teniendo en cuenta el dictamen sin número de 2016 anteriormente mencionado, toda vez que el Registrador tiene la persona interesada delante y puede corroborar que es masculino, teniendo en cuenta además que la identidad como derecho, implica las características y rasgos que le son propios al individuo y sirven para diferenciarlo del resto, ya sea en el orden físico, biológico, social o jurídico. Por otra parte, en el carné de identidad que tiene a la vista el funcionario actuante, aparece una M (de masculino) y el número asignado por la Dirección de Identificación, Inmigración y Extranjería es par, que significa masculino; todo lo cual permite una debida diligencia de identificación.

identidad, los cuales –al igual que en el supuesto anterior– muchas veces poseen errores que posteriormente son trasladados a la inscripción.

Con relación a los dos últimos aspectos anteriores, el Ministerio de Justicia emitió la Resolución 115 de 21 de febrero de 2020, donde refiere que debido a la tramitación de una gran cantidad de procesos de subsanación de errores u omisiones en los Registros Civiles, que generan molestias, trámites innecesarios, demoras excesivas y soluciones engorrosas, fueron simplificados los datos que contienen las certificaciones de matrimonio y defunción, eliminando en el caso de la primera, el apellido de los padres de los cónyuges y en la segunda, la naturalidad y el estado conyugal del finado. Sobre las certificaciones de nacimiento no se realizaron cambios.

Respecto a la eliminación del estado conyugal en las certificaciones de defunción, soy del criterio, que no aportó una mejor solución a la población que realiza gestiones vinculadas a temas sucesorios fundamentalmente, toda vez que tienen que solicitar en las oficinas del Registro Civil, otros documentos para demostrar ante abogado o notario, si el fallecido era casado, viudo, divorciado o soltero. Para ello, debe presentar certificaciones de matrimonio, soltería, defunción, entre otras, según sea el caso, por lo que en otras palabras más coloquiales, se trata del traslado de un supuesto problema "de un lado hacia otro"[14].

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SUBSANACIÓN.

Sin ánimo de extendernos en este aspecto, intentaremos aproximarnos a una definición de subsanación, y para ello esbozaremos algunas ideas ofrecidas por varios académicos civilistas. En este sentido, Andrés Ciurana, destacado abogado y profesor de Derecho Procesal de España, la define como una "técnica de eliminación de vicios o defectos (…) se identifica con cualquier actividad reparadora o correctora de las desviaciones jurídicas, que está específicamente orientada a la eliminación de una irregularidad"[15].

14 En estos términos Rodríguez Corría, R. y Proenza Reyes, M.: "La registración del estado civil: eslabón formal entre familia y sucesión intestada", *Santiago*, 2016, Especial VLIR, pp. 71-73. (www.santiago.uo.edu.cu), explican que, para la tramitación de la declaratoria de herederos, "se aportan entre otros, la certificación de defunción y las certificaciones que acrediten el parentesco de los presuntos herederos del causante, en ambos casos es el Registro del Estado Civil la única institución autorizada para ello, pues constituyen sus asientos la prueba del estado civil de las personas. Por tanto, la conexidad formal –medio de prueba– que posibilita a la familia la promoción de la sucesión intestada es posible a través de la publicidad que ofrece el Registro Civil, la pertenencia de una persona a una comunidad familiar a razón de la existencia o reconocimiento del matrimonio y/o parentesco, en las que se fundan derechos y deberes específicos. Es decir, que una publicidad sin todos los elementos relacionados a los hechos y actos que constituyen el eslabón formal entre la familia y este tipo de sucesión, genera la vulneración de los derechos subjetivos de los que se puede resultar titular".

15 Andrés Ciurana, B. citado por Carrasco Poblete, J: "La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de parte y de terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil", Ius et Praxis, 2018, vol. 24, p. 530. (www.scielo.conicyt.cl.pdf)

Por su parte, los profesores venezolanos Peñaranda Quintero y Brice, Ángel Francisco[16] coinciden en señalar que se refiere a la corrección jurídica de las actas del estado civil cuando presentan inexactitudes, omisiones o menciones prohibidas, estas últimas, referente a la inserción de datos que la ley no exige. Para Varona Santiago, Profesora de Derecho cubana, implica modificar y/o alterar cualquier elemento en los asientos registrales[17].

De este modo, podríamos definir la subsanación como técnica utilizada por los Registradores del Estado Civil para eliminar, reparar y/o corregir cualquier irregularidad, alteración e inexactitud presente en una inscripción, ya sea de nacimiento, matrimonio y/o defunción.

1. Modalidades.

Se conocen dos modalidades de subsanación: de errores materiales y la llamada sustancial. La modalidad material constituye la forma más reconocida por la Ley 51/1985 como mencionamos anteriormente en el inciso d) del art. 27, al regular como quinta función de los Registradores del Estado Civil, subsanar errores u omisiones "materiales", así como el segundo párrafo del art. 32 refiere que en el Reglamento aparecen determinados los errores, adiciones u omisiones, que no siendo "sustanciales" puede llevar a cabo el Registrador y el procedimiento a seguir, sobre el cual hablaremos más adelante.

Por su parte, el Reglamento en su art. 158 deja bien claro que los Registradores pueden subsanar de oficio o mediante solicitud de la parte interesada, los errores que no ocasionen la alteración sustancial del hecho o acto registrado; apreciándose que tanto el anterior como este último caso, nos remite sin lugar a dudas al concepto de material. Posteriormente el art. 163 comienza planteando cuáles son los errores que se consideran materiales y los describe. Vale destacar entonces que el error material, como apunta el propio ordenamiento jurídico, es aquel que no altera sustancialmente el hecho o acto registrado ni produce confusión o duplicidad en la identidad de la persona inscripta.

En otro orden de ideas, merece detenernos, aunque sea en unas breves líneas, en los errores sustanciales, que son aquellos "que conllevan en su subsanación la modificación esencial del hecho o acto registrado, es decir, cambia el fundamento de estos"[18]. La subsanación de errores sustanciales no compete a los Registros Civiles, estos procesos se llevan a cabo por la vía judicial, y posteriormente el

16 Peñaranda Quintero, H.R. y Brice, Á.F. citados por Domínguez Guillén, M.C.: "La rectificación de partidas: referencia sustantiva y algunas notas procedimentales", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 2010, p. 249. (www.ulpiano.org.ve)

17 Varona Santiago, V.C.: "Tratamiento legal", cit., p. 2. (www. eumed.net)

18 Castillo Álvarez, A.A.: "Comentarios a la Ley", cit., p. 70.

Tribunal correspondiente envía la sentencia o auto dictado y se extiende la anotación marginal pertinente o se practica un nuevo asiento en dependencia de lo dispuesto por el órgano jurisdiccional[19].

Delimitado su concepto, cabe distinguir los errores sustanciales que más se presentan en el orden práctico. En este sentido, apreciamos los errores u omisiones en la fecha de nacimiento referido al año consignado con una disminución o aumento de más de un año[20] y los errores en el primer apellido de los padres, lo cual altera el acto registrado, toda vez que sería otra persona, es decir, no se corresponde con los padres verdaderos del inscripto. Ejemplos de este tipo se manifiestan principalmente en la inscripción del segundo apellido como el primero, o con los apellidos de los abuelos, generando confusión en el acto registrado.

IV. UNA MIRADA AL PROCEDIMIENTO.

Los Registradores del Estado Civil, previo a la realización del acto de subsanación, deben solicitar el documento acreditativo de identidad de las personas que se presentan en la oficina registral para estas gestiones, con el objetivo de comprobar si la solicitud procede en dicha oficina, toda vez que el trámite se realiza en los Registros Civiles correspondientes al domicilio o donde se encuentra la inscripción. (art. 159 del Reglamento). Debido al desconocimiento por parte de la población de estos requisitos, vemos en muchas ocasiones, personas que se dirigen al Registro Civil que no le corresponde, lo que implica pérdida de tiempo, ausencia laboral y gastos en la transportación al existir grandes distancias entre una oficina y otra.

Una vez iniciado el acto de subsanación, el interesado o su representante entrega al Registrador los documentos de prueba de que intente valerse, con los cuales el funcionario actuante conforma un expediente que contendrá el escrito de solicitud que se lleva a cabo mediante el Modelo de Solicitud-Resolución para contribuir a dinamizar el trabajo, la que contendrá nombre y apellidos de los comparecientes, carácter con qué concurren (presencia por sí

19 Este precepto se complementa con lo dispuesto en el art. 48 del Reglamento, "que previamente el Registrador lo declare como sustancial mediante la correspondiente resolución fundada".

20 Según Comunicación 7/2003 de la Dirección de Notarías y Registros del Ministerio de Justicia, aceptar la fe de bautismo como documento probatorio es contrario a derecho, por lo que sugiere la necesidad de presentar otros documentos expedidos por personal médico facultativo o certificaciones de nacimiento de hermanos que demuestren la imposibilidad de ese nacimiento en una fecha determinada. A mi criterio, no aceptar la fe de bautismo es un error, toda vez que en ocasiones es el único documento probatorio que poseen las personas, los cuales, en muchas ocasiones, están legalizados en la Cancillería de la Archidiócesis de La Habana.
Por otra parte, el Dictamen 3/2009 de esta misma institución, refiere que cuando los documentos de prueba que presentan las partes interesadas, no resulten suficientes, el Registrador puede solicitar una declaración jurada ante Notario, amparados en el inciso d) del art. 160 del Reglamento: "documentos probatorios que justifiquen la pretensión"; solo para subsanar un error en el año de nacimiento en los casos que no sobrepase un año antes y uno después, como aparece regulado en el Reglamento.

o por representación[21]), número de identidad permanente, ciudadanía, lugar de nacimiento, edad, ocupación y vecindad (art. 59 y 60 Reglamento).

En caso de representación voluntaria se toman los datos de la escritura notarial referidos al número, fecha, nombre y apellidos del notario y del apoderado (no incluye la representación legal mencionada en párrafos anteriores), certificación errada y documentos probatorios que justifiquen la pretensión (art. 160). En este apartado se menciona en dos ocasiones los documentos de prueba, pero no especifica cuáles[22]. Unido a esto, inciden en las oficinas registrales gran cantidad de personas que desconocen la forma de demostrar la existencia del error u omisión en las inscripciones, de ahí la importancia de una adecuada y oportuna explicación por parte del Registrador, para evitar a la población trámites innecesarios[23].

Hasta aquí, los primeros pasos a seguir están perfectamente identificados, sin embargo, en la práctica diaria se implementan otros procedimientos que no están regulados en la Ley ni su Reglamento, para brindar respuesta a las solicitudes de subsanación, como son:

a) Las subsanaciones en las inscripciones de nacimiento solo pueden realizarla las personas inscriptas, es decir, el titular de los datos que en estas se recogen. En el supuesto que esté fallecido pueden solicitar el trámite los padres, hermanos, hijos, nietos, demostrando el parentesco mediante las certificaciones correspondientes. Si fuera la viuda, debe presentar la certificación de matrimonio o viudez.

b) En las inscripciones de matrimonio solo pueden realizarla los cónyuges. En caso de estar fallecidos, el interesado debe presentar la certificación de nacimiento y la defunción de estos y demostrar el parentesco o la legitimidad (herederos), por ejemplo, si eran los padres, mediante la certificación de nacimiento.

c) Las subsanaciones de inscripciones de defunción, pueden subsanarlas los familiares del finado, la viuda, los herederos testamentarios o cualquier otra

21 Como mencionamos anteriormente, la representación puede ser legal o voluntaria según se establece en los arts. 54, 55 y 56 del Reglamento.

22 Sobre este aspecto Castillo Álvarez, A.A.: "Comentarios a la Ley", cit., p. 80; apunta que "pueden ser propuestas como pruebas: certificaciones de nacimientos, matrimonio, defunciones y de cualquier otro tipo de las que emite el Registro del Estado Civil, según lo que se pretenda demostrar; prueba testifical, la que se presentará preferentemente mediante Declaraciones Juradas ante notario; libros registrales, reproducciones de certificaciones, libros; periciales, cuando requiera verificar la legalidad de alguna de las pruebas propuestas o abundar en conocimiento sobre esta en busca de certeza y cualquier otro documento que de forma exacta y certera demuestre lo interesado".

23 Lo constata González Trujillo, D.: "La subsanación", cit., p. 11 cuando refiere que "el cliente generalmente desconoce qué tipos de prueba aportar para la consecución de sus fines, de ahí la importancia de la labor asesora que, en esta dirección, debe desplegar el Registrador a los efectos de lograr que se le faciliten los documentos probatorios convincentes en cuanto a exactitud y certeza, que inspiren el sentido de su resolución. En ocasiones, las certificaciones proporcionadas demuestran fehacientemente la pretensión del interesado, pero en otras, es preciso complementar los expedientes con pruebas testificales u otros documentos no registrales que, combinados inteligentemente, permiten llegar al fondo de la verdad".

persona[24] que, sin tener vínculo consanguíneo, demuestre que era conviviente a través de la fotocopia del carné de identidad, debiendo coincidir la dirección de residencia con la del finado. Cuando el error se encuentra en la dirección del fallecido, la parte interesada debe presentar fotocopia del título de propiedad de la vivienda, donde está registrada correctamente la misma.

Con relación a los expedientes de subsanación que se radican en las oficinas registrales, se enumeran consecutivamente en orden ascendente, a partir del inicio de cada año natural y es conformado por la certificación errada y demás documentos probatorios relativos al asunto que se trata (art. 188 Reglamento). Cuando el Registrador examina las pruebas y considera que son insuficientes, solicita a la parte interesada más documentos, para lo cual esta tiene un plazo no menor de treinta ni mayor de sesenta días. Si no las presenta en dicho plazo, el Registrador resuelve el expediente de conformidad con las pruebas presentadas inicialmente (art. 189 Reglamento). Concluido este proceso, el Registrador posee cinco días hábiles para dictar resolución declarando con lugar, con lugar en parte o sin lugar la pretensión del promovente. (art. 190). Respecto a esto último, desde mi punto de vista, declarar una solicitud de subsanación de errores u omisiones "con lugar en parte" es inconsistente, toda vez que se subsana una parte de la inscripción y la otra continúa con errores, es decir, se introduce en el tráfico jurídico, una inscripción que mantiene problemas en su contenido[25].

Cuando el Registrador resuelve subsanaciones de asientos de inscripción no obrantes en su oficina, remitirá al Registro Civil que corresponda practicar el acto registral copia de la Resolución dictada dentro del término de setenta y dos horas posteriores a la firmeza. (art. 193 Reglamento). Sobre este apartado debemos explicar, que no se cumple de manera satisfactoria debido un ineficiente proceso de gestión[26], vinculado a la falta de retroalimentación entre los Registros Civiles, las

24 En contacto sostenido con Dorinda González Trujillo, especialista de la Dirección de Notarías y Registros Públicos del Ministerio de Justicia, refiere que solo pueden subsanar las inscripciones de defunción las personas legitimadas (herederos); y puntualiza que el documento de prueba idóneo para rectificar los errores en la dirección del fallecido, es la certificación que emite la Dirección de Identificación, Inmigración y Extranjería y la copia del título de la vivienda cotejada con su original sería algo más. Sobre esto, no comparto el criterio de limitar los trámites a los legitimados, teniendo en cuenta que la situación de la vivienda constituye uno de los problemas fundamentales que afronta la población cubana, por tanto, es necesario tener en cuenta también a los convivientes. Respecto a estos últimos, ciertamente la similitud de dirección de residencia en el carné de identidad, no representa una prueba fehaciente para determinar la convivencia, por tanto, se hace imprescindible regular en el ordenamiento registral civil el modo de demostrarla, que en la actualidad constituye un laberinto en las normas jurídicas.

25 En el ámbito iberoamericano, el ordenamiento registral civil faculta a los funcionarios del Registro Civil para autorizar o denegar las solicitudes de rectificaciones de asientos registrales, como podemos ver en los Reglamentos de la Ley de España (art. 305) y Venezuela (art. 92) respectivamente. En estos cuerpos legales no existe término medio como se realiza en Cuba de declarar una solicitud con lugar en parte.

26 Sobre esta problemática González Trujillo, D.: "Panorámica del Registro del Estado Civil en Cuba: Algunas consideraciones doctrinales. Debilidades y retos futuros", *Revista Jurídica Ministerio de Justicia*, 2015, núm. 2, p. 37 expresa que debido a errores normativos ocurrió un descalabro en el tráfico de notas marginales entre 1960 y 1980, que en la actualidad genera una situación de desamparo a la población respecto a su estado civil; y puntualiza que "su preocupación en torno al tema sigue latente hoy (…) el intercambio de

Notarías y los Tribunales, como son por ejemplo el envío de las notas de divorcio, que al no ser tramitadas, impacta negativamente en la actualización de los asientos de inscripción y por consiguiente, no garantiza la seguridad jurídica de estos.

Otro ejemplo está relacionado con el trasiego de las Resoluciones y notas de matrimonio, defunción, divorcio, reconocimiento de filiación, entre otras; que cuando corresponde a una misma provincia, es más expedito; pero cuando los intercambios son entre diferentes territorios, los documentos transitan por varios escalones, desde el municipal, provincial y nacional. Esta última instancia envía los documentos hacia las diferentes provincias del país a través de la empresa de Correos, encargada posteriormente de distribuirlos hacia cada destinatario. Este proceso, según voces autorizadas, demora quince días aproximadamente, empero, lo cierto es que vemos retrasos de hasta un año y más, y en muchas ocasiones nunca llegan a su destino final, sin poderse precisar las causas reales, ocasionando disgusto y problemas en las gestiones de la población que años después solicitan una certificación que ya subsanaron tiempo atrás, y vuelven a ser expedidas con los mismos errores, debido a que nunca fueron asentados los elementos subsanados. Además, se ha dejado de utilizar el acuse de recibo, como constancia de que los documentos llegaron a su destino.

Por último, cabe reflexionar también sobre la posibilidad que otorga el ordenamiento jurídico a la parte interesada o su representante, de promover solicitudes de subsanación, de interponer el recurso de alzada ante la Dirección Provincial de Justicia en un término de diez días hábiles (art. 195 Reglamento). Me referiré aquí sobre algo que vemos en el día a día de los Registros Civiles, cuando el Registrador dicta resolución denegando la solicitud de subsanación, expresa en este documento, el derecho que le asiste al interesado para impugnarla, ante quien se debe presentar el recurso y el término para interponerlo (art. 194 Reglamento). No obstante, estos funcionarios públicos orientan a las personas dirigirse al Tribunal municipal que le corresponda para tramitar el asunto por la vía jurisdiccional, sin haber agotado la vía administrativa, a través de la cual pudiera solucionarse de manera más viable y expedita.

V. PROPUESTAS.

Realizar cambios legislativos adecuados a la realidad que vivimos, teniendo en cuenta que las normas vigentes sobre la actividad registral civil, posee múltiples lagunas en su redacción, lo que genera restricciones en su actuar diario y que la interpretación no sea uniforme. En este sentido, e. l ordenamiento registral civil debe ser más explícito en cuanto a temas como la representación, la subsanación

notas sigue siendo el talón de Aquiles de los Registros Civiles, caracterizado por su ineficiencia, su arcaica concepción y la negligencia que impera entre un número nada despreciable de operadores del Derecho".

de errores (definir los conceptos de error material y error sustancial, continuar ampliando los supuestos que se pueden presentar como materiales y regular los sustanciales) y los documentos de prueba.

Eliminar el trasiego de Resoluciones y notas marginales en soporte de papel. Remitir estos documentos a través del Sistema Automatizado del Registro Civil (SIREC), a través de un modelo y en los términos aprobados por el Ministerio de Justicia. Para ello debe utilizarse la firma electrónica de los Registradores Principales como forma de autentificación de dicho envío; así como valorar la posibilidad de interconectar a este sistema a las Notarías y Tribunales municipales, para que fluya mejor la información entre estas entidades.

Revisar lo que está establecido en materia de recursos, previsto en la Sección Tercera del Capítulo XV del Reglamento. En este sentido, pudieran acortarse los términos de cada instancia administrativa para ratificar, revocar o modificar la resolución recurrida; y acercar la solución por esta vía, evitando recurrir a los Tribunales, que se pueden reservar para asuntos extremadamente complejos.

Promover por parte de las Direcciones Provinciales y el Ministerio de Justicia, la capacitación de los Registradores, en función de dominar mejor las legislaciones de la actividad registral civil y ampliar el espectro de conocimientos en materia legal, dirigido a ir a la par de las transformaciones políticas, económicas y sociales en que está inmerso el país, así como brindar un servicio de mayor calidad, lo que constituye una responsabilidad ineludible y fuente de un potencial inagotable de ideas e iniciativas promotoras del desarrollo profesional. Al respecto, deben coordinarse entre las entidades del sistema de Justicia y las Universidades, cursos de postgrados y programas de maestría y doctorado, relacionados a la materia registral civil, acompañado de un papel más activo por parte de los Registradores en cuanto a su autosuperación, para elevar su nivel profesional y el rigor técnico jurídico en el desempeño de sus funciones.

VI. CONCLUSIONES.

La existencia de las problemáticas suscritas en este artículo, están vinculadas esencialmente a la necesidad de actualizar las normas jurídicas vinculadas al Registro Civil, toda vez que poseen lagunas en su redacción y denotan falta de correspondencia con los cambios que experimenta la sociedad cubana en su actualización del modelo económico y social; con el objetivo de orientar y desarrollar la actividad registral civil en un marco legal apropiado.

La organización de un sistema de trabajo para disponer de Registradores más preparados, concibiéndolos como un ente fundamental para acompañar, de

manera permanente, el proceso de gestión de los Registros Civiles, contribuirá a elevar a planos superiores el reconocimiento de la actividad, así como representa un factor clave para el perfeccionamiento y desarrollo de esa institución en el país.

Enfrentar las problemáticas existentes, de una manera adecuada, con una visión y proyección más integral y estratégica, permitirá contar con mayor eficacia y eficiencia en la actividad registral civil, así como contribuirá al perfeccionamiento de la gestión de las autoridades a todos los niveles del sistema de justicia.

BIBLIOGRAFÍA.

Carrasco Poblete, J: "La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de parte y de terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil", Ius et Praxis, 2018, vol. 24. (www.scielo.conicyt.cl.pdf)

Castillo Álvarez, A.A.: *Comentarios a la Ley del Registro del Estado Civil*, Ed. ONBC, La Habana, 2013.

De la Cruz Ochoa, R. y Cobo Roura, N.A.: "Diez notas críticas sobre el acceso a la justicia", *Temas*, 2009, núm. 59. (www.temas.cult.cu)

Domínguez Guillén, M.C.: "La rectificación de partidas: referencia sustantiva y algunas notas procedimentales", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 2010. (www.ulpiano.org.ve)

González Trujillo, D.: "Panorámica del Registro del Estado Civil en Cuba: Algunas consideraciones doctrinales. Debilidades y retos futuros", *Revista Jurídica Ministerio de Justicia*, 2015, núm. 2.

González Trujillo, D.: "La subsanación de errores u omisiones en el Registro del Estado Civil", inédito, 2011.

Rodríguez Corría, R. y Proenza Reyes, M.: "Pasado, presente y futuro del Registro del Estado Civil en Cuba", *Santiago*, 2016, vol. 1. (www.santiago.uo.edu.cu)

Rodríguez Corría, R. y Proenza Reyes, M.: "La registración del estado civil: eslabón formal entre familia y sucesión intestada", *Santiago*, 2016, Especial VLIR. (www.santiago.uo.edu.cu)

Rubio Jaquez, M.C.: *Treinta años en el Registro Civil*, Selecta, La Habana, 1955.

Varona Santiago, V.C.: "Tratamiento legal de las subsanaciones de error de carácter material en el ordenamiento registral civil cubano. Impacto social y proyección jurídica", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2011. (www.eumed.net).

LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO PERUANO*

THE LAW GOVERNING INTERNATIONAL CONTRACTS IN PERUVIAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 944-969

* Trabajo realizado en el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC).

Luz MONGE TALAVERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de agosto de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El problema de la determinación de la ley más adecuada para regular los contratos internacionales ha sido actualizado en este contexto de crisis sanitaria. El presente artículo examina el régimen conflictual previsto en el Derecho Internacional Privado peruano. A partir de un acercamiento comparativo, pone en relieve un sistema conflictual completamente liberal que, desde 1984, marcó un claro alejamiento del criterio territorialista vigente en Latinoamérica. Hoy por hoy, la evaluación de su aplicación muestra sus limitaciones.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional Privado peruano, contratos internacionales; conflicto de leyes.

ABSTRACT: *The problem of determining the most appropriate law to regulate international contracts has been updated in this health crisis context. This article examines the conflictual regime provided in Peruvian Private International Law. Starting from a comparative approach, it highlights a completely liberal conflict system, which marked, since 1984, a clear detachment from the territorial criteria in force in Latin America. Today, an evaluation of its application shows its limitations.*

KEY WORDS: *Peruvian International Private Law, international contracts, Conflict of Laws.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y TERRITORIALISMO.- 1. La libertad de elección como principio.- 2. Alcance del principio de autonomía conflictual.- A) Manifestación de la elección.- B) Momento de la elección.- 2. Subsidiaridad de los criterios territorialistas.- A) La ley del lugar de su cumplimiento.- B) Ley del cumplimiento de la obligación principal.- C) Ley del lugar de celebración del contrato.- 3. La forma del contrato internacional.- A) Locus regit actum.- B) Ley que regula la relación jurídica objeto del acto.- III. EVALUACIÓN DEL REGIMEN CONFLICTUAL.- IV. POSIBILIDAD DE RECURRIR A NORMAS DE SOFT LAW.

I. INTRODUCCIÓN.

En el mundo globalizado de hoy, caracterizado por la multiplicación de contratos que traspasan las fronteras de los Estados, unido al desarrollo exponencial del "ciberespacio contractual", queda siempre sobre el tapete la interrogante relativa a la ley que debe regir la relación jurídica.

La crisis sanitaria derivada de la propagación del covid-19 y sus consecuencias, el confinamiento obligatorio y el cierre de fronteras, ha actualizado la misma pregunta en el ámbito mundial. Basta mirar a nuestro alrededor para comprobar el devastador impacto de la pandemia en la esfera de los intercambios internacionales. Infinidad de contratos no han podido, no pueden y, posiblemente, no podrán ejecutarse más. Las partes y sus abogados intentarán encontrar a partir de la relectura de las cláusulas contractuales, una respuesta que las habilite a invocar la imposibilidad de la ejecución de las obligaciones, la excesiva onerosidad de la prestación, alguna cláusula que exonere su responsabilidad, la resolución, la rescisión o la resciliación del contrato. En la ausencia de respuestas previstas en el contrato, corresponderá al Derecho Internacional Privado de los Estados designar la conexión que permita identificar la ley aplicable.

Hoy más que ayer, apremia la determinación de la ley más apropiada para regular los contratos internacionales. Si, por un lado, el viejo sistema conflictual que remite a una ley estatal particular es fuente de insatisfacción pues termina por "nacionalizar"[1] las transacciones transfronterizas; por el otro, su eliminación en vista de la unificación global del derecho de los contratos tampoco se vislumbra

1 Bonell, M. J.: "The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles", *Uniform Law Review*, vol. 23, Issue 1, March 2018, pp. 15-41.

• Luz Monge Talavera
Profesora Asociada, Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC). Correo electrónico: LMonge@ulima.edu.pe

en un futuro próximo[2]. Queda voltear la mirada a los derechos nacionales para identificar las coincidencias que nos permitan abrir caminos comunes.

El vigente régimen conflictual relativo a los contratos internacionales en el Perú fue consagrado en los años ochenta[3]. Si bien, no data de una época decimonónica, tuvo el mérito de alejarse del criterio territorialista que marca la legislación latinoamericana, para consagrar desde entonces principios que condicen con los criterios conflictuales que presiden hoy en día instrumentos internacionales. Actualmente, luego de aproximadamente 40 años, el análisis de su aplicación exige un reexamen.

II. AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y TERRITORIALISMO.

Tradicionalmente, en Derecho Internacional Privado peruano, los contratos y las obligaciones que de ellos se derivan se regían por la *lex loci contractus*. El principio fue consagrado en el Código Civil de 1852[4] y recogido, con una redacción ligeramente diferente, en el Código Civil de 1936. Expresamente, este último precisaba que "La naturaleza y los efectos de la obligación se rigen por la ley del lugar donde fue contraída"[5]. Al optar por la *lex contractus*, el Perú se apartó de los Tratados de Montevideo, que se afiliaban a la *lex solucionis*[6].

Advertimos, sin embargo, que el viraje fundamental en la evolución de la ley peruana se opera con la promulgación del Código Civil de 1984[7]. Para designar la ley aplicable al contrato internacional, este Código opta por un sistema mixto. Prioriza, en primer lugar, el criterio subjetivo, pero prevé también con carácter subsidiario un conjunto de criterios de naturaleza objetiva. La norma de conflicto consagra el principio de autonomía conflictual; paralelamente prevé, en caso de ausencia de elección, una pluralidad de factores de conexión vinculados al principio de proximidad. A ello se agrega que únicamente la forma del contrato podría obedecer –en caso de silencio de las partes– a la clásica regla *locus regit actum*.

2 Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 10ª ed., 2018, núm. 447, p. 618.

3 Es aplicable también la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), cuya adhesión fue aprobada por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 011-99-RE. Por otra parte, el Perú ha ratificado el Código Bustamante y Tratado de Montevideo de 1889. No ha hecho lo propio con el Tratado de Montevideo de 1940.

4 Art. 40: "Siempre que se trate de una obligación contraída en país extranjero, las leyes del país donde se celebró, sirven para juzgar del contrato, en todo aquello que no esté prohibido por las del Perú. Regirán sólo las leyes peruanas, si a ellas se sometieron los contratantes".

5 Código Civil peruano de 1936, art. VII del Título Preliminar.

6 Como lo señala García Calderón, "la disconformidad explica, las reservas formuladas por la delegación peruana al Tratado de Montevideo de 1940". Tratado que finalmente no se ratificó. García Calderón, M.: *Derecho Internacional Privado*, UNMSM, Lima, 1969, p. 248.

7 En 1984, se reserva el Libro X el Código Civil, al conjunto de normas Derecho Internacional Privado.

1. La libertad de elección como principio.

Desde 1984, el sistema conflictual en materia de contratos internacionales, se decanta por una técnica completamente liberal. Tomando como base, un principio considerado en la actualidad como "uno de los paradigmas más ampliamente aceptados del derecho internacional privado contemporáneo"[8], la ley peruana ubica la voluntad de los contratantes en el corazón del régimen conflictual. En efecto, el art. 2095 CC prevé expresamente que "Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes".

La libertad de elección, en tanto principio rector de la ley aplicable a los contratos internacionales, tiene en Perú, como podemos constatar, origen legislativo. Contrariamente, en países como Francia, España, Alemania o Bélgica, fue primero sancionado por la práctica jurisprudencial[9] y luego recogido en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, transformado posteriormente en el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (2008).

A nivel latinoamericano, la norma peruana marcó en 1984 un claro alejamiento del criterio territorialista que dominaba la legislación, tanto en el ámbito interno como a nivel convencional[10]. Cabe precisar que el criterio de la *lex solutionis* consagrado en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, fue seguido tanto en Chile[11] como en Colombia[12]. La legislación común de los países del Mercosur prefirió guardar silencio sobre el particular, a pesar de pronunciarse sobre los aspectos procesales[13]. Si bien desde 1994, con la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales, vientos de reforma soplan en el hemisferio sur, la incorporación de la ley de autonomía en las legislaciones internas es relativamente lento. A parte de México y Venezuela que ratificaron dicha Convención; el principio de la autonomía de la voluntad en la elección de la

8 Symeonides, Symeon, C.: "The Hague Principles on Choice of Law for International Contratos: Some Preliminary Comments", *The American Journal of Comparative Law*, 2013, núm. 4, pp. 873- 875. *Vid.* OEA (2016), *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas*, OEA/SG, DDI/doc. 3/16, p. 6.

9 Giuliano, M. et Lagarde P.: *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *JOCE* 31 Oct. 1980, núm. C282, p. 15.

10 Revoredo de Mur, D.: "La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica", *Themis*, núm. 30, Lima, 1994, pp. 231-241.

11 Villarroel Barrientos, C. y Villarroel Barrientos, G.: "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales", *Revista chilena de derecho*, 1990, vol. 17, pp. 351-365.

12 En Colombia el Código de Comercio, art 869, precisa que "La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana".

13 Albornoz, M.M.: "El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del Mercosur", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, XLII (125), pp. 631-666.

ley aplicable ha sido consagrado, por ejemplo, en Argentina (2014)[14], en Paraguay (2015)[15] y también en Uruguay (2020)[16].

A) Alcance del principio de autonomía conflictual.

La ley peruana reconoce a los contratantes un extenso poder que les habilita a someter el contrato al imperio de una ley designada por ellos mismos según sus propios intereses (*lex voluntatis*). Así de común acuerdo ambos contratantes pueden apartar la aplicación de la ley estatal que normalmente debería regir el contrato, –ley del país en el cual se celebra y/o a la ley del país en el cual se ejecutan las obligaciones– para someterlo en virtud de un pacto de *electio juris* a una tercera ley.

La libertad de elección prevista en la ley peruana es amplísima. Al igual que lo establecido en los Principios de La Haya[17], los contratantes pueden optar por la ley de cualquier Estado. Inclusive por aquella ley que no presente vínculo alguno con el contrato. Contrariamente, el Código Civil español, por ejemplo, luego de reconocer la misma libertad de elección, exige que la ley designada tenga "alguna conexión con el contrato"[18].

Más allá, la eficacia de la elección se subordina naturalmente al carácter internacional de la relación jurídica, pues si el contrato no presenta elementos de extranjería esa libertad simplemente no existe. Voces autorizadas remarcan que "la internacionalidad del contrato es un presupuesto de la autonomía conflictual"[19].

Es entonces obvio que, en materia de contratos internacionales, las partes benefician de una libertad muchísimo más extensa que aquella que la ley les reconoce en el ámbito contractual interno. Esta irrestricta libertad ha motivado naturalmente objeciones pues se manifiesta preferir la designación de una "ley

14 Código Civil y Comercial, art. 2651: "Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso". Se entiende que el artículo se refiere a los contratos internacionales a pesar de que no lo precisa expresamente pues se encuentra en el Título IV (Disposiciones de Derecho Internacional Privado).

15 Ley núm. 5393/15 "Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales" vigente desde enero de 2015 y que recoge los Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales. *Vid.* Estigarribia Gutiérrez, H.: "Aporte desde el derecho internacional privado a la legislación paraguaya: La Ley núm. 5393/15 *Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*", *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis*, vol. 5, Asunción, marzo, 2017.

16 Art. 45 (Ley aplicable por acuerdo de partes): "Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan". Ley general de Derecho Internacional Privado aprobada por la Cámara de Representantes el 17 de noviembre 2020. https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19920-2020.

17 Art. 2, Libertad de elección: "No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación". *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, Hague Conference on Private International Law, 2016.

18 Art. 10.5, Título Preliminar del Código Civil (introducido en la Reforma de 1974).

19 Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional privado*, cit., núm. 451, p. 621.

material efectivamente vinculada a la relación jurídica sustantiva"[20]. Nosotros consideramos lamentable, dentro del sistema peruano, la ausencia de excepciones al principio de autonomía conflictual tratándose, por ejemplo, de contratos de consumo, de seguros o de trabajo. En estos supuestos debería excluirse el principio con la finalidad de proteger a la parte débil de la relación contractual, como lo prevé tanto Los Principios de La Haya[21] como, implícitamente, los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Cabe sin embargo precisar que, dentro de la perspectiva de la legislación peruana, no estamos frente a una libertad todopoderosa ni del todo ilimitada. La elección será válida siempre que sea compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres[22]. Igual postulado prevé también la Convención de México[23]. El legislador busca de este modo levantar tibias barreras para evitar el abuso de derecho o el fraude a la ley.

Más allá, la preferencia por la aplicación de una ley diferente puede justificarse por múltiples razones. Es posible que las partes estimen que el derecho elegido es más adecuado, porque encaja mejor con las necesidades de los intercambios internacionales. Igualmente, su motivación podría centrarse en el hecho de que en ese país –en tanto ya ha sido ratificado– es aplicable un convenio internacional determinado, o, simplemente, porque eligiendo la ley de un tercer Estado se opta por una ley que puede ser calificada como "ley neutra" [24]. Es evidente por otra parte que la existencia de una cláusula de *electio juris* facilita la administración de justicia, al eliminar todo tipo de duda sobre la identificación de la ley aplicable en la eventualidad de un litigio. Así, es consenso que, "la elección por las partes del derecho regulador del contrato produce una serie de beneficios que van, desde la previsibilidad y uniformidad en la respuesta aportada, hasta la consecución de un régimen jurídico estable que, además, toma en consideración las expectativas de las partes"[25].

En todo caso la voluntad de los contratantes se erige claramente en el criterio de conexión que designará la ley destinada a regir todo lo relativo la formación y los efectos de los contratos internacionales. Pudiendo, como observa Sandrine

20 García Calderón, G.: "Comentario al art. 2095 CC", en *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Tomo X, Lima, 2005, p. 859.

21 Art. 1: Ámbito de aplicación. *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, Hague Conference on Private International Law, 2016.

22 Código Civil peruano, art. 2049.

23 Art. 18: "El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro".

24 Mayer, P. et Haeuzé, V.: *Droit international privé,* 11ª ed, LGDJ, Paris, 2014, p. 519.

25 Espugles Mota, C., Iglesias Buhigues, J. L. y Palao Moreno, G., *Derecho Internacional Privado*, 11ª ed, Valencia, 2017, p. 592.

Clavel[26], "invalidar algunas cláusulas introducidas por las partes en el contrato, y aun invalidar el contrato en su conjunto".

Conviene precisar, aun cuando la ley peruana no lo dice, que el pacto de elección de ley aplicable es naturalmente un negocio distinto del contrato internacional. El pacto podría ser nulo pero el contrato válido y viceversa. Sobre el particular subrayamos la meridiana claridad del art. 10.1 del Reglamento Roma I donde se precisa que la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, se someten a la ley que sería aplicable si el contrato o la disposición fueran válidos. Dicha ley, como lo precisan los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, "no es otra que la propia ley señalada en la cláusula de elección, aplicada como ley hipotética o ficticia"[27]. Asimismo, el Reglamento permite que cualquiera de las partes invoque la ley de su residencia habitual para demostrar que no ha manifestado su consentimiento.

B) Manifestación de la elección.

Podemos preguntarnos ahora si la elección de la ley aplicable debe resultar de una declaración expresa o si podría ser deducida a partir de la interpretación del contrato o de la conducta de las partes. ¿Es posible pensar en una elección implícita? La respuesta es afirmativa para la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales[28] como para el Reglamento Roma I. Este último instrumento legislativo permite una elección tácita[29], pero "basado en una elección real, es decir, en la auténtica voluntad subjetiva de las partes" [30].

Contrariamente, para el Código Civil peruano la elección de la Ley reguladora del contrato no puede resultar de una voluntad tácita. El legislador descarta toda posibilidad de interpretación de las cláusulas contractuales o de las tratativas precontractuales para buscar una supuesta voluntad de someter el contrato a una ley diferente. En efecto, el pacto de *lege utenda* no solamente debe surgir de la voluntad común de las partes, sino que la elección debe manifestarse de manera expresa; es decir, en cláusula contractual específica. Así lo entiende también la doctrina al señalar que la ley peruana "no reconoce la voluntad tácita o presunta de las partes en el sentido de que se pueda interpretar el contrato, para efectos

26 Clavel, S., *Droit international privé*, 4ª ed., Dalloz, Paris, 2016, p. 588, núm. 967.

27 Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 622, núm. 452.

28 Art 7: "el acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto".

29 Reglamento Roma I, art. 3.

30 Se trata, en realidad, como lo señala el profesor Fernández Rozas, de "extraer del propio contrato y de los elementos circundantes o circunstanciales la convicción acerca de un consentimiento real, aunque implícito, de las partes en la ley aplicable". El criterio es en realidad "restrictivo". Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., núm. 453, p. 623.

de someter la búsqueda de la solución del conflicto a una ley determinada, sólo reconoce la voluntad expresada en él"[31].

En ese sentido, la posición legislativa deja de lado, por seguridad jurídica, toda posibilidad de que el magistrado o las mismas partes puedan invocar, mediante un proceso de interpretación de las cláusulas contractuales, la supuesta existencia de un acuerdo implícito de las partes para someter el contrato a una ley cuya designación no obedece a la libre, verdadera y manifiesta intención común de los contratantes.

Siguiendo esta idea, nada impide tampoco que las partes puedan prever una (o más) cláusula de *electio juris* en la cual designen la competencia de una determina ley para regir una parte del contrato y una ley diferente para otra parte del mismo *(dépeçage)*. A diferencia de la Convención de Roma que consagra expresamente que las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad del contrato o a una parte del mismo; la ley peruana, admite de manera explícita que la forma del contrato pueda obedecer a una ley diferente de aquella que rige la relación jurídica objeto del acto. Así rompiendo la unidad del estatuto contractual queda permitido, que las partes prevean que una misma relación jurídica sea regida por leyes de diversos países[32]. En esa eventualidad, diremos con el profesor Lagarde que en la hipótesis de fraccionamiento "la elección debe ser coherente"[33].

Por otro lado, conviene interrogarse si la existencia de una cláusula expresa de elección de fuero en el contrato internacional, ¿podría llevarnos a deducir una voluntad implícita de someterse a la ley de ese país? Como lo remarca M. Bernard Audit "una cláusula atributiva de jurisdicción es naturalmente interpretada como manifestación de elección de la ley del referido país" [34]. En efecto, parece poco probable –como también lo advierte el profesor Audit– que las partes reconozcan jurisdicción al juez de un país y paralelamente sometan el contrato a la ley de otro Estado.

No obstante, en el estado de la legislación peruana, carece de significación el proverbio *qui elicit judicem elicit jus*. La existencia de una cláusula atributiva de jurisdicción que designa al foro peruano, no vincula el fondo del contrato a la ley peruana. Y la jurisprudencia peruana así lo ha entendido y aplicado.

31 García Calderón, G.: "Comentario al art. 2095 CC", en *Código Civil comentado*, cit., p. 860.

32 "Un contrato constituye un todo es entonces deseable verlo regido por una sola ley". Audit, B.: *Droit international privé*, Economica, 3ª ed., Paris, 2000, p. 701, núm. 819.

33 Giuliano M. et Lagarde P.: *Rapport*, cit, p. 15 y ss.

34 Audit, B.: *Droit international privé*, cit., p. 680.

C) Momento de la elección.

El Código Civil de 1984 no se pronuncia si la elección de la *lex contractus* debe ser antes o después de la formación del contrato. En principio, la designación debería realizarse en el momento de la celebración; sin embargo, nada impide que pueda ser posterior e incluso cabe la posibilidad que mediante un acuerdo ulterior las partes modifiquen un acuerdo precedente.

En esta última hipótesis conviene afirmar que la modificación de la ley seleccionada no podría afectar la validez formal del contrato. Así, es consenso que "la elección tardía, como la modificación de una elección anterior, operan retroactivamente, bajo reserva de un límite importante: la nueva ley elegida es reputada haber regido el contrato desde el momento de su celebración, pero no podría afectar ni la validez formal del contrato ni los derechos de terceros"[35].

2. Subsidiaridad de los criterios territorialistas.

En algunos casos las partes no designan *lex contractus*, sea por que pasaron por alto la posibilidad de elección, no llegaron a un acuerdo o, simplemente, porque a pesar de la elección, el *pactum de lege utenda* deviene nulo o ineficaz. Aun cuando a primera vista, las hipótesis planteadas parecen raras, en realidad se trata de supuestos "más frecuente(s) de lo que se piensa"[36]. Corresponde entonces indagar si ¿estamos frente a un *contrato sin ley*?

En realidad, no existe contrato sin ley. "Todo contrato internacional esta necesariamente vinculado a la ley de un Estado"[37]. En este último caso corresponderá al juez de la causa designar la *lex contractus* aplicando la conexión establecida en el Derecho Internacional Privado del fuero. En el ámbito del derecho comparado los criterios utilizados para la designación de la Ley reguladora del contrato son, por ejemplo, aquella del país donde debe cumplirse la prestación característica[38] o aquella más estrechamente vinculada a la relación jurídica; considerando, el lugar de celebración o de cumplimiento de las obligaciones, o en fin el domicilio de alguna de las partes (especialmente el del deudor).

Para localizar geográficamente el contrato, el legislador peruano ha optado por un sistema que descarta toda búsqueda de una voluntad implícita o presunta

35 Clavel, S.: *Droit international privé*, cit., p. 589, núm. 972.

36 Debido al hecho de que "la designación de la Ley reguladora del contrato se toma "de modo precipitado e incluso inadecuado. Es el *champaigne hour syndrome*". Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018, núm. 152, p. 987.

37 Corte de Casación Francesa, Messageries Maritimes, Civ. 21 junio 1950, *Rev. Crit*. 1950. 609.

38 Es el criterio retenido por Convenio de Roma y el Reglamento "Roma I". Dentro de los cuales la prestación característica es aquella obligación que caracteriza el tipo contractual y define la función económico social del negocio.

de las partes. Consagra, con carácter subsidiario a la autonomía de la voluntad, una pluralidad de criterios de conexión que toman en consideración elementos materiales u objetivos dejando al juez un margen de apreciación especialmente estrecho; tal como sucede en el derecho internacional privado español o italiano. Se trata de conexiones territorialistas rígidas que deben aplicarse en cascada y que automáticamente ubican el contrato en un país determinado eliminando toda posibilidad de presunción o interpretación casuística en particular.

En efecto, el art. 2095 CC establece, "Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración".

Observamos entonces una pluralidad de factores de conexión dirigidos a someter el contrato a la ley del país que presente los vínculos estrechos. Sin embargo, la rigidez de la formula legislativa podría desembocar en un resultado opuesto al espíritu de la norma. Así en la aplicación de una ley sin vinculación concreta alguna o que enmascara una situación de fraude o *forum shopping*.

A) La ley del lugar de su cumplimiento.

En defecto de cláusula expresa que someta el contrato y a las obligaciones al imperio de una ley estatal determinada, el Código peruano establece como primer criterio de conexión la ley del lugar donde las obligaciones deben cumplirse.

Se trata de una conexión de naturaleza objetiva que se inclina por ley del lugar que presenta vínculos muy estrechos con el contrato. Así, si las obligaciones del contrato deben cumplirse en un país determinado, cae por su propio peso que se reconozca a la ley interna del mismo, competencia para calificar la conformidad de su ejecución de cara a las previsiones de las partes. Generalmente, la *lex solutionis* presenta, vínculos significativos con el desenvolvimiento de la relación contractual y consideramos justificado el carácter preponderante que la ley peruana le reconoce.

La sumisión del contrato al imperio de la ley del lugar de su ejecución, *locus executionis*[39], no es, sin embargo, una solución que satisfaga a todos pues las obligaciones contractuales pueden ejecutarse en diversos países y en consecuencia podrían regirse por leyes estatales diferentes en función del país en cuyo territorio

39 Es una conexión utilizada durante el Siglo XIX en diversos países europeos, entre ellos Alemania y Suiza.

deben cumplirse. Lo cual podría ser fuente de inseguridad jurídica. Contrariamente, esa posibilidad no parece generar el mismo rechazo en la jurisprudencia alemana pues admite que si las obligaciones de un mismo contrato deben ejecutarse en países diferentes, cada obligación puede ser regida por la ley del país donde debe ejecutarse.

B) Ley del cumplimiento de la obligación principal.

En la eventualidad de que el lugar de cumplimiento no pueda determinarse o que las obligaciones deban cumplirse en países distintos, la *lex contractus* será aquella del lugar donde debe cumplirse la obligación principal.

La identificación de la obligación principal puede generar dificultades. En términos generales nos referimos a ella como aquella prestación por la cual se adeuda el pago. Así en el contrato de compraventa el lugar del cumplimiento de la obligación principal, será aquel en el cual debe efectivamente entregarse del bien. En el contrato de prestación de servicios, debe tomarse en consideración la ley del lugar donde el trabajador debe cumplir la prestación. Cuando el contrato (compraventa, arrendamiento, donación) tiene por objeto un bien inmueble será, naturalmente, la ley del lugar donde se localiza efectivamente el mismo. Obviamente, en todos los casos se encuentra a cargo de la otra parte una prestación indiferenciada que es el pago de una suma de dinero.

Si con todo no es posible identificar la obligación principal o que obligaciones de la misma naturaleza se deben en Estados diferentes (contrato de prestación de servicios, obligaciones de dar o hacer que deben ejecutarse en diversos países) corresponde voltear la mirada, finalmente, hacia la ley del lugar de celebración.

C) Ley del lugar de celebración del contrato.

En el caso de que no pueda determinarse con precisión el lugar del cumplimiento de la obligación principal o si ese lugar es indeterminado o ambiguo según la naturaleza de la obligación, la *lex contractus* será aquella del país en el cual el contrato ha sido celebrado. El sometimiento de la integralidad del contrato a la ley del lugar donde se forma, propugnado desde la doctrina por Savigny y Story, es un principio general en diversos ordenamientos jurídicos[40].

Conviene observar, sin embargo, que esta opción legislativa no es necesariamente la mejor; primero, porque vincula el contrato a un elemento que no guarda

40 Es el caso, por ejemplo, de España o Italia o el Tratado de Benelux de 1969 que no entró en vigor. En España, el art. 10.5 Título Preliminar del Código Civil, prevé una pluralidad de criterios de conexión: a) la ley expresamente elegida por las partes siempre que la misma tuviere alguna conexión con el contrato, b) en su defecto, la ley nacional común a las partes; c) a falta de nacionalidad común, la ley de residencia habitual común; d) finalmente, la ley del lugar de celebración del contrato.

relación con la "esencia de la obligación"[41]. En efecto, no tiene incidencia alguna sobre el desenvolvimiento de las obligaciones y podría revelarse completamente desarticulado de la relación contractual. Por ejemplo, en la contratación internacional de reaseguro tiene una importancia decisiva la localización del riesgo o el establecimiento de las partes[42]. Igualmente, un contrato celebrado en Nueva York entre una empresa peruana y otra mejicana, cuya ejecución de obligaciones contractuales se desarrollará íntegramente en el Perú (entrega de la mercancía) y Méjico (pago del precio), tiene con Estados Unidos un vínculo irrelevante para examinar la conformidad de las obligaciones contractuales.

En fin, nos preguntamos si resulta más pertinente designar como ley reguladora del contrato, simplemente, aquella que presente los vínculos más estrechos con el contrato. La respuesta creemos que es negativa. La opción nos motiva algunas reservas, pues si bien exige la búsqueda de la ley más apropiada en función del análisis de cada contrato en particular; deja, sin embargo, un margen de apreciación demasiado amplio que podría ser fuente de inseguridad jurídica.

En realidad, los criterios territorialistas como el lugar de celebración del contrato (*locus regit actum*) o de ejecución de las obligaciones (*lex solutionis*), además de ser criterios rígidos, tienen un "potencial localizador débil" [43]. Y muchas veces desembocan en una "gran incertidumbre"[44]. El grado de vinculación sólo puede ser determinado mediante el análisis de cada contrato en particular. Así lo estima el profesor Fernández Rozas al señalar que "lo fundamental no es la circunstancia geográfica, sino la medida en que tal vinculación responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la finalidad económica y jurídica de un contrato determinado"[45]

Creemos que la mejor solución, frente a la ausencia de ley de autonomía, será siempre optar por la competencia de la ley que tenga los vínculos más estrechos, pero estableciendo parámetros que simplifiquen su búsqueda y determinación. Tal como lo prevé, por ejemplo, la Convención de Roma[46] o la Convención de Méjico de 1994. Esta última dispone en su art. 9 que: "El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".

41 Giuliano, M. et Lagarde, P.: *Rapport*, cit., p. 20.

42 Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: Derecho *Internacional Privado*, cit., p. 625, núm. 457.

43 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 1010, núm. 197.

44 Mayer, P. et Haeuzé, V.: *Droit international privé*, cit., p. 535.

45 Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 625, núm. 457.

46 Convención de Roma, art. 4, alinea 2.

3. La forma del contrato internacional.

El sistema peruano de Derecho Internacional Privado no contiene norma específica que disponga la ley que debería regir la forma de los contratos internacionales. Consagra más bien una norma de alcance general tanto para actos jurídicos patrimoniales como para actos jurídicos no patrimoniales. Así, el art. 2094 establece que: "La forma de los actos jurídicos (…) se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto". (…).

Dos constataciones se desprenden. En primer lugar, siendo los contratos la categoría más importante de los actos jurídicos patrimoniales debe entenderse que estos se encuentran englobados bajo la denominación genérica de *actos jurídicos* a los que se refiere el art. 2094[47].

Se advierte, en segundo lugar, que el art. 2094 consagra, una regla de conflicto alternativa que prevé una doble conexión. Así, la forma de los contratos internacionales se somete, *in primis*, a la ley del lugar de su celebración; sin embargo, esta regla no tiene carácter imperativo pues la norma de conexión admite la posibilidad de que, por acuerdo de voluntades, los contratantes puedan apartarla. En esta hipótesis, la celebración del contrato puede someterse a la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. El contrato será válido si satisface las exigencias formales de cualquiera de esas dos leyes.

A) Locus regit actum.

El establecimiento de formalidades o solemnidades para la celebración de un contrato, tiene por finalidad garantizar que la manifestación de voluntad de las partes sea libre, consciente y real; pero además esa voluntad debe ser conforme al orden público. Lo que se busca es garantizar seguridad jurídica, no solamente a las partes sino también a terceros.

En esa línea, para regir la forma de los contratos internacionales, el Código peruano opta –con carácter facultativo– por la tradicional y famosa regla *locus regit actum* (el lugar rige el acto). La máxima implica que los actos jurídicos celebrados en país extranjero deben ser revestidos de las solemnidades previstas en la legislación del mismo. Su observancia subordina su eficacia en el Perú. La disposición toma en cuenta, simplemente, que "los actos reciben el ser en el lugar

47 El artículo de la referencia reproduce textualmente el texto del artículo XX del Título Preliminar de su predecesor Código Civil de 1936. Una referencia similar se encuentra en Francia, en el art. 6: Sous réserve de l'application des articles 10 à 13, "les formes de tous les actes juridiques volontaires, et notamment des contrats, sont déterminées par la loi du lieu de la passation de l'acte, les règles de la procédure, par la loi de la juridiction saisie. Loi prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé".

donde son celebrados, es la ley de ese lugar que les da la vida"[48]. En ese sentido, la ley del lugar de su celebración aparece como una "conexión natural"[49].

La regla, acuñada por los post-glosadores Bartolo y Baldo[50], es de alcance universal. Fue admitida primero por la doctrina y la jurisprudencia; posteriormente consagrada en la generalidad de codificaciones del mundo[51]. En efecto, numerosos países la incorporan en forma expresa[52], otros restringen su aplicación a ciertos actos jurídicos[53]; y hay también aquellos en los que si bien, no se encuentra referencia legal, la doctrina y la jurisprudencia la aplican. Es el caso, por ejemplo, del Código Civil Colombiano que a pesar de no tener norma expresa en la materia, la doctrina[54], interpreta el art. 21 referido a la formalidad de los instrumentos públicos, para acoger el principio de que los contratos internacionales se rigen por la ley del lugar de su celebración.

Sin embargo, autores latinoamericanos expresan su desconfianza. Se dice, por ejemplo, que la regla *locus regit actum* podría favorecer el fraude a la ley en el caso de que los contratantes decidan celebrar el negocio en el lugar en un lugar determinado, "no por sus conexiones reales con él, sino para lograr la aplicabilidad de un Derecho que les conviene[55]. Si la objeción es insoslayable, queda siempre que la elección debe ser compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres[56].

Más allá, la aplicación del viejo adagio *locus regit actum* se justifica por razones de orden práctico. Normalmente, las partes conocen la ley del lugar donde se encuentran, lo cual facilita el cumplimiento de las formalidades exigidas para la celebración de cualquier contrato.

En la misma línea, para garantizar la validez del contrato, la ley peruana dispone que la capacidad de los contratantes, en tanto y en cuanto es un requisito esencial

48 Di Stefano Napolitani, G. : *La maxime 'locus regit actum'. Etude de droit international privé*, Imprimerie L. Brusset Blanc, 1887, p. 14. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

49 Battifol, H. : *Droit international privé*, T II, LGDJ, Paris, 1971, p. 208.

50 Corresponde también a los post-glosadores el mérito de distinguir el procedimiento del fondo. Así sometían las reglas de procedimiento (ordinaria litis) a la ley del foro y las reglas de fondo (decisoria litis) a la regla *locus regit actum*.

51 Aun cuando no fue finalmente consagrado, en el primer proyecto del Código Napoleón se establecía que "la forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés".

52 El Código civil argentino consagra el principio en al art. 2649: "Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado".

53 Formalmente consagrada en el Código Napoleón para los actos de estado civil y los testamentos.

54 Monroy Cabra, M.: *Tratado de Derecho Internacional privado*, Temis, Bogotá, 1999, p. 304 y s., núm. 12 y 18.

55 Goldschmidt, W.: *Derecho Internacional privado*, A. Perrot, Buenos Aires, 2011, núm. 228, p. 385.

56 Art. 2049 CC.

para su validez, se somete también a la *locus regit actum*[57]. Esta solución, instaurada por el derecho francés se funda, naturalmente, en la necesidad de brindar seguridad jurídica y coincide con el Convenio (art. 11) y el Reglamento Roma I (art. 13), que prevén que cuando ambos contratantes se encuentran en un mismo país, una persona física capaz según la ley de ese país no puede invocar una incapacidad que resulta de otra ley.

Por otro lado, si bien la contratación por medios electrónicos ha trastornado y transformado nuestros clásicos esquemas, la fórmula *locus regit actum* brinda siempre seguridad jurídica ya que como lo remarca Battifol, el lugar de celebración es "generalmente uno y determinado, mientras que el lugar de ejecución podría ser múltiple e indeterminado"[58]. Es claro también que al conceder –como escribe García Calderón– "valor a los actos realizados en el extranjero y obligando a aceptar el efecto extraterritorial de las leyes que regulan la forma de los actos"[59], la regla peruana favorece la celebración de contratos internacionales.

Sin embargo, dado que la norma no tiene carácter imperativo, las partes podrían preterir la ley del lugar donde celebran el contrato, para optar por otra que corresponda mejor a sus intereses y expectativas.

B) Ley que regula la relación jurídica objeto del acto.

En el régimen conflictual peruano la forma de los contratos internacionales puede ser sometida a una conexión alternativa a la ley del lugar de su celebración; es decir, a la "ley que regula la relación jurídica objeto del acto" (art. 2094). Basta que las partes -en ejercicio de la amplia libertad que la ley les reconoce- decidan de común y expreso acuerdo, dejar de lado la *lex loci celebrationis* para someter a una sola ley la totalidad del contrato. Es decir, la forma puede sujetarse a la ley de autonomía o a la ley del cumplimiento de las obligaciones. Aun aquí, la designación podría recaer en la ley interna de cualquier país del mundo.

Se admite así, que un contrato internacional celebrado en el Perú pueda sujetarse a la forma prevista por una ley extranjera. Mutatis mutandis, se reputará como válido el contrato concluido en el extranjero en estricto cumplimiento de las exigencias formales previstas en el ordenamiento jurídico de un tercer o cuarto país. Conviene tener presente no obstante que, en cualquiera de las dos hipótesis una eventual acción de nulidad debería quedar desestimada sólo si la forma del contrato se sujeta, "tanto a la *lex loci actus*, como a la *lex causa*e, o sea a la ley

57 Código Civil, art. 2070: "No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de las obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana".

58 Battifol, H.: *Droit international privé*, cit., p. 214.

59 García Calderón, M.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 135.

que gobierna el contenido intrínseco de la relación jurídica que es objeto de dicho acto"[60].

Contrariamente el Código Civil no se pronuncia sobre la ley que rige la forma del contrato en la hipótesis que las partes se encuentren en el momento de su celebración en países diferentes. Hipótesis cada vez más frecuente debido al desarrollo exponencial de la celebración de contratos mediante internet. Al respecto, el Reglamento Roma I prevé que el contrato será válido si satisface las condiciones de forma de la ley que rige el fondo o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento (art. 11.2).

III. EVALUACIÓN DEL REGIMEN CONFLICTUAL

De cara a los desafíos del Siglo XXI, queda a preguntarse, si el régimen conflictual de los contratos internacionales, brinda previsibilidad y seguridad jurídica. En realidad, la legislación nacional, diseñada para regular los intercambios transfronterizos del siglo pasado, presenta imperfecciones, "imprecisiones y omisiones"[61] que no condicen con las exigencias del comercio internacional, actualmente globalizado. Es lo que explica tal vez, la escasez de resoluciones judiciales sobre la materia y posiblemente la fuga al arbitraje de los litigios en la materia

En el sistema de Derecho Internacional Privado peruano, diversos aspectos quedan sin respuesta o sujetos a disposiciones ambiguas cuya interpretación no siempre es la más adecuada. Por ejemplo, si la ley aplicable a la forma de celebración del contrato internacional ha merecido, por lo menos, un artículo de carácter general, éste engloba únicamente a la hipótesis en la cual los contratantes se encuentran en el mismo país. Adolece de respuesta frente al extraordinario desarrollo de la celebración de contratos internacionales utilizando medios electrónicos. Tampoco ha merecido atención del legislador la designación de ley aplicable al consentimiento contractual y los vicios que podrían afectarla. El objeto y la causa del contrato internacional han sido ignorados, lo cual ha colocado en aprietos a los operadores del derecho.

Mas allá, el Código Civil no contiene disposición que precise cuál es el ámbito de la ley reguladora del contrato como si se precisa tanto el Reglamento de Roma I como en la Convención de Méjico. Ninguna referencia existe respecto a la especificidad de los contratos internacionales que involucren consumidores, trabajadores o asegurados. Tampoco se prevé criterio alguno que permita

60 ID., p. 146.

61 Delgado Menéndez, M. A.: *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas*, tesis para optar el grado de Magister, PUCP. 2016, p. 91.

identificar la internacionalidad de un contrato. Si bien la Corte Suprema ha precisado que "se requiere la presencia de un elemento extranjero esencial en la relación jurídica"[62]; en diversos casos, el elemento extranjería es simplemente ignorado.

Así, en una resolución de noviembre 2016, la Corte Suprema -confirmando la resolución de vista- enmienda la plana a los magistrados de primera instancia señalando que "el A-quo no advirtió que habiendo quedado establecida la competencia del Juez Nacional (como efecto de la prórroga tácita de la competencia territorial), era ineludible determinar la ley aplicable para la solución de la controversia (…), tratándose de una relación privada internacional son pertinentes las reglas del Derecho Internacional Privado"[63]. La resolución de la Corte Superior declaró nula la decisión del juez especializado debido a que se había obviado la cláusula de *electio iuris* por la cual las partes sometían el contrato a las leyes sustantivas Estado de Utah de los E.U.A. Se trataba de una demanda interpuesta por la empresa norteamericana Novell INC contra el Seguro Social de Salud – Essalud, solicitando el pago de una suma de dinero por concepto del servicio de mantenimiento de licencias de software Netware derivado de un contrato Master License Agreement[64].

En igual sentido se decidió en un asunto relativo a la resolución unilateral de un contrato de arrendamiento de una aeronave (con matrícula en Estados Unidos) por incumplimiento del pago, solicitada por el arrendador domiciliado en Luxemburgo (Wells Fargo Bank Northwest National Association). En este caso la arrendataria (LC Busre SAC) invocaba la aplicación de la ley peruana (ley del lugar del cumplimiento) que exige que la notificación de resolución sea realizada en forma notarial; sin embargo, el Tribunal Registral[65] deja de lado ese razonamiento advirtiendo que la formalidad para proceder a la resolución del contrato dependía de lo establecido en las leyes del Estado de Nueva York debido a la existencia de una cláusula contractual por la cual las partes se sometían expresamente a las leyes de ese Estado.

Sin embargo, someter un contrato internacional a una ley estatal en particular no siempre es fuente seguridad jurídica. No solamente porque las normas estatales no han sido previstas para regular las transacciones internacionales sino, más

62 Cas. 2447– 2015 Callao. En el presente asunto el marido, con la intención de hacer escapar un bien inmueble de la división de la sociedad de gananciales consecutiva al divorcio, había celebrado en Lima, un contrato simulado de venta de un bien inmueble ubicado en Lima y perteneciente a la sociedad de gananciales como si se tratara de un bien propio. Pretendía así la aplicación de la ley americana invocando la presencia de un elemento de extranjería: el hecho de que su domicilio era en Estado Unidos.

63 Cas. 429 – 2016 Lima, 8 noviembre 2016.

64 El referido contrato estaba sujeto a renovación automática bianual, salvo que las partes comuniquen por escrito su culminación con 60 días de antelación; sin embargo, la demandada no cursó comunicación alguna, por lo que el contrato fue prorrogado durante un año

65 Resolución 1244– 2017-SUNARP-TR-L, 8 junio 2017.

frecuentemente, por la escasa preparación de los jueces nacionales y la dificultad que representa acceder al conocimiento e interpretación de la ley extranjera. Es lo que explica posiblemente que en algunos supuestos los magistrados pasen por alto el elemento extranjería, eludiendo así la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto.

Así sucedió en un proceso sobre obligación de dar suma de dinero, relativo a un contrato de distribución internacional celebrado en Estados Unidos entre la empresa Mettler Toledo Inc. y la empresa Faminco S. A. Aquí, los magistrados obvian el *pacto de electio iuris* por el cual las partes se habían sometido expresamente a las leyes del Estado de Ohio, Estados Unidos[66], invocando como excusa su propio desconocimiento de la ley extranjera designada. En efecto, precisan que el principio *iura novit curia* "presupone que el juez conoce el Derecho nacional, pero no tiene la obligación de conocer el Derecho extranjero". Agregan además que las partes no habían cumplido con su deber de "realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido". Todo a pesar de que el propio Código Civil ordena la aplicación de oficio de la ley extranjera designada por las normas de Derecho Internacional Privado peruanas (art. 2051). Observamos entonces que la existencia de una cláusula de *lege utenda* no garantiza, en la práctica, su aplicación efectiva.

Por otro lado, si bien el principio de autonomía conflictual, considerado actualmente como un "principio universal"[67], rige desde 1984, ha desembocado, en ocasiones, en la nulidad de la cláusula. En efecto, frente a las dificultades para llegar a un acuerdo, los contratantes se inclinan por una "ley neutra". Es decir, por la ley interna de un tercer país, completamente desconocida para ellos y cuya prueba de su contenido y aun existencia no puede ser aportada. Situación que contradice la certeza, seguridad jurídica y previsibilidad que debería aportar el principio de autonomía conflictual.

Es lo que aconteció en un asunto en el cual la empresa peruana Exmek Pharmaceuticals Sociedad Anónima Cerrada interpuso demanda por incumplimiento de contrato contra Alkem Laboratories Limited con sede en India, exigiendo, además, como pretensión accesoria, el pago de una indemnización de daños y perjuicios[68]. La particularidad aquí es que el contrato de suministro de productos farmacéuticos celebrado entre las partes, contenía una cláusula expresa por la cual los contratantes acordaban que cualquier diferendo debía resolverse

66 Cas. 2945– 2001 Lima, 11 enero 2002, "El Peruano", 2 diciembre 2002.
No habiendo cumplido con ese requisito declararon improcedente el recurso de casación interpuesto por la empresa Faminco S. A. y, su coadyuvante Suminco S. A. en los seguidos por Mettler Toledo Inc. Sobre obligación de dar suma de dinero

67 Kohler, C.: *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, Académie de Droit International de La Haye. Maubeuge, Adi-Poche, 2013, p. 105.

68 Cas. 4800-2012 Lima, "El Peruano", 31 marzo 2014.

bajo la "ley de Reino Unido". Ley que no tenía punto de contacto alguno con la relación jurídica. Los magistrados remarcan que las partes no habían precisado "a cuál de los tres sistemas legales se acogen (el derecho de Inglaterra, el derecho de Irlanda del Norte o la Ley Escocesa)". Añaden además que la designación de la ley de Reino Unido resultaba "ambigua, pues dicha comunidad se encuentra sometida a las normas de los países que la conforman, como también a leyes de la Unión Europea". No habiendo ofrecido medio probatorio alguno para acreditar la existencia de la ley del Reino Unido, la sentencia concluye que la aplicación de esa ley al contrato sub litis deviene "jurídica y físicamente imposible". En consecuencia, someten el asunto al derecho interno peruano, conforme lo dispone el art. 2095 del Código Civil, "por tratarse de una demanda sobre obligaciones contractuales cuyo cumplimiento debía ser verificado en el Perú".

Comprobamos entonces que las normas de conflicto que designan una ley estatal determinada, y aun el principio de autonomía conflictual, que preside todo sistema que se considere adaptado al globalizado siglo XXI, puede colocar la relación contractual y el litigio que se derive en una situación de incertidumbre. Cae entonces por su propio peso la constatación de que esta forma de abordar el problema podría crear en realidad un obstáculo para la contratación internacional. Es posible que la solución esté en el derecho creado por aquellos que no son legisladores.

IV. POSIBILIDAD DE RECURRIR A NORMAS DE *SOFT LAW.*

El estado actual del régimen conflictual de los contratos internacionales, en el ámbito mundial, es controvertido. Los esfuerzos en vista de la unificación no han dado lugar a resultados positivos. Particularmente en Latinoamérica la situación es desalentadora. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales[69], obra de reconocida calidad, sólo fue ratificada por México y Venezuela[70]. La falta de interés de los Estados latinoamericanos en ratificarla se debe posiblemente al interés de privilegiar la solución de litigios en la materia en el ámbito arbitral o porque los factores de conexión allí consagrados no llegan finalmente a motivar el consenso. Con todo debemos admitir como mínimo que esta vía de construcción de un derecho unificado no parece exitosa.

Creemos que corresponde voltear la mirada hacia la armonización sustantiva de las normas aplicables a los contratos comerciales internacionales. Y aquí se yergue la autoridad de los Principios de Unidroit, instrumento normativo elaborado por

69 Adoptada en México en 1994. V Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). OEA La *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales* y el Avance de sus Principios en las Américas.

70 Fue firmada por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela.

expertos reconocidos tomando en consideración la diversidad de los sistemas jurídicos y que representan una verdadera codificación de la *lex mercatoria*. Su pertinencia radica en que se trata de normas específicamente creadas y adaptadas a las necesidades del comercio internacional y que deberían servir como una ley modelo para los Estados.

Aun cuando dentro del espacio europeo, se excluye la aplicación de normas de *Soft Law*[71] al punto que un contrato que se refiera exclusivamente a los Principios de Unidroit es considerado no contener cláusula alguna de *electio iuris*[72] y la generalidad de autores concuerda en esa posición[73]; en América Latina el panorama es diferente. En efecto, a ellos alude claramente la Convención de Méjico cuando en su art 9 precisa que el Tribunal tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales[74].

En ese contexto nos interrogamos sí, en el estado de la legislación peruana, podrían tener aplicación normas de derecho de *Soft Law* como los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales.

Creemos que la respuesta es positiva si las partes acuerdan incluirlos en tanto cláusulas del contrato que celebran[75] y aquí la fuerza obligatoria de los Principios se deriva naturalmente del acuerdo de los contratantes. En efecto, el principio de autonomía de la voluntad es extensamente reconocido en el Derecho Internacional Privado peruano. La interrogante que se desprende es si las partes disponen de la facultad de establecer en cláusula expresa que se someten, no al sistema legal de un Estado sino, por ejemplo, a los principios de Unidroit.

La respuesta es de plano positiva si la controversia es llevada al ámbito arbitral. Para la Ley de arbitraje peruana[76], el fondo de la controversia puede ser resuelto de conformidad a una "norma jurídica" (art. 57) y tal designación puede derivarse del acuerdo de las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral puede recurrir a las "normas jurídicas" que considere más apropiadas. Obviamente, la expresión

71 Luego de señalar como "inconcebible" la aplicación de los Principios de Unidroit, los profesores Mayer y Heuzé señalan que el único dominio razonable en el cual es posible aplicarlas es en los contratos que vinculan Estados a empresas extranjeras. Mayer, P. et Haeuzé, V.: *Droit international privé*, cit., núm. 741 y 742, pp. 525 y 526.

72 Clavel, S. : *Droit international privé*, cit., núm. 967, p. 588.

73 *Vid.* Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Los contratos internacionales y el mito de la *nueva lex mercatoria*", *Estudios sobre contratación internacional*, Constitución y Leyes, Colex, 2006, pp. 55-80.

74 La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas (Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados). OEA/SGDDI/doc. 3/1615, marzo 2016.

75 Pablo-Romero Gil-Delgado, M. C.: "Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* marzo, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.

76 Decreto Legislativo 1071, 1 setiembre 2008, elaborada según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

"normas jurídicas" se refiere, tanto a normas que tienen carácter legal como a las que no emanan de un órgano legislativo nacional. Así, el tribunal arbitral podría, aun cuando las partes no lo hayan acordado, recurrir a normas de *Soft Law* como los Principios de Unidroit o a la Nueva *Lex Mercatoria*[77], si estos últimos son considerados como más "apropiados" con base a la relación contractual.

De donde se podría deducir que la misma solución debería presidir las controversias derivadas de un contrato internacional ante la jurisdicción judicial. *Ubi eadem ratio, idem jus*. La identidad del supuesto exige igual tratamiento jurídico. Al igual que en el ámbito arbitral, en sede judicial los magistrados deberían estar habilitados para invocar normas de Soft Law en la solución de controversias en la materia; nuevamente si se estima que son más "apropiadas" y, naturalmente, si no contradicen el orden público internacional peruano.

Mas allá, creemos que, en el estado de la legislación peruana, los Principios de Unidroit, calificados como principios generales del derecho comercial internacional podrían también ser invocados en la eventualidad de que la ley estatal designada por la norma de conflicto no pueda aplicarse o presente deficiencias o vacíos. En efecto, el art. 139 de la Constitución prevé que el juez no puede dejar de administrar justicia y ordena en esa eventualidad aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Lo cual naturalmente, no alude a los principios generales del derecho relativos al orden interno; sino reenvía directamente a los principios generales del derecho comercial internacional; abriéndose así una puerta a la aplicación de los principios aceptados por organismos internacionales como es el caso de Unidroit.

Otra vía que habilita el recurso a los Principios de Unidroit es la interpretación e integración de contratos internacionales. A pesar de que la jurisprudencia judicial peruana no se ha pronunciado sobre esa eventualidad, tal como si lo ha hecho no solo la jurisprudencia francesa[78] sino en Latinoamérica la jurisprudencia brasileña[79], colombiana[80] y paraguaya[81]; es importante mencionar que el Tribunal

77 Entendido como un "método" que habilita al árbitro o juez a extraer las "normas más adecuadas" para solventar el litigio, "sistema legal" alternativo a la Ley de los Estados y conformado por los principios generales del derecho, los usos y prácticas uniformes del comercio internacional y la jurisprudencia arbitral. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Lex Mercatoria and Private International Arbitration", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 66-85.

78 Fauvarque-Cosson, B. : "Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, núm. 2, Avril-juin 1998, pp. 463-489.

79 https://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2017/03/Apela%C3%A7%C3%A3o-C%C3%ADvel-n.%C2%BA-70072362940-3-1.pdf .

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 febrero 2012. *Vid.* Oviedo Albán, J.: "La ley aplicable a los contratos internacionales", *Rev. Colomb. Derecho*, July/Dec. 2012.

81 La jurisprudencia paraguaya alude, en repetidas resoluciones, a los Principios de Unidroit en tanto "instrumento que, entre otras funciones, permite interpretar y complementar el derecho nacional". Resolución de 5 junio 2013. http://www.unilex.info/case.cfm?id=1692 , Resolución del 24 octubre 2014. http://www.unilex.info/case.cfm?id=1866

Constitucional peruano ha apelado al rol de instrumentos de *Soft Law* en tanto "guía con efectos jurídicos en la interpretación" a pesar de estar desprovistos de carácter vinculante. Así, resolvió para afirmar la necesaria protección de los derechos humanos de los pueblos originarios del Perú, derecho a la identidad cultural[82] y derecho a la identidad étnica[83]. Igualmente, para reconocer el derecho a la identidad de género de personas *trans*[84].

Creemos que ha llegado la hora de dejar atrás el enfoque conflictual del siglo XIX que sometiendo los contratos internacionales a la ley de un país en particular termina por tratarlos como si fueran contratos puramente internos. Esperamos que, en un futuro no muy lejano, así como se adoptó en materia de arbitraje la ley-modelo de Uncitral, se incorpore también los Principios de Unidroit en vista de la modernización del régimen legal de los contratos internacionales de cara al Siglo XXI.

82 En una resolución del 27 de setiembre de 2005, el TC invoca normas de *soft law*, para evidenciar la naturaleza de "patrimonio cultural inmaterial de carácter biológico", del "uso tradicional de la planta de la hoja de coca (chaccheo, mágico religioso, ceremonial y medicinal)", el cual -subraya el TC- forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. STC 00020-2005-AI, STC 00021-2005-AI. *f.* 105 a 111.

83 En resolución del 9 de junio de 2010, el TC señala que a pesar de no tener carácter vinculante las normas de *soft law* constituyen "códigos de conducta" y "guías" a seguir. STC 0022-2009-PI/TC. *f.* 8

84 El 18 de mayo de 2014 el Tribunal invoca el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género". STC 00139-2013-PA/TC.

BIBLIOGRAFÍA

Albornoz, M.M.: "El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del Mercosur", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, XLII (125), pp. 631-666.

Audit, B.: *Droit international privé*, Economica, 3ª ed., Paris, 2000.

Battifol, H. : *Droit international privé*, T II, LGDJ, Paris, 1971.

Bonell, M. J.: "The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles", *Uniform Law Review*, vol. 23, Issue 1, March 2018, pp. 15-41.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Lex Mercatoria and Private International Arbitration", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 66-85.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Los contratos internacionales y el mito de la *nueva lex mercatoria*", *Estudios sobre contratación internacional*, Constitución y Leyes, COLEX, 2006, pp. 55-80.

Clavel, S. : *Droit international privé*, 4ª ed., Dalloz, Paris, 2016.

Delgado Menéndez, M. A.: *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas*, tesis para optar el grado de Magister, PUCP, 2016, p. 91.

Di Stefano Napolitani, G.: *La maxime 'locus regit actum'. Etude de droit international privé*, Imprimerie L. Brusset Blanc, 1887, p. 14. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

Espugles Mota, C., Iglesias Buhigues, J. L. y Palao Moreno, G.: *Derecho Internacional Privado*, 11ª ed., Valencia, 2017.

Estigarribia Gutiérrez, H.: "Aporte desde el derecho internacional privado a la legislación paraguaya: La Ley núm. 5393/15 *Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*", *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis*, vol. 5, Asunción, Marzo, 2017.

Fauvarque-Cosson, B.: "Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, núm. 2, Avril-juin 1998.

Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 10ª edición, 2018.

García Calderón, G.: "Comentario al art. 2095 CC", en *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Tomo X, Lima, 2005.

García Calderón, M.: *Derecho Internacional Privado*, UNMSM, Lima, 1969.

Giuliano, M. et Lagarde P.: *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *JOCE* 31 Oct. 1980, núm. C282.

Goldschmidt, W.: *Derecho Internacional privado*, A. Perrot, Buenos Aires, 2011.

Hague Conference on Private International Law: *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, 2016.

Kohler, C.: *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*. Académie de Droit International de La Haye. Maubeuge: Adi-Poche, 2013, p. 105.

Mayer, P. et Haeuzé, V.: *Droit international privé,* 11ª ed, LGDJ, Paris, 2014.

Monroy Cabra, M.: *Tratado de Derecho Internacional privado*, Temis, Bogotá, 1999.

OEA (2016): *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas*, OEA/SG, DDI/doc. 3/16.

Oviedo Albán, J.: "La ley aplicable a los contratos internacionales", *Rev. Colomb. Derecho Internacional*, July/Dec. 2012.

Pablo-Romero Gil-Delgado, M. C.: "Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. cláusulas modelo para los contratantes", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* marzo 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.

Revoredo de Mur, D.: "La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica", *Themis*, núm. 30, Lima, 1994.

Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: "El Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General del 2016", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional,* núm. 23, 2018, pp. 423-453.

Villarroel Barrientos, C. y Villarroel Barrientos, G.: "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales", *Revista chilena de derecho,* 1990, vol. 17, pp. 351-365.

EL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN: PECULIARIDADES EXTINTIVAS

THE EMPLOYMENT CONTRACT OF SENIOR MANAGEMENT: EXTINCTIVE PECULIARITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 970-993

Francisco
RAMOS
MORAGUES

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2019

RESUMEN: El presente trabajo analiza las principales peculiaridades extintivas del personal laboral de alta dirección, identificando los problemas interpretativos que se suscitan, así como las soluciones ofrecidas por los tribunales de justicia.

PALABRAS CLAVE: Extinción del contrato de trabajo; relación laboral especial; singularidades; alta dirección.

ABSTRACT: *This study analyzes the main extinction peculiarities of senior management personnel, identifying the main interpretive problems that arise, as well as the solutions offered by the Courts of Justice.*

KEY WORDS: *Termination of the employment contract; special employment relationship; singularities; senior management.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CUESTIONES PREVIAS: SISTEMA DE FUENTES, ÁMBITO SUBJETIVO Y COMPATIBILIDAD CON OTRAS FIGURAS.- 1. Sistema de fuentes aplicable al personal de alta dirección.- 2. Delimitación del ámbito subjetivo del personal de alta dirección.- 3. Compatibilidad (o incompatibilidad) de la condición de alto directivo con otras figuras.- A) Alta dirección y consejero o miembro de consejo de administración.- B) Alta dirección y condición de socio.- C) Alta dirección y relación laboral común.- III. PECULIARIDADES EXTINTIVAS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.- 1. Extinción del contrato por voluntad del directivo.- A) Dimisión.- B) Extinción del contrato de alta dirección fundada en justa causa.- 2. Extinción del contrato del alto directivo por desistimiento empresarial.- 3. Despido disciplinario.

I. INTRODUCCIÓN.

Como es bien sabido, el legislador español regula una serie de relaciones laborales que, atendiendo a las múltiples singularidades que presentan, quedan sujetas a un régimen jurídico especial que difiere, en mayor o menor medida, del previsto para los trabajadores comunes en el Estatuto de los Trabajadores. En esta categoría se incluyen un conjunto de lo más variopinto, entre las que se incluyen, a título meramente ejemplificativo, la relación al servicio del hogar familiar, los deportistas profesionales, los artistas en espectáculos públicos, los abogados, los penados en instituciones penitenciaras o, por cuanto aquí interesa, el personal de alta dirección.

Desde una perspectiva general, es difícil, como bien ha destacado la doctrina científica[1] -si se prescinde, por supuesto, del aspecto meramente formal- identificar un fundamento que sea común a este elenco de supuestos y que justifique su naturaleza especial. Ahora bien, si descendemos a un plano de mayor concreción y nos centramos en el personal laboral de alta dirección, no es dudoso que el principal rasgo que justifica la especial configuración legal de este contrato laboral estriba en el carácter intuitu personae que impregna este tipo de relación. En efecto, como ha reiterado desde tiempo atrás jurisprudencia y doctrina judicial, la razón última de que exista un contrato especial de alta dirección la encontramos en la necesaria relación de confianza mutua que debe existir entre el empresario y el directivo y que deriva de la especial posición que éste ocupa en la estructura organizativa en punto a sus facultades, poderes y responsabilidades[2].

1 Goerlich Peset, J.M.: "Art. 2. Relaciones Laborales de Carácter Especial", en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 53.

2 Por todas, STS 27 septiembre 2011 (RJ 2012, 1094). Incidiendo en esta idea, pero en sede de suplicación puede consultarse, por todas: STSJ Andalucía 24 octubre 2013 (AS 2014, 419).

• Francisco Ramos Moragues
Profesor Contratado Doctor, Universitat de València. Correo electrónico: Francissco.Ramos@uv.es

En todo caso, si bien la existencia de esa confianza recíproca es el rasgo definitorio de esta relación laboral, ello no implica, de manera automática, que siempre que aquella exista nos hallemos ante personal de esta naturaleza. Sera necesario, como seguidamente podremos comprobar, la concurrencia del resto de requisitos que exige la normativa encargada de su regulación[3]. De manera especialmente gráfica, el propio Tribunal Supremo manifestaba que "el hecho de que existiese una relación de confianza no es suficiente para apreciar la existencia de un trabajo de alta dirección, porque ni la confianza es elemento privativo de esa relación, ni la existencia de la misma podría justificar la falta de los requisitos legales'"[4].

Sea como fuere, lo importante es que ese carácter intuitu personae al que se aludía párrafos atrás se deja ver en no pocos aspectos del régimen jurídico de este personal y, de manera muy acusada, en materia extintiva. Hasta tal punto esto es así que podemos afirmar sin temor a equivocarnos que las principales singularidades que se contemplan con respecto a esta relación laboral vienen referidas a la extinción del contrato de trabajo; siendo estas, además, las que mayores controversias jurídicas suscitan.

En el marco de estas breves consideraciones introductorias, el presente trabajo tiene por objeto central el estudio de este tipo de peculiaridades extintivas, identificando los principales problemas aplicativos que se suscitan, así como las soluciones ofrecidas a los mismos por los tribunales del Orden Social. De manera más concreta, me centraré, de una parte, en lo que podríamos denominar como causas extintivas propias del personal de alta dirección, a saber, la "extinción del contrato por voluntad del alto directivo" y la "extinción del contrato por voluntad del empresario". A continuación, aludiré al despido disciplinario, pues si bien este tipo de extinción se encuentra recogida por la norma laboral estatutaria para los trabajadores comunes, su régimen jurídico difiere sustancialmente cuando se pretenden hacer valer en el marco de un contrato de alta dirección. Aunque el núcleo central del trabajo está conformado por las peculiaridades extintivas aludidas, he creído conveniente incorporar el tratamiento de otras cuestiones, que he calificado como de "cuestiones previas" y que, obvio es decirlo, serán abordadas inicialmente por dos motivos: primero, porque considero que permiten una mejor comprensión del verdadero alcance de las singularidades extintivas del contrato de alta dirección; así como la razón de ser de muchas de las soluciones que se han ido dando por los Tribunales de Justicia a las controversias planteadas. Segundo, por una cuestión pragmática. Se trata de aspectos que tienen un carácter transversal. Es decir, no sólo afectan al régimen extintivo sino a toda

3 STS 17 junio 1993 (RJ 1993, 4762).

4 STS 16 marzo 2015 (RJ 2015, 1013).

la configuración de esta relación especial. Por ello, su análisis previo evita que se tengan que realizar constantes alusiones en las diversas partes del trabajo.

II. CUESTIONES PREVIAS: SISTEMA DE FUENTES, ÁMBITO SUBJETIVO Y COMPATIBILIDAD CON OTRAS FIGURAS.

Como se ha indicado en la parte introductoria del trabajo, antes de entrar en el estudio de las causas de extinción del contrato de alta dirección, nos detendremos en tres cuestiones previas que serán abordadas en el siguiente orden: fuentes encargadas de disciplinar la relación especial y su orden de prelación; ámbito subjetivo de aplicación de la norma que disciplina este contrato; y, por último, la compatibilidad o incompatibilidad que existe entre el personal de alta dirección y otro tipo de figuras.

1. Sistema de fuentes aplicable al personal de alta dirección.

La relación laboral que se celebra entre la empresa y el alto directivo se regula en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (en adelante, RD 1382/1985). Es esta norma, concretamente, su art. 3, la que delimita el cuadro de fuentes aplicable a esta relación laboral, cuyo rasgo más sobresaliente es que configura un sistema propio o autónomo[5], que se aparta considerablemente del que rige para la relación laboral común, para acercarse, si atendemos al peso específico que se concede a la autonomía individual en la determinación de las condiciones de trabajo, al ordenamiento civil[6]. En otras palabras, el contrato de alta dirección se ubica "a mitad de camino entre el Derecho del trabajo y el Derecho civil"[7]. Pero vayamos por partes.

De entrada, el citado art. 3 del RD 1382/1985 dispone, literalmente, que: "Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación". Por tanto, se configura como fuente de primer orden de esta relación especial la voluntad de las partes manifestada en el contrato; siendo esta una diferencia sustancial con el sistema diseñado en el ámbito laboral ordinario. En efecto, en el derecho laboral común, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, donde el contrato, en su formulación clásica, se configura como la fuente jurídica por excelencia[8]; el papel de la autonomía individual en la fijación de las condiciones de trabajo presenta un

5 Del Val Tena, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 159.

6 Hurtado Cobles, J.: *Régimen extintivo del contrato de alta dirección. Un estudio práctico de la jurisprudencia y doctrina actual,* CEF, Madrid, 2014, p. 11.

7 Molero Manglano, C.: *El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 1995, p. 23.

8 Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, p. 51.

carácter claramente residual. Ello es debido a que la norma estatal y la autonomía colectiva se han encargado de regular heterónomamente el contenido del contrato de trabajo[9]; de hecho, puede afirmarse que nos encontramos ante un "contrato normado"[10]. Prueba de lo dicho es que el art. 3.1 letra c) del Estatuto de los Trabajadores, aunque reconoce que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la autonomía individual manifestada en el contrato de trabajo, sujeta su aplicación a una doble condición: que su objeto sea lícito; y que no se establezcan condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos. Es decir, la autonomía individual queda subordinada a la norma legal y convencional. Lo cual, por otro lado, es razonable habida cuenta del carácter subordinado del trabajo por cuenta ajena.

La difuminación de este rasgo -dependencia- unido a una mayor proximidad en intereses, respecto al empleador, llevan a que en el régimen jurídico del personal de alta dirección la preeminencia la tienen las partes, quienes a través de pactos o acuerdos darán contenido a su relación[11]; disponiendo, además, de amplios márgenes de actuación para pactar libremente en múltiples aspectos, como por ejemplo, la indemnización por extinción del contrato. Obviamente, no se trata de una facultad omnímoda pues deberá sujetarse "[…] a las normas de este Real Decreto […]"; pero lo cierto es que las previsiones reglamentarias que limitan la autonomía individual son más bien escasas, en coherencia con la menor tutela requerida por este tipo de trabajadores especiales.

La aproximación al ordenamiento civil no se agota con esta previsión. Y es que, el apartado 2 del art. 3 del RD 1382/1985 señala que "Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato". Por tanto, a diferencia de lo que acontece con otras relaciones laborales especiales, en ésta, el Derecho del trabajo no opera con carácter supletorio, sino que requerirá de una remisión expresa. No son muchos los supuestos en que esto ocurre, pudiendo destacarse, entre ellos, la suspensión contractual -efectos y causas- y la materia relativa a prescripción y caducidad de la acción por despido, que se remite a los arts. 45 y 59 del ET, respectivamente.

En cambio, sí declara de manera tajante que, a falta de regulación en la norma, o en el contrato de trabajo, jugará como derecho supletorio lo dispuesto en la

9 Blasco Pellicer, A.: "La Autonomía individual en el sistema de fuentes de las relación jurídico-laboral", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004, p. 44. En esta misma línea, Lujan Alcaraz, J.: "Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, p. 61.

10 Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre", cit., p. 51.

11 López Sánchez, Mª. C.: "Fuentes reguladoras de la relación laboral especial de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)* (dir. J.L. Monereo Pérez y A.L. Del Val Tena), Comares, Granada, 2010, p. 153.

legislación civil o mercantil y se atenderá a sus principios generales. En palabras de uno de los autores que más se ha ocupado del estudio de esta materia, la voluntad del legislador ha sido que ni "[…] las normas laborales ordinarias, ni sus principios y criterios sean aplicables como fuentes supletorias, siquiera de segundo grado"[12].

A lo ya dicho, convendría recordar que el papel que tiene la fuente más genuina del Derecho laboral, a saber, el convenio colectivo, es prácticamente irrelevante en este caso. Tanto es así que si se analiza el ámbito aplicativo de los convenios suele excluirse de su ámbito de aplicación subjetivo, como norma general, al personal de alta dirección. Nada extraño pues en no pocas ocasiones es éste quien asume la negociación del lado empresarial frente a los representantes de los trabajadores.

En suma, lo expuesto hasta ahora no hace sino corroborar la premisa de la que partíamos al inicio: se trata de un sistema de fuentes propio y más próximo al Derecho civil que al laboral.

2. Delimitación del ámbito subjetivo del personal de alta dirección.

La segunda cuestión previa que merece nuestra atención tiene que ver con la calificación de la relación laboral como de "alta dirección". Más claro, se trata de cuestionarnos sobre cuándo estamos ante un contrato de alta dirección sujeto a un régimen especial o cuándo se trata de un trabajador común -pese a que asuma funciones de dirección- sujeto al Estatuto de los Trabajadores. No se trata ni mucho menos de una cuestión baladí. Lo cierto es que un gran número de sentencias que analizan un conflicto concreto sobre el régimen jurídico del personal de alta dirección (y da igual si este tiene que ver con su régimen extintivo, con su indemnización, con la retribución a percibir, etc.) se plantean de inicio cuál es la verdadera naturaleza de la relación: común o especial. Evidentemente, la respuesta será trascendental pues ello determinará la norma aplicable.

Planteado en estos términos el debate, el concepto de "personal de alta dirección" nos lo ofrece el art. 1.2 RD 1382/1985, según el cual, tienen tal consideración: "aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad".

12 Del Val Tena, A.L.: *Los trabajadores*, cit., p. 153.

La interpretación de este concepto ha dado lugar a la elaboración de una consolidada doctrina por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo[13], en virtud de la cual, para que pueda concluirse que estamos ante un contrato de alta dirección es preciso que se den en el trabajador las siguientes circunstancias:

En primer lugar, han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa. Ello implica, fundamentalmente, que se trate de "decisiones fundamentales o estratégicas"; independientemente de que exista un acto formal de apoderamiento. Descendiendo a un plano de mayor concreción, la adopción de ese tipo de decisiones supone la atribución de capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de tal empresa, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros.

En segundo lugar, los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad. En este sentido, sus facultades han de afectar a áreas funcionales significativas para la vida de la empresa, y, por ende, han de venir referidas: bien a la íntegra actividad de la misma; o bien a aspectos trascendentales de sus objetivos. Quiere ello decir, a sensu contrario, que no estaremos ante una relación especial de alta dirección cuando los poderes o facultades atribuidos al trabajador se limiten al área funcional y territorial encomendada.

En tercer y último lugar, el alto directivo ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad. Ha de disponer de un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices que marquen los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad. Por consiguiente, es erróneo pensar que toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo. Deben excluirse a aquellos trabajadores que reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora. En pocas palabras, los mandos intermedios no son personal de alta dirección sino trabajadores comunes.

Es indiscutible el valor que tienen los criterios que maneja la jurisprudencia a la hora de enjuiciar si una relación es o no de alta dirección. Nos ofrecen una visión clara de cuál es la voluntad del legislador; sin embargo, al final, ello no evita que sea necesario acudir al caso concreto y examinar con detalle las facultades, poderes y funciones encomendadas al trabajador en cuestión; pues sólo tras dicho análisis específico se podrá concluir si es o no un contrato de alta dirección[14]. Ahora bien, en ese análisis casuístico hay que tener en cuenta dos premisas básicas: la primera de ellas es que el nomen iuris es irrelevante. La máxima de que "las

13 Son exponente de esta doctrina, por citar algunas de las más recientes, SSTS 16 marzo 2015 (RJ 2015, 1013) y 12 septiembre 2014 (RJ 2014, 5746).

14 STS 16 enero 2008 (RJ 2008, 2534).

cosas son lo que son y no lo las partes dicen que son" se aplica también en este caso. La autonomía individual no prevalece en este punto. La segunda premisa es que la calificación de una relación laboral como especial de alta dirección, debe efectuarse siguiendo un criterio restrictivo, pues en la medida en que conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva. En suma, existe una presunción iuris tantum de que la relación laboral es de carácter común u ordinario[15].

Sentado lo anterior, y por citar tan sólo algunos ejemplos relativamente recientes acaecidos en sede de suplicación, se ha considerado que estábamos ante un contrato de alta dirección en los siguientes supuestos: director general adjunto de entidad crediticia[16]; director económico-financiero y de control de una empresa pública[17]; directora del área legal de una empresa pública[18]; gerente y administrador de una empresa[19]; director de antena RTVV y director de programas y emisiones[20]. En sentido contrario, no se ha considerado como contrato de alta dirección sino trabajador común: jefe de la división comercial en el aeropuerto de Gran Canaria[21]; gerente de una empresa pública[22]; directora de recursos humanos del Hospital Universitario Fundación de Alcorcón[23]; director del departamento

15 STS 4 junio 1999 (RJ 1999, 5067).

16 STSJ Cataluña 17 julio 2018 (AS 2019, 186).

17 STSJ Asturias 14 mayo 2019 (AS 2019, 1597). El trabajador estaba bajo la dependencia directa de la Presidencia ejecutiva de la empresa y de su Consejo de Administración, se ocupaba de la gestión de las áreas financiera y administración, siendo, además, responsable de la gestión del área estratégica y de gestión patrimonial

18 STSJ Madrid 29 marzo 2019 (AS 2019, 1480). La trabajadora organizaba, dirigía e inspeccionaba la actividad de la sociedad, administraba en los más amplios términos los bienes de la sociedad, realizando todo tipo de actos, contratos y convenios relativos a adquisiciones y suministros, pudiendo arrendar o establecer cualquier tipo de uso en relación con los inmuebles que tenía encomendada la sociedad. Por otra parte, únicamente se encontraba bajo la dependencia e instrucciones del Consejero Delegado

19 STSJ Castilla y León 20 diciembre 2018 (AS 2019, 426). El trabajador desarrollaba importantes funciones, entre las que se incluyen: llevar la dirección de los negocios, contratar y despedir personal, comprar y vender todo tipo de mercancía, bienes y derechos (incluidos bienes inmuebles), realizar cualquier operación bancaria, representar a la empresa en juicio y fuera de él. etc.

20 STSJ Comunidad Valenciana 16 abril 2019 (AS 2019, 2248).

21 STSJ Islas Canarias 12 febrero 2019 (AS 2019, 1786). El ámbito de actuación del trabajador se limitaba al aeropuerto de Gran Canaria, a pesar de que la empresa tenía una implantación nacional. Entendió el Tribunal que su responsabilidad, que se centraba en la actividad comercial del Aeropuerto, carecía de la relevancia necesaria para considerarla un objetivo general de la empresa, o un área funcional de vital importancia. A mayor abundamiento, no tenía poder notarial de la empresa, ni firma autorizada en las cuentas bancarias. Por lo demás, sus funciones resultaban instrumentales de quien sí ostentaba la alta dirección y ninguna de ellas suponía la toma de decisiones esenciales para la actividad comercial en el aeropuerto.

22 STSJ Andalucía 29 junio 2018 (AS 2018, 2195). El trabajador no había ejercitado los poderes conferidos con plena autonomía y responsabilidad, teniendo limitaciones cuantitativas para la realización de operaciones bancarias. Por su parte, los poderes en relación con la contratación de personal se circunscribían al personal eventual y no al indefinido.

23 STSJ Madrid 23 mayo 2018 (AS 2019, 878). La trabajadora no pertenecía al círculo en la que se adoptaban las decisiones del Hospital, sino que su actuación era estrictamente técnica, emitiendo o informando jurídicamente sobre las órdenes recibidas. Carecía de autonomía y plena responsabilidad como lo demostraba el hecho de recibir órdenes y estar subordinada al Director Gerente; así como recibir instrucciones tanto de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio

jurídico de una empresa[24]; directora de la revista Semana y Directora Editorial de Semana, S.L.[25].

3. Compatibilidad (o incompatibilidad) de la condición de alto directivo con otras figuras.

La última de las cuestiones previas señaladas al inicio, se refiere a la compatibilidad o incompatibilidad de la condición de alto cargo con otras figuras. Básicamente, me refiero a tres supuestos: alta dirección y consejero; alta dirección y socio; alta dirección y trabajador común. Veamos, siquiera sea sucintamente, cada uno de ellos.

A) Alta dirección y consejero o miembro de consejo de administración.

En primer lugar, el contrato de alta dirección es incompatible con la condición de consejero o miembro de los órganos de administración en empresas que revisten la forma jurídica de sociedad. Varias consideraciones en punto a esta cuestión: de entrada, significar que se trata de una incompatibilidad que recoge expresamente la propia norma *ex* art. 1.3 RD 1382/1985. Por otro lado, según ha señalado la jurisprudencia, en estos casos, si se desempeñan simultáneamente actividades propias del Consejo de Administración y de alta dirección o gerencia, lo determinante a efectos de calificar la relación como mercantil no son las funciones sino la naturaleza del vínculo[26]. En consecuencia, si tiene lugar una integración orgánica en la administración social, y las facultades se ejercen directamente o mediante delegación interna, la relación es mercantil. Por último, lo que sí admite la jurisprudencia es la simultaneidad entre cargos de administración de la sociedad y trabajador común, con la condición de que la prestación de servicios se efectúa en régimen de dependencia[27].

B) Alta dirección y condición de socio.

En segundo lugar, donde si existe compatibilidad es entre el contrato de alta dirección y la condición de socio; con la condición, obvio es decirlo, de que no se tenga una participación mayoritaria que determine el control efectivo de la sociedad.

Madrileño de Salud como de la Subdirección General de Ordenación, Planificación y Régimen Económico del Servicio Madrileño de Salud.

24 STSJ Cataluña 8 julio 2019 (JUR 2019, 261363). No constaba que el trabajador pudiera disponer económicamente o comprometer a la empresa en negocios jurídicos relativos a objetivos generales de la compañía, o que excediera del ámbito y de las funciones propias del departamento de jurídico.

25 STSJ 15 noviembre 2018 (AS 2019, 1019). Se trataba de un mando intermedio.

26 Entre otras, SSTS 27 enero 1992 (RJ 1992, 76); 26 diciembre 2007 (RJ 2008, 1777); y, más reciente en el tiempo, 28 septiembre 2017 (RJ 201, 4523).

27 STS 12 marzo 2014 (RJ 2014, 1905).

C) Alta dirección y relación laboral común.

Por último, el trabajo de alta dirección es incompatible con una relación laboral común. Así se desprende del art. 9 del RD, rubricado "promoción interna", y en el que se indica que en estos casos la nueva relación especial de alta dirección sustituirá a la común (es decir, la extingue) o la suspende. Son diversas las consideraciones que cabe efectuar sobre esta materia.

Para empezar, repárese en que según se deriva de lo dispuesto en el precepto reglamentario, la opción por una u otra alternativa (extinción o suspensión) debe figurar por escrito en el contrato de alta dirección. En ausencia de previsión al respecto: procede la suspensión.

Dicho esto, si se opta por sustituir la relación laboral común por la especial (es decir, extinción de la común), la novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio. Por tanto, si en ese período temporal (2 años) se extinguiera la relación laboral de alta dirección el trabajador puede reanudar la relación laboral común.

En cambio, si se opta por la suspensión de la relación laboral común, sea porque se pacta expresamente o sea porque no se dice nada al respecto, el trabajador podrá reanudar su relación laboral común una vez extinguida su relación de alta dirección, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera tener derecho a resultas de dicha extinción. Esto último salvo que se tratase de un despido disciplinario procedente -no habría indemnización-. La opción de suspender la relación laboral ordinaria ofrece algunos interrogantes que han sido resueltos en sede judicial. Por ejemplo, los tribunales han entendido que el tiempo durante el que el trabajador ha ocupado el puesto de alta dirección no computa a efectos de determinar la antigüedad y fijar la indemnización en caso de que posteriormente se produzca una extinción indemnizada o despido en la relación laboral ordinaria[28]. La regla general tiene una excepción, referida al caso en que tras reanudar la relación laboral común el trabajador continuara percibiendo la misma retribución que cuando era alto cargo. De ser así, el TS considera que la empresa tiene esa voluntad de seguir pagándole aquel salario superior y, en tal caso, esa retribución es la que habrá de tenerse en cuenta a la hora de calcular la indemnización si se extinguiera el contrato de trabajo común[29]. Otra cuestión sobre la que guarda silencio la norma que disciplina esta relación laboral es cuándo el trabajador debe reincorporarse a su relación laboral común (suspendida) una vez se extingue la relación especial de alta dirección. La solución dada varía dependiendo de la causa

28 SSTS 18 febrero 2003 (RJ 2003, 3806) y 13 febrero 2008 (RJ 2008, 3833). Criterio jurisprudencial que ha sido reiterado por la doctrina judicial. Por ejemplo, SSTSJ Navarra 19 abril 2010 (AS 2010, 1620) y Cataluña 3 marzo 2014 (AS 2014, 1056).

29 STS 28 febrero 1998 (RJ 1998, 2220).

extintiva. Tratándose de desistimiento empresarial, en ese mismo momento en que se extingue la relación laboral especial cesa la suspensión de la relación laboral ordinaria y nace el derecho a reanudarla[30]. En cambio, si se trata de un despido, si se impugna y se declara la improcedencia o nulidad del mismo, podría acordarse la readmisión, subsistiendo, por tanto, el vínculo contractual. En consecuencia, se viene considerando que la activación de la relación común se ha de efectuar a partir del momento en que las partes hubiesen acordado el pago de las pertinentes indemnizaciones.

III. PECULIARIDADES EXTINTIVAS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

Entrando ya en lo que constituye el núcleo duro del presente trabajo, a saber, las singularidades del régimen extintivo del contrato de alta dirección, el Real Decreto del 85 diferencia entre dos categorías: por un lado, unas causas extintivas reguladas de manera específica para el personal de alta dirección. Es el caso de la "extinción del contrato por voluntad del alto directivo" (art. 10); y la "extinción del contrato por voluntad del empresario" (art. 11); por otro lado, el resto de causas extintivas previstas en la normativa común, para las que se remite, en bloque, a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Sin perjuicio de que, incluso en los supuestos de remisión a las causas comunes, existen disfuncionalidades propias de la dificultad de extrapolar instituciones pensadas en para un trabajador común al régimen especial de los trabajadores de alta dirección, nuestra atención se va a centrar, fundamentalmente, en las causas extintivas ad hoc; sin perjuicio de una referencia expresa al despido disciplinario.

1. Extinción del contrato por voluntad del directivo.

El art. 10 del RD regula, en primer lugar, la posibilidad de que el alto directivo extinga el contrato por su propia voluntad. No obstante, esta causa engloba, a su vez, dos modalidades que conviene diferenciar: primero, los supuestos en que el alto cargo decide extinguir libremente el contrato sin que se requiera ni incumplimiento empresarial ni acción judicial (art. 10.1); y, segundo, los supuestos en que la decisión extintiva se funda en la concurrencia de una concreta causa, prevista en la propia norma (art. 10.3, letras a, b, c y d) y que, como podremos comprobar, se refiere fundamentalmente a incumplimientos empresariales -salvo un caso-.

30 STS 28 noviembre 1991 (RJ 1991, 8423).

A) Dimisión.

Comenzando por el primero de los supuestos aludido, esto es, los casos en que el alto directivo decide, libremente, extinguir su contrato; nos encontramos ante un supuesto de dimisión, de corte muy similar al previsto en el art. 49.1 d) ET para los trabajadores ordinarios y que se caracteriza, como en este último caso, en que es únicamente la voluntad del trabajador de abandonar el trabajo lo que legitima la extinción.

La razón de ser de esta causa extintiva la encontramos en la voluntariedad que es consustancial a la prestación de servicios y que en base al derecho constitucional a la libertad profesional (art. 35 CE) implica no sólo la libertad para escoger un trabajo sino también para poner fin a una relación laboral; aspecto que no se cuestiona por el hecho de que se trate de una relación especial.

El único requisito que se prevé en estos casos, y el art. 10 del RD 1382/1985 no es una excepción, es el de advertir al empresario de la decisión a adoptar por el trabajador. Es decir, preavisarle de dicha decisión. Los aspectos más reseñables en relación al preaviso son los siguientes: de entrada, la norma no exige una forma concreta de exteriorizar el preaviso. La ausencia de pronunciamiento alguno abre la posibilidad a que éste se haga de forma expresa y, dentro de esta, de forma oral o por escrito; pero también podrá efectuarse de forma tácita mediante comportamientos de los que se desprenda de forma notoria la voluntad extintiva del alto directivo.

Así y todo, por más que exista amplia libertad en este sentido, en línea con el parecer manifestado por la doctrina, puede afirmarse que si respecto a un trabajador común parece aconsejable que el preaviso se haga de forma expresa y por escrito, más aún en relación al personal directivo donde el montante de la indemnización ante una eventual reclamación de la empresa por los días de preaviso omitidos será mayor[31].

En otro orden, se plantea la cuestión de si el preaviso constituye una decisión irrevocable una vez efectuado por el alto directivo. Más claro, si este puede retractarse de su decisión antes de que finalice el plazo de preaviso. En relación con los trabajadores comunes, en un primer momento la jurisprudencia entendía que no era válida la retractación, ni en el caso de dimisión del trabajador ni en el caso de despido. Sin embargo, esta tesis inicial cambiará y a partir del año 2009[32], se entenderá que el trabajador puede decidir válidamente retractarse de

31 Del Val Tena, A.L.: "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del alto directivo", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)* (dir. J.L. Monereo Pérez y A.L. Del Val Tena), Comares, Granada, 2010. p. 368.

32 STS 7 diciembre 2009 (RJ 2010, 255).

la rescisión del contrato que preavisó, mientras la prestación de servicios continúa y el contrato sigue vigente. Los argumentos que se dan para justificar el cambio son, de forma sumaria[33]: por un lado, que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia; por otro lado, que de la lectura del ET y de la Ley reguladora de la Jurisdicción social -de los preceptos en juego, quiero decir- predomina la idea de favorecer la conservación del puesto de trabajo, de que el contrato continúe.

Inicialmente, la tesis mantenida por la doctrina científica, en línea con lo que había argumentado el Tribunal Supremo en su etapa inicial respecto al trabajador común, es que el personal de alta dirección tampoco podía retractarse de esta decisión. Se argumentaba en este sentido que la base de esta relación es la recíproca confianza entre las partes y es difícil que esta no se vea truncada ante el anuncio por una de ellas de su intención de poner fin a la relación[34]. Pero como hemos visto, esa tesis jurisprudencial varió radicalmente, admitiendo ahora sin ambages la opción de cambiar de decisión en cuanto a la voluntad de extinguir el contrato. En principio, parece razonable pensar -aunque, salvo error, no existe un pronunciamiento expreso al respecto- que dicha tesis sería extrapolable también al personal de alta dirección. Este es el parecer manifestado por algún autor, afirmando en este sentido que el alto directivo sí puede arrepentirse de su decisión y dejarla sin efecto, siempre y cuando, por descontado, aquella se produzca antes de que finalice el preaviso y por ende se dé la extinción contractual[35]. Es más, para reforzar esta tesis, téngase en cuenta que aun siendo cierto que anunciar que vas a dimitir puede suponer una quiebra en esa confianza mutua que debe existir con la empresa, si ello fuera así, siempre quedaría expedita la vía del art. 11 para la empresa que ha perdido la confianza.

Aspecto interesante es el referente a la duración del preaviso. En este sentido, la norma fija que debe mediar un preaviso mínimo de 3 meses; que puede elevarse a 6 meses si así se establece por escrito en contratos indefinidos o en temporales de duración superior a cinco años. Si lo comparamos con el trabajador común, para el que el ET se remite al convenio colectivo o a la costumbre y lo más frecuente es que sea de 15 días, se trata de plazos bastante más amplios. Sin embargo, las diferencias en esta ocasión están justificadas sobre la base del grado de responsabilidad que asume el alto directivo, las funciones que desarrolla y los poderes que ejerce. No puede compararse con un trabajador ordinario, por tanto, es más complicado y requiere de más tiempo encontrarle un sustituto.

33 STS 17 julio 2012 (RJ 2012, 9311).

34 Montoya Medina, D.: *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*, Civitas, Madrid, 2008.

35 Hurtado Cobles, J.: *Régimen extintivo,* cit. pp. 76 y ss.

Obviamente, la obligación de preavisar puede ser incumplida y ello va a derivar en responsabilidad para el alto directivo. Al respecto, la norma dice que la dimisión que no respete el deber de preaviso genera en favor del empresario el derecho a "[…] una indemnización equivalente a los salarios correspondientes al período incumplido" (art. 10.2 RD 1382/1985). Significar, en cualquier caso, que alguna doctrina judicial[36] ha admitido un pacto recíproco de renuncia a la indemnización por preaviso, apoyándose para ello en que la relación laboral especial de alta dirección se rige por la voluntad de las partes; y si éstas, libremente, y sin ningún vicio en el consentimiento prestado, han estipulado un pacto recíproco de renunciar a la indemnización en el caso de falta de preaviso, dicho pacto ha de considerarse válido, en virtud del principio de libertad de contratación consagrado en el artículo 1255 del Código Civil.

Continuando con la exigencia de preavisar, la norma reglamentaria prevé un supuesto en que dicho deber queda excepcionado. En tal sentido, el art. 10.2 in fine dispone que "No será preciso respetar el preaviso en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario". Así pues, si tras haber preavisado a la empresa, sobreviniera un incumplimiento contractual grave por parte de la empresa, el alto directivo no tendría que esperar a que finalizase el plazo estipulado[37]

Para concluir con esta causa extintiva, resta por señalar que la dimisión puede verse limitada o condicionada por la existencia de un pacto de permanencia. En efecto, el art. 8.2 RD 1382/1985 prevé la posibilidad que se establezca un pacto de permanencia en la empresa cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la empresa durante un determinado tiempo. Literalmente, se afirma que: "Cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la Empresa durante un período de duración determinada, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquél abandona el trabajo antes del término fijado". La limitación, por tanto, viene dada por el hecho de que se prevé una compensación específica por los daños causados.

B) Extinción del contrato de alta dirección fundada en justa causa.

Junto a la dimisión, el directivo puede extinguir el contrato de trabajo cuando concurra una de las causas establecidas en el art. 10.3 del RD 1382/1985. En esta ocasión, la extinción lleva aparejada una indemnización y no requiere de ningún preaviso. Como se ha destacado a nivel doctrinal, si analizamos el art. 10.3 del RD 1382/1985 y lo comparamos con la extinción contractual por voluntad

36 STSJ Galicia 14 abril 2000 (AS 2000, 987).

37 En este sentido se pronuncia, Del Val Tena, A.L.: "La extinción", cit. p. 371.

del trabajador (*ex* art. 50 ET), las similitudes son más que evidentes. Tanto es así, que algunas pautas jurisprudenciales en punto a la interpretación del art. 50 van a jugar también en el personal de alta dirección. No obstante, también hay algunas diferencias sustanciales con el régimen común relativas a las causas y a la indemnización a percibir[38]. Pero vayamos por partes.

De entrada, según la causa, pueden diferenciarse dos grandes grupos: primero, los casos donde la resolución unilateral del contrato por voluntad del directivo se apoya en un incumplimiento contractual del empresario; segundo, el supuesto en que obedece a un cambio en la titularidad de la empresa.

Comenzando por el primero de los grupos, la norma reglamentaria se refiere a tres motivos distintos.

En primer término, encontramos las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario. En esencia, es muy similar a lo dispuesto en el art. 50.1 a) ET. Las diferencias son mínimas: se añade el adverbio notoriamente; se mantiene la exigencia de que provoque un perjuicio en la formación profesional del directivo; algo que desapareció del ET con la reforma laboral del 2012. Esta exigencia, por otra parte, y en opinión de algún autor, es poco comprensible en el contexto de la alta dirección en la medida en que no es frecuente la especialización profesional a cargo de la empresa[39]. Por lo demás, se añade un último inciso, que posibilita la extinción cuando las modificaciones supongan una transgresión grave de la buena fe.

Donde no hay ninguna diferencia respecto al régimen común es con el segundo de los motivos que habilita a la resolución unilateral del contrato por voluntad del directivo. Me refiero a la "falta de pago o retraso continuado en el abono del salario pactado". Se trata, literalmente, de la misma causa que prevé el art. 51.1 b) ET. Y, de hecho, se aplica la misma jurisprudencia que para la relación laboral común en punto a la entidad del incumplimiento que justifica esta vía extintiva. Criterios jurisprudenciales ampliamente conocidos y a los que me remito a efectos de evitar una reiteración innecesaria.

El último motivo o causa, recogido en el art. 10.3 RD 1382/1985 se refiere a "Cualquier otro incumplimiento grave por el empresario de sus obligaciones contractuales, salvo los presupuestos de fuerza mayor […]". En esta ocasión el matiz viene dado para el caso de que concurra fuerza mayor. Y es que, mientras

38 Hurtado Cobles, J.: *Régimen extintivo,* cit. pp. 83 y siguientes.

39 Del Val Tena, A.L.: "La extinción", cit. p. 377.

en el derecho laboral común, la fuerza mayor evita el juego del art. 50 ET; para el personal de alta dirección no lo impide, sino que se limita a señalar que no se generará indemnización en favor de aquél (trabajador directivo)

Al margen de los casos en que la resolución viene motivada por alguno de los incumplimientos contractuales vistos, también es posible rescindir el contrato por parte del alto directivo si se produce una sucesión de empresa o un cambio relevante en la titularidad de aquella. Se trata, como decíamos, de una causa específica no prevista en el ET. La justificación, por enésima vez, es esa cualidad intuitu personae que reviste a esta relación especial. La sucesión empresarial, en todo caso, debe suponer una alteración relevante de los miembros de los órganos rectores de la empresa o en el contenido y planteamiento de la actividad principal del alto directivo. Por tanto, como afirma DEL VAL, "estos efectos, y no tanto su causa, justifican la resolución de la relación laboral especial a instancia del trabajador"[40] Por lo demás, la norma fija un plazo de 3 meses para ejercer la facultad resolutoria. Ahora bien, si no se hace uso de la misma, rige con toda su plenitud el art. 44 ET y todas las garantías en él recogidas[41].

Ya para terminar con las causas reguladas en el art. 10. 3 RD 1382/1985, interesa significar que, tanto en los casos de incumplimiento empresarial como en el supuesto específico de sucesión de empresa, el RD 1382/1985 dispone expresamente que "El alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas […]". Nótese que si lo comparamos con su homólogo del Estatuto de los Trabajadores hay una diferencia de redacción importante. Y es que, el art. 50 ET señala que "Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato […]". La diferente redacción de ambos preceptos suscita la duda de si el alto directivo ha de acudir a los tribunales para que proceda la extinción o si, por el contrario, puede resolver el contrato por su exclusiva voluntad. Más claro: si se trata de una extinción de carácter judicial o no. Pues bien, la jurisprudencia, desde tiempo atrás y a pesar de la literalidad del precepto, equipara la situación del trabajador común a la del personal de alta dirección en este punto y entiende, por tanto, que la extinción del contrato por la vía del art. 10.3 tiene carácter judicial[42]. En todo caso, se trata de una tesis ciertamente cuestionable no sólo por la literalidad de la norma antes vista sino por la influencia que el Derecho civil tiene sobre esta relación laboral, que juega, recuérdese, con carácter supletorio y que otorga amplios contornos de actuación a la autonomía de la voluntad.

40 Del Val Tena, A.L.: "La extinción", cit. p. 382.

41 STS 27 septiembre 2011 (RJ 2012, 1094).

42 SSTS 10 mayo 1990 (RJ 1990, 3993) y 30 mayo 1991 (RJ 1991, 3929). Este criterio es el mantenido por la doctrina judicial, entre otras: SSTSJ Cataluña 17 junio 2002 (AS 2002, 1997) y Extremadura 30 noviembre 2010 (AS 2011, 1281).

Así y todo, hay supuestos excepcionales, también presentes en el caso de tratarse de un trabajador común, en los que el trabajador puede ejercitar la acción resolutoria y no continuar prestando servicios. Se trata de los casos en que están en juego bienes esenciales del trabajador, tales como, la dignidad, integridad física o moral, etc.[43].

Finalmente, cabe hacer mención al régimen indemnizatorio. En el caso de la dimisión, como ya hemos dicho, el empresario tiene derecho a una indemnización si se incumple el preaviso pactado. Su fundamento y alcance, en palabras de la jurisprudencia, se asemeja a las cláusulas penales[44]. Respecto a la extinción por voluntad del alto directivo *ex* art. 10.3, el alto directivo tendrá derecho a las indemnizaciones pactadas; y, en su defecto, a las fijadas en el RD 1382/1985 para el caso de extinción por desistimiento del empresario, es decir, 7 días de salario en metálico por año de servicio con un tope de 6 mensualidades.

2. Extinción del contrato del alto directivo por desistimiento empresarial.

No es dudoso que la causa más significativa del régimen extintivo del personal de alta dirección es el libre desistimiento empresarial, cuya regulación se contempla en el art. 11.1 del RD 1382/1985. Y es que, no existe ninguna una causa extintiva similar en el derecho laboral común, excepción hecha de la posibilidad de rescisión del lado empresarial durante el período de prueba.

Veamos, sin más preámbulos, cuáles son los elementos característicos del libre desistimiento empresarial:

1º) Carácter acausal. La nota definitoria de este supuesto es que la decisión empresarial, amén de ser unilateral, no requiere alegar causa alguna en la comunicación escrita; ni siquiera una genérica alusión a la pérdida de confianza. Y, si se hace, es intrascendente jurídicamente[45]. Es suficiente con que exista una pérdida de confianza por parte de la empresa en el alto directivo. Esta nota es lo que precisamente diferencia esta causa extintiva del despido disciplinario. En este último caso, como luego se dirá, la comunicación escrita debe reflejar de forma clara y precisa los hechos que motivan el despido.

Según se ha destacado por la doctrina científica, la facultad excepcional de rescisión ad nutum que se recoge para esta relación laboral especial se apoya en

43 SSTS 24 febrero 2016 (RJ 2016, 2547) y 13 julio 2017 (RJ 2017, 3535).

44 Por todas, STS 16 diciembre 1989 (RJ 1989, 9245)

45 STS 30 abril 1990 (RJ 1990, 3513).

la supletoriedad de la legislación civil y mercantil y sus principios generales; y en la inexistencia de un régimen disciplinario en sentido propio[46].

2º) La facultad resolutoria puede ejercerse en cualquier momento, siempre que la relación esté viva; y en cualquier contrato (sea este temporal o indefinido)

3º) Requisitos formales: a pesar de la no exigencia de una causa que justifique el desistimiento, la libre voluntad del empresario sí deberá observar dos requisitos de carácter formal, a saber: comunicación escrita al alto directivo y preaviso. Ambas exigencias se enuncian en el art. 11 RD 1382/1985.

Comenzando por la comunicación, esta vez sí, la norma reglamentaria requiere que se haga por escrito (art. 11 RD 1382/1985). Parece razonable, incluso aconsejable, que así sea por motivos de seguridad jurídica y también, como decíamos antes, por evitar cualquier confusión con la figura del despido disciplinario. Siendo ello así, cabría plantearse las eventuales consecuencias de incumplir esta obligación. Y éstas dependerán, como se ha dicho a nivel doctrinal[47], de si consideramos que es un requisito constitutivo o meramente probatorio. En el primer caso, el desistimiento sería nulo y si la empresa impidiera al alto directivo continuar con su actividad podríamos entender que se trata de un despido; en el segundo, la falta de comunicación no afectaría a la validez del desistimiento. Esta última es la tesis defendida por el sector doctrinal aludido y es compartida por quien suscribe estas páginas.

No es suficiente con la comunicación escrita, sino que la empresa debe observar un plazo de preaviso. Este plazo es el mismo que está previsto para la dimisión del alto directivo: 3 meses o 6 meses si se trata de contratos indefinidos o temporales superiores a 5 años y se establece por escrito. Alguna doctrina judicial ha señalado que este plazo de preaviso que debe ser en todo caso y como mínimo de tres meses, y que tiene carácter imperativo por lo que no queda a disposición de las partes, máxime cuando en el contrato no se contempla una renuncia recíproca de derechos[48]. El incumplimiento del deber de preaviso generará en favor del alto directivo una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido

4º) Efectos del desistimiento empresarial: extinción indemnizada. Son dos los efectos que derivan de esta decisión unilateral adoptada por la empresa: por una parte, se extingue el vínculo contractual; y, por otra, el alto directivo tiene derecho

46 Del Val Tena, A.L.: "La extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)* (dir. J.L. Monereo Pérez y A.L. Del Val Tena), Comares, Granada, 2010, p. 396.

47 Del Val Tena, A.L.: "La extinción", cit. p. 400.

48 SSTSJ Madrid 15 diciembre 2003 (AS 2004, 716); La Rioja 27 febrero 2007 (AS 2007, 2149) y Extremadura 24 febrero 2014 (AS 2014, 545).

a percibir una indemnización por su cese. Centrándonos en este último efecto, la norma señala que el alto directivo tendrá derecho a las "indemnizaciones pactadas en el contrato". Y, si no se hubieran pactado, la indemnización será la equivalente a 7 días del salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades. Lo habitual en este tipo de contratos es que se pacten indemnizaciones más elevadas que las previstas en la norma reglamentaria. Este tipo de pactos es lo que se conoce como "cláusulas de blindaje".

Ahora bien, atendiendo a la literalidad de la norma, cabría plantearse si sería viable jurídicamente un pacto en el que se previera una indemnización inferior a la prevista legalmente o incluso excluir la indemnización. Pues bien, la duda ha sido resuelta a nivel jurisprudencial por la sentencia del Tribunal Supremo 22 abril 2014[49]. El supuesto de hecho venía referido a un contrato de alta dirección que se extingue por libre desistimiento del empresario y en el que figuraba la siguiente cláusula: "El presente contrato podrá extinguirse por decisión unilateral del directivo contratado con preaviso mínimo de tres meses. Igualmente podrá extinguirse por decisión unilateral de la Sociedad con el mismo tiempo de preaviso, sin derecho a indemnización".

La Sala efectuará una interpretación del art. 11.1 RD en la que diferenciará tres elementos. Primer elemento: el precepto aludido confiere al alto cargo un derecho incondicionado a percibir una indemnización cuando su contrato se extinga por voluntad unilateral del empresario sin necesidad de justa causa alguna. Segundo elemento: la norma no establece directamente la cuantía de dichas indemnizaciones, sino que se remite a la que pacten las partes; tercer elemento: el legislador establece una norma subsidiaria para el caso de que las partes no hayan pactado dicha cuantía: "a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días de salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades".

Sobre la base de estos tres elementos, no parece lógico, a juicio del TS, interpretar que el legislador permita un pacto -como el del caso enjuiciado- cuyo contenido no se limite a fijar una cuantía diferente a esa subsidiaria, sino que consista, lisa y llanamente, en eliminar toda indemnización. Si fuera así, el legislador incurriría en una palmaria contradicción con lo que él mismo establece en primer lugar y de manera terminante: el alto directivo "tendrá derecho". Cabrán, pues, modulaciones varias de ese derecho, pero no su completa ablación. En conclusión, podría pactarse una indemnización inferior a la legalmente establecida, pero sería nula la cláusula que prive de toda indemnización el desistimiento del empresario.

Debe advertirse que la tesis mayoritaria cuenta con un voto particular que discrepará del parecer mayoritario de la Sala y en el que se llegará a la conclusión

49 STS 22 abril 2014 (RJ 2014, 3599).

de que el acuerdo en cuestión no es contrario a la Ley. En extrema síntesis, el voto particular se apoyará en tres argumentos: el primero de ellos, es que aquí -relación especial de alta dirección- no resultan de aplicación los principios de indisponibilidad, norma mínima de derecho necesario --absoluto o relativo-, o norma más favorable o beneficiosa que, según el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, constituyen fuentes de la relación laboral común, en ningún caso de la especial de alta dirección. El segundo de ellos alude a que la indemnización prevista en el art. 11.2 del RD no se configura como una norma imperativa sino dispositiva o incluso accesoria, supletoria o complementaria ("...a falta de pacto...") de la autonomía de la voluntad. El tercero de los argumentos es que es ese mismo precepto del RD 1382/1985 el que, al remitirse a la voluntad concurrente de las partes respecto a la cuantía de la indemnización ("...tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato...") está admitiendo implícitamente la posibilidad de que ésta sea "cero", contemplando también (ahora de forma expresa) que sólo en el caso de que nada se hubiera acordado al respecto ("... a falta de pacto...") procedería la que ese mismo Reglamento dispone con carácter, no sólo mínimo, sino esencialmente supletorio del silencio de las partes sobre ese extremo.

3. Despido disciplinario.

El contrato de alta dirección también puede extinguirse por decisión del empresario a través de un despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo. Con carácter general, en cuanto a la forma del despido y sus efectos se ajustarán a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 11.2 RD 1382/1985; art. 55 ET).

Sin embargo, el citado RD, en su art. 11, apartados dos y tres, sí recoge reglas singulares que vienen referidas a los efectos que derivan de la declaración judicial del despido como improcedente o nulo.

En este sentido, en el caso de que el despido del alto directivo se declare improcedente: a) el empresario y el alto cargo acordarán si se produce la readmisión o el abono de indemnizaciones. En caso de desacuerdo, se entenderá que se opta por el abono de las percepciones económicas (art. 11.3 RD 1382/1985); b) La cuantía de la indemnización será la que las partes hubiesen pactado en el contrato. En defecto de acuerdo, serán de veinte días de salario en metálico por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades (art. 11.2 , RD 1382/1985); c) El trabajador no tendrá derecho al abono de salarios de tramitación, puesto que el art. 11 del Decreto 1382/1985 no contiene ninguna previsión sobre salarios de tramitación, ni se remite al art. 56 ET, razón por la que esta disposición estatutaria resulta inaplicable.

Las diferencias frente al régimen común son importantes. Así, la opción entre readmisión o indemnización corresponde, como regla general, a la empresa; y no se encomienda a acuerdo entre trabajador y empresario. Además, si la empresa no opta, al contrario de lo que ocurre con el personal de alta dirección, donde el desacuerdo lleva al abono de una cantidad económica; procederá la readmisión del trabajador. También es diferente el quantum indemnizatorio. Si el alto directivo, a salvo de pacto, tiene derecho a veinte días de salario en metálico por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades. El trabajador común cuyo despido es improcedente, tiene derecho a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un tope de 24 mensualidades. Por último, respecto a los salarios de tramitación, no se aplicará lo dispuesto en el art. 56 ET.

Por su parte, en caso de que el despido del alto directivo se declare nulo, lo cierto el RD 1382/1985 establece las mismas consecuencias que para el despido improcedente; los equipara. Es decir, se remite al acuerdo entre empresario y alto directivo sobre si procede indemnización o readmisión; y, en defecto de este, procede la indemnización. Sin embargo, con buen criterio, esta previsión normativa ha sido "corregida" por la jurisprudencia, de tal manera que, en los casos en que se declara la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales la única consecuencia posible es la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir[50].

50 STS 18 junio 2012 (RJ 2012, 8125).

BIBLIOGRAFÍA

Blasco Pellicer, A.: "La Autonomía individual en el sistema de fuentes de las relación jurídico-laboral", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004.

Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, p. 51.

Del Val Tena, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Del Val Tena, A.L.: "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del alto directivo", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)* (dir. J.L. Monereo Pérez y A.L. Del Val Tena), Comares, Granada, 2010.

Del Val Tena, A.L.: "La extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)* (dir. por J.L. Monereo Pérez y A.L. Del Val Tena), Comares, Granada, 2010.

Goerlich Peset, J.M.: "Art. 2. Relaciones Laborales de Carácter Especial", en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters, Navarra, 2016.

Hurtado Cobles, J.: *Régimen extintivo del contrato de alta dirección Un estudio práctico de la jurisprudencia y doctrina actual,* CEF, Madrid, 2014.

López Sánchez, Mª. C.: "Fuentes reguladoras de la relación laboral especial de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)* (dir. J.L. Monereo Pérez y A.L. Del Val Tena), Comares, Granada, 2010.

Lujan Alcaraz, J.: "Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999.

Molero Manglano, C.: *El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 1995.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

DISTRIBUCIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS, COMISIÓN DE APERTURA, PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA E IMPOSICIÓN DE COSTAS JUDICIALES. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y SU INCIDENCIA EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

DISTRIBUTION OF MORTGAGE EXPENSES, COMMISSION OF OPENING, TERM OF PRESCRIPTION OF THE RESTITUTORY ACTION AND IMPOSITION OF JUDICIAL COSTS. THE STJUE OF JULY 16, 2020 AND ITS IMPACT ON THE JURISPRUDENTIAL DOCTRINE OF THE SUPREME COURT)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 996-1025

Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 viene a dar respuesta a las quince preguntas que, en sus cuestiones prejudiciales, le fueron planteadas por dos Juzgados de Instancia de Mallorca y de Ceuta, agrupadas en cuatro grandes categorías temáticas sobre la materia. En esta esperada resolución, el TJUE falla claramente en contra de los intereses de las entidades financieras, disponiendo con carácter general la necesaria devolución de los gastos declarados abusivos y cobrados indebidamente a los prestatarios consumidores, salvo que la ley nacional prevea lo contrario. Así, a excepción del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, los bancos deberán devolver los gastos derivados de las cláusulas que en su día fueron declaradas abusivas. Además, la sentencia abre la posibilidad de declarar abusivas las controvertidas comisiones de apertura. En este sentido, el fallo de esta resolución, que resuelve la cuestión respecto de un contrato hipotecario firmado con Caixabank en el año 2000 y otro contraído con BBVA en el 2011, establece que los jueces nacionales son competentes para declarar abusivas las cláusulas de apertura, por cuya virtud se ha venido permitiendo al banco cobrar a los clientes una comisión por la mera apertura del crédito, pero sin ofrecer la contraprestación de un servicio a cambio. A este respecto, el TJUE considera que, a pesar de que este importe forme parte del total a pagar del préstamo, no se trata de una cláusula principal o esencial del acuerdo, sino de una estipulación accesoria y, como tal, su posible abusividad puede ser considerada por un órgano judicial nacional, con independencia de que España no haya transpuesto a su ordenamiento el art. 4, apartado 2, de la Directiva. La resolución del TJUE resulta terminante al establecer que la imposición al consumidor de esta comisión de apertura le resulta perjudicial y es un acto contrario a la buena fe, a no ser que la entidad demuestre que se está prestando un servicio a cambio, aspecto que debe ser determinado por el juez nacional, significando que la ley española ya disponía que por todo concepto cobrado debe prestarse un servicio. El TJUE puntualiza al respecto que cualquier cláusula que exima al profesional de demostrar que se han prestado estos servicios puede provocar un desequilibrio entre las partes, y por tanto los jueces tienen la competencia para poder declararlas también nulas. En la misma resolución el TJUE aborda la cuestión relativa al plazo de prescripción de la acción restitutoria, y a la imposición al consumidor de una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas posibilitando que las costas sean impuestas a las entidades bancarias. De manera casi inmediata a la resolución del Tribunal de Luxemburgo, la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 457/2020, de 24 de julio, aplica la doctrina fijada en la STJUE de 16 de julio de 2020.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca, cláusula de gastos, comisión de apertura, consumidor, costas judiciales, prescripción de la acción restitutoria, desequilibrio importante.

ABSTRACT: *The Sentence of the Court of Justice of the European Union of July 16, 2020 comes to answer the fifteen questions that, in its preliminary rulings, were posed by two Courts of Instance of Mallorca and Ceuta, grouped into four main thematic categories on matter. In this long-awaited resolution, the CJEU clearly rules against the interests of financial entities, providing in general the necessary return of expenses declared abusive and unduly charged to consumer borrowers, unless the national law provides otherwise. Thus, with the exception of the Tax on Documented Legal Acts, banks must return the expenses derived from the clauses that were once declared unfair. In addition, the ruling opens the possibility of declaring the controversial opening commissions abusive. In this sense, the ruling of this resolution, which resolves the issue regarding a mortgage contract signed with Caixabank in 2000 and another contracted with BBVA in 2011, establishes that national judges are competent to declare the opening clauses unfair, By virtue of which the bank has been allowed to charge clients a commission for the mere opening of the credit, but without offering the consideration of a service in exchange. In this regard, the CJEU considers that, despite the fact that this amount is part of the total payment of the loan, it is not a main or essential clause of the agreement, but an accessory stipulation and, as such, its possible abusiveness may be considered by a national judicial body, regardless of whether Spain has not transposed Article 4, paragraph 2, of the Directive into its legal system. The CJEU resolution is final by establishing that the imposition of this opening commission on the consumer is detrimental and is an act contrary to good faith, unless the entity demonstrates that a service is being provided in exchange, an aspect that must be determined by the national judge, meaning that Spanish law already provided that a service must be provided for all charges. The CJEU points out in this regard that any clause that exempts the professional from proving that these services have been provided may cause an imbalance between the parties, and therefore the judges have the competence to also declare them void. In the same resolution, the CJEU addresses the issue of the statute of limitations for the restitution action, and the imposition on the consumer of part of the procedural costs based on the amount of the amounts unduly paid, allowing the costs to be imposed on the banking entities. Almost immediately after the decision of the Luxembourg Court, the Judgment of the First Civil Chamber of the Supreme Court no. 457/2020, of July 24, applies the doctrine established in the STJUE of July 16, 2020.*

KEY WORDS: *mortgage, expenses clause, opening commission, consumer, legal costs, prescription of the restitutionary action, significant imbalance.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS GASTOS HIPOTECARIOS.- III. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE. IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.- 1. La cláusula de gastos.- 2. La comisión de apertura.- 3. El plazo de prescripción de la acción restitutoria.- 4. Sobre la condena en costas.- V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO. LA STS 457/2020, DE 24 DE JULIO.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL.

La Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 viene a dar respuesta a las quince preguntas que, en sus cuestiones prejudiciales, le fueron planteadas por dos Juzgados de Instancia de Mallorca y de Ceuta, agrupadas en cuatro grandes categorías temáticas sobre la materia[1]. En esta esperada resolución, el TJUE falla claramente en contra de los intereses de las entidades financieras, disponiendo la necesaria devolución de los gastos declarados abusivos y cobrados indebidamente a los prestatarios consumidores, salvo que la ley nacional prevea lo contrario. Así, a excepción del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, los bancos deberán devolver los gastos derivados de las cláusulas que en su día fueron declaradas abusivas. Además, la sentencia abre la posibilidad de declarar abusivas las controvertidas comisiones de apertura. Y es que el fallo de esta resolución, que resuelve la cuestión respecto de un contrato hipotecario firmado con Caixabank en el año 2000 y otro contraído con BBVA en el 2011, establece que los jueces nacionales sí son competentes para declarar abusivas las cláusulas que contienen la comisión de apertura, por cuya virtud se permitía al banco cobrar a los clientes una comisión por la mera apertura del crédito, pero sin ofrecer la contraprestación de un servicio a cambio. A este respecto, el TJUE considera que, a pesar de que este importe forme parte del total a pagar del préstamo, no se trata de una cláusula principal o esencial del acuerdo, sino de una estipulación accesoria y, como tal, su posible abusividad puede ser considerada por un órgano judicial nacional, con independencia de que España no haya transpuesto a su ordenamiento el art. 4, apartado 2, de la Directiva. La resolución del TJUE

1 Esta Sentencia recae en los asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial que fueron planteadas -con arreglo al art. 267 TFUE- por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (C-224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C-259/19), en dos procedimientos que implican, respectivamente, a Caixabank, S. A. (C-224/19) y al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A (C-259/19).

• Carolina del Carmen Castillo Martínez
Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia nº 4 de Castellón, Doctora en Derecho, 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.

resulta terminante al establecer que la imposición al consumidor de esta comisión de apertura le resulta perjudicial y es un acto contrario a la buena fe, a no ser que la entidad demuestre que se está prestando un servicio a cambio, aspecto que debe ser determinado por el juez nacional, significando que la ley española ya disponía que por todo concepto cobrado debe prestarse un servicio. El TJUE puntualiza al respecto que cualquier cláusula que exima al profesional de demostrar que se han prestado estos servicios puede provocar un desequilibrio entre las partes, y por tanto los órganos judiciales tienen la competencia de declararlas también nulas.

Cuestión de relevancia también resuelta por el TJUE es la atinente a los plazos de prescripción a los que se somete la acción restitutoria. Ciertamente, la Directiva 93/13/CEE no se opone a que la reclamación quede sometida a un plazo de prescripción y así lo señala el Tribunal de Luxemburgo. Ahora bien, de aplicarse dicho plazo, el TJUE advierte que no se debe dificultar extraordinariamente el ejercicio del derecho del consumidor. Y si el plazo obstaculiza de forma injusta la reclamación del cliente, el juez podrá revisarlo. En este punto conviene considerar que la jurisprudencia nacional dispuso un plazo de cinco años, tomado del Código Civil, concluyendo nuestro Tribunal Supremo que dicho término empezaba a contar a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula. A pesar de ello, el Tribunal de Justicia Europeo precisa ahora que ese plazo, ya adoptado, podría dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE reconoce al prestatario consumidor, que no es consciente de que está asumiendo una condición abusiva, a pesar de lo cual el plazo prescriptivo comienza a transcurrir en su contra desde la perfección del contrato. Es por lo que se declara que el juez nacional debe revisar la cuestión para concluir si existe un desequilibrio entre las partes en este aspecto y actuar en consecuencia.

Finalmente, el Tribunal de Justicia Europeo declara que la Directiva 93/13/CEE y el principio de efectividad se oponen a un régimen que permite que al consumidor se le impongan una parte de las costas procesales en función del importe estimado respecto de las cantidades indebidamente pagadas que se reclaman, por entender que este régimen genera un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer su derecho, conferido por la Directiva, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales, posibilitando que las costas sean impuestas a las entidades bancarias.

De manera casi inmediata a la resolución del Tribunal de Luxemburgo, la STS 24 julio 2020[2] aplica la doctrina fijada en la STJUE 16 julio 2020.

2 STS 24 julio 2020 (ROJ: STS 2495/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2495). En el caso enjuiciado se trata de un contrato de préstamo hipotecario con consumidores. La Sala reitera la jurisprudencia sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos a los prestatarios, así como la doctrina jurisprudencial acerca de a quien corresponde, a falta de pacto, satisfacer los gastos notariales y registrales y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Y se constata la confirmación de la señalada doctrina jurisprudencial por la STJUE 16 julio 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS GASTOS HIPOTECARIOS.

Sin perjuicio de considerar la cuestión a la que alude este epígrafe de manera más breve de lo que lo hice en otra sede[3], resulta de interés ofrecer siquiera un sucinto panorama de la doctrina jurisprudencial consolidada por nuestro Alto Tribunal con anterioridad al pronunciamiento del TJUE que ahora analizo en relación con los gastos hipotecarios. Apenas unos breves apuntes pueden servir ahora para ubicarnos en la situación previa a la STJUE 16 julio 2020 que, como doctrina jurisprudencial, ofrecía nuestro Tribunal Supremo, y que, en síntesis, venía a establecer que (i) declarada la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos hipotecarios contenida en la escritura de préstamo garantizado mediante hipoteca, se debe restituir únicamente la mitad de los gastos generados por notaría y gestoría; que (ii) la comisión de apertura no se encuentra sometida al control de abusividad, toda vez que la misma se integra en el precio, de suyo elemento esencial del contrato, y, en consecuencia, su incorporación únicamente requiere superar el control de transparencia y no el de abusividad, de conformidad con la previsión contenida en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE; que (iii) el plazo de prescripción de la acción restitutoria es el prevenido en el art. 1964, párrafo 2º del CC, incluso considerando que la acción de nulidad radical, como es sabido, es, de suyo, imprescriptible; y que (iv) al no acogerse totalmente las pretensiones contenidas en las demandas por las que se interese la íntegra devolución de los gastos hipotecarios, incluso declarando la cláusula nula por abusiva, resulta impedida la condena en costas a la parte demandada, es decir, a la entidad prestamista predisponente[4].

Como es sabido, en fecha 23 de enero de 2019 el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictó cinco sentencias[5], en las que en Alto Tribunal sentaba doctrina jurisprudencial acerca de los efectos de la devolución de los gastos

3 Castillo Martínez, C.C.: "Cláusula de impuesto y gastos (I). Gastos" en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. Fortea Gorbe y C. Castillo Martínez), Valencia, 2019, pp. 553-596, y "Cláusula de impuesto y gastos (II). Impuestos. Especial consideración al AIJD", en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. Fortea Gorbe y C. Castillo Martínez), Valencia, 2019, pp. 597-636.

4 Frente a lo cual, la STJUE 16 julio 2020 viene a sentar la doctrina jurisprudencial que, con referencia a la cláusula de gastos hipotecarios, se resume en que (i) la restitución sólo en parte de los gastos supone una moderación que contraviene la Directiva 93/13/CEE, lo que implica la necesidad de la íntegra restitución del gasto que supuestamente incumbe al consumidor en atención a la cláusula que se declara nula por abusiva; que (ii) la restricción del plazo prescriptivo de la acción restitutoria se opone a la Directiva 93/13/CEE si se establece el inicio de su cómputo en un momento que impide o dificulta al prestatario consumidor obtener la devolución; y que (iii) el pronunciamiento relativo a la no condena en costas fundada en la desestimación parcial de la demanda contraviene el principio de efectividad del Derecho Europeo.

5 Se trata de las SSTS núm. 44 (ECLI:ES:TS:2019:102), 46 (ECLI:ES:TS:2019:101), 47 (ECLI:ES:TS:2019:103), 48 (ECLI:ES:TS:2019:104) y 49 (ECLI:ES:TS:2019:105)/2019, a las que me volveré a referir en otro apartado de este trabajo.

hipotecarios tras la declaración de nulidad, por abusiva, de la concreta estipulación. En las señaladas resoluciones, a los efectos de determinar los conceptos a devolver a fin de que al prestatario consumidor se le reponga a la situación anterior a la eficacia de la cláusula de gastos, el Tribunal Supremo considera como premisa atender a lo dispuesto por el Derecho supletorio y, desde dicha proposición, concluyó la necesaria devolución de la totalidad de los gastos generados en el Registro de la Propiedad[6], la de la mitad de los gastos de notaría[7], la de la mitad de los gastos de gestoría[8]. Y, con precisa referencia al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, las Sentencias de 15 de marzo de 2018[9] ya habían declarado que no se debía devolver cantidad alguna, toda vez que el sujeto pasivo del impuesto era el prestatario, según literalidad de la disposición contenida en el art. 68, II, del RD 828/1995, de 29 de mayo[10], y a pesar de que al mismo se le opusiera el contenido del art. 29 de la Ley del impuesto que, por aplicación del principio de jerarquía normativa, resultaba de aplicación preferente[11].

III. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE.

Las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Luxemburgo por los Juzgados de instancia de Mallorca y de Ceuta comprendían las preguntas siguientes.

6 En atención a la previsión contenida en la norma octava del Anexo II) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, a cuyo tenor, "los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho", y atendida la circunstancia de que el único derecho inscribible en el Registro de la Propiedad es el derecho real de hipoteca, que se constituye en garantía del cumplimiento de la obligación de la que es titular activo el prestamista, por consiguiente a favor del interés del mismo.

7 En atención al contenido de la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, por cuya virtud "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente", y considerando que tanto prestamista como prestatario son obligados solidarios al pago pues al primero le interesa la hipoteca y al otro el préstamo y ambos negocios jurídicos vinculados por el nexo de accesoriedad que la garantía implica resultan inescindibles.

8 En atención a la previsión contenida en el art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, que únicamente establece la obligación de las entidades de informar del derecho que asiste al prestatario de elegir de mutuo acuerdo la entidad tasadora y gestoría, y toda vez que la intervención del gestor es de interés para ambas partes, prestamista y prestatario.

9 SSTS 15 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:848 y ECLI:ES:TS:2018:849, respectivamente).

10 Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD.

11 En todo caso, conviene tener en cuenta que las Sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en fechas 16 de octubre de 2018, 22 de octubre de 2018 y 23 de octubre de 2018 acordaron la nulidad del art. 68; II, del Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, "por cuanto que la expresión que contiene ("cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario") es contraria a la ley". Sin duda, como tuve ocasión de explicar en otro lugar (Castillo Martínez, C.C.: "El derecho del prestatario a recuperar la parte de cuota gradual del IAJD devengado por la escritura del préstamo hipotecario y la abusividad de la cláusula que impone el pago del impuesto al prestatario: comentario crítico a la STS, Sala 1ª, 148/2018, de 15 de marzo", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 69, 2019, pp. 5-28), la declaración de nulidad del precepto, determina la ineficacia de la doctrina sentada por la Sala Primera al respecto.

1. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Instancia n° 17 de Palma de Mallorca.

Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, en su cuestión prejudicial, se planteó ante el TJUE un total de trece preguntas que podrían quedar resumidas, en esencia, en los contenidos siguientes.

Primera. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE el que se moderen las consecuencias de la nulidad declarada de la cláusula que atribuye todos los gastos generados por el préstamo hipotecario al prestatario.

Segunda. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada nula la cláusula de gastos, se distribuyan los mismos por mitad entre el predisponente prestamista y el prestatario consumidor.

Tercera. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada nula la cláusula de gastos, no verifique la restitución del importe de la tasación del inmueble objeto de la garantía practicada, así como del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y, además, si resulta contraria al art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE la atribución al prestatario de la carga de acreditar que no se le permitió aportar la tasación del inmueble a su instancia practicada.

Cuarta. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que declarada nula la cláusula de gastos, persista el prestamista en imponer al consumidor los gastos de modificación o cancelación de la hipoteca.

Quinta. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito de la restitución y si, por otra parte, dicha jurisprudencia sería contraria al efecto disuasorio pretendido por el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Sexta. Si resulta válida la moderación con fundamento en el interés el prestatario.

Séptima. Si resulta conforme con el art. 3.1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que declara que las comisiones de apertura superan automáticamente el control de transparencia, y si tal planteamiento implica una inversión de la carga de la prueba.

Octava. Si resulta conforme con el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE que el prestamista predisponente no deba acreditar la realidad de la negociación individualizada de la estipulación comprensiva de la comisión de apertura.

Novena. Si resulta conforme con los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que veta el control de abusividad por comprender que la comisión de apertura se integra en el precio y si debe considerarse que la señalada comisión constituye, o no, una retribución accesoria.

Décima. Si puede invocarse el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, toda vez que dicho precepto no ha sido transpuesto por el legislador al ordenamiento español.

Undécima. Si, de conformidad con el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, debe considerarse que una comisión de apertura no negociada individualmente en cual el prestamista no acredite que la comisión en cuestión responde a servicios efectivamente prestados y a los gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

Décimosegunda. Si, de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, declarada la abusividad de la cláusula, debe resultar condenado en costas el prestamista, con independencia de la restitución concreta de las cantidades a que la sentencia condene, entendiendo que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades integra únicamente una pretensión accesoria, por consiguiente, inherente a la anterior.

Décimotercera. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula puedan resultar limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque resulte conocido que la acción de nulidad radical es, por su propia naturaleza, imprescriptible.

2. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Instancia de Ceuta.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta planteó cuestión prejudicial, preguntando al TJUE sobre la cláusula de gastos, a través de dos proposiciones que se resumen en lo siguiente.

Primera. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo español, en sus sentencias números 44 a 49, todas ellas de 23 de enero de 2019, en las que acuerda la distribución, entre la entidad bancaria prestamista y el consumidor prestatario, de las diferentes partidas que conforman la cláusula de gastos abusiva, con propósito de limitar el importe a restituir correspondiente a las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la legislación nacional.

Segunda. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE la interpretación integradora, practicada por el Tribunal Supremo español, de una cláusula tachada de nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos que de ello se derivan no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo garantizado con hipoteca.

IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.

1. La cláusula de gastos.

Sobre la restitución de los gastos el Tribunal de Luxemburgo expone dos pronunciamientos que se refieren a los dos siguientes aspectos.

1º. Para mantener la existencia de la acción del consumidor a los efectos de solicitar la devolución de gastos, declarando lo que sigue: "1) El art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos".

2º. Para declarar la prescriptibilidad –siempre que resulte razonable- de la acción que asiste al consumidor con el propósito de solicitar la devolución de gastos, declarando lo que sigue: "4) El art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución". No obstante, esta cuestión, así como el pronunciamiento que la afecta, será objeto de tratamiento separado en este mismo apartado.

Por cuanto se refiere a los efectos de la nulidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca, es preciso tener presente la doctrina jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo al resolver los asuntos que constituyen el objeto de la controversia en las Sentencias de 23 de enero de 2019 (SSTS 44,

46, 47, 48 y 49/19), ya mencionadas, a partir de las que la Sala sienta doctrina acerca de la cuestión de la distribución de los gastos en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, estimando, como ya quedó expuesto, que el arancel notarial debe asumirse por mitad entre la entidad bancaria y el prestatario consumidor, que el arancel registral debe asumirlo íntegramente la entidad prestamista en lo atinente a los gastos de constitución y por el consumidor en lo referente a los gastos de cancelación, y los gastos de gestoría deben distribuirse por mitad entre la entidad predisponente y el prestatario, declarándose asimismo en aquel momento que el impuesto de actos jurídicos documentados sea asumido por el prestatario.

Pues bien, en el apartado 55 de la Sentencia de 16 de julio de 2020, el TJUE declara que el juez nacional no puede rechazar la solicitud del consumidor en orden a la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula declarada nula por abusiva, a no ser que las disposiciones de Derecho nacional que resulten aplicables en defecto de dicha cláusula -cuya existencia no consta, por ser nula por abusiva- dispusieran que el consumidor debe asumir el pago de la totalidad o de una parte de dichos gastos.

Conviene tener en cuenta que la STS 23 enero 2019 que sentaba doctrina sobre este particular, declaraba a este respecto lo siguiente: "Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (*rectius*, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico" (F. Jco Cuarto). De esta manera resultaba que el art. 63 del Reglamento Notarial, venía a justificar que la intervención del fedatario interesaba a ambas partes contratantes y así, el gasto generado por la misma debía repartirse por mitades. Y, por cuanto se refiere a los aranceles registrales, como también quedó expuesto, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, declaraba que "los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del art. 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

Por consiguiente, la Sala viene a concluir que interesa al prestamista la inscripción de la constitución de la garantía real hipotecaria, por lo que el completo gasto generado a tal efecto debe ser abonado por el banco, en tanto que por interesar

al prestatario la inscripción de la cancelación, será el consumidor quien deba asumir dicho gasto. Finalmente, por cuanto se refiere a la gestoría, al no concurrir norma de derecho interno que regule la distribución de los gastos, considera el Alto Tribunal que como las gestiones benefician a ambas partes contratantes, en consecuencia, el señalado gasto debe ser distribuido por mitad.

Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo reitera que, una vez una cláusula ha sido tachada de abusividad y, por ende, declarada nula, su eficacia queda anulada y no puede ser aplicada, de manera que el órgano judicial nacional no puede entrar a moderarla porque esa actuación restringiría el efecto disuasorio impuesto por la Directiva 93/13/CEE (apartados 50 y 51[12]). Y, de esta manera, se impone actuar como si la estipulación no se hubiera acordado nunca, y volver a ubicar al prestatario en la misma situación *de facto* y *de iure* en la que estaría si la estipulación declarada abusiva no se hubiera aplicado, y esta situación implica el necesario reintegro de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor (apartados 52 y 53[13]). No obstante lo cual, el TJUE considera que "el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar" (apartado

12 Los apartados 50 y 51 de la STJUE 16 julio 2020 declaran lo que sigue: "A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada)" (50) (...) "De lo anterior se sigue que al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 60) (51).

13 Los apartados 52 y 53 de la STJUE 16 julio 2020 resultan del tenor siguiente: "En consecuencia, debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61)" (52) (...) "De este modo, el Tribunal de Justicia ha considerado que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 62)" (53).

54[14]). Por consiguiente, se concluye que se opone a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE el que, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, "el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan15 al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos" (apartado 55[15]). Por otra parte, el Tribunal de Luxemburgo no considera, ni siquiera menciona, ni los gastos de tasación, ni los posibles gastos de modificación y cancelación ni el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

En definitiva, tras la STJUE 16 julio 2020, atendida la circunstancia de que el Derecho supletorio nacional no impone el pago de los gastos hipotecarios al prestatario consumidor, debe entenderse la procedencia del reintegro de los siguientes.

a) Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, también porque las SSTS, Sala 3ª, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, vinieron a declarar la nulidad del párrafo 2º del art. 68 del RITP y AJD "por cuanto que la expresión que contiene ("cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario") es contraria a la ley". Así, en consecuencia, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 29 TRITP y AJD y el art. 68 del RITP y AJD "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan", resultando que el adquirente del derecho (real de hipoteca) es el acreedor asegurado. En cualquier caso, siempre respecto de los préstamos otorgados con posterioridad al 10 de noviembre de 2018, fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2018 por el que se modificó el art. 29 TRLITP y AJD que vino a precisar la circunstancia de que "cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista"[16].

14 El apartado 54 de la STJUE 16 julio 2020 explica que: "Una vez recordadas estas consideraciones, procede asimismo señalar que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar".

15 En el apartado 55 de la STJUE 16 julio 2020 se establece que: "Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C-224/19 y a las dos cuestiones prejudiciales en el asunto C-259/19 que el art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos".

16 Previsión legal concordante con el contenido del art. 14.1.iv de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, que entró en vigor el 16 de junio de 2019.

b) Gastos de registro, respecto de los que se mantiene la misma atribución en la Ley 5/2019, de 5 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario (cfr. art. 14.1.iii de la LCCI).

c) Gastos notariales, salvo las copias simples recibidas por el prestatario. Y es que la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, establece que "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente". Sin que quepa concluir al respecto que el Derecho supletorio imponga el gasto, ni siquiera parcialmente, al prestatario, toda vez que el obligado en primer término es quien solicite la intervención del fedatario, resultando en la casi totalidad de los supuestos que los servicios notariales son solicitados por la entidad financiera que le envía la minuta[17], y le proporciona la pertinente información al prestatario, siendo el verdadero interesado en el otorgamiento de la escritura pública constitutiva de la garantía hipotecaria por ser vehículo imprescindible para verificar el acceso al Registro de la Propiedad del título acreditativo de su condición de titular del derecho real de garantía en que la hipoteca consiste[18].

d) Gastos de gestoría, considerando que hasta la Ley 5/2019 ninguna norma regulaba su atribución, por lo que en los préstamos perfeccionados con anterioridad a la misma puede ser reclamado íntegramente el importe abonado por el prestatario consumidor en tal concepto[19].

e) Gastos de tasación, respecto de los que tampoco existía norma previa de atribución hasta la Ley 5/2019, por lo que, lo mismo que en el supuesto anterior, respecto de los contratos celebrados con anterioridad a la LCCI procede la total devolución de las cantidades por esta partida abonadas por el consumidor[20].

2. La comisión de apertura.

El TJUE se pronuncia sobre la comisión de apertura en dos sentidos:

17 Cfr. art. 147 del Reglamento Notarial.

18 En todo caso, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, los gastos de notaría deben distribuirse de manera que al prestamista le corresponde asumir el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite (cfr. art. 14.1.ii de la Ley 5/2029), de manera que, de imponerse una estipulación por la que se impusiera íntegramente los gastos notariales al prestatario consumidor, éste podría interesar el reintegro de la totalidad de lo pagado indebidamente, salvo las copias por él mismo solicitadas (D.A 8ª Ley 5/2019).

19 La Ley 5/2019 impone esta partida al prestamista (art. 14.1 i de la LCCI).

20 En los préstamos suscritos tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019 el obligado a asumir este gasto es el prestatario (art. 14.1.i de la LCCI).

1º. Para declararla sometida al control de abusividad expresando, a tal efecto, lo siguiente: "2) El art. 3, el art. 4, apartado 2, y el art. 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el art. 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado".

2º. Para condicionar su licitud a la efectividad de los servicios efectivamente prestados por el banco o de los gastos en los que haya incurrido señalando lo que sigue: "3) El art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente".

En este punto, el TJUE unifica la consideración de las cuestiones al efecto planteadas por el juzgado remitente, a excepción de la última de ellas, expresando que se trata "fundamentalmente" de determinar si es contraria a la Directiva "una jurisprudencia nacional que excluye la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura por la razón de que tal comisión es un elemento del precio del contrato en el sentido del art. 4, apartado 2, de esta Directiva, y que al mismo tiempo considera que tal cláusula cumple por sí misma la exigencia de transparencia que impone esta última disposición". Y, formulada de este modo la pregunta, la respuesta ofrecida es que la jurisprudencia nacional no resulta contraria a la Directiva 93/13/CEE, porque el Tribunal Supremo defiende la primera proposición, pero no "al mismo tiempo" la segunda, toda vez que en su doctrina jurisprudencial no excluye el examen de transparencia.

En suma, la cuestión nuclear se localiza en determinar si resulta conforme a la Directiva considerar que la comisión de apertura es una de las prestaciones

esenciales que realiza el prestatario o, expresado en otros términos, si es parte del precio que se abona para poder disponer del dinero recibido como objeto del préstamo.

En el ámbito ahora considerado resulta de enorme interés considerar la solución que ofrece el Tribunal de Luxemburgo sobre la cuestión de si la atinente a la comisión de apertura constituye una cláusula que integra un elemento esencial del contrato de préstamo, en definitiva, el precio. Acerca de este particular, en el apartado 64 de la Sentencia[21], el TJUE declara que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de éste. Y tal circunstancia implica que el juez nacional deba verificar el control de transparencia, valorando todas las circunstancias concurrentes en orden a la celebración del contrato, la información al consumidor, la publicidad e información facilitada al consumidor[22]. Por su parte, a la entidad financiera le incumbe acreditar con qué servicio prestado se corresponde la comisión de apertura en cuestión, el mecanismo de su funcionamiento, y también su específica función en el seno del contrato de préstamo. Y tan sólo procediendo de la manera señalada, el prestatario consumidor podrá tener conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (apartado 70[23]). Específicamente,

21 El apartado 64 de la STJUE 16 julio 2020 resulta del tenor siguiente: "No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del art. 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este".

22 Toda vez que la Directiva 93/13/CEE "se opone a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen" de la misma. Pero es que este mismo razonamiento lo ha expresado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias y la STS 44/2019, además, lo presupone. En este punto el TJUE reitera que la transparencia material implica la obligación de proporcionar la información necesaria para que el deudor "adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo", pero es que esta consideración no difiere de lo ya expresado por el Tribunal Supremo. Por otra parte, resulta cuestionable la exigencia de que al consumidor se le deba permitir tener conocimiento de "los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión … y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión", toda vez que la transparencia material se localiza en el conocimiento de los efectos sobre el contrato y la STJUE no concreta a qué motivos se refiere específicamente ni si lo son los costes generados respecto de los que la sentencia de apelación suponía no individualizables, resultando que la concurrencia de determinadas razones o causas únicamente resulta exigible en el supuesto de que la comisión sea ocasional por hacerse depender, supuesto el impago, de concretas circunstancias como sería la generación de costes acreditados. Por lo que, con precisa referencia a la comisión de apertura, únicamente se podría invocar la falta de transparencia en el supuesto de no justificarse su devengo por la misma perfección del contrato.

23 A cuyo tenor: "En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero

por cuanto se refiere al desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes generado por la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura, el TJUE resuelve considerando lo ya indicado; y es que debe constatarse la existencia de un desequilibrio importante entre las partes cuando la entidad financiera no acredite que la comisión de apertura a valorar se corresponde con servicios efectivamente prestados o bien con concretos gastos atribuibles al prestatario[24]. Y, en todo caso, todas estas cuestiones deberán ser valoradas por el juez nacional[25].

3. El plazo de prescripción de la acción restitutoria.

Sin duda, la relativa al plazo de prescripción de la acción de restitución constituye la cuestión que más inquietud generaba en el ámbito temático que abarca la

de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77), y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato".

24 El TJUE declara que corresponde al juez nacional determinar el carácter abusivo o contrario a la buena fe de la concreta comisión de apertura, considerando para ello todas las circunstancias del contrato y, como elementos a valorar, señala el de "si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual". Sobre este particular cabría considerar que, en la práctica bancaria con profesionales, prácticamente todos los contratos de préstamo concertados incorporan una comisión de apertura, de tal manera que no parece adecuado considerar que la referida comisión pueda considerarse abusiva si su inclusión se encuentra en el ámbito de lo que pudiera considerarse como una práctica o patrón usual.

25 Así, el TJUE considera que si la comisión de apertura forma parte, o no, del precio, es cuestión que corresponde ser apreciada por el juez nacional, si bien señala como criterio orientativo que "*la comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo* hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de éste", entendiendo que la doctrina del Alto Tribunal será contraria a la Directiva 93/13/CEE si considerara que forma parte del precio por este "mero hecho" de que forme parte del coste total, en particular de que se incluya en la TAE. Pero conviene precisar que no es el señalado el argumento del TS, que declara que "el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales", destacando inicialmente que la comisión de apertura no es un coste eventual, que se puede generar o no según lo que suceda en la relación contractual, circunstancia que, sin duda, la aproxima a su consideración como prestación esencial y no accesoria, pero entendiendo que forma parte del precio, fundando tal razonamiento en la consideración de los tipos de costes que aprecia la entidad financiera al otorgar el préstamo, a saber, por un lado, el coste del dinero que se le proporciona al prestatario y, por otro, el generado por la necesaria realización de actividades imprescindibles para la concesión y que se verifican únicamente una vez. Así, en tal sentido, el Tribunal Supremo declara que "la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo». Esas actuaciones no solo derivan de las necesidades organizativas del banco, sino que como dice también la sentencia «son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE (LA LEY 2640/2014)". De lo que se infiere fundado concretar el precio del préstamo atendiendo tanto al coste de "la concesión" como al generado por el "disfrute" del préstamo, precisando que la comisión de apertura no resulta equiparable a otras comisiones, para concluir que no forma parte del precio únicamente por estar incluida en la TAE sino por su especial justificación y naturaleza y, por tanto, no es contraria a lo que dice el TJUE. Y de lo expuesto se deduce que la Directiva 93/13/CEE permite concluir que una comisión puede ocasionar un desequilibrio importante "cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente". Ciertamente, resulta cuanto menos llamativo que ninguno de los criterios extraídos de la Directiva y de la doctrina jurisprudencial que la interpreta conduzca a la apuntada consideración que el Tribunal de Luxemburgo parece extraer de la norma nacional que menciona y que, en todo caso, correspondería interpretar al Tribunal Supremo, que ya en su Sentencia núm. 44/2019 declaró que la comisión de apertura responde a la actividad normal de concesión del préstamo -que concita numerosas imposiciones de carácter legal-, que forma parte del precio, y que no es imprescindible ni posible vincularla con gastos concretos.

STJUE de 16 de julio de 2020. En definitiva, se trata de precisar la posibilidad de limitación temporal de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. En torno a esta cuestión se genera la relativa a si nos hallamos ante un supuesto de imprescriptibilidad de la restitución de los efectos de nulidad, o de si cabe cercenar temporalmente los efectos restitutorios, declarando que la acción de reclamación prescribe por el transcurso de cinco años.

El Tribunal de Luxemburgo enfrenta esta materia fundándose en dos principios fundamentales del orden público comunitario, cuales son el principio de equivalencia y el principio de efectividad.

Así, en atención al principio de equivalencia el TJUE viene a declarar que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que constriña a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de nulidad, por abusiva, de la estipulación en cuestión. Desde esta consideración resulta que, atendiendo a la regulación que ofrece el Derecho español acerca de cuándo nos hallamos ante una nulidad absoluta o radical, no aparece regulada en nuestro Código Civil la prescripción de la acción restitutoria. Y esta circunstancia podría suponer la necesidad de verificar una interpretación amplia del principio de equivalencia en sentido de entender que la acción es imprescriptible, toda vez que concurre una ausencia regulatoria legal en nuestro Derecho nacional, pues ciertamente toda limitación temporal establecida en relación con la posibilidad de ejercicio temporal de la acción de restitución obedece a la existencia de una construcción jurisprudencial aunque no a la realidad de una norma legal que expresamente lo establezca[26].

Por cuanto se refiere al principio de efectividad, en los apartados 91 y 92 de la Sentencia el Tribunal de Luxemburgo[27] declara que puede resultar excesivamente

26 Y es que sobre esta situación cabe citar abundantes ejemplos. Así, cfr., por todas, la STS 14 julio 2009 (ROJ: STS 4672/2009) en la cual, en un litigio relativo a la usura se señala como *dies a quo* para el cómputo de la acción, el momento de celebración del contrato para concluirse la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y de su restitución; la STS 12 diciembre 2012, en la que se declara que la consumación del contrato de préstamo hipotecario no impide el ejercicio de la acción restitutoria, aunque si deja a salvo la prescripción, respecto de la cual no se concluye su plazo; y la STS 19 diciembre 2018 que aplica la doctrina del orden público comunitario.

27 El apartado 91 de la STJUE 16 junio 2020 expresa que: "Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato □con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula□, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica". Por su parte, el apartado 92 declara lo que sigue: "Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución".

complicado para un consumidor el ejercicio de sus derechos restitutorios fijando el *dies a quo* de dicha acción con referencia al tiempo de celebración del contrato, contraviniéndose con ello el principio de efectividad, toda vez que resultaría imposible, o excesivamente difícil, en la práctica el ejercicio del derecho del consumidor a la restitución. Al respecto, es de apreciar que si se vincula el principio de efectividad con la previa cuestión resuelta, al conocer de las consecuencias restitutorias el prestatario consumidor, todo ello en relación al momento en que se sentó doctrina jurisprudencial en el ámbito nacional acerca de en qué momento podía reclamar el consumidor la restitución de lo indebidamente abonado una vez declarada la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos hipotecarios, resulta que el *dies a quo* para el cómputo de la posibilidad de ejercicio de la acción debería fijarse al menos, en atención a lo precedentemente expuesto, el 23 de enero de 2019, lo que supone que los cinco años a los que se refiere el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 16 de julio de 2020 deberían contarse desde la señalada fecha. En consecuencia, cabría entender que la acción de restitución de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios no prescribirá hasta el 23 de enero de 2024[28].

De manera que al no existir norma de Derecho interno que disponga sobre el plazo de prescripción de las acciones restitutorias que se generan como consecuencia de la declaración de nulidad, por abusiva, de una estipulación o condición general de la contratación, se hace preciso armonizar esta circunstancia con la normativa específica que constituye la tuitiva de consumidores, en la que el legislador sí que ha incorporado especialidades que conducen a un tratamiento asimétrico, a los efectos de restablecer la igualdad de posiciones entre las partes y armonizar con el principio de primacía concurrente en el Derecho comunitario, que también se integra, como es sabido, en nuestro sistema de fuentes.

La reflexión que de inmediato se desprende de lo que hasta ahora considerado es que la necesidad de actuación vuelve a ubicarse, una vez más, en el tejado del poder legislativo y no debe trasladarse, como en tantas otras ocasiones, a los órganos judiciales, condenando al prestatario consumidor a la inevitable sucesión de la disparidad de criterios judiciales en orden a determinar si, con posterioridad a declararse nula una estipulación contractual o una condición general de la contratación, el prestatario tiene o no derecho a que lo indebidamente abonado le

28 Sobre este particular conviene tener en cuenta que el TJUE, a partir de su Sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, señala que es el Tribunal Supremo el órgano judicial obligado a armonizar la interpretación del Derecho nacional con la doctrina comunitaria y, en tal sentido, se declara que: "No puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro —como es el Tribunal Supremo— estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales". Esta doctrina resulta reiterada en la STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17.

sea restituido con posibilidad de ejercitar su reclamación en un plazo imprescriptible, o limitado por los criterios generales de prescripción de las acciones.

4. Sobre la condena en costas.

Sobre este punto el TJUE considera la improcedencia de imponer al consumidor la parte proporcional de las costas procesales por su efecto disuasorio señalando que: "El art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales".

Al respecto, los apartados 98 y 99 de la STJUE 16 julio 2020 señalan que la eventual imposición de las costas judiciales vinculada al importe de las cantidades indebidamente abonadas cuya restitución interesa bien pudiera disuadir al consumidor de ejercitar la acción de nulidad. Pero, ante tal reflexión, cabe preguntarse si, hallándonos ante una estimación parcial y a los efectos de no influir en la decisión del consumidor, se encuentra justificada la contravención de la previsión legal contenida en el art. 394 LEC, en el que se dispone que la estimación parcial implica la no imposición de las costas judiciales a de las partes, y, en sentido contrario, imponer en todo caso las costas judiciales a la entidad financiera prestamista predisponente. Y es que no resulta clara la intención del Tribunal de Luxemburgo cuando en el apartado 95 de su Sentencia admite la autonomía procesal de los Estados miembros en la distribución de las costas, de lo que se infiere el planteamiento de una nueva cuestión de debate[29].

V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO. LA STS 457/2020, DE 24 DE JULIO.

Como ya anticipé, próxima en el tiempo a la STJUE 16 julio 2020, la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 457/2020 de 24 julio 2020, aplica la doctrina fijada en su resolución por el Tribunal de Luxemburgo.

29 El apartado 95 de la STJUE de 16 de julio de 2020 resulta del tenor siguiente: "A este respecto, resulta de la jurisprudencia mencionada en el anterior apartado 83 que la distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad".

Resulta de interés señalar que el antecedente más próximo de la resolución del Alto Tribunal ahora considerada lo constituyen las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 46, 47, 48 y 49, de 23 de enero de 2019. En la Sentencia núm. 46/2019[30] -y en las siguientes del mismo Ponente y fecha: la núm. 47/2019[31], la núm. 48/2019[32] y la núm. 49/2019[33] – el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo sentó doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula por la que se atribuye al prestatario la obligación de pago de la totalidad de los gastos e impuestos. Esta estipulación ya había resultado declarada nula, por abusiva, por la STS 23 diciembre 2015[34]. Por otra parte, interesa significar que esta doctrina jurisprudencial, anterior a las Sentencias del Pleno de 23 de enero de 2019, constaba ya en otras resoluciones anteriores[35], y resultaba fundada en la circunstancia de que estos gastos hipotecarios constituyen, en algunos supuestos, abonos que deben practicarse en favor de terceros profesionales y no teniendo como destinataria de los mismos a la entidad bancaria prestamista, pues se abonaban en concepto de honorarios generados por los servicios prestados en atención a su intervención profesional vinculada al préstamo hipotecario. En consecuencia, la declaración de nulidad por abusividad de esta categoría de estipulaciones, comprensivas de la imposición de gastos al prestatario consumidor, no puede determinar que dichos terceros, como profesionales intervinientes que han desplegado una actividad[36], deban quedarse sin percibir los honorarios que por norma les corresponde en atención a la actividad realizada en el ejercicio de su función profesional. Y así resulta que el abono de estos importes por los conceptos indicados debe incumbir a la parte contratante, ya sea el prestamista o el consumidor prestatario, a la que según la normativa vigente en el momento de la perfección del contrato le corresponda, de modo que el Tribunal, en atención a la expresada circunstancia, discrimina las diversas categorías de gastos implicados, ya sean notariales, registrales o, en su caso, derivados del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Desde las anteriores consideraciones, la STS 24 julio 2020 considera, atinadamente, que la doctrina declarada en la STJUE 16 julio 2020 resulta por completo compatible con la jurisprudencia previa del Alto Tribunal y, en consecuencia, concluye que es aplicable.

30 STS, Sala Civil, 46/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 101/2019 - ECLI:ES:TS:2019:101). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

31 STS, Sala Civil, 47/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 103/2019 - ECLI:ES:TS:2019:103). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

32 STS, Sala Civil, 48/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 104/2019 - ECLI:ES:TS:2019:104). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

33 STS, Sala Civil, 49/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 105/2019 - ECLI:ES:TS:2019:105). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

34 STS, Sala Civil, núm. 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

35 Cfr., por todas, la SSTS, Sala Civil, núm. 550/2000, de 1 de junio, núm. 842/2011, de 25 de noviembre, núm. 705/2015, de 23 de diciembre y las núm. 147/2018 y núm. 148/2018, de 15 de marzo.

36 Notarios, Registradores de la Propiedad, agentes o gestores, esencialmente.

El supuesto fáctico enjuiciado por la STS 24 julio 2020 es el siguiente. El 16 de octubre de 1998, Banco Santander, S.A., como prestamista, y D. X, como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó una cláusula 5.ª, sobre imputación de gastos y tributos derivados de la constitución de la hipoteca, que, en esencia, establecía lo siguiente: "QUINTA: Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª. […]".

La controversia jurídica que se plantea presenta los antecedentes siguientes. *a)* El Sr. X interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la mencionada cláusula quinta y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el demandante como consecuencia de su aplicación. Asimismo, interesaba la declaración de nulidad de la cláusula sexta sobre intereses de demora. *b)* El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Getxo dictó Sentencia núm. 47/2017, de 26 de abril, con el siguiente fallo: "Debo estimar y estimo parcialmente la pretensión de la demanda […] debiendo: Declarar la nulidad de las Cláusulas Quinta y Sexta establecidas en el contrato de préstamo hipotecario celebrado en fecha 16 de octubre de 1998, debiendo tenerlas por no puestas, y condenar a la demandada, como efecto de la nulidad de la cláusula quinta, a restituir a la actora la cantidad de 833,98€, correspondientes a los aranceles de notario y registrador, más el interés legal correspondiente, devengado desde el momento del pago de tales cantidades por el actor y hasta la sentencia, y desde la notificación de la misma los intereses indicados en el art. 576 LEC. Y como efecto de la nulidad de la cláusula sexta, la misma no tendrá efecto práctico alguno al no constar haberse abonado cantidad alguna por tal concepto y tratarse de un contrato ya cancelado". *c)* La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó sentencia núm. 3/2018, de 10 de enero, por la que estimó el recurso de apelación presentado por el demandante y desestimó el de la entidad bancaria, revocando la sentencia recaída en la instancia, en el sentido de estimar que procede la devolución de la cantidad íntegra reclamada en la demanda interpuesta por el Sr. X contra Banco Santander S.A, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato, incluidos la totalidad de los aranceles notariales y registrales y el impuesto de actos jurídicos documentados (correspondiendo a este último concepto la cantidad de 652'66 euros). *d)* Banco de Santander, S.A interpuso recurso de casación, articulado en un único motivo, en el que, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional –al concurrir

sentencias contradictorias de distintas Audiencias Provinciales- se denuncia la infracción del art. 1.258 del Código Civil, en relación con el art. 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en el sentido de que la sentencia recurrida decide arbitrariamente las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de una cláusula ignorando el contenido de los artículos infringidos. En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que la sentencia recurrida ha infringido los referidos preceptos, al imponer el pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y de la totalidad de los gastos notariales y registrales al prestamista predisponente, sin considerar lo dispuesto legal y reglamentariamente respecto de cada uno de esos gastos, decidiendo así de manera arbitraria acerca de las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula del contrato sobre imputación de gastos.

La Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 457/2020 24 julio 2020, a la que ahora me refiero, estima el motivo del recurso, aplicando la doctrina fijada por la Sentencia del TJUE 16 julio 2020, decidiendo en su fallo lo siguiente: "1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Santander, S.A contra la sentencia 3/2018, de 10 de enero de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Tercera, en el recurso de apelación núm. 466/2017. 2.º- Casar la expresada sentencia, que modificamos exclusivamente en el sentido de dejar sin valor ni efecto alguno la condena al banco a pagar a los prestatarios el gasto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y, respecto de los gastos notariales, se condena al recurrente a restituir la mitad". El transcrito fallo se alcanza mediante un razonamiento, sin duda, de impecable solidez argumentativa y una destacada brillantez en su clara exposición, que resulta expuesto en el Fundamento de Derecho Noveno, intitulado "Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios. Los gastos notariales y registrales, y el impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios. Estimación del motivo". Así:

1) Por cuanto se refiere a la causa, la Sala toma como punto de partida el presupuesto de la nulidad, por abusiva, de la cláusula de imputación indiscriminada de los gastos hipotecarios al prestatario consumidor, declarando lo siguiente: "la cuestión suscitada en este motivo, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario hipotecante, ha sido ya resuelta por este tribunal en varias ocasiones. La jurisprudencia generada al respecto se encuentra en las sentencias de Pleno 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. En un caso en que se cuestionaba la validez de una cláusula equivalente a la que es objeto de la presente litis, argumentamos en la citada sentencia 48/2019, de 23 de enero, por qué debía considerarse abusiva: (…) la introducción de dicha estipulación

implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual".

2) Con precisa referencia a las consecuencias de la declaración de nulidad, declara la Sentencia lo siguiente: "Recordamos que, conforme a los art. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal de Justicia, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, añadimos a continuación, «cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.) se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente".

3) Posteriormente, la Sala viene a poner al día su doctrina previa, concluyendo que la misma ha resultado "confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. Esta sentencia recuerda que, según reiterada jurisprudencia: "una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada)» (apartado 50); (…) debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61)» (apartado 52) (…) El juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C- 488/11, EU:C:2013:341, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (sentencia de 21 de diciembre de

2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 62)» (apartado 53)".

4) A continuación el Alto Tribunal viene a significar, con más detalle, la coincidencia de la doctrina expuesta con la ya declarada por la STJUE de 16 de julio de 2020, reproduciendo la doctrina que sienta sobre la cuestión litigiosa al declarar, en su apartado 54 lo siguiente: "El hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. (…) Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar".

5) Para avanzar aún más en su fundamentación, precisando que el TJUE, en el apartado 55 de su Sentencia de 16 de julio, expresa lo que seguidamente se reproduce: "En correspondencia con esta conclusión, responde a las cuestiones planteadas en relación con el tema de los efectos de la nulidad de la cláusula que se refiere a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca del siguiente modo: el art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos".

Y así, la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 457/2020, 24 julio 2020, aplica lo expuesto para resolver el litigio declarando lo que sigue: "Es por ello que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados. En este caso, el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y los gastos notariales y registrales. Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la sentencia 48/2019, de 23 de enero, recuerda y ratifica la jurisprudencia contenida en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, según la cual: (…) Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos

Documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario. Respecto a los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, (…) Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado sólo podía ser condenado a reintegrar la mitad (341,83 euros). Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los registradores de la propiedad regulado en el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Partiendo de lo anterior, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos: (…). En conclusión, la jurisprudencia de esta sala distinguió, en cuanto a los gastos que son objeto de este procedimiento, entre aquellos gastos cuyo pago, conforme a las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula, correspondía al consumidor y aquellos cuyo pago correspondía al banco, y condenó al banco a pagar estos últimos al consumidor. Doctrina cuya corrección ha resultado plenamente confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19". Y en el Fundamento de Derecho Cuarto, sobre las "consecuencias de la estimación del motivo", se expresa lo que sigue: «La estimación del recurso de casación supone modificar la sentencia de apelación, en el siguiente sentido: se deja sin efecto la condena al banco a pagar a los prestatarios el gasto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; se mantiene la condena al banco a reintegrar a los prestatarios los gastos registrales; y, respecto de los gastos notariales, como se refieren al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, se fija la condena al banco al pago de la mitad, pues fue otorgada en interés de ambas partes".

En conclusión, la STS 24 julio 2020, estima el recurso, casando la sentencia de apelación al acordar (i) dejar sin efecto la condena al banco a pagar al prestatario el gasto del IAJD; (ii) mantener la condena al banco a reintegrar al prestatario los gastos registrales y (iii) condenar al banco al pago de la mitad de los gastos notariales, en lo atinente al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario.

Como complemento de lo expuesto resulta de interés señalar que la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en fecha 23 de julio de 2020, hizo pública la primera resolución dictada por una Audiencia Provincial en la que se aplica la doctrina sentada por la STJUE 16 julio 2020, en relación con la materia del reparto de los gastos hipotecarios[37]. Y así, la Sala aplica la STJUE 16 julio 2020 y, en una sentencia datada el 21 de julio, declara que la comisión de apertura y la cláusula de gastos por la que se impone al cliente los honorarios del notario, del registrador de la propiedad y del tasador) resulta abusiva, confirmando la resolución recaída

37 SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 21 de julio de 2020. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Suárez Ramos.

en la instancia que había acogido las pretensiones del prestatario consumidor y desestimando el recurso planteado por el banco[38]. Por otra parte, se condena al banco al abono de las costas generadas no sólo en la alzada sino también en la instancia, con el propósito de "salvaguardar el interés del consumidor y evitar el efecto disuasorio"[39].

38 Al respecto se declara: "5. El carácter abusivo de la imposición genérica de gastos ha sido establecido por la Jurisprudencia: "… ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque "no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)" […] 7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 46/2019 Recurso: 2128/2017. 6. No existiendo prueba de negociación al respecto, cuya carga tiene el Banco, la cláusula es nula. Esto con independencia de la claridad o transparencia de la misma, pues no estamos analizando el precio o elementos esenciales del contrato, sino una estipulación que infringe el art. 89.3. Nulidad que es total: "la sentencia recurrida se opone a tales principios, puesto que solo considera abusiva una parte de la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, sin reparar en que dicha atribución indiscriminada y total es abusiva, en cuanto que altera el justo equilibrio entre las prestaciones", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 49/2019 Recurso: 5298/2017" (F.Jco Segundo). Para posteriormente pasar a analizar cada uno de los gastos en cuestión, "Gastos notariales, registrales, de gestoría y tasación" (F. Jco Tercero), "Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados" (F. Jco Cuarto), y "Comisión de apertura o estudio" (F. Jco Sexto).

39 En materia de costas se declara que: "15. La pretensión principal ha sido estimada: declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos. Cierto que las consecuencias derivadas de la nulidad no son todas las pedidas. "[E]l art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, "CY y Caixabank, S. A.". En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 4 de julio de 2017, Sentencia: 419/2017 Recurso: 2425/2015. En aplicación de esa doctrina, para salvaguardar el interés del consumidor y evitar el efecto disuasorio, procede la imposición de las costas de primera instancia al Banco. 16. Las costas de la apelación desestimada, por imperativo del art. 398, se impondrán a la parte recurrente" (F.Jco Séptimo). En suma, esta novedosa resolución de la AP de Las Palmas declara que la circunstancia de que la pretensión principal (esto es, declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos) haya resultado estimada resulta suficiente para condenar a la entidad bancaria al pago de las costas generadas tanto en primera instancia ("para salvaguardar el interés del consumidor y evitar el efecto disuasorio") como en apelación ("por imperativo del art. 398 LEC"), al margen de si concurre una restitución total o parcial de las cantidades abonadas como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. Y esta conclusión se alcanza porque, como atinadamente se expresa en la STJUE 16 julio 2020, los "arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, (…) se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas 'procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales'."

En definitiva, la Audiencia Provincial de Las Palmas después de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula que imponía al prestatario consumidor el abono de todos los gastos e impuestos generados por la constitución de un préstamo hipotecario, en virtud de la STS núm. 46/2019 de 23 de enero, y refiriendo el contenido de la STJUE de 16 de julio de 202013 y las disposiciones nacionales aplicables en defecto de la cláusula declarada nula (RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad), vino a declarar que las normas del derecho nacional supletorio "… no imponen al consumidor ninguno de estos pagos [Notaría y Registro] puesto que se remiten al pacto entre las partes, o al concepto de "interesado" o "beneficiado" (F. Jco 3.9). Por otra parte, se señala que, en el supuesto de los gastos de gestoría, "no existe normativa legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario", de manera que no se puede imponer al consumidor el abono de estos gastos. Y así, sin asumir la doctrina declarada en las SSTS de 23 de enero de 2019 y en las SSTS núm. 147/2018 y 148/2018 de 15 de marzo, ya referidas en este trabajo, la Audiencia Provincial de Las Palmas concluye que "la consecuencia es que, al ser la cláusula abusiva y no ser válido el pacto entre las partes, no puede negarse al cliente la devolución de dichas cantidades, que deberán ser abonadas por el Banco", atendiendo a la doctrina que se deduce de la STJUE de 16 de julio de 2020, si bien asume la doctrina consolidada en las referidas sentencias de nuestro Alto Tribunal en lo atinente al IAJD, ya que se concluye que los gastos generados por el señalado impuesto deben ser impuestos al prestatario. Por cuanto se refiere a la comisión de apertura, de conformidad con la pauta que se recoge en la STJUE 16 julio 2020, según la cual incumbe a los jueces y tribunales nacionales determinar si la cláusula pertenece al objeto principal del contrato "… atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato, así como a su contexto jurídico y fáctico… ", y no teniendo en cuenta el criterio del TJUE expresado a favor del carácter accesorio de la comisión de apertura, la Audiencia Provincial de Las Palmas entiende que la cláusula que impone implícitamente al consumidor el desembolso de una comisión de apertura integra un elemento esencial del contrato, ya que la somete al doble control de transparencia, concluyendo la Audiencia que la estipulación no superó este doble control porque, si bien constaba redactada de manera clara y sencilla -control de incorporación-, la misma no resultaba comprensible, toda vez que "… no se acreditó la información precontractual previa relativa a la comisión de apertura", tal y como imponía el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020. Para, a continuación, asumir el criterio del TJUE por el que una estipulación de estas características "… puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y

gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente", que acordó la nulidad de la cláusula por abusiva, ya que "… faltaba la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos…", para condenar a la entidad bancaria al reintegro de las cantidades (indebidamente) abonadas por dicha partida.

BIBLIOGRAFÍA

Castillo Martínez, C.C.: "Cláusula de impuesto y gastos (I). Gastos", en AA.vv.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. Fortea Gorbe y C. Castillo Martínez), Valencia, 2019, pp. 553-596.

Castillo Martínez, C.C.: "Cláusula de impuesto y gastos (II). Impuestos. Especial consideración al AIJD", en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. Fortea Gorbe y C. Castillo Martínez), Valencia, 2019, pp. 597-636.

Castillo Martínez, C.C.: "El derecho del prestatario a recuperar la parte de cuota gradual del IAJD devengado por la escritura del préstamo hipotecario y la abusividad de la cláusula que impone el pago del impuesto al prestatario: comentario crítico a la STS, Sala 1ª, 148/2018, de 15 de marzo", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 69, 2019, pp. 5-28.

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. A PROPÓSITO DEL ATC 40/2020 DE 30 DE ABRIL*

THE PROTECTION OF HEALTH, LIFE AND PHYSICAL INTEGRITY IN TIMES OF PANDEMIC IN THE CONSTITUTIONAL DOCTRINE. ABOUT ATC 40/2020 OF APRIL 30.

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 1026-1039

* El autor reconoce, y agradece también, el apoyo de la Ayuda del Programa "Ramón y Cajal "(RYC) 2015 (RYC-2015-188821), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

Joaquín
SARRIÓN
ESTEVE

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza el reciente Auto del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de prohibir y limitar el derecho fundamental de reunión y manifestación para tutelar la salud, la vida y la integridad de las personas.

PALABRAS CLAVE: Salud; vida; integridad física; pandemia; crisis sanitaria; derecho fundamental de reunión y manifestación.

ABSTRACT: *This research work analyses the recent Judicial Resolution of the Spanish Constitutional Court on the possibility of prohibiting and limiting the fundamental right to assembly and public demonstration to protect the health, life and integrity of people.*

KEY WORDS: *Health; life; physical integrity; pandemic; health crisis; fundamental right to assembly and public demonstration.*

SUMARIO.- I. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PARA LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES.- II. LA TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO PARA LA TUTELA DEL DERECHO DE REUNIÓN EN LUGARES DE TRÁNSITO PÚBLICO (MANIFESTACIÓN).- III. EXÉGESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL ATC 40/2020 Y DE LA PONDERACIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DE UNA REUNIÓN EN LUGAR DE TRÁNSITO PÚBLICO O MANIFESTACIÓN EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA.- IV. CONCLUSIONES.

I. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PARA LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES.

Como es sabido, la protección de la salud pública tiene su fundamento constitucional en el art. 43 de nuestra Constitución (CE)[1], que atribuye a los poderes públicos la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y dispone, en concordancia con el art. 30.2 CE, que mediante ley se pueden establecer deberes u obligaciones a este respecto[2]. Asimismo, sin duda, también se puede acudir al art. 15 CE que protege el derecho a la vida y la integridad física[3], para encontrar la cobertura constitucional necesaria para poder restringir o limitar derechos fundamentales, a través de instrumentos constitucionales o legales, o previstos en dicha normativa, con las debidas garantías, en situaciones de crisis sanitaria como la pandemia del COVID-19 que vivimos actualmente.

No hace falta, por tanto, acudir al tradicional principio de *Salus Publica suprema lex esto*[4], como una especie de principio de necesidad o de razón de Estado que

1 Art. 43 CE: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. /2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. / 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio".

2 Dispone el art. 30.4 CE: "Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública".

3 Art. 15 CE: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

4 Bombillar Sáenz, F.: "Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19", blog lawagainstpandemic.uj.edu.pl, 10 de abril de 2020.

• Joaquín Sarrión Esteve
Investigador Ramón y Cajal en Derechos Fundamentales e Integración de la UE, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Correo electrónico: jsarrion@der.uned.es

pueda justificar o dar cobertura jurídica a aquellas limitaciones que son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas, el bienestar y la salud común[5].

Dentro de nuestro sistema normativo, podemos encontrar, instrumentos jurídicos de diferente tipo para hacer frente a las crisis sanitarias, y proteger estos derechos[6], destacando, lo que se ha denominado como Derecho o legislación de necesidad, que incluye tanto el Derecho ordinario de necesidad o excepción, como también el Derecho constitucional de excepción[7].

Es dentro del Derecho constitucional de excepción, donde encontramos el art. 116 CE, que se desarrolla en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y con cuya base se aprueba el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestación de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que posteriormente será objeto de sucesivas prórrogas previamente autorizadas por el Congreso de los Diputados, el que introduce una serie de limitaciones a restricciones a los derechos fundamentales, y de forma particular a la libre circulación de personas[8].

Lo cierto es que aunque la declaración del estado de alarma introduce efectivamente limitaciones directas a algunos derechos fundamentales, en particular a la libre circulación de personas (art. 19 CE) pero también a la libertad religiosa y de culto(art. 16 CE), no es menos cierto que de forma indirecta se afectan a otros derechos fundamentales, de forma indirecta, como por ejemplo así ocurrió con las limitaciones a desplazamientos respecto a la propia libertad

5 Sobre esta cuestión y sus límites, desde una perspectiva de constitución normativa democrática, puede verse Sarrión Esteve, J.: "Sobre el constitucionalismo del bien común en los tiempos del COVID: ¿es posible un constitucionalismo iliberal?", blog del CEPC, 11 mayo 2020.

6 Decimos derechos en general y no "derechos fundamentales", ya que esta segunda acepción no es pacífica. Habitualmente la dogmática constitucional suele utilizar la expresión de derechos fundamentales para hacer referencia a los derechos humanos positivizados en una constitución. Sin embargo, mientras que hay autores que defienden un concepto axiológico de los mismos, otros prefieren decantarse por ser más pragmáticos y atender al sistema de garantías, de forma que la acepción de "fundamental" se reservaría para los derechos que gozan de los mayores niveles de garantías. Desde esta perspectiva, el derecho fundamental a la vida y la integridad física es un derecho fundamental, pero no lo es el derecho a la protección de la salud. Sobre esta discusión, y la clasificación de derechos en la Constitución española atendiendo a una perspectiva de las garantías, véase Gómez Sánchez, Y.: *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, 4ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018, pp. 145-146; y 209-210.

7 Véase Álvarez García, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996; y del mismo autor "El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Marzo-Abril 2020, núm. 86-87 Especial Coronavirus, pp. 6-21; Cierco Sieira, C.: "Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población", *Derecho y Salud*, 2005, vol. 13, núm. 2, pp. 211-256, y del mismo autor: *Administración Pública y Salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006; Cotino Hueso, L.: "Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Marzo-Abril 2020, núm. 86-87. Especial Coronavirus, pp. 88-101.

8 Sarrión Esteve, J.: "Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19", en AA.VV.: *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública* (dir. E. Atienza Macías y J.F. Rodríguez Ayuso), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 29-46

personal (art. 17 CE) o al propio derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). Hay que considerar que el art. 7 del RD que declara el estado de alarma establece que las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de una serie de actividades que se exceptúan de forma explícita[9], para las que también se permitirá la circulación de vehículos particulares; no estando entre las mismas el ejercicio del derecho de reunión ni manifestación.

Por ello, la comunicación por parte La Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) de la celebración de una manifestación en caravana o rodada, utilizando coches particulares, con un manifestante en cada auto, en la ciudad de Vigo con motivo del día 1 de mayo de 2020, Día del Trabajador, comenzando a las 11 horas y finalizando a las 12:30, fue prohibida por la Subdelegación de Gobierno alegando, precisamente, que el Real Decreto de declaración del estado de alarma no contemplaba dentro de las actividades excepcionadas de la limitación de circulación los desplazamientos con el fin de realizar una manifestación, prohibición que se verá confirmada judicialmente y en la inadmisión del recurso de amparo que, sin embargo, no va a ser óbice para que podamos extraer algunas conclusiones de la doctrina constitucional derivada del auto.

II. LA TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO PARA LA TUTELA DEL DERECHO DE REUNIÓN EN LUGARES DE TRÁNSITO PÚBLICO (MANIFESTACIÓN).

Aunque la CUT fundamenta el recurso de amparo no solo en el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), sino también en el derecho a la libertad sindical, el Tribunal Constitucional delimita el objeto de amparo únicamente a la tutela del derecho de reunión en lugares de tránsito público, es decir, en otras palabras, el derecho de manifestación; excluyendo, por tanto, de su conocimiento el derecho de sindicación dado que el recurrente inició el procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 122 de la Ley 29/19998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) previsto para el mismo, lo que condicionaba el objeto del recurso de amparo (FJ 1)[10].

9 Incluyendo, eso sí, dos supuestos bastante amplios e imprecisos como son: "g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad./ h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada"; tanto es así que el propio Presidente del Gobierno manifestó en rueda de prensa cuando anunciaba las medidas que había que entender que se podía sacar a pasear el perro, en lo que parece una especie de interpretación auténtica del autor de la norma.

10 Es el llamado procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, o también llamado amparo ordinario. Es uno de los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales (desde el punto de vista de las garantías, derechos reconocidos en los arts. 14 a 29), previsto en el art. 53.2 CE, y desarrollado para el orden contencioso-administrativo en los arts. 114 a 122 de la LJCA, y en particular respecto al procedimiento especial para la tutela de derecho fundamental de reunión se recoge en el art. 122 de la misma. Sobre este particular véase Vidal Fernández, B.: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 85-89.

En segundo lugar, y de forma más relevante, el TC se ocupa de la trascendencia constitucional. Como es sabido, desde la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), se introduce un nuevo (modelo de) recurso de amparo[11] y, junto a la denuncia de una eventual lesión de un derecho susceptible de recurso de amparo (los derechos fundamentales, desde el punto de vista de las garantías, derechos y libertades contenidos en los arts. 14 a 29 y la objeción de conciencia del art. 30.2 CE, conforme a lo previsto en el art. 53.2 CE), es necesario como requisito acreditar o justificar (art. 49.1 in fine LOTC) la "trascendencia constitucional" prevista en el art. 50.1 a) LOTC[12], que incluye tres conceptos de importancia que han sido objeto de precisión en la jurisprudencia del TC 1) "para la interpretación Constitución"; 2) para su aplicación o para su general eficacia, 3) "importancia para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales", conceptos que se han concretado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[13]; y que evidentemente permiten que el Tribunal utilice la trascendencia constitucional como una especie de filtro para seleccionar o acotar los recursos que van a ser objeto de su decisión, pero que supone también una restricción del derecho de los ciudadanos a que acceder al TC para que conozca de su caso[14]. Así, el TC ha considerado que estamos ante un requisito procesal, la justificación o acreditación y la especial trascendencia constitucional de carácter insubsanable (ATC 188/2008, FJ 3[15]), y que se puede dar en diferentes supuestos, habiendo desarrollado una lista no cerrada ni exhaustiva de ocho supuestos en los que concurriría tal trascendencia (STC 155/2009, FJ 2[16]): a) cuando se plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina constitucional; b) que tenga ocasión el TC de aclarar o cambiar su doctrina sobre la configuración del contenido de un derecho fundamental teniendo en cuenta el surgimiento de nuevas realidades sociales o cambios normativos relevantes, o del cambio de la doctrina de órganos de garantía de derechos de acuerdos y tratados referidos en el art. 10.2, para la configuración del contenido e un derecho fundamental; c) una violación derivada de una ley o disposición de carácter general; d) vulneración derivada de una interpretación jurisprudencial reiterada de la ley que sea lesiva del derecho fundamental, cuando considere el TC necesario proclamar otra interpretación conforme a la CE; e)

11 Borrajo Iniesta, I., Elías Méndez, C.: "La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 8.

12 Art. 50.1 b) LOTC: "Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales".

13 Pérez Tremps, P.: *Sistema de Justicia Constitucional*, 2ª edición, Civitas Thomsom Reuters, Madrid, 2016, pp. 135 y ss.

14 Gómez Sánchez, Y.: *Constitucionalismo Multinivel*, cit. pp. 250-251.

15 ATC (Sala Primera)188/2008, de 21 de julio (RTC 2008, 188).

16 STC (Pleno) 155/2009, de 25 de junio (RTC 2009, 155).

incumplimiento general y reiterado por la jurisdicción ordinaria de la doctrina constitucional sobre un derecho fundamental, o existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental; f) cuando un órgano judicial incurre en manifiesta negativa del deber de acatamiento de la doctrina constitucional conforme al art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; g) sin estar incluido en los anteriores supuestos transcienda el caso concepto planteando una cuestión jurídica de repercusión social o económica relevante y general, o con consecuencias políticas generales, pudiendo concurrir en determinados amparos electorales o parlamentarios, aunque no de forma exclusiva.

En este caso concreto el recurrente justifica la especial trascendencia constitucional en que el TC no había tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del derecho de reunión o la libertad sindical en el supuesto del estado de alarma (supuesto a) de la lista referida en la STC 155/2009 FJ2), pero el TC va a razonar que a pesar de su novedad, sí ha tenido oportunidad de examinar el alcance del estado de alarma sobre los derechos fundamentales, así en la STC 83/2016, donde concreta que cabe en el estado de alarma medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, y que debe ponerse en conexión con la abundante jurisprudencia sobre el derecho de reunión y manifestación, como derecho que se impone de forma inmediata y directa, no siendo de configuración legal, de forma que la comunicación no es una solicitud de autorización, si bien como el resto de derechos fundamentales tampoco es un derecho absoluto[17], y la prohibición cuando se den los motivos previstos constitucionalmente, debiendo ponderar en el caso concreto, por ello entiende que "en puridad, no es algo nuevo en la doctrina del Tribunal", y considera más conveniente entender que concurre el supuesto g) al trascender al caso concreto y plantear una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social; de forma que estima la existencia de "una indudable trascendencia constitucional que concretamos (…)" (ATC 40/2020 FJ 2), pero la elección del supuesto que atribuye esta trascendencia constitucional no es baladí[18].

17 Ciertamente es una constante, en la dogmática y la doctrina constitucional, la afirmación de que no existen derechos fundamentales de carácter absoluto, quizá con la excepción del derecho a la integridad física y moral en relación con la prohibición de la tortura (art. 15 CE); dada la necesaria ponderación de los derechos fundamentales con otros derechos y bienes jurídicos que pueden ser dignos de protección, y que obliga a cierta casuística en la interpretación constitucional.

18 Quizá anticipa el enfoque y la propia solución que va a adoptar el TC. Es interesante constatar que en el FJ 3, referido a la trascendencia constitucional, el TC ya desliza de forma implícita cual va a ser su posición sobre el caso: "en puridad, no es algo nuevo en la doctrina del Tribunal pues de lo que se trata es de identificar *ad casum* la noción de "orden público" con peligro para las personas, como elemento que ha servido para prohibir la celebración de la manifestación comunicada por la actora, sin perjuicio de reconocer que se trata de una peculiar y cualificada situación, ya que *se pretende desarrollar la manifestación en una situación de pandemia, con riesgo no sólo para la salud, sino incluso para la vida de las personas, y estando vigente una medida de confinamiento adoptada por el Gobierno al decretar el estado de alarma* a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo" (ATC 40/2020, FJ 3), cursiva añadida por el autor.

III. EXÉGESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL ATC 40/2020 Y DE LA PONDERACIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DE UNA REUNIÓN EN LUGAR DE TRÁNSITO PÚBLICO O MANIFESTACIÓN EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA.

Una vez constatada la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, en el FJ 3, realiza un examen limitar de sobre la verosimilitud de la lesión, porque en su caso de existencia de indicios de lesión, la admisión a trámite conllevaría la adopción de medidas cautelares so pena de que el recurso de amparo perdiera su objeto, esto es, el ejercicio del derecho fundamental a reunión y manifestación en el día concreto del 1 de mayo de 2020.

Descarta el Tribunal que el caso sea comparable al resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, también en un caso de prohibición de celebración de manifestación y que se resolvió con retroacción de actuaciones para que las autoridades administrativas adoptaran medidas que permitieran compatibilizar el ejercicio del derecho con la garantía de la salud pública, porque entiende el TC que en este caso concreto, el hecho de que la manifestación sea en el día conmemorativo del 1 de mayo, y que no puede celebrarse en otra fecha, no permite un margen temporal para que la autoridad administrativa pueda adoptar una decisión diversa; incluso considera que el planteamiento de la admisión a trámite del recurso, la concesión de medidas cautelares sería inviable; y haciendo alusión a otra resolución del Tribunal alemán, hace suya la difícil ponderación en estos casos en los que existe un peligro de ser infectado con el virus; y es que "un análisis liminar de la viabilidad del recurso que supone, de facto, formular el juicio de ponderación que exigiría un futuro pronunciamiento de fondo, pero que viene exigido por las muy particulares circunstancias del caso que nos ocupa" (ATC 40/2020, FJ 3 in fine).

A continuación, el TC dedica el FJ 4 al análisis y ponderación de la prohibición de la manifestación:

Entiende el TC que no cabe una prohibición tácita de la celebración de una reunión o manifestación, y que, a pesar de la ambigüedad de la motivación de la resolución administrativa de Subdelegación del Gobierno, sí existe motivación suficiente en la sentencia de instancia que subsanaría esos defectos en vía gubernativa.

Deja a un lado la discusión sobre si el estado de alarma ha supuesto o no, derivada de la limitación de la libertad de circulación (art. 19 CE) una limitación excesiva o una suspensión; y acepta el planteamiento del recurrente de que es más bien la decisión administrativa de prohibición de la celebración de la manifestación, y su confirmación judicial, las que determinan el alcance de la limitación del derecho

interpretando la declaración del estado de alarma, y que debe ser sometido al control del canon constitucional:

1) el derecho de manifestación no es un derecho ilimitado o absoluto;

2) la limitación adoptada tiene una finalidad legítima y cobertura constitucional bastante en la garantía de la integridad física de las personas (art. 15) y la protección de la salud (art. 43), razona que "ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias". Razona el Tribunal que en las actuales circunstancias y teniendo en cuenta los conocimientos científicos hasta la fecha, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación de los actos y actividades grupales son las únicas vías que parecen eficaces para limitar los efectos de la crisis sanitaria; y que la prohibición de la manifestación guarda una relación lógica y necesaria con la finalidad que se persigue de evitar la propagación de la enfermedad.

3) Considera que un juicio estricto de proporcionalidad le hace concluir que no existen indicios notables de la lesión alegada, entendiendo además que las medidas de protección propuestas se identifican con la forma o modalidad de la manifestación elegida por el sindicado para celebrar la manifestación, pero no aportan medidas de control de la transmisión específicas, o destinadas a compensar una previsible concentración de vehículos en caso de que la convocatoria tuviera una respuesta masiva; y hace hincapié, además, en que el itinerario elegido implica de facto la ocupación de la vía de principal circulación en Vigo, dividiendo en dos la ciudad, con la consiguiente eventual limitación de acceso de los hospitales, lo que puede impactar en la protección de la seguridad de las personas; teniendo en cuenta también el impacto de la infección en Vigo con los datos oficiales que se pueden manejar, lo que le lleva a considerar positivo el juicio liminar de proporcionalidad de las medidas.

Este razonamiento, hace que el TC considere que no concurre la verosimilitud de la denuncia de lesión del art. 21 CE, inadmitiendo el recuro planteado.

El problema, a mi juicio, estriba en tres cosas: una de las premisas (errónea, en mi opinión) de las que parte el TC; dar por buena la subsanación judicial de la falta de motivación de la decisión administrativa; y en el juicio de proporcionalidad liminar que realiza.

1. La premisa errónea del tiempo: *tempus fugit.*

El Tribunal parte de la premisa de que no cabe retrotraer actuaciones para que la autoridad administrativa pueda establecer las condiciones de celebración de la manifestación que hagan compatible el ejercicio del derecho de reunión y

manifestación porque dadas las características especiales de esta manifestación deben realizarse el 1 de mayo, y por razones de tiempo sería imposible; sin embargo, esto no es necesariamente así, por varias razones. En primer lugar, cabía la retroacción con 1) posibilidad de fijar otro día para celebrar la manifestación conmemorativa del 1 de mayo; 2) posibilidad de alterar el recorrido y las horas; 3) posibilidad de establecer las condiciones adecuadas que se consideren para hacer compatible el derecho de manifestación con la protección de la salud y la integridad.

2. ¿Los jueces pueden subsanar la falta de motivación de una decisión administrativa que limita derechos fundamentales en el procedimiento de tutela preferente y sumario de los mismos?

Como se ha comentado, el TC parte de que no cabe una prohibición tácita de la celebración de una reunión o manifestación, y que, a pesar de la ambigüedad de la motivación de la resolución administrativa de la Subdelegación del Gobierno, en la que ni siquiera queda claro si se prohíbe o no la celebración de la manifestación, quedaría subsanada por la suficiente motivación que se desarrolla en la sentencia de instancia, subsanando los posibles defectos de la resolución administrativa.

Esto ha sido objeto de duras críticas[19], puesto que es difícilmente aceptable que la falta de motivación de un acto administrativo, en el que la motivación sea necesaria, pueda ser suplida por el órgano judicial que la revisa o controla, esto es tanto como convertir al órgano judicial en una extensión de la Administración, y en reducir las garantías para el ciudadano.

3. Sobre la desacertada resolución del juicio de proporcionalidad limitar.

Entiendo que el juicio de proporcionalidad liminar que se hace sacrifica de un modo excesivo el derecho fundamental a celebrar reuniones y manifestaciones en lugares públicos, pues las propias medidas adoptadas por la Central sindical, aun estando vinculadas a la forma de celebración de la manifestación, eran adecuadas para limitar el contagio (utilización de vehículo de forma individual, y limitada a personas del sindicato, y con utilización de mascarillas, en un recurrido concreto, en unas horas concretas); quizá puede entenderse la necesidad de variar el recorrido para evitar aglomeraciones de vehículos en ciertas vías, y que pueda entorpecer el tráfico rodado o incluso el acceso a los hospitales de la ciudad, pero no parece que más allá de esto, una manifestación celebrada en vehículo particular suponga un peligro de contagio con una persona por vehículo. Además, la sindical convocante estaba abierta a la adopción de medidas, y la autoridad gubernativa

19 Véase De Villefort, M.: "El Tribunal Constitucional, en su primera "espantá" sobre el estado de alarma, convierte a los tribunales en "motivadores" de actos administrativos", blog, 1 de mayo de 2020.

tenía la facultad de proponer modificaciones o medidas complementarias (art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión[20]), como muy bien señala Presno Llinera[21].

Este autor sostiene que en realidad el TC ni siquiera realiza un auténtico juicio de proporcionalidad, pues obvia las dos primeras exigencias del mismo: la idoneidad de la prohibición para la finalidad perseguida; y la medida mínima imprescindible para su consecución sin que no haya otro sacrificio menor que lo permita[22].

Es más, se me escapa y no acierto a terminar de comprender por qué el TC excluye que las medidas relacionadas con la forma de celebración de la manifestación no puedan ser consideradas como medidas destinadas o con la finalidad de reducir o evitar el contagio, qué duda cabe que es así cuando se elige celebrar una manifestación en vehículo particular con una persona por vehículo o una manifestación a través de internet en las redes sociales o, incluso, en avión con una persona por avión, o utilizando drones.

El hecho de que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de abril de 2020[23], para un caso similar, haya permitido la celebración de la manifestación, no hace sino poner de manifestó la complejidad de la ponderación[24].

El Tribunal Constitucional, como muy bien señala también en esta resolución, es garante subsidiario de los derechos fundamentales, y es la jurisdicción ordinaria la que a través del procedimiento preferente y sumario está llamada a tutelar el derecho; en mi humilde opinión, aquí el TC falló al no admitir el recurso, lo que hubiera permitido que la manifestación se celebrara condicionándola al cumplimiento de ciertos requisitos a establecer por la autoridad gubernativa (cambio de recorrido, de horario, medidas adicionales) para hacer compatibles el ejercicio del derecho fundamental a la reunión y manifestación con la protección de la salud pública y el derecho a la vida y la integridad de las personas.

20 Art. 10 LO 9/1983: "Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación *o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación*. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación (…)". Cursiva añadida por el autor.

21 Presno Linera, M.: "Coranavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (14): comentario al Auto del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de una manifestación el 1 de mayo", blog El Derecho y el revés, 2 de mayo de 2020.

22 Ídem.

23 Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de abril de 2020 (rec. 112/220).

24 Puede verse un breve comentario a esta sentencia en Chaves, J. R.: "La Sala aragonesa cuestiona el estado de alarma y las prohibiciones derivadas del mismo", blog delajusticia.com, 1 de mayo de 2020.

Desde luego, como ha dicho acertadamente Cotino Hueso, la sentencia no manifiesta una predisposición favorable a las reuniones y manifestaciones durante la pandemia, y si bien la ponderación es casuística, obliga a los organizadores a esforzarse por "normalizar la excepcionalidad y descubrir nuevas formas de ejercicio de las manifestaciones algo creativas"[25]; quizá esto lo debamos tener en consideración si vuelven tiempos de alarma.

IV. CONCLUSIONES.

El derecho fundamental a tener una reunión, así como a manifestarse, se encuentra regulado en el art. 21 CE, condicionado -en el caso de reuniones en lugares de tránsito público, así como para manifestaciones- a una comunicación previa a la autoridad, que puede prohibir estas reuniones sólo "cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

La situación de crisis sanitaria que vivimos ha motivado la adopción por parte de las autoridades de medidas restrictivas para proteger la salud pública (art. 43 CE), así como la vida e integridad de las personas (art. 15 CE), entre ellas estuvo la declaración del estado de alarma, y la restricción que supuso para la libre circulación de las personas (art. 19 CE) y otros derechos; de hecho, de forma indirecta se han visto limitados los derechos de reunión y manifestación.

En este trabajo nos ocupamos de analizar el primer Auto del Tribunal Constitucional en el que tiene oportunidad de controlar y confirmar la prohibición por parte de la autoridad gubernativa de la celebración de una manifestación rodada en la ciudad de Vigo, con motivo del día 1 de mayo de 2020, Día del Trabajador; a pesar de que se proponía la utilización de coches particulares, con un manifestante en cada auto. Esta prohibición fue confirmada en la instancia judicial.

El TC, al inadmitir el recurso de amparo, parte -en mi opinión- de una errónea premisa, pues introduce de forma muy criticable una especie de principio subsanador de la motivación administrativa en vía judicial, y realiza un juicio de proporcionalidad liminar con un resultado inadecuado, ya que había fórmulas para hacer compatible el ejercicio del derecho fundamental con los derechos fundamentales a la vida y la integridad (art. 15 CE), así como la salud pública (art. 43 CE), conexión que realiza el propio TC y en lo que quizá sí está acertado.

25 Cotino Hueso, L.: "La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el Covid 19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional", blog, 1 de mayo de 2020. Disponible en www.derechoscovid.com [Consulta 1 de agosto de 2020].

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez García, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

Álvarez García, V.: "El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87. Especial Coronavirus Marzo-Abril, 2020, pp. 6-21

Bombillar Sáenz, F.: "Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19", blog lawagainstpandemic.uj.edu.pl, 10 de abril de 2020. Disponible en: https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/ [consulta 10 julio 2020].

Borrajo Iniesta, I., Elías Méndez, C.: "La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 8.

Chaves, J. R.: "La Sala aragonesa cuestiona el estado de alarma y las prohibiciones derivadas del mismo", blog delajusticia.com, 1 de mayo de 2020. Accesible en: https://delajusticia.com/2020/05/01/la-sala-aragonesa-cuestiona-el-estado-de-alarma-y-las-prohibiciones-derivadas-del-mismo/ [Consulta 1 de agosto de 2020].

Cierco Sieira, C.: "Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población", *Derecho y Salud*, 2005, vol. 13, núm. 2, pp. 211-256,

Cierco Sieira, C.: *Administración Pública y Salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

Cotino Hueso, L.: "Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Marzo-Abril 2020, núm. 86-87 Especial Coronavirus, pp. 88-101.

Cotino Hueso, L.: "La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el Covid 19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional", blog, 1 de mayo de 2020. Disponible en www.derechoscovid.com [Consulta 1 de agosto de 2020].

De Villefort, M.: "El Tribunal Constitucional, en su primera "espantá" sobre el estado de alarma, convierte a los tribunales en "motivadores" de actos administrativos", blog, 1 de mayo de 2020. Accesible en https://monsieurdevillefort.wordpress.com/2020/05/01/el-tribunal-constitucional-en-su-primera-espanta-

sobre-el-estado-de-alarma-convierte-a-los-tribunales-en-motivadores-de-actos-administrativos/ [Consulta 1 de agosto de 2020]

Gómez Sánchez, Y.: *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, 4ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018,

Pérez Tremps, P.: *Sistema de Justicia Constitucional*, 2ª ed., Civitas Thomsom Reuters, Madrid, 2016

Presno Linera, M.: "Coranavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (14): comentario al Auto del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de una manifestación el 1 de mayo", blog El Derecho y el revés, 2 de mayo de 2020. Disponible en: https://presnolinera.wordpress.com/2020/05/02/coranavirus-sars-cov-2-y-derechos- fundamentales-14-comentario-al-auto-del-tribunal-constitucional-sobre-la-prohibicion-de-una-manifestacion-el-1-de-mayo/ [consulta 1 de agosto de 2020].

Sarrión Esteve, J.: "Sobre el constitucionalismo del bien común en los tiempos del COVID: ¿es posible un constitucionalismo iliberal?", blog del CEPC, 11 mayo 2020. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog_cepc/2020/05/11/sobre-el-constitucionalismo-del-bien-com%C3%BAn-en-los-tiempos-del-covid-es-posible-un-constitucionalismo-iliberal- [consulta 10 julio 2020].

Sarrión Esteve, J.: "Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19", en AA.VV.: *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública* (dir. E. Atienza Macías, J.F. Rodríguez Ayuso), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 29-46

Vidal Fernández, B.: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2015.

EL TRASLADO TRANSFRONTERIZO Y LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE (*LEX SOCIETATIS*) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

CROSS-BORDER TRANSFER AND DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW (LEX SOCIETATIS) IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 1040-1057

Álvaro BUENO BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: En el presente trabajo se va a realizar un análisis de la jurisprudencia más relevante de los últimos años en materia de traslado transfronterizo y determinación de la ley aplicable a las sociedades (lex societatis). Por tanto, el objetivo de este artículo consiste en exponer los principales obstáculos jurídicos que afectaban a la realización efectiva de estas operaciones y, en consecuencia, exponer los distintos avances introducidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento con la finalidad de mejorar la productividad y competitividad de las sociedades a nivel intracomunitario.

PALABRAS CLAVE: Traslado internacional; domicilio social; traslado transfronterizo; ley aplicable; lex societatis; jurisprudencia; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TJUE.

ABSTRACT: *This paper will analyse the most relevant case law of recent years in the field of cross-border transfer and determination of the law applicable to companies (lex societatis). The aim of this article is therefore to set out the main legal obstacles affecting the effective performance of these operations and, consequently, to set out the various developments introduced by the case law of the ECJ in the area of freedom of establishment with the aim of improving the productivity and competitiveness of companies at intra-Community level.*

KEY WORDS: *Traslado internacional; domicilio social; traslado transfronterizo; ley aplicable; lex societatis; jurisprudencia; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TJUE.*

SUMARIO.- I. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.- II. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA EL TRASLADO DEL DOMICILIO DE UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA AL EXTRANJERO Y VICEVERSA.- III. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD (SEDE REAL VS CONSTITUCIÓN). DETERMINACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*.- IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. SENTENCIAS RELEVANTES.- V. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.

El traslado internacional del domicilio social implica que una sociedad constituida e inscrita conforme al Derecho español adopta la nacionalidad del país de destino. De ahí que, el traslado del domicilio supone que la sociedad adquiere una nueva nacionalidad y, en consecuencia, se aplique un derecho distinto al que se venía aplicando, esto es, el derecho del país de destino.

La operación del traslado internacional del domicilio social se encuentra regulada en el derecho español en los arts. 92 y ss. de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME). Asimismo, y por lo que refiere al ámbito registral, estas disposiciones de la LME deben ser puestas en relación con los arts. 20, 160, 161 y 309 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM) para aquellos casos de traslado de una sociedad española al extranjero y del traslado a España de una sociedad con sede social en el extranjero.

Ahora bien, el marco de este régimen jurídico lo establece el propio art. 92 LME que señala que "El traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español se regirán por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en este Título, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea". De ahí que la referencia a los tratados y convenios internacionales contenida en el artículo 92 tiene como único propósito aclarar que, en caso de existir un convenio, la sociedad que emigre deberá cumplir no sólo con las provisiones contenidas en la LME, sino también con lo acordado entre España y el país del destino en el seno del convenio, si existieran tal convenio[1]. Además,

1 Goenechea, J.M. y Gracia, C.: "Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2009, núm. 24, p. 19.

• Álvaro Bueno Biot
Doctorando en Derecho en la Universidad de Valencia. Correo electrónico: abb888813@gmail.com

este régimen jurídico también se verá completado por lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

La principal idea que subyace de lo estipulado por este régimen jurídico de la LME se construye sobre el mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. De esta forma, se posibilita que las sociedades españolas que quieran trasladar su sede social al extranjero puedan hacerlo sin que ello afecte a la continuidad de la personalidad jurídica siempre que la normativa del Estado miembro de destino lo permita. Por su parte, cuando una sociedad extranjera quieras trasladar su sede social a España, no será necesaria su disolución, pero sí deberán sujetarse al ordenamiento jurídico español, especialmente en lo que refiere a los requisitos de constitución del tipo social de que se trate (salvo que un Tratado o Convenio internacional disponga otra cosa).

Por último, no debe perderse de vista el tratamiento jurídico-procedimental que la LME establece para el traslado del domicilio de una sociedad española a un Estado miembro de la UE y el que se aplica cuando el país de destino no es un Estado miembro de la UE es el mismo, es decir, la LME no distingue en función del país de destino. En cambio, en la situación inversa (traslado a España del domicilio social de una sociedad extranjera), sí existe una diferenciación en función de cuál es el país de destino. De esta forma, cuando la sociedad que traslada su sede social a España procede de un país del Espacio Económico Europeo ello no va a afectar a la personalidad jurídica de la misma, mientras que cuando se trate de un traslado de domicilio de una sociedad de un "tercer estado" se exige que la normativa del estado de origen permita la operación del traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica.

Ahora bien, antes de entrar en el siguiente punto conviene precisar que la denominación "traslado internacional del domicilio social" que hace la LME no expresa bien la naturaleza de la misma. Como hemos dicho, cuando la sociedad traslada su domicilio social a otro Estado, pasa de estar regulada por la Ley del Estado de origen a regularse por la Ley del Estado de destino. De ahí que se produce un cambio del tipo social, esto es, cuando una sociedad de responsabilidad limitada española se transforma en una *società a responsabilità limitata* italiana, no sólo se produce un cambio de domicilio y de nacionalidad, sino que cambia también el régimen jurídico y estatutario. Por ello, como señala ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA[2] resulta más adecuado hablar de transformación transfronteriza, que podría definirse como el traslado del domicilio social al extranjero con cambio de la ley reguladora y adopción de un tipo societario del Estado de destino, conservando su personalidad jurídica.

2 Álvarez Royo-Villanova, S.: "El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud", *Almacén de Derecho*, 2017. Consultar en https://almacendederecho.org/traslado-internacional-domicilio-transformacion-transfronteriza-la-importancia-la-stjue-polbud

II. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA EL TRASLADO DEL DOMICILIO DE UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA AL EXTRANJERO Y VICEVERSA.

Para que una sociedad pueda trasladar su domicilio desde España al extranjero o viceversa es necesario que cumpla dos requisitos. El primero de ellos (art. 54 TFUE) se basa en criterios alternativos, es decir, es suficiente con:

a) Que la sociedad despliegue sus actividades en un Estado miembro, esto es, que su centro de explotación principal radique en dicho Estado.

b) Que tenga su sede estatutaria en un Estado miembro, esto es, que en los estatutos conste que la sociedad tiene su sede en el Estado miembro en cuestión.

c) Que la administración central de la sociedad radique en el Estado miembro, es decir, que el centro de dirección efectivo de la misma se sitúe en dicho Estado.

Por tanto, dado el carácter alternativo de estos criterios, con que se cumpla cualquiera de ellos bastaría para entenderse cumplido el primer requisito, el cual debe concurrir junto al otro requisito obligatorio: que la sociedad se constituya conforme al derecho de un Estado miembro. La jurisprudencia europea[3] señaló que será el Derecho nacional de los Estados miembros –por remisión del Derecho Comunitario- el que verifique si la sociedad ha sido válidamente constituida, ya que en las normas comunitarias falta una definición uniforme.

En este sentido, cuando la sociedad se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro y, además, tiene su sede estatutaria o su administración central o su principal centro de explotación en un Estado miembro podrá beneficiarse de la libertad de establecimiento en los otros Estados miembros.

De esta forma, no se benefician de la libertad de establecimiento ni de la libre prestación de servicios las sociedades radicadas en un tercer país que dispongan de sucursales o agencias situadas en países comunitarios, pero que no se han constituido con arreglo a la Ley de un Estado miembro.[4]

El régimen jurídico de la LME se aplicará a todas aquellas sociedades mercantiles españolas que se hayan inscrito en el Registro Mercantil. De esta forma, quedan excluidas de este régimen las sociedades que no sean mercantiles y las que –aún siendo mercantiles- no estén inscritas en el Registro Mercantil.

3 STJUE 16 diciembre 2008. Cartesio Oktató és Szolgáltató bt Asunto C-210/06, FJ 109.

4 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea", *Estudios de Deusto*, 2007, vol. 55/1, p. 58.

Además, la LME excluye expresamente a las sociedades anónimas europeas (art. 92 LME), debido a que ya disponen de su propio régimen jurídico para el traslado del domicilio social, así como a aquellas sociedades en liquidación o declaradas en concurso de acreedores (art. 93.2 LME). Sin embargo, el legislador nada ha establecido sobre la posibilidad de que una sociedad extranjera en liquidación o en concurso de acreedores pueda trasladar su domicilio a territorio Español, posibilidad que, como hemos visto, para el traslado de sociedades españolas al extranjero está vetada.

III. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD (SEDE REAL VS CONSTITUCIÓN). DETERMINACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*.

Existen varios modelos para atribuir a una sociedad la nacionalidad de un país. Cada Estado tiene su propio modelo de atribución. En el presente trabajo voy a pasar a exponer los dos más importantes y utilizados en el ámbito de los Estados Miembros de la Unión Europea y que son los siguientes:

a) El modelo de sede real: la ley aplicable a la sociedad (l*ex societatis*) será la ley del Estado en el que la sociedad tenga su sede real, esto es, su establecimiento principal o administración central. Bajo esta teoría se exigiría, por tanto, conexión entre domicilio social y actividad como requisito fundamental de aplicabilidad de la *lex societatis*. Con ello lo que se pretende es que la sociedad esté regida por la ley del Estado donde se desarrolla la principal actividad económica de la misma y evitar la creación de sociedades ficticias. Este es el modelo seguido por países como Alemania, Francia, Bélgica, Austria y España, entre otros. De hecho, en el ordenamiento jurídico español ello se refleja en el art. 9.1 LSC donde establece que "Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación".

b) El modelo de constitución: la *lex societatis* será la ley del Estado conforme a cuyo derecho se haya constituido la sociedad. De esta forma, la nacionalidad de la sociedad será la del lugar en que se inscribe en el Registro mercantil, de manera que se aplicará el derecho del estado que se encuentra en la escritura de la sociedad, con independencia de donde se lleva a cabo su actividad económica principal. De ahí que sea el lugar donde se haya creado la sociedad –el que conste en los estatutos- el que determine la ley aplicable. Este modelo es seguido por países como Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido o Suecia

En el primer supuesto –modelo de sede real- una sociedad extranjera será reconocida únicamente si el Estado donde se ubique su sede real y el Estado de constitución coinciden, es decir, que una sociedad extranjera sólo será reconocida

si se ha constituido válidamente conforme al Derecho del lugar donde radique su sede real. En consecuencia, en aquellos Estados donde se utilice este modelo no van a ser reconocidas las sociedades cuya sede real no se encuentre en el territorio del Estado en el que se constituyeron.

Por su parte, en el segundo supuesto –modelo de constitución-, el reconocimiento de las sociedades no presenta ninguna dificultad. En este sentido, una vez se ha constituido la sociedad conforme al Derecho de un Estado, será reconocida en los demás. Esto se explica porque, conforme a este modelo de constitución, el reconocimiento va a depender de que la sociedad se haya constituido conforme a su *lex societatis*, y esta ley aplicable es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido, de manera que una sociedad que se ha constituido de acuerdo con las normas de un Estado extranjero, será válidamente reconocida.

Como vemos, la relación que presenta cada uno de estos dos modelos con la libertad de establecimiento difiere bastante. Mientras el modelo de constitución no presenta problemas, el modelo de sede real condiciona el reconocimiento de la sociedad a que la misma se haya constituido conforme al derecho del Estado donde radique su sede real, de manera que si no se dan estas dos circunstancias conjuntamente no va a poder beneficiarse de los derechos inherentes a la libertad de establecimiento.

Planteadas así las cosas, surge la duda de si este modelo de sede real es compatible con el régimen establecido por el TFUE, especialmente con lo estipulado por los artículos 49 y 54 TFUE que consagran la libertad de establecimiento, ya que la Unión Europea es también un "espacio de libertad, de seguridad y de justicia" (art. 61 TCE, actual art. 67 TFUE), un espacio por el que los ciudadanos de la UE, los nacionales de los Estados miembros, tienen derecho a circular libremente (art. 18.1 TCE, actual art. 21.1 TFUE), y en el que las sociedades que cumplen los requisitos del art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE), tienen derecho a establecerse con total libertad en otros Estados miembros. Y "establecerse libremente" significa establecerse sin "obstáculos jurídicos"[5].

Por tanto, es necesario realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la compatibilidad de estos modelos con el TFUE y, además, ha impuesto límites a la facultad que tienen los Estados Miembros para reconocer a sociedades extranjeras. Así, en el siguiente apartado se van a exponer algunas de las sentencias más relevantes sobre ello.

5 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Sociedades mercantiles", cit., p. 73.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. SENTENCIAS RELEVANTES.

No hay duda de que la jurisprudencia del TJUE ha contribuido de manera decisiva a determinar lo que supone la libertad de establecimiento en los traslados transfronterizos en un doble sentido: por un lado, ha eliminado algunos obstáculos que dificultaban o impedían el traslado transfronterizo de la sede social y, por otro lado, ha contribuido a establecer límites a las facultades de los Estados miembros en lo que respecta a la imposición de requisitos y condiciones que éstos pueden establecer para que se lleve a cabo el traslado transfronterizo.

En este sentido, el TJUE se ha ocupado del traslado transfronterizo de sede social fundamentalmente, y en lo que al presente trabajo resulta de interés, en tres casos. Se trata de los asuntos *Cartesio*[6], *Vále Épitesi*[7] y *Polbud*[8]. No obstante, para entender adecuadamente los argumentos del TJUE en estos casos es necesario ponerlos en relación con el contexto creado por la jurisprudencia sentada por el TJUE en los asuntos *Centros*[9], Überseering[10] e *Inspire Art*[11], ya que en estos tres últimos se plantea el debate sobre los modelos de determinación de la ley aplicable (*ley societatis*) expuestos anteriormente y su grado de compatibilidad con la libertad de establecimiento consagrada por el TFUE en los actuales artículos 49 y 54.

Así, en primer lugar, encontramos la Sentencia del caso *Centros* donde un matrimonio danés –nacionales daneses y residentes en Dinamarca- constituyó una sociedad en Inglaterra conforme a la ley inglesa y con sede social en Inglaterra. Posteriormente, la sociedad decidió abrir una sucursal en Dinamarca y solicitó la apertura de la misma donde iba a desarrollar la totalidad de las actividades económicas, no realizando ninguna en el Estado inglés. La razón de ello residía en que el matrimonio danés pretendía evitar la aplicación de las normas sobre el capital mínimo que establece el derecho danés. En consecuencia, las autoridades del Estado danés denegaron la solicitud debido a que no se trataba de una verdadera sucursal, sino de un establecimiento principal.

Ante tal situación, el TJUE señaló que Dinamarca es competente para establecer todas aquellas medidas que considere necesarias con la finalidad de evitar el fraude fiscal, esto es, que los Estados miembros pueden adoptar medidas apropiadas para prevenir o sancionar fraudes siempre que respondan a las condiciones

6 STJUE 16 diciembre 2008. Cartesio Oktató és Szolgáltató bt Asunto C-210/06.

7 STJUE 12 julio 2012. Vale Építési kft. Asunto C-378/10.

8 STJUE 25 octubre 2017. Polbud – Wykonawstwo sp. Z o.o. Asunto C-106/16.

9 STJUE 9 marzo 1999. Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Asunto C-212/97.

10 STJUE 5 noviembre 2002. Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). Asunto C-208/00.

11 STJUE 20 septiembre 2003. Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Insipre Art. Ltd. Asunto C-167/01.

tradicionalmente exigidas por el TJUE para considerar justificada la restricción a alguna libertad fundamental: que no se trate de medidas discriminatorias, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para alcanzar el objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo[12].

Sin embargo, las autoridades danesas no pueden impedir la instalación de la sucursal de la sociedad inglesa en el Estado danés. En consecuencia, Dinamarca debe admitir la existencia y el establecimiento de la sociedad *Centros* en su territorio ya que dicha sociedad se ha constituido válidamente conforme al derecho inglés, esto es, al derecho de otro Estado miembro. Así, una sociedad constituida válidamente conforme al ordenamiento de un Estado miembro tendrá derecho a establecer una sucursal –para llevar a cabo la totalidad de sus actividades- en otro Estado miembro.

Conforme a ello, se ha debatido entre la doctrina más autorizada sobre si el TJUE, en este sentido, ha considerado que el art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE) tiene alcance conflictual y, en definitiva, ha reconocido la tesis de la incompatibilidad entre el modelo de sede real y el TFUE. En favor de esta incompatibilidad se ha pronunciado Garcimartín Alférez[13] quien ha sostenido su tesis con base en dos argumentos:

Por un lado, señala que, si un Estado no puede invocar la excepción del fraude para rechazar la inscripción del establecimiento, con más razón no podrá invocar una regla general. Y, precisamente esto es lo que implica un modelo de sede real, cuyo fundamento último es el fraude ya que no se reconocen a las sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado distinto al del Estado donde tiene su sede real para evitar que los socios defrauden los intereses de este último.

Y, por otro lado, afirma que los considerandos de la sentencia *Centros* solo se entienden a partir de la tesis de la incompatibilidad, ya que el TJUE hace una lectura del art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE) que contradice abiertamente el modelo de sede real de donde se desprende directamente que las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades principal se encuentre dentro de la Comunidad europea, tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro. Y porque más tarde señala el TJUE que "… En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en

12 Torralba, E.: "La transformación transfronteriza de sociedades en el ámbito de la UE: una perspectiva de Derecho internacional privado", *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2019, núm. 55, p. 6.

13 Garcimartín Alférez, F.J.: "La sentencia 'centros' del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, núm. 1, pp. 9-11.

otros estados miembros es inherente al ejercicio, dentro del mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado".

En segundo lugar, la Sentencia del caso Überseering parte del siguiente supuesto: una sociedad –denominada Überseering- constituida válidamente conforme al derecho holandés y con sede social en Holanda decidió trasladar su sede de dirección a Alemania. En consecuencia, las autoridades alemanas afirmaron que dicha sociedad debía "reconstituirse" conforme al derecho alemán. La razón estriba en que en Alemania se sigue el modelo de sede real y, por tanto, como ahora la sociedad tiene su sede real o efectiva en dicho estado se debe regir por el derecho alemán. De ahí que las autoridades alemanas negaran que Überseering tuviera personalidad jurídica y capacidad procesal al no estar constituida conforme a su derecho. Por tanto, como señala el TJUE (Cdo. 81º), la exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento.

Así las cosas, el TJUE señaló que la adopción de dicho modelo de sede real suponía un obstáculo a la libertad de establecimiento y, en consecuencia, no podía ser aplicado en los casos comunitarios. En efecto, la negativa de un Estado miembro a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio estatutario supone una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con los actuales artículos 49 y 54 TFUE (Cdo. 82º).

Con esta sentencia, el TJUE vino a decir, en definitiva, que si la sociedad Überseering había sido válida y legalmente constituida conforme al derecho holandés –que es un Estado miembro-, esta sociedad queda cubierta por el art. 48 TCE (actual 54 TFUE) y, en consecuencia, protegida por la libertad de establecimiento, de manera que puede transferir con total libertad su sede de dirección efectiva de un Estado miembro a otro sin perder por ello su personalidad jurídica a raíz de obstáculos impuestos por el ordenamiento jurídico alemán. En este sentido, el TJUE viene a confirmar la doctrina sentada en la anterior Sentencia del caso *Centros*.

Y, por último, para finalizar con esta trilogía jurisprudencial del TJUE, cabe analizar la sentencia del caso *Inspire Art*. Se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada que se constituyó conforme a la ley inglesa y estableció su domicilio social en Inglaterra. Dicha sociedad estaba dirigida por un administrador único desde Holanda, donde disponía de una sucursal y, además, se llevaban a cabo el 100% de sus actividades económicas y comerciales. Para ello, las leyes holandesas exigían a las sociedades extranjeras un capital mínimo e imponían normas de responsabilidad solidaria a los administradores bastante exigentes. De ahí que las autoridades holandesas exigieran que la sociedad Inspire Art cumpliera

con tales disposiciones. Sin embargo, el TJUE estableció que tales disposiciones se oponían a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 48 TCE (actual art. 54 TFUE) y, por tanto, la citada sociedad podía instalarse en el Estado miembro que prefiriera, así como instalar sucursales y llevar a cabo sus actividades económicas y comerciales en el Estado miembro que deseara.

El Estado holandés, por tanto, quedaba obligado a reconocer a una sociedad que se había constituido válidamente conforme al derecho de otro Estado miembro y, en consecuencia, dicha sociedad, amparada por la libertad de establecimiento, podía ejercer actividades exclusivamente en otro estado miembro diferente de donde se constituyó y a evitar la aplicación de las normas del Estado miembro de destino relativas a la constitución de sociedades.

Por tanto, vemos como el modelo de sede real, según el cual una sociedad se constituye conforme al ordenamiento del Estado donde establece su sede real –administración central o centro principal de actividades-, no es compatible con la libertad de establecimiento consagrada por los arts. 49 y 54 TFUE en lo que refiere al reconocimiento de sociedades provenientes de otros Estados miembros. Y eso es así porque el modelo impide que una sociedad válidamente constituida según el Derecho de un Estado miembro sea reconocida en otro Estado miembro, que adopta un sistema de sede real, en los casos en los que el Derecho según el que se constituyó tal sociedad no es el del territorio en el que tiene dicha sede[14].

Ahora bien, esta conclusión no puede conducirnos a pensar que el modelo de sede real no pueda aplicarse en ningún caso en el espacio comunitario. De hecho, las sentencias que se expondrán a continuación vienen a decir que, en ausencia de una armonización del Derecho de la UE en este sentido, los Estado miembros tendrán facultades para determinar las condiciones de las sociedades que se acogen a su ordenamiento, tanto para su constitución como en aquellos casos en los que éstas pretendan regirse por su *lex societatis* como consecuencia del traslado transfronterizo.

El caso *Cartesio* parte del siguiente supuesto: una sociedad constituida válidamente conforme al ordenamiento húngaro y con domicilio social en Hungría decidió trasladar su domicilio social a Italia. Sin embargo, manifestó su intención de continuar sometida a la Ley húngara amparándose en la libertad de establecimiento consagrada en los arts. 43 y 48 TCE (actuales arts. 49 y 54 TFUE). Lo que ocurre es que, según el Derecho internacional privado húngaro, dicho traslado no era posible ya que la sociedad al trasladar su sede social fuera de dicho país pierde su condición jurídica de sociedad, es decir, pierde su personalidad jurídica y, en consecuencia, se extingue.

14 Torralba, E.: "La transformación transfronteriza", cit., p. 4.

En este caso, el TJUE hizo varias afirmaciones importantes en lo que a este trabajo interesa. En primer lugar, estableció que el derecho de las sociedades de trasladar su sede social de un Estado miembro a otro manteniendo su personalidad jurídica no se había desarrollado en el derecho comunitario. Esto es, que no existen Convenios internacionales entre Estados miembros ni normas en el Derecho comunitario que regulen este derecho de las sociedades a trasladar su domicilio social manteniendo la Ley aplicable a la sociedad y su personalidad jurídica (Cdo. 108).

De ahí que, al no regularse esta cuestión por el Derecho comunitario ni ningún Convenio internacional, será la legislación de cada Estado miembro el que establezca los requisitos para que una sociedad pueda trasladar su sede social sin cambiar la Ley aplicable que rige dicha sociedad y manteniendo su personalidad jurídica. Por tanto, en el presente caso, el TJUE afirmó que la libertad de establecimiento amparada por el TFUE no incluye el derecho de la sociedad *Cartesio* de trasladar su domicilio social a Italia conservando su ley aplicable. Para ello, esta posibilidad debería estar permitida por el derecho húngaro, lo que en este caso no ocurría y, en consecuencia, la sociedad debía dejar de existir como tal perdiendo su personalidad jurídica porque así estaba previsto por la legislación húngara.

No obstante, a pesar de esta facultad de los Estados miembros de regular el traslado transfronterizo, ésta no es absoluta. Los arts. 43 y 48 TCE (actuales arts. 49 y 54 TFUE) exigen que el Estado miembro de origen admita estas dos posibilidades[15] en lo que refiere a la cuestión del traslado transfronterizo de sede social:

1. El Derecho del Estado de origen de la sociedad debe permitir que ésta pueda disolverse y volver a constituirse en otro Estado miembro con arreglo a la Ley del Estado miembro de destino.

2. El Derecho del "Estado miembro de salida" de la sociedad debe otorgar a dicha sociedad su derecho a "transformarse", sin previa disolución y liquidación de la misma, en una sociedad regida, ahora, por el Derecho nacional de otro Estado miembro ("Estado de destino"), siempre que el Derecho del "Estado miembro de destino" permita dicha transformación sin disolución de las sociedades extranjeras. Lo contrario supondría un obstáculo a la libertad de establecimiento de una sociedad válidamente constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro

15 Martínez Rivas, F.: "Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 1, p. 141.

Por su parte, siguiendo esta línea, encontramos el caso *Vále Építési* cuyo supuesto de hecho es el siguiente: Una sociedad de responsabilidad limitada constituida conforme a las leyes italianas y con sede real en Italia decide trasladar su centro de actividades a Hungría e iniciar allí sus actividades. No obstante, una vez obtenida la cancelación de la hoja registral del registro mercantil italiano, el registro húngaro le deniega su inscripción aduciendo que, de acuerdo con las leyes húngaras, las normas sobre transformaciones sólo serán aplicables a las sociedades húngaras y no a sociedades que se hayan constituido conforme a la legislación de otro Estado, en este caso Italia. Ante ello, después de recurrir la sociedad italiana en apelación y ante el Tribunal Supremo, éste último plantea una cuestión prejudicial al TJUE con el objeto de aclarar si las normas que fundamentan la denegación de la inscripción son compatibles con la libertad de establecimiento amparada por los arts. 49 y 54 TFUE.

El TJUE en este caso resolvió que no es posible que un Estado miembro establezca normas que permitan a las sociedades nacionales transformarse, pero, en cambio, no permita la transformación de una sociedad de otro Estado miembro. Señaló que ello está comprendido en el ámbito de la prohibición de los arts. 49 y 54 TFUE. En este sentido, si la legislación nacional sólo prevé la transformación cuando la sociedad ya tiene su domicilio en el propio Estado, lo que se produce aquí es un trato discriminatorio, esto es, una diferencia de trato en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la transformación. En consecuencia, afirma que "por lo que respecta al principio de equivalencia, debe señalarse que, en virtud de este principio, un Estado miembro no está obligado a tratar las operaciones transfronterizas más favorablemente que las operaciones internas. Tal principio sólo implica que las medidas del Derecho nacional para garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que las aplicables a las situaciones semejantes de naturaleza interna".

Además, el TJUE dio indicaciones sobre cómo realizar la operación para aquellos casos en los que el derecho nacional no establezca nada al respecto. En este sentido, afirmó que procede la aplicación sucesiva de los derechos nacionales. Esto es, primero se deberán cumplir las normas sobre transformación del Estado de origen y, posteriormente, las del Estado de destino.

Y, finalmente, indicó que, conforme al principio de efectividad, "las autoridades del Estado miembro de acogida están obligadas a tener debidamente en cuenta, en el examen de una solicitud de registro de una sociedad, los documentos procedentes de las autoridades del Estado miembro de origen que acreditan que dicha sociedad cumplió efectivamente las condiciones de éste, en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión".

Por último, conviene tener presente el caso *Polbud* cuyo supuesto de hecho es el siguiente: Una sociedad constituida conforme a la Ley polaca y con sede real en Polonia, pretende trasladar su domicilio a Luxemburgo, pero sin cambiar su sede real, esto es, su centro de dirección efectiva.

En este sentido se distingue del caso *Cartesio* en que en éste se pretendía trasladar la sede real sin cambiar la ley aplicable, y del caso *Vále Építési* porque el Estado miembro que se opone es el Estado de origen. Además, en el caso *Polbud*, el debate gira en torno a si cabe la posibilidad de trasladar el domicilio estatutario sin cambio del centro de dirección efectiva o sede real.

El TJUE entiende que las autoridades polacas no pueden oponerse al traslado alegando que no se cumple el requisito de coincidencia de domicilio social y sede real que es lo que exige el derecho polaco. La razón estriba en que si la sociedad polaca se ha convertido en una sociedad luxemburguesa, las autoridades polacas no tienen potestad para exigir que se cumpla el principio de sede real. En todo caso, debería ser el Estado de Luxemburgo el que exija que se cumpla este principio y, en el presente, supuesto no lo exige.

Por su parte, el TJUE también entendió que no es necesario que la sociedad vaya a ejercer una actividad económica en Luxemburgo. En consecuencia, la sociedad puede optar por aquella legislación que considere más conveniente, razón que es suficiente para justificar la transformación transfronteriza[16].

Para finalizar, en lo que respecta a cómo puede afectar esta transformación transfronteriza a terceros, el TJUE también se pronunció, ya que acreedores, trabajadores y socios minoritarios que había establecido su relación con esa sociedad teniendo en cuenta un régimen legal, ahora se van a encontrar sujetos a otro régimen legal sin su consentimiento. En este sentido, el TJUE señala que tanto el Estado de origen como el de destino pueden establecer medidas para garantizar los derechos de acreedores, trabajadores y socios minoritarios. Sin embargo, el TJUE afirma que la medida adoptada por el Estado polonés –exigir la liquidación de todas las relaciones jurídicas- va más allá de lo necesario para garantizar estos derechos[17].

16 En este sentido, el TJUE en el considerando 40 de la Sentencia afirma que "no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa".

17 En este sentido, el TJUE en el considerando 58 de la Sentencia establece que "Procede destacar que esta normativa prevé, con carácter general, la obligación de liquidar la sociedad, sin que se tenga en cuenta el riesgo real de causar un perjuicio a los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores y sin que sea posible optar por medidas menos restrictivas que puedan salvaguardar esos intereses. En lo que atañe, en particular, a los intereses de los acreedores, como ha señalado la Comisión Europea, la constitución de garantías bancarias o de otras garantías equivalentes podría ofrecer una protección adecuada de dichos intereses".

V. CONCLUSIONES.

Tal y como hemos venido exponiendo en este trabajo, la jurisprudencia del TJUE, en el ámbito de la libertad de establecimiento, ha contribuido de manera decisiva a determinar y establecer los límites de los traslados transfronterizos entre Estados miembros de la UE. Sin embargo, pese a que deben primar las interpretaciones de lo establecido por la jurisprudencia comunitaria, ello no supone una exclusión automática y absoluta del derecho nacional de los Estados miembros, sino que éste se aplicará cuando estemos ante la ausencia de normas comunitarias en la materia, sin perjuicio de que estos derechos nacionales queden sometidos al control de los arts. 49 y 54 TFUE.

En lo que respecta a la jurisprudencia del TJUE, cabe tener en cuenta, en primer lugar, la trilogía *Centros-Überseering-Inspire Art*, de cuyas sentencias podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1) Una sociedad puede ejercitar la totalidad de sus actividades económicas sin necesidad de que cuente con un vínculo real con el Estado miembro de constitución. En consecuencia, los socios podrán elegir la ley aplicable a la sociedad estableciendo simplemente la sede estatutaria de la misma en el Estado que deseen y constituyendo la sociedad conforme a la legislación del mismo. Y ello con independencia de que sus actividades económicas radiquen en otro Estado miembro. De esta forma, la sociedad, amparada por la libertad de establecimiento, podrá establecer agencias o sucursales y explotar su actividad económica en el Estado miembro que desee. De ahí que no haya lugar para el fraude, esto es, dentro de los límites de la UE la sociedad puede moverse libremente sin que cualquier movimiento que realice suponga una maniobra ficticia que dé lugar al fraude, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptar los Estados miembros para prevenirlo.

2) Las legislaciones de los Estados miembros que impongan normas imperativas para impedir a las sociedades aprovecharse de aquellos ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros que les sean más beneficiosos serán contrarias a la libertad de establecimiento. La razón reside en que para que la libertad de establecimiento pueda ser efectiva es necesario que las normas relativas a la constitución de sociedades de los distintos Estados miembros tengan un valor idéntico, esto es, que sean equivalentes. En consecuencia, esto provocará una competencia de los Estados por mejorar sus ordenamientos y, por tanto, favorecer la implantación de sociedades en sus territorios.

3) Los Estados miembros, con respecto a la libertad de establecimiento, siguen manteniendo la potestad de establecer aquellas medidas que consideren

necesarias con el objeto de evitar el fraude de ley y la implantación de sociedades ficticias.

Por su parte, la conclusión que podemos extraer de los casos *Cartesio* y *Vále Építési* es la siguiente: Una sociedad constituida válidamente conforme al ordenamiento de un Estado miembro no puede trasladarse a otro Estado miembro con mantenimiento de la personalidad jurídica y de la Ley aplicable del Estado de origen. Pero, en cambio, lo que si queda amparado por la libertad de establecimiento es el derecho de dicha sociedad a trasladar su domicilio social con cambio de la Ley aplicable ajustándose a los requisitos establecidos por las normas del Estado de destino y abandonando las normas del Estado de origen. Y todo ello sin necesidad de que se produzca la disolución de la sociedad, siempre y cuando el Derecho del Estado de destino admita tal posibilidad, de manera que, si así se prevé por la normativa del Estado de destino, dicho traslado se podrá llevar a cabo con las condiciones expuestas, quedando vetada la facultad del Estado de origen, en virtud del principio de libertad de establecimiento, a impedir dicho traslado.

En consonancia con lo anterior, los Estados miembros no podrán establecer un trato diferente para las sociedades en función de si éstas pertenecen a su territorio o a otro Estado miembro. Ello es discriminatorio y, en consecuencia, los Estados miembros deberán darle, conforme al principio de equivalencia, un trato igual a las sociedades independientemente de su naturaleza interna o transfronteriza. Además, en las citadas operaciones de traslado se aplicarán sucesivamente los derechos nacionales del Estado de origen y del Estado de destino, así como respetar, conforme al principio de efectividad, lo estipulado por los documentos que el Estado de destino reciba del Estado de origen.

Ahora bien, con la sentencia del caso *Polbud*, lo relevante reside en la ampliación de la libertad de establecimiento que el TJUE hace al respecto: ahora las sociedades podrán optar por elegir la ley que más les convenga independientemente de donde tengan la sede real, es decir, su centro principal de actividades. En este sentido, una sociedad puede desarrollar la totalidad de su actividad económica en un Estado miembro y mantener su sede estatutaria e, incluso, trasladarla a otro Estado miembro con cambio de la Ley aplicable, siempre y cuando la legislación del Estado miembro de destino lo permita, lo que ocurrirá en tanto en cuanto este Estado adopte el modelo de constitución. Por tanto, los socios tienen total libertad para elegir la ley aplicable a la sociedad tanto en el momento de su constitución como en cualquier momento posterior a través de la transformación transfronteriza.

Sin embargo, esto puede favorecer el "*Delaware effect*", esto es, la posibilidad de que las sociedades opten por las jurisdicciones que les resulten más favorables. Esto anteriormente solo se producía en el momento de constitución de la sociedad,

pero con la posibilidad de cambiar la ley reguladora en un momento posterior a través del traslado transfronterizo manteniendo la personalidad jurídica, ahora este efecto se ha ampliado favoreciendo la concentración de sociedades en aquellos territorios que siguen el principio de constitución, ya que allí no se requiere una conexión entre sede real y domicilio estatutario, esto es, ordenamientos que permiten un cambio de domicilio social sin cambiar la sede real.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Royo-Villanova, S.: "El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE Polbud", *Almacén de Derecho*, 2017.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea", *Estudios de Deusto*, 2007, vol. 55/1. pp. 49-121.

Garcimartín Alférez, F.J.: "La sentencia 'centros' del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, núm. 1.

Goenechea, J.M. y Gracia, C.: "Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2009, núm. 24, pp. 15-26.

Martínez Rivas, F.: "Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 132-142.

Torralba, E.: "La transformación transfronteriza de sociedades en el ámbito de la UE: una perspectiva de Derecho internacional privado", *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2019, núm. 55.

JURISPRUDENCIA

STJUE 25 octubre 2017. Polbud – Wykonawstwo sp. Z o.o. Asunto C-106/16.

STJUE 12 julio 2012. Vale Építési kft. Asunto C-378/10.

STJUE 16 diciembre 2008. Cartesio Oktató és Szolgáltató bt Asunto C-210/06.

STJUE 20 septiembre 2003. Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Insipre Art. Ltd. Asunto C-167/01.

STJUE 5 noviembre 2002. Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). Asunto C-208/00.

STJUE 9 marzo 1999. Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Asunto C-212/97.

PANORAMA

MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO Y LA NUEVA PERSPECTIVA BASADA EN LOS APOYOS. UN ESTUDIO DE DERECHO PERUANO*

DECLARATION OF WILL OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE GENERAL THEORY OF LEGAL ACT AND THE NEW PERSPECTIVE BASED ON SUPPORTS. A STUDY OF PERUVIAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 1060-1081

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Perú, y del Proyecto de Investigación de esta misma Universidad PI.61.006.2020: "El nuevo tratamiento de la capacidad en el Derecho Civil peruano. Un necesario análisis transversal de la capacidad en los distintos libros del Código Civil", IP. Enrique Varsi Rospigliosi.

Enrique VARSI
y Romina
SANTILLÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha supuesto, en términos generales, un replanteamiento de la idea de autonomía de la voluntad al reconocer plena capacidad jurídica en todo sujeto con independencia de su discapacidad. Esta nueva realidad viene a modificar el modo de conceptuar e interpretar la declaración de voluntad en la teoría general del acto jurídico, y muy en especial, cuando la capacidad natural de conocer y querer puede venir naturalmente limitada por una discapacidad psíquica o por un estado de coma. La formación interna de la voluntad y su manifestación se vuelve un asunto complejo, sobre todo cuando los apoyos podrían no ser garantía suficiente para conocer la verdadera voluntad de quien padece cualesquiera de esas discapacidades. Por todo ello, se analiza el art. 141 del Código Civil peruano, regulador de la manifestación de voluntad, a fin de ofrecer unas pautas generales que permitan conocer adecuadamente, y reconstruir, en algunos casos, la voluntad de las personas con discapacidad, dependiendo de cada situación.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; teoría general del acto jurídico; manifestación de voluntad; apoyos; Derecho peruano.

ABSTRACT: *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities recognizes full legal capacity in any person, regardless of disability, and this has caused, in general terms, a rethinking of the idea of autonomy of the will. This new reality modifies the way of conceptualizing and interpreting the declaration of will in the general theory of legal act, especially, when the natural capacity to know and want can come naturally limited by a psychic disability or by a coma state. The internal formation of the will and its manifestation are a complex matter, above all when the supports might not be enough to know the true will of the person suffering from any of those disabilities. For all these reasons, this paper analyzes the article 141 of Peruvian Civil Code, regulator of the declaration of will, in order to offer general guidelines that make it possible to know adequately, and rebuild, in some cases, the will of persons with disabilities, depending on each situation.*

KEY WORDS: *Persons with disabilities; general theory of legal act; declaration of will; supports; Peruvian Law.*

SUMARIO.- I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- II. RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO: SOBRE LA DECLARACIÓN O MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.- III. DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD A LA TOMA DE DECISIONES.- IV. LA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- V. LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: ALCANCE Y CARACTERES.- VI. RECONSTRUCCIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL "CRITERIO DE LA MEJOR INTERPRETACIÓN".- VII. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[1] ha supuesto, en términos generales, un replanteamiento de la idea de autonomía de la voluntad al reconocer plena capacidad jurídica —entendida esta en sus dos dimensiones conocidas: dinámica y estática[2]— en todas las personas que padecen una discapacidad, cualquiera que fuere esta dentro de la tipología que admite la Convención (física, sensorial e intelectual o psíquica).

La Convención regula aspectos de Derecho sustantivo y, en una visión amplia, si puede así decirse, reconoce autonomía de la voluntad en todo sujeto con independencia de su discapacidad, pero sin olvidar, y admitiendo expresamente, la necesidad de los apoyos pertinentes en todos aquellos casos que los requieran para que sea posible el ejercicio de los derechos y la plena participación en sociedad[3]. Una realidad que irradia sus efectos a distintos ámbitos en los que antes resultaba impensable que las personas con discapacidad pudiesen actuar por sí

1 Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por Perú el 30 de enero de 2008 (tanto la Convención como su Protocolo fueron firmados el 30 de marzo de 2007).

2 *Vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 73-74.

3 Sobre este aspecto son acertadas e ilustrativas las afirmaciones que, de modo general (y, por tanto, aplicables a cualquier orden jurídico que deba adaptarse a las disposiciones de la Convención), hace Martínez Calvo, J.: "La ampliación de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad* (dir. por A. L. Martínez-Pujalte y J. Miranda Erro), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 424-426.

• Enrique Varsi Rospigliosi
Doctor en Derecho. Profesor principal e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú. Correo electrónico: enriquevarsi@gmail.com

• Romina Santillán Santa Cruz
Doctora en Derecho. Investigadora del Grupo de Investigación Ius Familiae de la Universidad de Zaragoza (reconocido como Grupo de Referencia por el Gobierno de Aragón), España. Investigadora externa del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Correo electrónico: rominasantillansc@gmail.com

mismas, siendo uno de ellos, precisamente, el de los actos jurídicos, cuya esencia la constituye aquello que se denomina declaración o manifestación de voluntad[4].

La discapacidad encierra una tipología diversa y cada tipo de discapacidad puede presentar, a su vez, circunstancias y necesidades muy diferentes. Por eso, aun cuando la Convención declare que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, subrayando su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones[5], existen fundadas razones para sostener que tales condiciones no se darán por igual en todos los casos. A veces, la capacidad natural de conocer y querer puede venir naturalmente limitada por una discapacidad psíquica: así ocurre cuando esta provoca un alto grado de afección en las facultades cognitivas y volitivas de la persona que la padece, resultando directamente afectado, a causa de ello, el sustrato mismo de la plena capacidad de obrar[6].

La nueva teoría de la capacidad influye en la clásica estructura del acto jurídico[7]. En lo que a la declaración de voluntad se refiere, los inconvenientes a que puede dar lugar una discapacidad sensorial y/o física bien podrían quedar superados con medios alternativos, incluso tecnológicos, que ayudarían a obtener tal declaración sin mayor problema[8]. Mas no se puede hacer esta misma afirmación cuando se trata de casos de discapacidad psíquica, pues las dificultades propias de esta discapacidad, dependiendo de su grado o intensidad, comportarían mayores dificultades en el momento de la emisión de la voluntad interna, y puede que aun más en su propia formación. Problemas tales que, sin ápice de duda, también estarán presentes cuando se trate de estados de coma, pues estos, configurando casos *sui generis* de discapacidad, imposibilitan a la persona expresar su voluntad[9]. El estado de inconsciencia profunda que produce dicho suceso médico —el

4 Que es como más propiamente la conceptúa el Código civil peruano (*vid.* arts. 140 y 141 CC).

5 De acuerdo con el Preámbulo (literal n) y el art. 3.a) de la Convención. *Vid.* Barranco, M. C.; Cuenca, P. y Ramiro, M. A.: "Capacidad jurídica y Discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2012, tomo V, p. 57.

6 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, cit., 2014, pp. 82-88.

7 Terminología empleada dentro del Código civil peruano; no se emplea en este la expresión "negocio jurídico". Sin embargo, a los efectos de esta investigación, cualquier referencia al negocio jurídico debe ser reconducida al concepto de acto jurídico, en el contenido y alcance recibidos dentro del Derecho peruano.

8 *Vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, cit., pp. 79-80; y, Santillán Santa Cruz, R.: "La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados", en AA.VV.: *Estudios Críticos sobre el Código Civil* (coord. por M. A. Torres Carrasco), Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 676-677.

9 Para conocer el particular tratamiento que reciben en el CC los casos de personas en estado de coma, y que deja un poco en el limbo legal el estatus jurídico que estas adquirirían en cuanto a su capacidad: pues son personas con capacidad de ejercicio restringida si antes del estado de coma no pudieron designar un apoyo (mas no por eso estarán sujetas a curatela), y personas con plena capacidad de ejercicio en caso que sí lo hubieran nombrado anticipadamente; *vid.* Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 45-A. Representantes legales", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 280-281.

estado de coma— no permite a la persona que lo padece moverse ni responder a su entorno[10].

Por todo lo anterior, deben evitarse, en la medida de lo posible, las referencias generalizadas cuando se alude a las personas con discapacidad. Pues, como se acaba de ver en estas breves líneas introductorias, hay características particulares que diferencian a una discapacidad de otra, y cuyas diferencias no resultarán irrelevantes a la hora de obtener, por ejemplo, la declaración de voluntad de una persona con discapacidad psíquica o de interpretar la voluntad ya declarada. En sede de actos jurídicos, si ya, algunas veces, no es tarea fácil interpretar la voluntad de personas que no padecen una discapacidad psíquica, imaginemos entonces la dificultad que bien podría entrañar la presencia de una discapacidad como esta.

Ahora bien, no podemos mostrarnos ajenos a esta realidad ni restarle importancia bajo la equivocada idea de que en tanto no inmediatamente conocible la voluntad, esta es ya indiferente para el Derecho. Muy por el contrario, es aquí justamente donde se advierte el desafío a que debe hacer frente el Derecho, ideando, regulando y poniendo en práctica mecanismos adecuados y eficaces que faciliten la obtención de la declaración de voluntad en todos los casos, con independencia de si hay o no una discapacidad (pues puede tratarse también de casos de personas mayores que muestran dependencia, pero no propiamente una discapacidad), sin que neguemos con ello que es la discapacidad el presupuesto primero que plantea esta necesidad de ordenación.

De hecho, cuando entró en vigor el Decreto Legislativo Nº 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, de 3 de septiembre de 2018[11] (en adelante, DLeg. 1384), se introdujeron varios cambios en materia de capacidad tanto en el Código Civil peruano (en adelante, CC) como en otros textos legislativos[12]. Y si bien en esta reforma "la persona con discapacidad ha sido el punto de referencia para la construcción de una categoría fundamental en el Derecho peruano: la capacidad jurídica. Y, a su vez, ha motivado un nuevo tratamiento civil de la capacidad que irradia sus efectos en varios aspectos"[13], todos estos recientes efectos no afectan solo a las personas con discapacidad, sino a todas las personas en general.

10 *Vid.* Borao Aguirre, M. P.; Martínez Burgui, J. Á. y Palanca Arias, D.: "Capítulo 4. Actitud ante un paciente en coma", en AA.VV.: *Manual de Urgencias Neurológicas* (coord. por M. J. Borruel Aguilar *et al.*), Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Teruel, Teruel, 2013, p. 43.

11 En vigor desde el 5 de septiembre de 2018, tras su publicación en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 4 de septiembre de 2018.

12 Para información sobre las reformas introducidas en otros textos legislativos, acceder al enlace <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reconoce-y-regula-la-capacidad-jurid-decreto-legislativo-n-1384-1687393-2/> (Última consulta: 13 enero 2021).

13 Santillán Santa Cruz, R.: "Los claroscuros de la reforma del Código Civil peruano por el Decreto Legislativo n.º 1384", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en*

Por todo ello, es objeto de este trabajo analizar el art. 141 del Código Civil peruano, regulador de la manifestación de voluntad, a fin de ofrecer unas pautas generales que permitan conocer adecuadamente, y reconstruir, en algunos casos, la voluntad de las personas con discapacidad, dependiendo de cada situación. Lo cual no puede ser abordado en toda su profundidad si antes no hacemos un breve repaso por todos aquellos aspectos que dan relevancia a la voluntad en el Derecho privado. Al mismo tiempo, se presenta la ocasión más que oportuna para hacer un recorrido por la evolución normativa que ha experimentado, desde 1984[14], el precepto en cuestión en su ineludible propósito de adecuarse al tópico de la discapacidad y de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.

II. LA RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO: SOBRE LA DECLARACIÓN O MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.

En el ámbito del Derecho privado, la voluntad de los sujetos de derecho actúa frecuentemente como causa eficiente de efectos jurídicos, unas veces generando las consecuencias ya previstas por el Derecho objetivo para el acto de que se trate, y otras muchas, logrando la producción de los efectos que la voluntad del sujeto o sujetos que lo celebraron establecieron para él[15].

Pero, como resulta lógico, esa voluntad de los sujetos de derecho solo adquiere relevancia jurídica cuando es exteriorizada o manifestada de algún modo, o para ser más exactos, mediante cualquier medio legalmente admitido. De ahí que se pueda "llamar *declaración de voluntad* al acto de exteriorización de la misma: el acto destinado a manifestar o dar a conocer a otros sujetos (determinados o indeterminados) la voluntad del sujeto de derecho que la emite. Así entendida, la declaración de voluntad constituye común denominador de los actos jurídicos"[16].

Esta voluntad que constituye el elemento medular de los actos jurídicos, en tanto parte de un proceso humano, se presenta en dos fases o momentos. La fase interna es la fase volitiva pre-accional, es decir, aquella en que reside la voluntad del sujeto de querer realizar un determinado acto, pero que permanece oculta en su fuero interior al no haber sido aún manifestada. Mientras que, la fase externa es aquella donde se exterioriza ese querer interno. En los actos jurídicos es preciso que ambas fases se integren, porque si la voluntad interna no es manifestada es irrelevante para el Derecho. Si la voluntad no se exterioriza carece de existencia

el Derecho español de la discapacidad (dir. por A. L. Martínez-Pujalte y J. Miranda Erro), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 467-475.

14 Año de la entrada en vigor del CC peruano vigente.

15 *Cfr.* De Pablo Contreras, P.: "El derecho subjetivo: su ejercicio y límites", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo I. Derecho Privado y Derechos Subjetivos* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), vol. I, 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2018, p. 215.

16 De Pablo Contreras, P.: "El derecho subjetivo: su ejercicio y límites", cit., p. 215.

jurídica. Solo si la voluntad es comunicada y conocida por otros puede producir efectos vinculantes.

El sujeto de derecho, en tanto poseedor de autonomía de la voluntad, entendida esta como ese poder de autorregulación y autogobierno de los particulares, puede decidir celebrar o no un acto jurídico, y si decide celebrarlo, puede regular, modificar o extinguir, mediante él, sus relaciones jurídicas conforme a sus preferencias e intereses. Mas para esto es necesario que la voluntad declarada por el sujeto a tales efectos sea una voluntad libre, seria y constante. "La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias"[17], como la cognitiva o intelectual. Sin estas potencias no hay poder de gobernarse a uno mismo.

Sin embargo, este esquema clásico de autonomía debe ser reanalizado a la luz del nuevo concepto de capacidad. La Convención reconoce capacidad de obrar en toda persona con discapacidad, con independencia de si puede o no manifestar su voluntad por sí misma y por sí sola, con independencia de si necesita o no apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, con independencia, en general, de si puede o no manifestar voluntad, en cuyo caso —al menos en lo que respecta al Derecho peruano (*vid.* art. 659-B CC)— entraría a tallar el "criterio de la mejor interpretación de la voluntad" que debe aplicar el apoyo para reconstruir la voluntad de la persona a quien asiste y decidir como esta lo hubiese hecho en caso de haber podido hacerlo sin necesidad de apoyo. Todo ello se estudiará más adelante.

Por último, a los efectos de este estudio, no está de más indicar que, aunque conforme a la doctrina más extendida, "atendiendo al grado de libertad de los particulares para autorregular sus intereses y a la eficacia jurídica de sus decisiones, se ha creado una distinción de alcance general, y no exenta de discusión, que separa por una parte los llamados 'actos jurídicos' y, por otra, los llamados 'negocios jurídicos'"[18], en función de si, respectivamente, las consecuencias jurídicas se producen *ex lege*, o si obedecen en todo caso al poder de autorregulación de que goza el sujeto cuya conducta las desencadena[19]; la legislación y la doctrina peruanas emplean genéricamente, y sin hacer mayor distinción, la nomenclatura de "acto jurídico" (*vid.* art. 140 CC), como seguidamente vamos a ver. Esta precisión es oportuna para evitar confusiones posteriores.

17 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, vol. I, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 367.

18 Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 89.

19 *Cfr.* Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil I: Parte General. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, vol. III, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 120. En el mismo sentido, *vid.* De Pablo Contreras, P.: "El derecho subjetivo: su ejercicio y límites", cit., p. 215; y, Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 89.

III. DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD A LA TOMA DE DECISIONES.

La manifestación de voluntad es la esencia misma del acto jurídico[20]. Tanto es así que, a la luz de la legislación civil peruana, el acto jurídico es definido como "la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas" (art. 140, parte I, CC). Los actos jurídicos son fuente de efectos jurídicos y, precisamente, son celebrados con el objeto de propiciar la producción de los mismos[21].

Toda persona tiene capacidad jurídica. Las personas con discapacidad pueden celebrar negocios jurídicos manifestando su voluntad, esto en la línea del reconocimiento de la autodeterminación, del derecho a la toma de decisiones, el derecho a equivocarse y el libre desarrollo de la personalidad.

La institución de los apoyos es una innovación en los sistemas civiles y, como tal, requiere romper estructuras, repensar instituciones, con la finalidad de introducir figuras novedosas en el Derecho Civil, es decir, para reconstruirlo. Por ello, no es extraño que la Convención exija la búsqueda de un nuevo equilibrio entre el principio de protección que es propio de los sistemas tradicionales de regulación de la capacidad y la autonomía[22].

Y es que los apoyos irrumpen en el Derecho Civil cambiando paradigmas, nos fuerzan a entender que la toma de decisiones con relevancia jurídica (patrimonial o personal) no se ciñe ya a la sola manifestación de voluntad (que es un *acto final*) sino que encierra todo un proceso humano de toma de decisiones (que es un *acto integral*), el que se estructura tomando en cuenta que la persona se:

Informe			
	Comprenda		
		Comunique	
			Manifieste voluntad

Cuadro 1. Proceso humano de toma de decisiones.

Con cada uno de estos pasos, que implica el proceso formativo interno de decisión, la persona da a conocer su parecer, pone en conocimiento su deseo,

20 *Vid.* Vidal Ramírez, F.: "Comentarios al artículo 141. Manifestación de voluntad", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 561.

21 *Vid.* Taboada Córdova, L.: *Nulidad del acto jurídico*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2013, p. 26

22 *Cfr.* Cuenca Gómez, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja - REDUR*, 2012, núm. 10, p. 72.

exterioriza su propósito; la voluntad interna se convierte en declarada. Como bien dice Torres Vásquez, "la manifestación es la culminación del proceso volitivo"[23], lo psíquico pasa a ser jurídico, lo interno (como deseo) toma cuerpo y se exterioriza (como voluntad); lo que siente y quiere, la persona lo expresa.

La función del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica no es, por tanto, suplir ni complementar la voluntad del individuo a quien asiste, sino cooperar a que su voluntad, libremente formada, pueda ser exteriorizada. Por ello, en palabras de Parra Lucán, "se trata sobre todo de propiciar que la vida de la persona con discapacidad se pueda gobernar y regir conforme a los criterios, los gustos, las preferencias, la personalidad en definitiva de la misma persona con discapacidad"[24].

En el devenir social, de la mano con los cambios de modelo de la capacidad, la normativa civil que regula la manifestación de voluntad ha ido adecuándose, lo que ha generado una interesante evolución del art. 141 CC:

Texto original (1984)	Versión al 2000	Versión al 2018
Art. 141.- La manifestación de voluntad *puede ser expresa o tácita*. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.	Art. 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, *manual, mecánico, electrónico u otro análogo*. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario[25].	Art. 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, *digital*, electrónico, *mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.* Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud *o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.* No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario[26].

Cuadro 2. Evolución normativa del art. 141 CC.

23 Torres Vásquez, A.: *Acto jurídico*, 3ª ed., Idemsa, Lima, 2007, p. 120.

24 Parra Lucán, M. Á.: "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), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 184.

25 Modificado por la Ley Nº 27291, Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica, de 24 de junio de 2000 (*vid.* art. 1 de esta Ley).

26 Versión introducida por el DLeg. 1384.

En el texto original del Código, como se puede apreciar, la manifestación de voluntad "expresa" estaba limitada a lo oral, escrito u otro medio directo; con la reforma del 2000, se agrega el medio manual, mecánico, electrónico u otro análogo, y con la reforma del 2018 tenemos, además, el medio digital y el uso de la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. En cuanto a la manifestación de voluntad "tácita", el texto original se mantiene hasta el 2018, año en el que se incluye las conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

Así, de modo más específico, podemos ver que la evolución de los medios para posibilitar la manifestación de voluntad, regulada en el art. 141 CC, viene marcada por los siguientes cambios:

	Texto original (1984)	**Versión al 2000**	**Versión al 2018**
Expresa	Oral, escrito u otro medio directo.	Oral o escrita, a través de cualquier medio directo, *manual, mecánico, electrónico u otro análogo.*	Oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, *digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.*
Tácita	Se infiere indubitablemente de una actitud.		Se infiere indubitablemente de una actitud *o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.*

Cuadro 3: Evolución de los medios para posibilitar la manifestación de voluntad (art. 141 CC).

La manifestación de voluntad responde a una realidad, a un nuevo concepto de la capacidad de la persona en la que el deseo es exteriorizado a través de una diversidad de formas, todas dirigidas al entendimiento del querer del sujeto. Expresa o tácita, la manifestación de voluntad es entendida de una forma integral, plena, en la línea del criterio social del tratamiento de la persona con discapacidad.

Así tenemos que la manifestación de voluntad en toda su amplitud puede ser:

Manifestación de voluntad		
Expresa	Cuando se realiza en forma:	Oral Escrita A través de cualquier medio: Directo Manual Mecánico Digital Electrónico Mediante la lengua de señas Medio alternativo de comunicación: Ajustes razonables Apoyos
Tácita	Cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una: Actitud Conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia	

Cuadro 4: Tipos de manifestación de voluntad.

Esta nueva teoría de la capacidad influye en la clásica estructura del acto jurídico y, como no llega a encajar a cabalidad en esta, viene a generar un nuevo pensamiento al que bien podríamos denominar "nueva teoría especial del acto jurídico en materia de capacidad".

IV. LA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

En la vieja doctrina ciertos autores hacían referencia a la *voluntas et potestas* (voluntad y capacidad) como requisitos de validez de los actos, siendo con el iusnaturalista Grocio que se destaca a la voluntad, calificándola como el *alma del contrato*; se distinguen, entonces, los casos en los que el contrato no existe por falta de razón (capacidad) de aquellos que tienen achaques de error, temor y dolo (voluntad)[27].

Capacidad jurídica y manifestación de voluntad son dos instituciones diferentes, la primera referida, *in genus*, a la capacidad plena de ejercicio que tienen todas las personas mayores de edad (con discapacidad o sin ella), y la segunda, al medio

27 *Cfr.* De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho civil,* vol. X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 94.

en que estas dan a conocer el deseo de generar consecuencias jurídicas; hacen de conocimiento (exterior) el deseo (interior) de producir efectos jurídicos. La manifestación de voluntad es la nota que permite distinguir entre hecho y acto jurídico, y es que los efectos jurídicos derivan, respectivamente, de la naturaleza o de la voluntad.

La persona con discapacidad tiene plena capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de su vida, independientemente de si usa o requiere de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad (*vid*. art. 42 CC). La discapacidad no es una limitación para el ejercicio de los derechos. El Derecho apunta hacia la efectivización de la toma de decisiones. Con el nuevo régimen, la persona con discapacidad es capaz de ejercicio pudiendo manifestar voluntad; puede decir no solo lo que siente, sino decir y hacer lo que quiere, trascendiendo jurídicamente. El tema es determinar cuándo una expresión es una manifestación de voluntad efectiva, real, capaz de generar efectos jurídicos.

La manifestación de voluntad como institución jurídica no es la misma, por lo que requiere de un análisis nuevo a tono de la nueva dimensión de la capacidad en la medida que algunas personas requieren de apoyos para darla a conocer, *i.e.* en determinadas circunstancias sujetos con capacidad jurídica pueden necesitar de ajustes o medidas de accesibilidad para manifestar su voluntad (art. 141 CC). La persona con discapacidad, al tener capacidad de ejercicio, puede manifestar su voluntad y, de ser el caso, contar con alguien que colabore en su interpretación y manifestación, es decir, que no la reemplace ni declare por ella "su" voluntad. Y es que la manifestación de voluntad es como la libertad: personalísima.

La persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad por sí misma, ya no es excluida, ni está sola; está con otra que la ayuda a plasmar su deseo jurígeno. La individualidad ya no es lo característico en el dar volitivo, en ciertos casos se requiere la intervención de un tercero que permita el entendimiento y expresión, ayudando en la interpretación, comprensión y manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad. No hablamos de una sustitución sino, por el contrario, de una colaboración en la toma de decisiones.

El apoyo no reemplaza, sino que coadyuva y promueve las decisiones con relevancia jurídica. Permite que la persona con discapacidad se informe, evalúe y decida, es decir, la acompaña en estos tres momentos esenciales de la toma de decisión. La función principal del apoyo es que la persona con discapacidad comprenda las consecuencias del acto jurídico que llevará a cabo. "El apoyo debe entablar un proceso de diálogo con la persona con discapacidad para ayudarla a comprender los alcances del acto jurídico que la persona desea realizar, y

ponderar los posibles escenarios que surgen a partir de ello"[28]. Esta comunicación es esencial, el intercambio de ideas es básico, porque el apoyo explica a la persona con discapacidad los pormenores del acto que realizará, sus ventajas y desventajas, lo positivo y negativo, sus consecuencias e implicancias, hasta lograr el cabal entendimiento del mismo, de forma que esta pueda expresar un sentir real, manifestar voluntad en la línea del verdadero deseo.

No les falta razón a Bregaglio y Constantino cuando dicen que lo complejo en este proceso es determinar cuándo efectivamente una expresión concreta constituye manifestación de voluntad, buscando encontrar respuestas a ello a partir de algunas preguntas, *vg.*: "¿Cuál es la voluntad de una persona con Alzheimer que a veces manifiesta que quiere vender una casa y otras veces no? ¿Una única manifestación es manifestación de voluntad? ¿O se requiere una cierta consistencia (reiteración) en el tiempo? ¿Dicha exigibilidad se pediría de manera general o solamente a personas con discapacidad?"[29].

En definitiva, la persona no siempre podrá expresar su voluntad de manera plena y real, pues hay situaciones que naturalmente pueden suponer una limitación, siendo el apoyo quien le asistirá posibilitando la expresión de su deseo jurídico en la trascendencia y dimensión de su querer.

V. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: ALCANCE Y CARACTERES.

La manifestación de la voluntad necesita ser reanalizada. Hoy se habla de manifestación de voluntad y preferencias. Al respecto, Breglaglio se pregunta si la manifestación de la voluntad es solamente comunicar algo o si tiene que haber un contenido mínimo que evidencie comprensión de la realidad. En esta línea, parece ser que no solo basta lo expresado, se requiere una patente de entendimiento[30].

La persona con discapacidad en mérito de su capacidad jurídica manifiesta voluntad, lo hace porque le corresponde y porque es su legítimo derecho. Siendo capaz, tiene en sus manos esa toma de decisiones que la trasciende y afecta, es quien decide. Ya no hay representación legal, como *ex ante* con la curatela[31], hoy

28 Bregaglio, R. y Constantino, R.: "Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384", *Revista latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2020, vol. 4, núm. 1, p. 49.

29 Bregaglio, R. y Constantino, R.: "Un modelo para armar", cit., p. 53.

30 *Cfr.* Bregaglio, R.: "La reforma en Perú: principales regulaciones y problemas de implementación", en: *Diplomatura de estudio sobre las reformas en capacidad jurídica de personas con discapacidad en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2020.

31 *Cfr.* Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 45. Ajustes razonables y apoyos", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 275.

opera el apoyo en la toma de decisiones[32]. El apoyo solo coopera en la expresión de su voluntad o preferencias, salvo que exista delegación de facultades o que el juez la establezca en los casos en que la persona con discapacidad no pueda manifestar voluntad[33].

Con la reforma introducida en el sistema de la capacidad, en general, el debate actual se traslada de la "(…) categoría *capacidad jurídica* a la categoría *voluntad*. Sin una reconfiguración de cómo entender la voluntad en el Derecho, será difícil operativizar esta reforma (…) siguiendo una postura funcional, no cualquier expresión es voluntad, esta debe ser libre, seria y consistente"[34]. Y siguiendo estas ideas tenemos que la voluntad debe ser:

Libre	Sin condicionamientos o influencias indebidas.
Seria	El hecho debe generar efectos jurídicos, no irreales ni con *animus iocandi*.
Consistente	Reiteración o permanencia, sin variación injustificada.

Cuadro 5: Caracteres de la voluntad que requiere el acto jurídico.

La manifestación de voluntad de la persona con discapacidad ha de ser madura y consistente, *i.e.* sólida y constante, con permanencia en el tiempo, porque la reiteración y constancia en la decisión es lo esencial, lo que evitará dudas o indecisiones; si desea disponer de un bien debe entenderse que esa es su decisión y no otra, una decisión valorada, firme y trascendente. Así será, por ejemplo, "si su voluntad de vender se mantiene a lo largo de un determinado periodo de tiempo. Sin duda, la voluntad de las personas respecto de la venta de un inmueble puede variar, pero si esta voluntad varía varias veces a lo largo de una semana, podríamos arriesgarnos a concluir que no hay voluntad y por tanto, que el acto jurídico no puede ejecutarse y, eventualmente, que la persona requiere un apoyo obligatorio"[35].

Las viejas ideas de la comprensión de la persona deben ser reconstruidas. Más allá de la forma del "acto" debe buscarse la esencia del "ser". Esto es así porque, como bien indica Bariffi, "mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico —principalmente actos de

32 *Vid.* Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 45. Ajustes razonables y apoyos", cit., pp. 271-278.

33 *Vid.* Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 659-A. Acceso a apoyos y salvaguardias", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 564-569. También *vid.* Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 659-B. Definición de apoyos", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 570-573.

34 Bregaglio, R. y Constantino, R.: "Un modelo para armar", cit., p. 54.

35 Bregaglio, R. y Constantino, R.: "Un modelo para armar", cit., p. 54.

tipo patrimoniales (*sic*)— y ha considerado a la 'seguridad jurídica' como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPD resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona"[36].

En definitiva, la persona con discapacidad es capaz de obrar y de manifestar voluntad para generar efectos jurídicos con sus actos, incluso con la designación de apoyo para la formulación de su voluntad[37]. Sea o no con representación, el apoyo no limita la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (*vid.* arts. 45-B y 659-A CC).

Por eso, como ya habíamos advertido más arriba, las personas con discapacidad pueden celebrar negocios jurídicos de forma directa y personal, esto en el marco del reconocimiento de la autodeterminación, del derecho a la toma de decisiones, el derecho a equivocarse y al libre desarrollo de la personalidad (encauzándose este último dentro de aquello que conocemos como "proyecto de vida"). Las personas con discapacidad pueden, entonces, celebrar y llevar a cabo actos relacionados con aspectos médicos que les afecten, negocios jurídicos en general, tanto si repercuten en sus situaciones familiares como personales, etc.

VI. RECONSTRUCCIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL "CRITERIO DE LA MEJOR INTERPRETACIÓN".

La reconstrucción de la voluntad a que aquí se alude se da, conforme al Derecho peruano, en aquellos casos en que la persona con discapacidad (*vid.* art. 659-E CC) no pueda manifestar su voluntad, o cuando se encuentre en estado de coma y no haya designado un apoyo con anterioridad al acaecimiento de este suceso médico (*vid.* inc. 9 del art. 44 CC).

En estos casos el juez nombra el apoyo con facultades de representación fijando el plazo, alcance y responsabilidades del apoyo. El apoyo realiza una labor de comprensión de la voluntad de la persona con discapacidad. Si bien la persona con discapacidad no puede expresarla, el apoyo debe ponerse en su lugar y decidir como si el asistido lo hubiera hecho, integrarse en su interioridad y expresarse como él. Ello no es fácil, por eso la norma exige la cercanía y vida de relación entre

36 Bariffi, F. J.: *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [Tesis Doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, marzo 2014, pp. 482-483.

37 *Vid.* Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 45-B. Designación de apoyos y salvaguardias", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 285-288.

el apoyo y la persona con discapacidad; el primero debe conocer al segundo, saber sus preferencias, sus afinidades.

Por lo anterior se ha establecido el denominado "criterio de la mejor interpretación de la voluntad" o reconstrucción de la voluntad presunta de la persona con discapacidad (*vid.* art. 659-B CC y art. 2 inc. 2 del Reglamento de la materia[38]). En virtud de este criterio legal, cuando el ejercicio de la función de asistencia requiera interpretar la voluntad de la persona asistida, el apoyo, con sentido preceptivo, deberá tener en consideración unos indicadores, como son: la trayectoria de vida de la persona a quien asiste, sus preferencias, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida y, por último, cualquier otra valoración que sea pertinente para el caso concreto. Se trata de una labor especial que debe calcar o reproducir de la manera más fidedigna posible y auténtica la voluntad de la persona con discapacidad.

Si apreciamos este supuesto en su verdadera dimensión, vamos a ver que el apoyo no tiene propiamente facultades de representación. Involucra, en todo caso, una labor, esto es, llevar a cabo una tarea, la que consiste en reconstruir la voluntad de la persona con discapacidad. Esta se realiza sobre el andamiaje del actuar, querer e intencionalidad de la vida de relación de la persona con discapacidad; no es un simple intuir cómo hubiera decidido la persona con discapacidad de haber podido hacerlo sin ningún tipo de apoyo, es hurgar en la historia de vida de esta para entender cuál hubiera sido su decisión, su mejor opción. Visto así, en este escenario, el apoyo no es tanto un apoyo "con representación", sino un apoyo "restaurador" de la voluntad de la persona con discapacidad. Este tipo de apoyo, cabe volver a recordar, solo opera en los casos anotados al inicio de este apartado.

En la línea de lo expuesto tenemos entonces que la manifestación de voluntad de una persona con discapacidad se puede dar en tres escenarios, que dependen de si la persona precisa o no de apoyo, y de si el apoyo, cuando este es necesario, actúa solo como un colaborador en la toma de decisión o, más específicamente, como un intérprete que debe reconstruir la voluntad del sujeto asistido. Estos escenarios son los que se muestran a continuación:

38 Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, de 23 de agosto de 2019.

Manifestación de voluntad		
Persona sin apoyo	Persona con apoyo	Apoyo con representación
Individualidad	Individualidad asistida	Individualidad
Toma de decisión. La persona actúa por sí misma y por sí sola.	**Toma de decisión con colaboración.** El apoyo colabora en la manifestación e interpretación de la voluntad[39].	**Criterio de mejor interpretación de la voluntad.** Reconstrucción de la voluntad. Los criterios a aplicar por el apoyo en esa reconstrucción de la voluntad son, de acuerdo con el art. 659-B CC: - La trayectoria de vida de la persona. - Las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos. - La información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida. - La consideración de sus preferencias. - Cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Cuadro 6: Escenarios de manifestación de voluntad sin apoyo y con apoyo.

VII. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Betti nos decía que la voluntad es un hecho psíquico, inseparable de la persona, mientras que el negocio jurídico por su naturaleza es normativo, no psicológico, por lo tanto separable de la persona[40].

Los vicios son patologías de la voluntad, situaciones en las que la voluntad se ve alterada o afectada. Generan efectos anómalos en el acto en cuanto a su validez. Hacen que el acto no llegue a configurarse como tal en toda su plenitud, y es que lo psíquico debe desembocar en lo jurídico, lo deseable en realizable jurídicamente, pero no sucede así.

Tales vicios de la voluntad son, de acuerdo con la doctrina generalizada y las legislaciones más comunes, el error, el dolo, la violencia y la intimidación. Junto con

39 En este escenario, la función del apoyo, como ha señalado con acierto De Salas Murillo, S.: "Significado jurídico del 'apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica' de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 2018, núm. 5, pp. 4-5, "no es suplir ni complementar la voluntad del individuo, sino cooperar a que su voluntad, libremente formada, se exprese y se lleve a efecto a través de los medios en los que tales apoyos se materialicen", pudiendo haber "desde apoyos físicos visuales, auditivos, o de eliminación de barreras arquitectónicas en el acceso a las sedes donde se ejercitan los derechos, a aquéllos que faciliten la accesibilidad cognitiva, así como todo lo que pueda considerarse apoyo en el ejercicio de las capacidades volitivas e intelectuales".

40 *Cfr.* Betti, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 88.

estos, ancestrales y de por sí tradicionales vicios de la voluntad, tenemos otros vicios, como son "la influencia indebida" y "el conflicto de interés", que aparecen como novísimas categorías que deben estudiarse y reconocerse en la línea del nuevo paradigma en el tratamiento de la persona con discapacidad.

Estos vicios afectan la manifestación de voluntad del sujeto, alteran su real deseo. Cuando decimos "del sujeto" nos referimos a cualquier sujeto, con discapacidad o sin ella, no cabe hacer distinciones, aunque tampoco cabe duda de que las personas con discapacidad son más propensas a que su voluntad se vea viciada. Pensamos que la teoría de los vicios de la voluntad debe ser repensada, teniendo en cuenta que, si bien es la propia persona con discapacidad la que expresa su voluntad, el apoyo que recibe bien podría haber interferido haciendo que su manifestación se vea alterada, no siendo la deseada. Por ello, el nuevo paradigma de la capacidad exige un estudio profundo de estos nuevos vicios y un replanteo de lo que clásicamente hemos conocido como vicios de la voluntad.

Y ya para cerrar, respecto al tema en cuestión, son más que oportunas las palabras de Ninamancco Córdova cuando nos dice que, frente a la eventualidad de que a una persona le devenga una situación de discapacidad mental, no habiendo sido diagnosticada ni teniendo acceso rápido a un apoyo, ajustes razonables y salvaguardias, el aprovechamiento de la contraparte puede ser combatido con la invalidez del acto vía error, dolo o violencia (según sea el caso), al no haber otro supuesto en el art. 221 CC[41]. Una ausencia de regulación que probablemente también estén experimentando otros ordenamientos.

Por todo ello, lo antes expuesto debe ser repensado y hemos querido plantearlo, a modo de colofón, como un tema de debate que debe quedar abierto, quizá para ser analizado en un estudio posterior. Sin duda, podría dar lugar a otro trabajo de investigación más específico.

41 *Cfr.* Ninamannco Córdova, F.: "Comentarios al artículo 221. Causales de anulabilidad", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 838.

BIBLIOGRAFÍA

Bariffi, F. J.: *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [Tesis Doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, marzo 2014, pp. 1-646.

Bariffi, F.: "El modelo de apoyos en la toma de decisiones en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014", en: *Diplomatura de estudio sobre reformas en capacidad jurídica de personas con discapacidad en América Latina 2020-01*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2020.

Barranco, M. C.; Cuenca, P. y Ramiro, M. A.: "Capacidad jurídica y Discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2012, tomo V, pp. 53-80.

Betti, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

Borao Aguirre, M. P.; Martínez Burgui, J. Á. y Palanca Arias, D.: "Capítulo 4. Actitud ante un paciente en coma", en AA.VV.: *Manual de Urgencias Neurológicas* (coord. por M. J. Borruel Aguilar *et al.*), Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Teruel, Teruel, 2013, pp. 43-56.

Bregaglio, R. y Constantino, R.: "Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384", *Revista latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2020, vol. 4, núm. 1, pp. 32-59.

Bregaglio, R.: "La reforma en Perú: principales regulaciones y problemas de implementación", en: *Diplomatura de estudio sobre las reformas en capacidad jurídica de personas con discapacidad en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2020.

Cuenca Gómez, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja - REDUR*, 2012, núm. 10, pp. 61-94.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho civil,* vol. X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

De Pablo Contreras, P.: "El derecho subjetivo: su ejercicio y límites", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo I. Derecho Privado y Derechos Subjetivos* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), vol. I, 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2018, pp. 211-235.

De Salas Murillo, S.: "Significado jurídico del 'apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica' de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 1-32.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, vol. I, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

Elizari Urtasun, L.: "Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad", *Derecho privado y Constitución*, 2016, núm. 30, pp. 337-369.

Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil I: Parte General. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, vol. III, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.

Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

Martínez Calvo, J.: "La ampliación de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad* (dir. por A. L. Martínez-Pujalte y J. Miranda Erro), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 415-429.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Ninamannco Córdova, F.: "Comentarios al artículo 221. Causales de anulabilidad", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 832-842.

Parra Lucán, M. Á.: "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), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 183-231.

Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 45. Ajustes razonables y apoyos", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 271-278.

Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 45-A. Representantes legales", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 279-284.

Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 45-B. Designación de apoyos y salvaguardias", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 285-288.

Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 659-A. Acceso a apoyos y salvaguardias", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 564-659.

Santillán Santa Cruz, R.: "Comentarios al artículo 659-B. Definición de apoyos", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 570-573.

Santillán Santa Cruz, R.: "La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados", en AA.VV.: *Estudios Críticos sobre el Código Civil* (coord. por M. A. Torres Carrasco), Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 657-688.

Santillán Santa Cruz, R.: "Los claroscuros de la reforma del Código Civil peruano por el Decreto Legislativo n.º 1384", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad* (dir. por A. L. Martínez-Pujalte y J. Miranda Erro), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 463-476.

Taboada Córdova, L.: *Nulidad del acto jurídico*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2013.

Torres Vásquez, A.: *Acto jurídico*, 3ª ed., Idemsa, Lima, 2007.

Vidal Ramírez, F.: "Comentarios al artículo 141. Manifestación de voluntad", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Título Preliminar. Derecho de las Personas. Acto Jurídico* (dir. por M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco), t. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 561-563.

TERMINI E FUNZIONI DEL TEMPO NELLA CONFORMAZIONE DEI REGOLAMENTI DI INTERESSI

TERMS AND FUNCTION OF TIME FOR CONFORMING THE RELATIONS OF INTERESTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 1082-1131

Antonella
TARTAGLIA
POLCINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Il raccordo funzionale tra termini, quali modalità cronologiche dell'agire giuridicamente rilevante, e interessi perseguiti in concreto dalle parti è la cifra che connota l'analisi della natura degli elementi in esame e la loro incidenza sull'efficacia degli atti negoziali e sulla regolamentazione dei rapporti, di là dalla contrapposizione tra termini di efficacia e di adempimento, in favore di una comune funzione unitaria di conformazione degli assetti delle relazioni giuridiche. Obiettivo dell'indagine è riqualificare i termini, da elementi accidentali, tradizionalmente intesi, a connotati funzionali, oggetto del controllo di liceità e meritevolezza, degli atti di autonomia. L'esame dei profili applicativi consente di superare l'angusta prospettiva di un termine essenziale inteso esclusivamente quale rimedio all'inadempimento, operante sul piano attuativo della fattispecie, in vista di un recupero della dimensione regolamentare degli interessi.

PALABRAS CLAVE: Termini; interessi; funzione; regolamento; conformazione.

ABSTRACT: *The functional connection between terms (duration), as chronological modalities of legally relevant activities, and the interests actually pursued by the parties is the cypher to analyse the nature of these elements and their impact on the effectiveness of contracting and on the regulation of relations. And this beyond a conflict between effective and fulfillment dates, in favor of a common unitary function of conforming the structures of legal relations. The objective of the investigation is to requalify terms, from accidental elements, as they are traditionally understood, to functional connotations of contracts, subject to a control of lawfulness and merit. The examination of the application profiles allows us to overcome the narrow perspective of an essential date intended exclusively as a remedy for non-fulfillment, operating on the implementation level of the case, in view of a recovery of the regulatory dimension of interests.*

KEY WORDS: *Terms (duration); interests; function; regulation; conforming.*

SUMARIO.- I. IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA: DALLA VALORIZZAZIONE DEL NESSO FUNZIONALE TRA ESSERE E TEMPO ALL'ANALISI DEL RACCORDO TRA TERMINE IN SENSO TECNICO-GIURIDICO E TEMPO NELLA CONCRETA DINAMICA DEGLI INTERESSI RILEVANTI PER AGIRE. PROSPETTIVE DI RECUPERO DELL'ATTITUDINE CONFORMATIVA DELLA DIMENSIONE CRONOLOGICA NEI RAPPORTI CIVILISTICI. – II. CENTRALITÀ DEL LEGAME TRA TERMINI E INTERESSI NELLA PROIEZIONE DINAMICA DELLE RELAZIONI GIURIDICHE, PER UN POSSIBILE SUPERAMENTO DELLA SUMMA DIVISIO TRA TERMINI DI EFFICACIA E DI ADEMPIMENTO. – III. PORTATA FUNZIONALE DELLA TRIADE TERMINI-INTERESSI-EFFETTI QUALE CHIAVE DI LETTURA PER UNA RIVISITAZIONE CRITICA DELL'ACCEZIONE ACCIDENTALE DELLE MODALITÀ CRONOLOGICHE DELL'AGIRE. – IV. SEGUE: PROPOSTA DI RIDEFINIZIONE DEL SIGNIFICATO DI TERMINE ESSENZIALE QUALE RISULTANTE DI UN GIUDIZIO DI VALORE INCENTRATO SUL CONCRETO ASSETTO DEGLI INTERESSI. – V. SEGUE: DAL TERMINE AI TERMINI. DIMENSIONE PLURALE E PROPOSTA DI RIMODULAZIONE DELL'OGGETTO DELL'INDAGINE: DALL'ANGUSTA PROSPETTIVA DEL TERMINE AL SINGOLARE, QUALE ESPRESSIONE DI UNA LOGICA DOGMATICA, ALL'ESAME DEI TERMINI IN RELAZIONE ALLA MOLTEPLICITÀ DEGLI ASSETTI CHE GLI INTERESSI ASSUMONO, ALL'INTERNO DEGLI ATTI DI AUTONOMIA, COME REGOLAMENTI DEL CASO CONCRETO. – VI. SEGUE: PROPOSTA DI DELIMITAZIONE DEI TERMINI RISPETTO ALLA CONDIZIONE, IN RAGIONE DELLA PIÚ SPICCATA PROIEZIONE FUNZIONALE CHE CONTRADDISTINGUE L'ELEMENTO CRONOLOGICO, ORA QUALE OGGETTO ORA QUALE STRUMENTO DI REGOLAMENTAZIONE TELEOLOGICAMENTE ORIENTATA IN FUNZIONE CONFORMATIVA DI FATTI, ATTI, RAPPORTI GIURIDICI. – VII. VERIFICA DELLE ARGOMENTAZIONI PROPOSTE. ESAME DI PROFILI APPLICATIVI DEL METODO SELEZIONATO: POST-NUMERAZIONE DEL CORRISPETTIVO ED ESSENZIALITÀ DEI TERMINI DI CORRESPONSIONE PERIODICA DEGLI ACCONTI NELL'ESECUZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI IN FUNZIONE DI COOPERAZIONE ALLA SOSTENIBILITÀ DEL VINCOLO CONTRATTUALE. – VIII. SEGUE: REMISSIONE DEL DEBITO EVENTUALMENTE RESIDUO AL TEMPO DEL DECESSO DEL DISPONENTE. INCIDENZA DEL MOMENTO DELLA MORTE SULLA DETERMINAZIONE DEL QUANTUM REMISSUM ED EFFICIENZA CAUSALE DELLA DISPOSIZIONE. – IX. SEGUE: CONGRUITÀ DEL TERMINE APPOSTO AD UN CONTRATTO PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA IMMOBILIARE E RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO NELLA CONFORMAZIONE DELLE CLAUSOLE CRONOLOGICHE. – X. RILIEVI CONCLUSIVI: SPUNTI RICOSTRUTTIVI PER UNA CONFIGURAZIONE DEL TERMINE COME MISURA DEI RAPPORTI GIURIDICI NELL'ACCEZIONE FUNZIONALE COMUNE DI REGOLAMENTI DI INTERESSI.

I. IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA: DALLA VALORIZZAZIONE DEL NESSO FUNZIONALE TRA ESSERE E TEMPO ALL'ANALISI DEL RACCORDO TRA TERMINE IN SENSO TECNICO-GIURIDICO E TEMPO NELLA CONCRETA DINAMICA DEGLI INTERESSI RILEVANTI PER AGIRE. PROSPETTIVE DI

• Antonella Tartaglia Polcini
Professore ordinario di Diritto privato nell'Università degli studi del Sannio. E-mail: antonella.tartagliapolcini@unisannio.it

RECUPERO DELL'ATTITUDINE CONFORMATIVA DELLA DIMENSIONE CRONOLOGICA NEI RAPPORTI CIVILISTICI.

La rilevanza del nesso funzionale tra essere e tempo[1] è stata posta alla base di una auspicata rilettura del termine in senso tecnico-giuridico, quale modalità dell'agire[2], dimensione cronologica dell'attività[3], in relazione agli interessi[4] perseguiti e – secondo il loro concreto atteggiarsi – quale connotato che concorre a definire la funzione degli atti di autonomia negoziale e dei rapporti giuridici.

La ricostruzione proposta si avvale, tra l'altro, dell'apporto di grandi Maestri della teoria dell'ermeneutica e della storia del pensiero filosofico e politico occidentale allo studio della dimensione cronologica dell'attività umana, con ricadute nell'àmbito delle relazioni regolate dal diritto[5]. Gli esiti della ricerca inducono a riconoscere, parafrasando il titolo delle celebri pagine heideggeriane, che essere è tempo. La stessa dottrina filosofica presente nei testi biblici ribadisce, a piú riprese, la sussistenza di un tempo *in* e *per* ogni attività umana, come si legge, emblematicamente, nel libro del Qohelet[6].

La richiamata immanenza nelle relazioni umane e nella loro configurazione giuridica[7] avvalora lo stretto raccordo sussistente tra termini e tempo e, conseguentemente, pone molteplici e complesse questioni teorico-applicative con riferimento, tra l'altro, al rilievo costruttivo e alla portata conformativa della dimensione temporale nei rapporti civilistici[8].

1 Heidegger, M.: *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1927, nella definizione tratta dalla *Introduzione* a Heidegger, M.: *Essere e tempo* (trad. it. di P. Chiodi), 11ª ed., Longanesi & C., Milano, 1970 (pp. V s., XIV).

2 Le riflessioni svolte nel presente scritto riprendono in parte le argomentazioni del saggio dal titolo "Termini e funzioni degli atti di autonomia negoziale", *Rassegna di Diritto civile*, 2019, 2, p. 473 ss.

3 Con riferimento alla dimensione della durata, quale oggetto di valutazione normativa dell'attività, cfr. Ascarelli, T.: *Corso di diritto commerciale*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1962, p. 155, secondo il quale: "l'attività si svolge nel tempo".

4 *Infra*, spec. *sub* § 3 s.

5 Fondamentale al riguardo è l'opera di Husserl, G.: *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1955. Profonda la riflessione in Capozzi, G.: *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1968.

6 Il riferimento è alle celebri pagine del libro del Qohelet (3,1-15).

7 Sul punto, cfr. Frosini, V.: "Temporalità e diritto", *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 433 ss.

8 Per una interessante proposta costruttiva dell'apporto della dimensione temporale alla conformazione degli istituti giuridici, attraverso l'analisi del ruolo del fattore tempo nella disciplina della trascrizione, in funzione del superamento di una prospettiva meramente descrittiva ed esterna, Francesca M.: "Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)", *Rassegna di diritto civile*, 2010, 1, p. 62 ss., là dove la "sistemazione ancillare del fattore tempo nel diritto privato classico", assunta "quale dato […] quasi incontrovertibile", è superata dalla proposta del riconoscimento al medesimo di una "funzione organizzativa" (*ivi*, spec. § 10) con riferimento alla circolazione della ricchezza e al funzionamento dello strumento pubblicitario. Sulla 'significatività' dell'elemento temporale, riferita all'àmbito della contrattazione tra imprese e, nella specie, sulla "valenza causale della 'durata'" nella prospettiva funzionale del contratto quale rapporto e regolamento di interessi "complesso e dinamico", Crea, C.: *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 266 ss.

Come autorevolmente sostenuto, il termine è espressione del tempo in una accezione funzionale[9]: tempo *per*, tempo *nell'interesse di*, tempo quale fattore di regolamentazione che apparentemente delimita, ma sostanzialmente sviluppa le situazioni soggettive e ne governa, ne assicura, ne tutela lo svolgimento coerente con gli interessi sottesi[10].

Il rilievo della centralità del legame funzionale tra termini e interessi è la cifra che connota le riflessioni svolte in queste pagine. Oggetto di analisi sono la natura delle modalità cronologiche e la relativa incidenza sull'efficacia degli atti di autonomia negoziale e sulla conformazione dei rapporti giuridici.

All'esito di una indagine incentrata sul concreto assetto degli interessi dedotti nel rapporto e sulla relativa regolamentazione, il termine apposto ad un negozio giuridico o, nella specie, al contratto, da elemento accidentale, tradizionalmente inteso, si presta ad essere inquadrato quale connotato funzionale ed oggetto di controllo di liceità e meritevolezza delle manifestazioni dell'autonomia. L'analisi dei profili applicativi, selezionati a conferma delle argomentazioni proposte, concorre a dimostrare che il carattere, ora essenziale ora eventuale, della clausola temporale, emergente dall'interpretazione e qualificazione delle singole operazioni negoziali esaminate, consente di superare l'angusta prospettiva di un termine essenziale inteso esclusivamente quale rimedio all'inadempimento.

Il recupero della dimensione regolamentare dell'autonomia consente di volgere lo sguardo di là dalla contrapposizione tra termini di efficacia e di adempimento, in favore di una possibile revisione sistematica della relativa funzione unitaria nel regolare l'assetto dei rapporti giuridici.

II. CENTRALITÀ DEL LEGAME TRA TERMINI E INTERESSI NELLA PROIEZIONE DINAMICA DELLE RELAZIONI GIURIDICHE, PER UN POSSIBILE SUPERAMENTO DELLA *SUMMA DIVISIO* TRA TERMINI DI EFFICACIA E DI ADEMPIMENTO.

Nella prospettiva appena delineata si pone l'analisi e la formulazione di una possibile soluzione del problema, tuttora aperto, della piena sussistenza o,

9 Per il riferimento del termine alla funzione del tempo, in relazione alla soddisfazione di un determinato interesse: Oppo, G.: "I contratti di durata", *Rivista di diritto commerciale*, 1943, I, p. 149. Per una duplice prospettiva delle analisi dei rapporti tra diritto e tempo, con riguardo al diritto nel tempo e al tempo nel diritto, v. Engisch, K.: "*Die Zeit im Recht*", in Id.: *Vom Weltbild des Juristen*, Winter, Heidelberg, 1950, p. 69; Opocher, E.: "Diritto e tempo", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1981, p. 130.

10 Sulla portata essenziale dell'interesse umano nell'attribuzione di un valore giuridico al tempo: Falzea, A.: *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 414 ss. Per un'analisi delle molteplici connessioni fra termini e interessi, sia consentito rinviare a Tartaglia Polcini, A.: *I termini nei rapporti giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, spec. p. 59 ss.: *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

piuttosto, della portata residuale della pretesa *summa divisio* tra termini di efficacia e di adempimento[11].

In assenza di una disciplina organica nel sistema del codice civile italiano del 1942[12], con il primo si suole tradizionalmente designare il termine apposto ad un negozio giuridico, per limitarne nel tempo la produzione degli effetti. Al secondo si è soliti invece ascrivere l'attitudine a regolare l'esecuzione della prestazione che forma oggetto di una obbligazione, in funzione dell'attuazione del diritto di credito correlato[13].

La proposta qui formulata è orientata al recupero di un punto di incontro tra posizioni talvolta contrapposte, dal momento che la pretesa dicotomia[14] tra termini di efficacia e di adempimento si presta ad essere superata nella prospettiva della proiezione dinamica dell'autonomia negoziale nella dimensione del rapporto[15].

La costatata complessità dei rapporti giuridici reali e obbligatori, in virtú della concreta rilevazione in entrambi di effetti reali accanto ad effetti obbligatori, è stata posta alla base del recupero e della valorizzazione di una significativa varietà di elementi comuni. Ciò ha comportato l'individuazione di fenomeni di circolarità e di tratti di continuità tra le situazioni patrimoniali, tali da giustificare l'applicazione di una disciplina condivisa, senza peraltro pregiudicare la prevalenza, negli uni e negli altri, di talune vicende proprie, funzionali a colorare le fattispecie in modo da qualificarle e classificarle, per ricondurle ora all'una ora all'altra categoria[16].

La necessità di conservare l'autonoma configurazione dei rapporti cosí definiti, peraltro, non legittima la pretesa di tenere distinte, sul piano sistematico ed

11 Russo, E.: *Il termine del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1973, già in *Annali della Facoltà di economia e commercio dell'Università di Messina*, VII, Palermo, 1969, n. 2, pp. 29 ss., 43 ss. Sulla distinzione cfr. Roppo, V.: *Il contratto*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2001, p. 641 ss.; Costanza, M.: *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno), I, *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), Utet Giuridica, Torino, 1999, 2, p. 881 ss.

12 Cfr., tra gli altri, nell'àmbito dei contratti in generale, i riferimenti desumibili dagli artt. 1465, comma 2, e 1467 del codice civile italiano del 1942 (d'ora in poi: c.c.); nella regolamentazione dei singoli contratti, le disposizioni degli artt. 1531 ss. c.c.; nelle prescrizioni in materia di trascrizione, il richiamo contenuto nell'art. 2659, comma 2, c.c.

13 Cfr. artt. 1183-1187 c.c.

14 L'origine di simile contrapposizione è tendenzialmente ricondotta all'elaborazione dogmatica tedesca (Oertmann, P.: *Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1927, p. 593; von Tuhr, A.: *Der Allgemeine Teil des bürg. Rechts*, II, Berlin, 1914, ristampa, Duncker & Humblot, Berlin, 1957, p. 326 s.). Per un'analisi delle principali posizioni sul punto, v. Di Majo, A.: *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 6 ss.; Russo, E.: *Il termine*, cit., p. 43 ss., con un richiamo alla previsione del § 163 del BGB. Sulla nozione di termine di adempimento, v. Messineo, F.: *Il contratto in genere*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1968, pp. 195 e 198; Allara, M.: *La teoria delle vicende del rapporto giuridico. Corso di diritto civile – anno accademico 1949/50*, Torino, 1949, p. 208. In posizione contraria al valore pratico e all'interesse scientifico di tale bipartizione, Saracini, E.: *Il termine e le sue funzioni*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 131.

15 Al riguardo, cfr. Russo, E.: *Il termine*, cit., p. 20.

16 Per la proposta di una trattazione unitaria delle situazioni reali di credito, in funzione di un diritto comune delle situazioni patrimoniali: Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 839 ss.

operativo, le obbligazioni, invocando il tempo dell'adempimento quale elemento chiave di tutela degli interessi del solo creditore – o, talvolta, anche del debitore –, rispetto a tutte le altre relazioni tra situazioni giuridiche soggettive, ricostruite come insieme di regolamenti di interessi rispetto ai quali il termine sarebbe soltanto di efficacia. Del resto, la pretesa distinzione tra i due termini pare risolversi nelle dinamiche di svolgimento dei rapporti di durata, dove il termine è per definizione coessenziale sia alla struttura sia alla funzione. La categoria richiamata, in virtú della necessità, per la realizzazione della funzione perseguita, di una prestazione continuativa, ripetuta, scandita temporalmente[17], offre una ulteriore, importante conferma del nesso inscindibile tra tempo, termine ed interesse. Là dove, invece, il tempo è considerato ed assunto come entità ontologica, rischia di allontanarsi dalla realtà giuridica e di riportare il nostro ragionare nell'àmbito della metafisica[18].

Muovendo da una disamina della distinzione tra termine di efficacia e termine di adempimento sul piano dell'autonomia negoziale, quale fonte di regolamentazione dei rapporti giuridici – tanto nei negozi ad effetti traslativi quanto in quelli ad effetti obbligatori essenziali –, emergono alcuni argomenti interessanti, che si prestano ad una revisione critica della coerenza interna di siffatta pretesa dicotomia. Secondo la prospettiva tradizionale, si è portati a limitare l'applicabilità del termine di efficacia esclusivamente alla prima delle categorie esaminate[19], mentre si tende a riferire il termine "esecutivo" (o di adempimento) ai soli negozi ad effetti obbligatori. Tale contrapposizione si fonda sull'assunto dell'impossibilità di attribuire un rilievo autonomo ad un termine incidente sull'esercizio del diritto reale[20] rispetto a quello operante sull'acquisto del medesimo[21].

Se condotte alle estreme conseguenze, simili precisazioni – sorrette da un metodo di analisi logico-formale – rischiano di infrangere la portata funzionale degli atti di autonomia contro schemi che ne negano la valenza di minima unità effettuale. Se la costituzione di un rapporto obbligatorio trae origine dal negozio,

17 Secondo l'insegnamento di Oppo, G.: "I contratti di durata", cit., p. 148, con riferimento al tempo nei "contratti di durata", quale "nota individuatrice della prestazione", non già quale "modalità accessoria"; Osti, G.: "Appunti per una teoria della "sopravvenienza": (la cosí detta clausola "*rebus sic stantibus*" nel diritto contrattuale odierno", *Rivista di diritto civile*, 1913, p. 478 ss.

18 *Retro*, *sub* § 1.

19 Secondo Russo, E.: *Il termine*, cit., p. 32, nei negozi ad effetti obbligatori "la funzione positivamente assegnata al termine" sarebbe esclusivamente quella di "operare sull'adempimento", come sostiene autorevole dottrina: Natoli, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Giuffrè, Milano, 1966, p. 141. In senso contrario, Barassi, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Ristampa inalterata della 2ª edizione aumentata, Giuffrè, Milano, 1964, p. 380, sulla base di un'analogia tra termine e condizione sospensiva, osserva che "l'obbligazione nasce solo col termine, e prima non vi è se non un vincolo preparatorio"; Andreoli, G.: "Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 72 ss., ora in Id.: *Scritti vari di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 23 ss.; Andreoli, G.: *La ripetizione dell'indebito*, Cedam, Padova, 1940, p. 222.

20 Russo, E.: *Il termine*, cit., pp. 30 ss., 56 ss.

21 Osserva, in particolare, Russo, E., *Il termine*, cit., p. 57, sulla base della lettura del disposto dell'art. 1465, comma 2, c.c., che "nella norma […] l'operatività del termine è riferita allo strumento giuridico costitutivo dei diritti reali, e cioè all'efficacia reale, prima ancóra che all'esistenza delle situazioni soggettive".

collocandosi tra gli effetti del medesimo, la stretta correlazione tra il termine – di durata del vincolo o di adempimento delle prestazioni (dovute in forza della sussistenza del vincolo stesso) – e il contenuto dell'obbligazione non implica necessariamente una contrapposizione tra esso (termine dell'adempimento) e la determinazione temporale che si suole riferire all'efficacia dell'atto di autonomia nel suo complesso (termine del negozio, il quale individua il momento del sorgere del rapporto o del suo venir meno)[22].

Si profila, pertanto, agevole superare tali presunte o pretese distinzioni, interne al profilo effettuale, se si concentra l'attenzione sugli interessi perseguiti dalle parti, ai fini della selezione degli effetti essenziali del negozio. Se la portata conformativa del termine investe anche uno soltanto di questi ultimi, allora la contrapposizione tra termine di efficacia e termine di adempimento si risolve nell'individuazione della funzione quale referente unitario dell'incidenza della determinazione temporale (non sulla fattispecie o, rispettivamente, sui suoi effetti, ma) sul rapporto, inteso quale regolamento di interessi.

Sulla base delle medesime considerazioni è possibile analizzare le questioni concettuali sollevate con riguardo al termine nei rapporti reali. Il termine esecutivo (di esercizio o di adempimento) è pacificamente escluso dall'àmbito dei negozi ad effetti traslativi, i quali si caratterizzano per una "efficacia giuridica […] di per sé satisfattiva dell'interesse (efficacia diretta o finale)"[23], sí che "la fruizione del diritto reale" non sarebbe configurabile quale "esecuzione del contratto"[24].

Nel tentativo di ricostruire la natura del termine apposto ai contratti "con effetti traslativi o costitutivi", si è posta la questione del significato e della portata della previsione dell'art. 1465 c.c.[25], la quale, anche nelle ipotesi di termine sospensivo (comma 2), lascia sussistere in capo all'acquirente l'obbligo di eseguire la

22 Una distinzione rigorosa, sul piano della logica astratta, tra termine riguardante l'"efficacia del negozio" e termine rapportato al "contenuto dell'obbligazione", con riferimento alla determinazione temporale di durata della locazione, si rinviene in Carnelutti, F.: *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Soc. ed. Foro it., Roma, 1951, p. 324, al quale Saracini, E.: *Il termine*, cit., p. 131, replica che "[a]ltro è dire, o meglio constatare, che l'efficacia del negozio può essere interessata in tutto o in parte da un termine, altro è affermare che il termine potrebbe riguardare l'obbligazione nascente dal negozio, senza riguardare il negozio".

23 Russo, E.: *Il termine*, cit., p. 62. Per la distinzione tra efficacia "diretta o finale" e "strumentale", cfr. Allara, M.: *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, p. 58 ss., Allara, M.: *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952, p. 232. Campagna, L.: *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 72, nota 110, il quale rivela maggiore attenzione al profilo dell'interesse.

24 Russo, E.: *Il termine*, cit., p. 62. Diversamente, Di Majo, A.: "Termine, (diritto privato)", *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 195, riconduce al termine apposto ad un negozio traslativo proprio l'effetto di "rendere possibile *erga omnes* la scissione tra "esercizio" del diritto e "appartenenza" del medesimo", analogamente a quel che produce il "termine apposto all'obbligazione".

25 La *ratio* della previsione normativa in esame sarebbe ravvisabile nel "criterio della *proprietà*, secondo cui il rischio contrattuale è a carico dell'acquirente dal momento in cui è divenuto proprietario, ancorché non vi sia stata consegna" (cosí Delfini, F.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, in AA.VV.: *Il Codice Civile - Commentario* (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2003, p. 110.

controprestazione, nonostante l'impossibilità sopravvenuta in séguito al perimento della cosa per causa non imputabile all'alienante[26].

Dall'individuazione di una regolamentazione analoga tanto per l'ipotesi di apposizione di un termine sospensivo dell'efficacia (comma 2) quanto per il caso di assenza di una qualsiasi modalità cronologica (comma 1), si è tratto l'argomento della ridotta portata pratica di ogni forma di distinzione – sia sul piano dell'inquadramento dogmatico sia sotto il profilo della qualificazione normativa – tra termine quale presupposto dell'effetto (costituzione o acquisto: sorgere della situazione giuridica/rapporto) e termine quale modalità cronologica dell'esercizio (situazione giuridica/rapporto già sorti)[27].

Si tratta di contrapposizioni schematiche ed aprioristiche[28], fondate sull'analisi del negozio secondo il modello della fattispecie e non nella prospettiva del rapporto. Si rende pertanto necessaria una profonda rilettura, alla luce di una visione funzionale. In tale prospettiva appare un'inutile forzatura distinguere tra termine dell'effetto attributivo – quale effetto finale, che esaurirebbe in sé l'idoneità a soddisfare l'interesse sottostante delle parti del rapporto[29] – e termine dell'atto di attribuzione. Se si conduce alle estreme conseguenze questo ragionamento analitico, si rischia di dover scomporre ulteriormente i fattori cronologici, con l'aggiunta del termine incidente sul contenuto del diritto e sulla configurazione del bene quale oggetto del diritto attribuito[30].

Imbrigliare la fenomenologia dei termini nei rapporti giuridici in simili aprioristiche distinzioni, che esprimono una vocazione "astratteggiante"[31] e generalizzante, induce a sminuire o a trascurare del tutto le peculiarità delle diverse

26 Si è osservato, al riguardo, che "se l'effetto reale dell'alienazione è differito alla scadenza di un termine (art. 1465, 2° comma), il rischio del perimento verificatosi nell'intervallo è sopportato egualmente dall'acquirente, avendo l'alienante, con la manifestazione del suo consenso, prestato tutta la cooperazione che da parte sua era necessaria perché potesse verificarsi l'effetto traslativo" (F. Delfini, "Dell'impossibilità sopravvenuta, cit., p. 116). Altra parte della dottrina reputa, invece, sufficiente "a determinare il trasferimento del rischio […] la situazione di aspettativa collegata con i diritti a termine": Sacco, R.: *Il contratto*, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), Torino, 1975, VI, III, p. 979. In tali affermazioni riecheggia la dottrina di Enneccerus, L. e Nipperdey, H.C.: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15ª ed., II, Tübingen, 1960, § 199, p. 1206. Si tratta di "variazioni sul tema" rispetto all'elaborazione concettuale di Rubino, D.: *La compravendita*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo), XXIII, Milano, 1952, p. 349.

27 Cfr. i rilievi di Di Majo, A.: *Rilevanza del termine*, cit., p. 14. Diversamente, Ferroni, L.: *Il termine nei contratti ad effetti obbligatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 45, ravvisa nella disposizione richiamata una "significativa conferma della intrinseca coerenza con cui il legislatore ha disciplinato il termine di efficacia tanto nei contratti ad effetti reali (art. 1465, comma 2, cod. civ.) quanto nei contratti ad effetti obbligatori (art. 1185, comma 2, cod. civ.)".

28 In ossequio ad una "inutile, quanto sterile, simmetria sistematica". Cosí Ferroni, L.: *Il termine*, cit., p. 36, prende le distanze dalla tesi che, parallelamente a quanto sostenuto con riferimento ai negozi traslativi, nega l'operatività di un termine di efficacia nei negozi obbligatori.

29 V., *retro*, testo e nota 23.

30 Sul punto si rinvia a Tartaglia Polcini, A., *I termini*, cit., p. 90 ss.: *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

31 Rilievi analoghi in Russo, E.: *Il termine*, cit., p. 45 e Di Majo, A.: *Rilevanza del termine*, cit., p. 15, con riferimento al valore meramente teorico della distinzione tra termine di efficacia e termine di adempimento.

figure di termini, nel loro concreto atteggiarsi, e le *rationes* che ne giustificano la sussistenza e l'incidenza sostanziale sulla natura e sul contenuto delle situazioni soggettive e dei rapporti.

La soluzione preferibile consiste nel superamento di tali visioni parziali[32] ed inevitabilmente condizionate del rapporto obbligatorio, per accedere, piú correttamente, ad un'analisi del termine riferita all'unitarietà della relazione complessivamente considerata[33]. Nel quadro così delineato, l'influenza sulle modalità cronologiche è esercitata dal concreto assetto degli interessi in funzione dei quali esse sono introdotte e valgono a conformare le manifestazioni di autonomia, operando come clausole di regolamentazione del rapporto[34].

III. PORTATA FUNZIONALE DELLA TRIADE TERMINI-INTERESSI-EFFETTI QUALE CHIAVE DI LETTURA PER UNA RIVISITAZIONE CRITICA DELL'ACCEZIONE ACCIDENTALE DELLE MODALITÀ CRONOLOGICHE DELL'AGIRE.

Nella medesima direzione, volendo riprendere e trasporre in àmbito giuridico un ulteriore spunto, emergente dalla elaborazione kantiana, secondo la quale la fenomenologia in senso ampio non può prescindere da una dimensione cronologica[35], se ne trae conferma per una necessaria ulteriore rivisitazione del ruolo e della collocazione del termine nell'alveo dei c.dd. elementi 'accidentali' del negozio giuridico[36].

La definizione del termine, di matrice non normativa[37] ma dottrinale e giurisprudenziale, consiste nella relativa descrizione, diretta ad evidenziarne il significato operativo: cos'è, a cosa serve, quando ricorre, perché ricorre[38]. In tale

32 Il carattere unilaterale delle quali è posto in risalto da Ferroni, L.: *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, pp. 69 ss.; 91 ss. e 95 ss.; Id.: *Il Termine*, cit., p. 31 s.

33 È stato osservato, infatti, che non è possibile individuare in astratto, all'interno di un rapporto, un ordine di priorità logico o cronologico del diritto rispetto all'obbligo o viceversa: Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1975, p. 173.

34 Cosí, testualmente, Tartaglia Polcini, A.: *I termini*, cit., p. 37 ss., spec. pp. 41-47.

35 Kant, I.: *Critica della ragion pura* (traduzione italiana di G. Gentile e G. Lombardo Radice), 7ª ed., Bari, 1979, p. 95: *ivi* il riferimento al tempo, quale "condizione universale" *a priori* della "possibilità" dei fenomeni in generale.

36 In contrapposizione con i c.dd. requisiti o elementi essenziali, individuati dall'art. 1325 c.c.: Carusi, D.: "Condizione e termini", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), III, *Effetti* (a cura di M. Costanza), Milano, 2006, p. 267. Pone in discussione la portata assoluta di "detta qualificazione, in riferimento all'intero arco di fattispecie nelle quali […] il termine compare": Di Majo, A.: "Termine", cit., p. 189.

37 Sull'assenza di un'autonoma disciplina normativa generale, idonea a ricomprendere le diverse ipotesi di termini: Trimarchi, V.M.: "Termine (diritto civile)", *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1973, p. 106.

38 In assenza, peraltro, di una compiuta elaborazione dogmatica, in grado di offrire quanto meno i criteri per una identificazione in concreto della natura dei termini, sulla base di una indagine approfondita del profilo funzionale, la questione permane aperta e le difficoltà si moltiplicano ogni qual volta ci si imbatta in una delle previsioni normative che ascrivono un rilievo alle modalità cronologiche. A tali difficoltà allude Ferroni, L.: *Il termine*, cit., p. 20 ss., con il richiamo, fra l'altro, della disposizione contenuta nell'art. 2901 c.c., in tema di azione revocatoria, là dove, tra i legittimati attivi, figurano anche i creditori "a termine",

prospettiva, il termine appare strettamente correlato alla funzione del rapporto giuridico quale regolamento di interessi[39]. Fecondi di notevoli sviluppi, in tal senso, sono gli studi sull'effettiva portata del raccordo tra termine ed effetto regolamentare, nell'analisi della reale incidenza di talune vicende modificative dell'elemento cronologico ora sulla disciplina[40] ora sull'identità[41] del rapporto giuridico, là dove sovente si ravvisa nel differimento del termine un indice del mutato assetto degli interessi[42], i quali, nel regolamento, "trovano la loro sintesi in chiave normativa"[43].

senza ulteriori specificazioni. I dubbi interpretativi rilevati si riverberano, fra l'altro, sulla definizione di concetti funzionali all'applicazione di altre discipline: si pensi al confronto fra esigibilità ed eseguibilità, ai fini dell'applicazione delle regole in tema di compensazione: Perlingieri, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 1975, p. 297 ss.

39 Sull'aspetto funzionale del rapporto giuridico, quale regolamento di interessi che si configura come l'ordinamento del caso concreto": Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Jovene, Napoli, 1972, p. 32 ss.; Perlingieri, P.: *Profili istituzionali*, cit., p. 225; Perlingieri, P.: *Dei modi di estinzione*, cit., p. 29 s.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 694. Sulla portata concreta dell'autonomia, quale norma "regolatrice di un rapporto, anch'esso concreto": Romano, Salv.: *L'atto esecutivo nel diritto privato (appunti)*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 67; con riferimento al contratto come "autoregolamento" di rapporti giuridici patrimoniali, si v. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 3 ss. Per un richiamo al termine quale "meccanismo di realizzazione di interessi determinati", sebbene con riguardo al solo termine essenziale (ex art. 1457 c.c.): Simonetto, E.: "Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 1051, nota 8. Di dimensione temporale degli interessi discorre Russo, E.: *Il termine del negozio giuridico*, cit., p. 45 ss.; e n. 3; p. 75 ss., spec. pp. 83 s. e 115.

40 La conferma della configurabilità, nel nostro ordinamento, di vicende che si riferiscono "al solo regolamento, alla sola disciplina del rapporto" è tratta da un'attenta rilettura della previsione dell'art. 1231 c.c., con la quale "il legislatore espressamente ammette l'esistenza di modificazioni accessorie che non sono idonee ad estinguere l'obbligazione, non qualificabili altrimenti se non come *modificazioni della disciplina del rapporto*": Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione*, cit., p. 36 (corsivo aggiunto).

41 Secondo una dottrina particolarmente attenta, esso riveste un rilievo "essenziale" ed assorbente nell'individuazione dell'oggetto idoneo a soddisfare gli interessi delle parti del rapporto: Simonetto, E.: "Termine essenziale", cit., spec. p. 1049 s. Sul punto già si è avuto modo di osservare che talvolta "la modalità cronologica concorre all'individuazione e all'identificazione (identità oggettiva) del rapporto, riguardato sotto l'aspetto delle modificazioni dei profili strutturali. Questi ultimi non possono essere considerati disgiuntamente da quelli funzionali, che ne determinano l'assetto concreto sulla base della considerazione complessiva" (Tartaglia Polcini, A.: *I termini*, cit., p. 48, nota 107) sia dello "stato iniziale degli interessi consolidati nelle situazioni soggettive preesistenti al fatto" sia della "determinazione delle situazioni soggettive programmate nell'atto": elementi che concorrono ad esprimere la "sintesi degli effetti essenziali": Perlingieri, P. e Femia, P.: *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed. ampiamente riveduta e aggiornata, con la collaborazione di Loredana Tullio, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 99 s.; Perlingieri, P.: *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Jovene, Napoli, 1968, p. 167 ss.; Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione*, cit., p. 28 ss.; Perlingieri, P.: *Cessione dei crediti*, in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 1982, p. 61 ss.

42 Sull'attitudine delle vicende modificative del termine – o di altre modalità c.dd. accessorie – ad incidere ora sulla disciplina ora sulla identità del rapporto: Perlingieri, P.: "La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto", nota a Corte d'Appello di Napoli, 29 novembre 1968, n. 2645, *Diritto e giurisprudenza*, 1969, p. 699 ss., ora in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 577 ss., con riferimento agli accordi tra creditore e debitore diretti ad incidere in misura sostanziale sulle modalità cronologiche della prestazione. In senso analogo, Ruscello, F.: "«*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio", *Rivista di diritto civile*, 1976, II, p. 206 ss. Sul punto cfr., altresí, Criscuoli, G.: "Contributo alla specificazione del negozio modificativo", *Giustizia civile*, 1957, p. 852. Propugna l'esigenza di accertare l'essenzialità del termine in chiave teleologica, attraverso una contestuale valutazione degli elementi che caratterizzano in concreto la relazione giuridica: Recinto, G.: *I patti di inesigibilità del credito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, spec. p. 96 ss.

43 Cosí Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione*, cit., p. 33.

Il termine è di regola apposto ad un atto di autonomia e, in forza della sua previsione, investe le situazioni giuridiche soggettive ed i rapporti che per effetto di quell'atto sono, in tutto o in parte, regolati, costituiti, modificati, estinti. È tradizionalmente identificato con l'evento[44] futuro e certo dal quale la volontà della legge o delle parti[45] fa dipendere la nascita/costituzione (termine iniziale) ovvero la fine/estinzione (termine finale) di una situazione giuridica soggettiva, di un rapporto giuridico o della mera titolarità, quale legame tra soggetto e situazione giuridica o, ancóra, del relativo esercizio. A tale nozione pare sfuggire, peraltro, il nesso tra evento e momento[46], rispetto al quale quest'ultimo identificherebbe l'essenza del termine e, sulla base di tale assunto, la sua sostanziale differenza con la condizione[47].

Per prospettare e tentare di superare la portata costruttiva, di là dalla valenza classificatoria in senso ampio della definizione di termine quale elemento accidentale, può essere utile soffermarsi brevemente sull'aggettivo, per tentare di coglierne la portata in sé e in relazione al sostantivo che accompagna, provando ad andare oltre la ricostruzione tradizionale.

Nel significato corrente, accidentale vuol dire casuale, fortuito, raro, non abituale. Nel linguaggio giuridico, dal latino tardo *accidentalis* – oltre ad evocare la tripartizione, cara alla pandettistica, tra *naturalia*, *accidentalia* ed *essentialia*[48] –, tale aggettivazione individua quegli elementi non necessari, non indispensabili, che possono essere aggiunti dalle parti per realizzare effetti particolari, rispetto al modello o allo schema negoziale tipico[49]. Essi sono contrapposti agli elementi

44 Saracini, E.: *Il termine*, cit., p. 204, testo e nota 3, ravvisa un "equivoco" nelle definizioni dottrinali del termine come un "avvenimento" o un "evento".

45 Trimarchi, V.M.: "Termine", cit., p. 100, rinviene nella "previsione" il "terreno" principale sul quale "intervengono" le "possibili determinazioni temporali".

46 Trimarchi, V.M.: "Termine", cit., p. 106, identifica il termine nel momento, negando che si tratti di un evento. Per l'affermazione che il termine è un momento e al tempo stesso un periodo, diversamente dalla condizione, che è un avvenimento: Saracini, E.: *Il termine*, cit., p. 203 ss.

47 *Infra*, *sub* § 6, testo e nota 82.

48 In proposito, Di Majo, A.: "Termine", cit., p. 189, osserva che "la natura "accidentale" del termine sia da mettere in relazione con una certa ricostruzione degli elementi del negozio giuridico (*essentialia*, *naturalia*, *accidentalia*)". Il riferimento è agli studi di Bekker, E.I.: *System des heutigen Pandektenrechts*, Hermann Böhlau, Weimar, II, 1889; Windscheid, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt, 1906, p. 451 s.; von Tuhr, A.: *Der allgemeine Teil*, cit., pp. 194-196, nel quale la definizione *accidentalia* assume una portata meramente descrittiva (secondo l'analisi di Di Majo, A.: *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, cit., p. 3, nota 6). Nella dottrina italiana, per un'adesione a tale tripartizione, Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1971, pp. 190 ss. e 201 ss. Per un riferimento della "accidentalità" al solo "negozio astratto", in contrapposizione al "negozio concreto", Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1960, p. 515; Cariota-Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, senza data, ma 1948, p. 116. Per una severa critica alla elaborazione della teoria del termine nella sistematica pandettistica, cfr. Allara, M.: *La teoria delle vicende*, cit., pp. 207-209.

49 Sulla relatività della distinzione fra elementi essenziali e accidentali, cfr. Allara, M.: *Teoria generale del contratto*, 2ª ed., Utet, Torino, 1955, p. 56 ss. Per superare una impostazione concettualistica, ancorata alla dimensione astratta della fattispecie, Majello, U.: "Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto", *Rivista di diritto civile*, 2005, I, p. 113 ss., spec. p. 125, testo e nota 15, riconosce che l'essenzialità e l'accidentalità

c.dd. essenziali, che valgono ad indicare i fattori costitutivi dell'essenza, sostanziali, indispensabili.

Il ricorso al sinonimo "accessorio"[50], per designare tali clausole, incidenti sull'efficacia degli atti di autonomia, evoca il carattere secondario di un elemento che si accompagna a ciò che è principale, cui è aggiunto in funzione di completamento e miglioramento: ad integrare la funzionalità, l'efficienza, l'utilità di un *quid*.

Una volta compiuto questo primo passo, dovrebbe risultare piú agevole e utile verificare se la sola alternativa alla qualificazione del termine come accidentale sia la configurazione di essenziale, ove il riferimento immediato è alla locuzione "termine essenziale"[51], che figura nella rubrica dell'art. 1457 c.c., con la precisazione "per una delle parti", sviluppata nel primo comma, quale indice di una circostanza da non sottovalutare, in quanto idonea a circoscrivere la portata della stessa essenzialità, ivi affermata, come avente carattere non assoluto ma relativo, proprio in ragione del necessario riferimento ad un interesse di parte[52]. Altro discorso dovrebbe svolgersi, poi, in ordine alla rilevanza oggettiva delle conseguenze della relativa inosservanza, che comporta la risoluzione di diritto del rapporto, indipendentemente da una espressa dichiarazione in tal senso della

attengono non "soltanto all'efficacia, bensí soprattutto al contenuto dell'accordo, al fine di stabilire la sufficienza degli elementi necessari affinché un accordo rilevi giuridicamente come contratto".

50 Per la qualifica di "determinazione accessoria" (*Nebenbestimmung*) della condizione e del termine v. von Scheurl, C.G.A.: *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei den Rechtsgeshäften*, Erlangen, 1871, p. 3 ss.; e la critica di Enneccerus, L.: *Rechtsgeschäft, Bedingung, und Anfangstermin*, Marburg, 1889, pp. 176, 183 e 211. Per una rigorosa selezione nell'uso delle espressioni "accidentalità" ed "accessorietà": Perlinigeri, P.: *I negozi su beni futuri, I, La compravendita di «cosa futura»*, Jovene, Napoli, 1962, p. 143.

51 Fondamentali, al riguardo, le pagine di Natoli, U.: "Il termine essenziale", *Rivista di diritto commerciale*, 1947, I, p. 221 ss. Secondo Simonetto, E.: "Termine essenziale" cit., p. 1048, nota 6, ricorre la figura in questione quando le parti "sulla essenzialità del termine hanno 'costruito' il negozio come strumento di soddisfazione dei loro interessi". La portata euristica di tale locuzione è oggetto di critica da parte dell'a., il quale vi ravvisa il "difetto" di "polarizzare l'attenzione sul momento nel tempo e di trascurare, almeno apparentemente, la prestazione sulla quale invece ricade il crisma vero dell'essenzialità", sí da offrire una rappresentazione meramente "*quantitativa*" del fenomeno. Nella sterminata letteratura giuridica in materia, cfr. Nicolò, R.: "Termine essenziale e *mora debendi*" (nota a Corte di Cassazione, 10 maggio 1946, n. 559), *Foro italiano*, 1944-46, I, c. 931 ss.; Graziani, A.: "Il termine essenziale (articolo 69 codice di commercio)", in Id.: *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, Napoli, 1953, p. 300 ss.; Scognamiglio, C.: "Termine essenziale e interesse del creditore", nota a Corte di Cassazione, 21 ottobre 1985, n. 5167, *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 1, c. 691 ss.; Grasso, B.: "Termine (diritto civile). Termine essenziale", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1992, p. 1 ss.; Costanza, M.: "Art. 1457. Termine essenziale per una delle parti", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), *Della risoluzione per inadempimento*, I, 2 (a cura di L. Nanni – M. Costanza - Ugo Carnevali), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 2007, p. 76 ss.; Perlingieri, G.: "Art. 1457 c.c.", in AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 1161 ss.; Carusi, D.: "Art. 1457 - Termine essenziale per una delle parti", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 447 ss.; Dellacasa, M.: *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), *Rimedi*, 2 (a cura di V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006, p. 325 ss.; Fioramonti, F.: "Clausola di termine essenziale", in AA.VV.: *Clausole Negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* (a cura di M. Confortini), Utet Giuridica, Torino, 2017, p. 845 ss.

52 Sull'interesse del creditore e sul tempo, quale modalità di determinazione della prestazione, Proto, M.: *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 27 s. Per un richiamo alla centralità della volontà nelle decisioni in materia: Sacco, R., in Sacco, R. e De Nova, G.: *Il contratto*, 4ª ed., Utet Giuridica Torino, 2016, p. 1631, testo e note 160-163.

parte interessata (1457, comma 2, c.c.)[53], salvo il valore di "manifestazione tacita" di volontà[54] del silenzio protratto per tre giorni dallo spirare del termine.

Anche prendendo le mosse dal tenore letterale delle disposizioni richiamate, con riferimento all'articolo in questione, ma senza limitarsi soltanto ad un discorso terminologico, è possibile annoverare una molteplicità di ipotesi nelle quali l'essenzialità non è *in re ipsa* ma si coglie nel concreto atteggiarsi degli interessi in un determinato rapporto[55]. D'altra parte, nel linguaggio comune, l'alternativa all'aggettivo essenziale è eventuale; accidentale ne appare, piuttosto, l'antitesi[56].

In apertura si sottolineava l'importanza del superamento della tradizionale e – per cosí dire – tralaticia definizione del termine quale elemento accidentale, contrapposto a requisito o elemento essenziale del negozio giuridico e del contratto. A ben riflettere, quella del termine quale elemento accidentale, piú che una definizione, è una classificazione o, addirittura, aspirerebbe ad essere una qualificazione. Se, peraltro, la qualificazione consiste nel procedimento che, dalla determinazione della funzione, perviene all'individuazione della disciplina[57], allora la natura del termine potrà essere colta soltanto *a posteriori* e in concreto, non essendo metodologicamente corretto pretendere di determinarla in astratto ed aprioristicamente, tanto meno senza tener conto degli interessi avuti di mira dalle parti nella selezione degli effetti[58].

La portata del termine, nell'accezione di "tempo dell'adempimento", è reputata "essenziale alla configurazione dell'obbligo giuridico", sul presupposto che "un vincolo senza scadenza è negazione della stessa doverosità della condotta"[59]. Un ulteriore indizio della non accidentalità dell'elemento temporale – se non nelle

53 Sull'argomento si tornerà *infra*, *sub* §§ 7, 9 e 10.

54 Per tale prospettiva interpretativa: Nicolò, R.: *Termine essenziale*, cit., c. 933.

55 Puntuale, al riguardo, la riflessione di Ruscello, F.: "«Pactum de non petendo»", cit., p. 207, secondo il quale occorre "distinguere il termine essenziale al negozio da quello essenziale al rapporto. Occorre in particolare distinguere il termine quale elemento di un contratto, reso "essenziale" o dalla legge, per il particolare tipo di negozio cui si riferisce – come avviene, ad esempio, nelle locazioni (art. 1571 c.c.) – o dalle parti […], dal termine idoneo a caratterizzare, per l'incidenza che può avere sull'oggetto e/o sul titolo, un determinato rapporto".

56 Dalmartello, A.: *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Cedam, Padova, 1958, p. 348 ss. richiama il predicato "essenziale" come sinonimo di "necessario e costitutivo", nel significato opposto a quello di termine "accidentale". In senso critico, rispetto alla accidentalità intesa come eventualità, Carnelutti, F.: *Teoria generale*, cit., p. 315, osserva: "se per elementi essenziali si intendono quelli, la cui deficienza pregiudica l'efficacia dell'atto, anche la condizione o il termine tali dovrebbero ritenersi, poiché quando siano previsti, identica è la loro rilevanza".

57 Perlingieri, P. e Femia, P.: *Nozioni introduttive*, cit., pp. 108 e 177.

58 Illuminanti, in proposito, i rilievi espressi da Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione*, cit., p. 36, nel segnalare l'esistenza di "alcuni rapporti in cui queste modalità normalmente accessorie sono essenziali". Id.: *Dei modi di estinzione*, cit., p. 110, nota 6, ammonisce l'interprete in ordine alla necessità di una "valutazione globale ai fini della qualificazione di essenzialità o di non essenzialità" delle c.dd. modalità accessorie. In senso analogo, Biscontini, G.: "Trasferimento della titolarità di situazioni giuridiche soggettive e compravendita di cosa futura", *Diritto e giurisprudenza*, 1972, p. 485.

59 Cosí Perlingieri, P. e Romano, G.: in Perlingieri, P. e AA.VV.: *Manuale di diritto civile*, 8ª ed. interamente riveduta e integrata con indicazioni giurisprudenziali, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 316.

costruzioni teoriche che propendono per l'astrazione, a fini prevalentemente didattici o di classificazione in senso ampio – potrebbe ricavarsi dalla *ratio* alla base del divieto di stipulare taluni negozi a termine (o sotto condizione), perciò definiti puri (o *actus legitimi*)[60]. Analoga considerazione potrebbe svolgersi in ordine alla previsione espressa di un termine o della sua necessaria apposizione o fissazione – pena la non vincolatività oltre un certo tempo, se non addirittura la nullità – in relazione a talune fattispecie negoziali o contrattuali, quale fisionomia necessaria ed ineludibile, a fini di garanzia dei rapporti che da esse si originano o che in esse trovano la loro regolamentazione, in virtú del concorrente apporto di autonomia ed eteronomia (divieti negoziali e legali di alienazione; patti che vietano o limitano la concorrenza ecc.)[61].

IV. *SEGUE*: PROPOSTA DI RIDEFINIZIONE DEL SIGNIFICATO DI TERMINE ESSENZIALE QUALE RISULTANTE DI UN GIUDIZIO DI VALORE INCENTRATO SUL CONCRETO ASSETTO DEGLI INTERESSI.

La generale riconduzione del termine, unitamente agli altri elementi c.dd. accidentali, nell'àmbito dell'autonomia negoziale quale autoregolamentazione – ovvero nell'area dell'eteronomia, là dove prescritti dalla legge o da altre fonti esterne alla volontà delle parti, nelle ipotesi di condizioni, termini o oneri imposti da provvedimenti amministrativi o giurisdizionali – postula il recupero e la valorizzazione del collegamento funzionale esistente (e dedotto nel rapporto) tra effetti (dell'atto di auto o di eteroregolamentazione) e interessi (perseguiti in concreto). Se si applica tale inquadramento al termine, si perviene a qualificarlo non già quale elemento essenziale in astratto ma neppure accidentale *tout court*,

60 Il riferimento ai negozi c.dd. puri, o *actus legitimi*, quali fattispecie che la legge sottrae all'apposizione di elementi c.dd. accidentali, o di alcuni di essi, lascia emergere la portata sistematica tendenzialmente attribuita all'incidenza di tali fattori sull'efficacia degli atti di autonomia e, di conseguenza, sui rapporti che ne derivano. In questa prospettiva, Ferri, L.: *Successioni in generale*, in Aa.Vv., *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 1980, p. 218, a proposito dell'accettazione, ricostruita quale categoria negoziale. La *ratio* del divieto di apporre condizioni o termini ad alcune fattispecie è generalmente ricondotta alla carenza di disponibilità in capo alle parti degli effetti prodotti da determinati atti (il riferimento piú ricorrente è all'atto di matrimonio – *ex* art. 108 c.c. – nonché agli atti di accettazione – *ex* art. 475, commi 2 e 3, c.c. – e di rinuncia – *ex* art. 520 c.c. – all'eredità), ovvero all'esigenza di impedire che i destinatari di un atto di autonomia siano esposti a situazioni di incertezza, soprattutto se determinate da altri: ove il riferimento è, ad esempio, agli atti unilaterali recettizi a contenuto patrimoniale (Rescigno, P.: "Condizione (dir. vig.)", in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 790), là dove non se ne ravvisi la giustificazione nella tendenza a non ammettere limitazioni temporali per determinate categorie di diritti o di rapporti (si pensi, tra le tante ipotesi, nell'àmbito degli atti a contenuto non patrimoniale, al riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio, *ex* art. 254, comma 1, c.c., ovvero, tra i negozi a contenuto patrimoniale, a quelli costitutivi di servitú prediali, in ragione della natura di tali situazioni reali, necessariamente caratterizzate dalla perpetuità: Vitucci P.: *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 186 s.; Cicu, A.: *Servitù prediali*, Bologna, 1931, p. 107 s.

61 Con riferimento al giudizio di meritevolezza dei divieti di alienazione (*ex* art. 1379 c.c.) o di altri patti restrittivi dell'autonomia negoziale (*ex* art. 1596 c.c.), Di Majo, A.: *Rilevanza del termine*, cit., p. 214 s., osserva che "la dimensione 'temporale' dell'interesse entra appunto a far parte di tale giudizio, è *magna pars* di esso", richiamando, sul punto, la giurisprudenza delle corti anglosassoni, la quale, "nella costruzione del canone di *reasonableness* dell'obbligo di astensione (dalla concorrenza) […] tiene conto della dimensione 'temporale' dell'interesse prospettato nel patto […], senza però che tale profilo venga a godere di alcuna autonomia rispetto a quello piú generale della 'ragionevolezza' del patto" medesimo.

bensí quale fattore integrante la fenomenologia degli interessi giuridicamente rilevanti, perseguiti in concreto dalle parti[62].

Gli interessi, assunti quali ragioni per agire[63] – sostanza che l'ordinamento giuridico vigente veste di una forma di manifestazione, di assetto e di controllo, configurandoli come nucleo essenziale delle situazioni giuridiche soggettive e dei rapporti –, costituiscono il motore e l'oggetto dell'autonomia negoziale[64] ed esigono, oggi piú che mai, una rinnovata attenzione alla relativa dimensione, cui si suole riferire il ruolo dei c.dd. elementi 'accidentali' del contratto e, piú in generale, di ogni negoziazione.

Il continuo tentativo di recuperare l'essenzialità, in alternativa all'accidentalità, senza tener conto del contesto della regolamentazione, rivela peraltro una frequente deriva della tendenza generalizzante nell'analisi giuridica dei nostri tempi, che privilegia le categorie dogmatiche ed astratte[65].

Si è passati dalla pretesa assoluta portata accidentale degli elementi c.dd. accessori del negozio e, tra questi, del termine, all'eccesso opposto di considerare essenziale l'elemento temporale, senza approfondire il contesto nel quale si colloca. Una siffatta pretesa o presunta essenzialità non sempre trova riscontri nella concretezza delle relazioni giuridiche. Essa, piuttosto, rivela il rischio di una nuova dogmatica degli interessi, tipizzati in formule o clausole di stile, adottate dalle parti o dalla legge o, ancóra, dal giudice. Ad esempio, il ricorso alla locuzione "entro e non oltre", quale indice di essenzialità del termine, senza soppesarne in concreto l'effettiva portata sul piano dell'assetto di interessi, è una prassi diffusa nei regolamenti negoziali, rispetto alla quale prevalgono il ragionamento e l'argomentazione delle sentenze con l'attenzione rivolta al contesto, alla natura ed all'oggetto della negoziazione, di là dalle formule rituali[66].

62 Tartaglia Polcini, A.: *I termini nei rapporti giuridici*, cit., p. 17.

63 Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, pp. 347, 370 ss.

64 Secondo Romano, Salv.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 104, gli interessi sono "in via di principio alla base dell'intero sistema". Interessante ed utile, nella prospettiva funzionale auspicata, la proposta di inquadramento di Gabrielli, E.: "La nozione di contratto", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2780 ss., spec. p. 2818, là dove l'a. individua nella formula "operazione economica", ovvero "operazione negoziale" il concetto che meglio si presta ad accogliere ed a "rappresentare il concreto assetto degli interessi delle parti", inclusi quelli "non riassunti, né riassumibili, nello schema del tipo", per riuscire a rendere ed a racchiudere "meglio della nozione di contratto, o di negozio, la pluralità di momenti, di regole e di attività" che concorrono a comporre "l'unità formale e sostanziale dell'atto di autonomia".

65 Al riguardo, in senso critico, cfr. Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione*, cit., p. 91.

66 Cfr., fra le tante, Corte di Cassazione, 7 giugno 2011, n. 12296, *Giustizia civile*, 2012, I, p. 2706 ss., secondo la quale "il termine per l'adempimento può essere ritenuto essenziale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1457 c.c., solo quando, all'esito di indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo. Tale volontà non può desumersi solo dall'uso dell'espressione "entro e non oltre" quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso

Nella dogmatica contrapposizione tra essenzialità strutturale e funzionale si insidia il pericolo di invertire il processo di qualificazione giuridica[67], attribuendo rilievo preliminare e determinante alla struttura rispetto alla funzione, in ossequio ad una essenzialità tipizzata di determinate modalità cronologiche, quale conseguenza di una presunzione generalizzata, che non ammette forme di contemperamento degli interessi in gioco[68].

L'essenzialità *del* termine – o *di un* termine – è e non può non essere sempre funzionale. In tal modo è possibile superare le distinzioni tradizionali fra essenzialità soggettiva (o "ritenuta" da una parte, in funzione del soddisfacimento del proprio interesse) ed oggettiva (ovvero connaturata all'oggetto del rapporto); fra essenzialità assoluta e relativa; fra essenzialità in astratto e in concreto.

Le graduazioni del rilievo dell'essenzialità[69] valgono ad esprimere, secondo i casi, ora una particolare importanza del termine ora una inutilità della prestazione ritardata, con implicazioni relative, superabili in presenza di un interesse attuale a ricevere l'adempimento tardivo, o assolute, nel qual caso si propende per una "fatalità"[70] del termine stesso.

L'essenzialità dei termini, quanto alla relativa incidenza sul permanere del vincolo obbligatorio, deve essere valutata nel concreto assetto delle posizioni delle parti e degli interessi dedotti nel rapporto[71].

oltre la data considerata". In senso analogo, Corte di Cassazione, 31 dicembre 2016, n. 14426, *Giustizia civile - massimario*, 2016, con nota di Vinchesi, E.: "Osservazioni sul termine essenziale (art. 1457 c.c.)", *Foro padano*, 2017, p. 124 ss., ha escluso la possibilità di considerare essenziale, in mancanza di ulteriori elementi che ne attestassero l'improrogabilità, la data di consegna di un plico, convenuta in un contratto di trasporto con la dicitura "entro il", negando al mittente il risarcimento dei danni correlati alla perdita di contributi comunitari, quale conseguenza della mancata esecuzione della prestazione nel rispetto del termine pattuito.

67 Pone l'accento sul "carattere interpretativo dell'attività volta all'accertamento dell'essenzialità del termine", che impone al giudice di merito l'applicazione di un criterio adeguato e logico e "l'osservanza delle regole di ermeneutica", sí da sottrarre il relativo giudizio al sindacato di legittimità in Cassazione soltanto in presenza dei requisiti prescritti, Scognamiglio, C.: "Termine essenziale", cit., c. 694, nota 12, con il richiamo di una costante giurisprudenza sul punto.

68 Ad una tale impostazione metodologica sembra aderire la tesi che esclude *a priori* il carattere essenziale di un termine, quando questo sia apposto ad un contratto preliminare ai fini della stipula del definitivo (Rubino, D.: *La compravendita*, cit., p. 34, nota 15). Applicando lo stesso metodo di valutazione astratta e generalizzante, in passato la giurisprudenza è pervenuta a soluzione diametralmente opposta, nel senso di affermare in ogni caso la necessaria essenzialità del termine in questione: cfr. Corte d'Appello di Napoli, 4 febbraio 1946, *Diritto e giurisprudenza*, 1947, p. 10.

69 Simonetto, E.: "Termine essenziale", cit., p. 1058, individua in una "inesatta valutazione della essenzialità" la fonte dei numerosi errori di prospettiva riscontrabili soprattutto nelle soluzioni giurisprudenziali, nelle quali il confronto fra termine essenziale, termine ordinario e clausola risolutiva espressa si fonda esclusivamente su una valutazione quantitativa e non sulla base di una differente natura dei rimedi.

70 L'espressione è adoperata da Sacco, R.: *Il contratto*, cit., p. 946, per evidenziare il carattere perentorio del termine in questione.

71 Nel concorso fra il criterio oggettivo e quello soggettivo, la soluzione ipotizzata consiste nell'adozione di formulazioni idonee a consentire una interpretazione equilibrata da parte del giudice, come suggerisce Cante, P.: "Termine essenziale" (nota a Corte di Cassazione, 18 giugno 1999, n. 6086), *Vita notarile*, 1999, II, p. 1203 ss.

In tale prospettiva, il predicato essenziale rivela il proprio carattere relativo, là dove cede in presenza di una "temporanea impossibilità" non imputabile alla parte obbligata[72] o di una valutazione di opportunità che induce a consentire (e ad accettare) un adempimento tardivo[73].

Quanto alla consistenza delle situazioni soggettive investite nella definizione di essenzialità di una determinata modalità cronologica, un'attenzione maggiore al profilo funzionale degli interessi, non necessariamente secondo una visione unilaterale[74] e tendenzialmente contrapposta delle parti del rapporto, consente di superare l'accezione meramente economica[75] dell'*utilità* che postula o condiziona l'improrogabilità[76].

72 Di contrario avviso Simonetto, E.: "Termine essenziale", cit., p. 1057, secondo il quale l'essenzialità non ammette tolleranza alcuna.

73 Per tale orientamento, sebbene risalente nel tempo, cfr. Corte di Cassazione, 5 agosto 1977, n. 3542, *Repertorio Foro italiano*, 1977, voce "Contratto in genere", n. 279. Il caso tipico è offerto da un provvedimento amministrativo, in séguito rimosso, il quale impedisce, *medio tempore*, l'edificabilità di un terreno oggetto di un preliminare di compravendita, sí da indurre il promissario acquirente a sospendere i pagamenti, lasciando trascorrere i termini stabiliti come essenziali ai fini della conservazione del rapporto. Argomentando sulla base del carattere relativo dell'essenzialità, da verificare nel concreto assetto degli interessi dedotti nel rapporto, anche in difetto di un termine essenziale in senso proprio e senza dover ricorrere ai congegni predisposti dagli artt. 1454 ss. c.c., l'eccessivo ritardo rispetto all'ordinario termine convenuto per l'adempimento, di là da ogni limite di tollerabilità, importa inadempimento "di non scarsa importanza" (*ex* art. 1455 c.c.), quale causa di risoluzione giudiziale del contratto *ex* art. 1453 c.c. (in tal senso, cfr. Corte di Cassazione, 3 agosto 1976, n. 3010, *Giurisprudenza italiana*, 1976, I, c. 1553; Corte di Cassazione, 18 maggio 1976, n. 1751, *Repertorio Foro italiano*, 1976, voce "Contratto in genere", n. 231). La giurisprudenza di legittimità pare orientata nella direzione di una verifica in concreto della "gravità del ritardo", quale operazione necessaria in assenza di un termine essenziale (cfr. Corte di Cassazione, 10 giugno 1982, n. 3523, *Giustizia civile - massimario*, 1982, p. 6).

74 Rispetto ad un orientamento giurisprudenziale costante nel riconoscere rilievo decisivo al solo interesse del creditore, la Suprema Corte è intervenuta con una pronuncia ("innovativa", secondo Scudella, A.: "Termine essenziale nel contratto preliminare", nota a Corte di Cassazione, 22 novembre 1985, n. 5766, *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 1, c. 541), la quale apporta qualche temperamento a tale prospettiva unilaterale del rapporto obbligatorio, aprendo la strada all'interesse del debitore e, soprattutto, alla tutela del relativo affidamento rispetto al carattere essenziale del termine apposto al negozio e alla conseguente risoluzione di diritto (come rileva Scognamiglio, C.: "Termine essenziale", cit., c. 696). Ne consegue l'inammissibilità di una rinuncia tardiva a tale perentorietà da parte del creditore, oltre il "periodo di ripensamento" consentito dalla legge, in quanto "atto 'vano', incidente su una situazione esaurita *ope legis*" (Corte di Cassazione, 21 ottobre 1985, n. 5167, cit., spec. c. 697 s.).

75 Tra le pronunce che collegano l'essenzialità del termine allo "scopo economico del contratto", si segnalano Corte di Cassazione, 10 ottobre 1967, n. 2367, *Repertorio della Giurisprudenza italiana*, 1967, voce "Obbligazioni e contratti", n. 313; Corte di Cassazione, 18 marzo 1999, n. 2491, *Notariato*, 1999, p. 307. Per un richiamo al criterio quantitativo e, in particolare, all'entità del corrispettivo concordato, nella valutazione dell'incidenza del tempo sulla portata economica dell'affare, Bessone, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 354 ss. Nella prospettiva di un superamento della considerazione squisitamente economica dell'utilità, in favore di una valutazione complessiva circa l'"irrealizzabilità funzionale dello scopo del negozio", cfr., sebbene risalente, Corte di Cassazione, 13 luglio 1971, n. 2260, *Giustizia civile - massimario*, 1971, p. 1232. Piú di recente, per una rilettura dell'utilità economica quale indice rivelatore dell'essenzialità, inquadrato attraverso l'interpretazione della volontà manifestata dalle parti nel senso della improrogabilità, di là da formule sacramentali, Corte di Cassazione, 31 dicembre 2016, n. 14426, cit. (*retro*, nota 66). A conferma della portata riduttiva del riferimento prevalente all'utilità economica dell'operazione, è possibile richiamare i numerosi ed efficaci esempi forniti da Simonetto, E.: "Termine essenziale", cit., p. 1049 s.

76 O "puntualità perentoria", per usare un'espressione adoperata da Simonetto, E.: "Termine essenziale", cit., p. 1060, con riferimento al termine essenziale c.d. "naturale".

V. *SEGUE*: DAL TERMINE AI TERMINI. DIMENSIONE PLURALE E PROPOSTA DI RIMODULAZIONE DELL'OGGETTO DELL'INDAGINE: DALL'ANGUSTA PROSPETTIVA DEL TERMINE AL SINGOLARE, QUALE ESPRESSIONE DI UNA LOGICA DOGMATICA, ALL'ESAME DEI TERMINI IN RELAZIONE ALLA MOLTEPLICITÀ DEGLI ASSETTI CHE GLI INTERESSI ASSUMONO, ALL'INTERNO DEGLI ATTI DI AUTONOMIA, COME REGOLAMENTI DEL CASO CONCRETO.

Per sfuggire alle derive della necessaria accidentalità o, in contrappunto con essa, della inevitabile essenzialità del termine, occorre innanzitutto liberare lo sguardo dall'angusta prospettiva della singolarità dell'oggetto dell'analisi.

Il termine al singolare rispecchia una logica dogmatica. Appare invece piú conforme alla molteplicità degli assetti che gli interessi assumono all'interno degli atti di autonomia, come regolamenti del caso concreto, discorrere di termini al plurale, senza con ciò rischiare di incorrere nell'eccesso opposto: quello di peccare per l'assenza di rigore nella definizione dell'oggetto dell'indagine.

Alla luce delle considerazioni sin qui formulate, si spiega la ragione per la quale, oggi piú che mai, ad opera di una parte della dottrina, si tende a discorrere di termini al plurale, senza tema di ingenerare confusioni con i termini del diritto processuale, da sempre designati al plurale.

Del resto anche i termini che scandiscono i tempi e le articolazioni del processo altro non sono se non la misura dell'esercizio di talune pretese[77], espressione di poteri o facoltà, che costituiscono il contenuto di situazioni giuridiche soggettive e rapporti in conflitto, in attuazione di fondamentali diritti, costituzionalmente protetti, di azione e di difesa, quest'ultimo assistito altresí dal predicato dell'inviolabilità.

Sí che, lungi dal riproporre una generalizzazione piú rischiosa della precedente, la moltiplicazione dei termini si pone quale ipotesi diretta a valorizzare la prospettiva del diritto come regolamentazione preventiva o successiva, diretta a comporre conflitti sottesi alle manifestazioni dell'autonomia negoziale e degli altri formanti del diritto, alla luce del concreto atteggiarsi degli interessi in un determinato contesto, secondo criteri di ragionevolezza[78] che devono necessariamente governare la scelta della qualificazione di un determinato istituto in un senso o nell'altro.

77 In argomento, cfr. Grossi, D.: "Termine (diritto processuale civile)", in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 234; Costa, S.: "Termini (diritto processuale civile)", in *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Utet, Torino, 1973, p. 117 ss.; Criscuolo, F.: "Termini processuali e sostanziali: una breccia nella tradizionale classificazione", nota a Corte costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 49, *Rassegna di diritto civile*, 1991, p. 170 ss.; Carusi, D.: "La natura del riscatto urbano *ex* art. 39 l. n. 392 del 1978 e il termine per il suo esercizio", *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 291 ss.; Carusi, D.: "Condizione e termini", cit., p. 270.

78 Per una interessante proposta ricostruttiva della "ragionevolezza", come "sintesi verbale" caratterizzata da storicità e relatività, con la quale, tra l'altro, "il legislatore […] richiama l'interprete: ora ad una esigenza

I termini, se riferiti ai rapporti giuridici – di là dalle partizioni del diritto sostanziale e processuale – rappresentano misure temporali che le parti, la legge, il giudice necessariamente individuano come modalità di emersione degli interessi meritevoli e, nel contempo, come misura di controllo della rispondenza degli atti o, in senso piú ampio, delle regole giuridiche alla realizzazione di quei medesimi interessi[79].

VI. *SEGUE*: PROPOSTA DI DELIMITAZIONE DEI TERMINI RISPETTO ALLA CONDIZIONE, IN RAGIONE DELLA PIÚ SPICCATA PROIEZIONE FUNZIONALE CHE CONTRADDISTINGUE L'ELEMENTO CRONOLOGICO, ORA QUALE OGGETTO ORA QUALE STRUMENTO DI REGOLAMENTAZIONE TELEOLOGICAMENTE ORIENTATA IN FUNZIONE CONFORMATIVA DI FATTI, ATTI, RAPPORTI GIURIDICI.

Muovendo, ancora una volta, dalle suggestioni terminologiche che, se ben intese, a volte evidenziano scelte logiche, appare interessante il ricorso, per i termini di matrice pattizia, al verbo *apporre*, analogamente a quanto accade per i termini intesi quali confini designati a delimitare, ad esempio, lo spazio intercorrente tra due fondi, oggetto di diritti diversi e verosimilmente nella titolarità di distinti centri di interessi. Sí che i termini evocherebbero i confini – spaziali o temporali – di ampiezza o estensione dell'oggetto di una determinata situazione giuridica soggettiva, nel contesto di una o piú relazioni giuridiche a loro volta oggetto (di conflitto potenziale o attuale e, di conseguenza) di regolamentazione normativa, legale o volontaria, o della rispettiva e reciproca integrazione tra i due complessi di fonti ovvero di definizione giudiziale.

Altro fattore – emergente da una analisi dei termini che non si arresti alla classificazione cristallizzata nella raffigurazione consegnataci dalla dottrina tradizionale – è il tradursi del fatto, *rectius*, del farsi che prelude al fatto, in rapporto giuridico, necessariamente attraverso vicende che non si colgono nella loro portata effettuale senza la dimensione temporale, anche là dove questa sia talmente breve da considerarsi istantanea[80].

di equità, di correttezza, di giustizia (v., ad esempio, gli artt. 111 Costituzione, 265, comma 2, codice di procedura civile, 816 bis, 533, comma 1, codice di procedura civile); ora ad una istanza di congruità e adeguatezza riferita al tempo, e dunque ad un termine, o ad un prezzo, una spesa, un piano economico e finanziario, un assetto organizzativo (v., ad esempio, gli artt. 1748, 1749, 1783, comma 2, n. 3, 2501 *bis*, comma 4, codice civile; artt. 405 codice della navigazione; art. 130, comma 4, codice del consumo; artt. 39 e 49 della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionali; art. 2381 c.c.)": Perlingieri, G.: "Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c.", *Foro napoletano*, 2014, p. 55 s.

79 Sull'assunto che "[l]'atto di autonomia negoziale non è un valore di per sé: lo può essere, e in certi limiti, se e in quanto risponda ad un interesse meritevole di tutela»: Perlingieri, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 334. Per una proposta applicativa del controllo di meritevolezza sul contenuto dei regolamenti di interessi, basata sulla verifica della proporzionalità e ragionevolezza delle relative determinazioni temporali, Tartaglia Polcini, A.: *I termini nei rapporti giuridici*, cit., p. 109 ss.

80 Cicala, R.: *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Jovene, Napoli, 1953, pp. 23 e 26 ss., configura, accanto ad una divisibilità in parti materiali della cosa, una frazionabilità "attraverso la divisione

Il nesso inscindibile che si coglie nell'analisi del concreto atteggiarsi delle vicende giuridiche – e della connessione dinamica tra fatti-rapporti-fatti, che in esse si svolgono e dalle stesse scaturiscono – è dato dal legame biunivoco tra interesse e tempo[81]. Si tratta di un fenomeno scandito dall'esistenza – non sempre dovuta all'apposizione – di un termine, che rimane non poco mortificato e risulta sostanzialmente tradito dall'appellativo di elemento accidentale *tout court*. Ciò, in quanto apporre negozialmente un termine, prevederlo legislativamente o affidarlo alla determinazione del giudice – affinché a decorrere da quel momento o fino a quel momento (e non prima né oltre) si possa o si debba compiere una determinata azione o produrre un dato effetto – dovrebbe rispondere alla logica, oltre che all'assiologia, dell'utilità dell'agire, dell'effetto, della tutela dell'interesse che quell'agire e quell'effetto, in un dato tempo – e non prima né oltre – mirano a realizzare.

In tale prospettiva, i termini sarebbero concepiti quali strumenti di tutela. Sarebbe questo il senso della portata rimediale, quale espressione di una regolamentazione normativa, legale, volontaria, giudiziale – o risultante dall'integrazione tra tutti o alcuni di questi interventi – delle modalità cronologiche conformative di un fatto, di un atto o di un rapporto, con l'attenzione rivolta all'utilità concreta di quello stesso fatto, atto o rapporto.

Rispetto alla condizione ed al *modus*, il termine ha una specificità connessa alla sua natura pressoché tutte le volte nelle quali ricorre: quel *quid* che lo differenzia dalla condizione e dall'onere non è ontologico né sempre uguale a sé stesso, ma è ravvisabile nella variabilità degli interessi che esso è chiamato a realizzare. Di là dal profilo della certezza[82] dell'*an* dell'evento futuro, incerto nel *quando*, invocato come criterio dirimente nella delimitazione del termine rispetto alla condizione, la peculiarità dell'elemento cronologico è data dalla piú spiccata proiezione funzionale che lo contraddistingue sotto l'aspetto teleologico e contenutistico.

Alla luce di tali considerazioni, il termine non si risolve nel fatto[83], non nell'evento futuro e certo, non come tempo *tout court*, ma si configura quale determinazione temporale che rende il tempo oggetto (e, sovente, anche strumento) di una regolamentazione funzionale del contenuto negoziale[84]. Sí che, in taluni casi,

della durata cronologica della prestazione dedotta nel rapporto".

81 Trimarchi, V.M.: "Termine", cit., spec. p. 96.

82 In proposito, Carusi, D.: "Condizione e termini", cit., p. 290 s., rileva che deve essere "accolta *cum grano salis*, e problematizzata, la tradizionale affermazione secondo la quale il termine differisce dalla condizione per la sua certezza". Per un ulteriore distinguo tra termine e condizione, proprio al fine di scardinare la portata determinante e indefettibile della certezza dell'*an* nel primo, a fronte della sussistente incertezza nella seconda, cfr. Saracini, E.: *Il termine*, cit., p. 210 ss. In senso analogo, Sirgiovanni, B.: "Termine essenziale. Spunti per uno studio sullo scioglimento del contratto", *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1359 ss.

83 Cosí Trimarchi, V.M.: "Termine", cit., spec. p. 96.

84 *Contenuto* nel quale "sono sintetizzati tanto il profilo statico dell'oggetto, quanto quello dinamico della causa": Perlingieri, P. e Criscuolo, F., in Perlingieri, P. e AA.VV.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 504.

il termine (desumibile dal riferimento ad un certo tempo) potrebbe evocare il richiamo ad un dato esterno[85] per limitare l'efficacia di un fatto; in altre ipotesi, potrebbe costituire un coefficiente normativo connotante il modo di essere[86] del fare o dell'agire, o lo stesso contenuto delle situazioni soggettive[87] di potere e di dovere correlate a quel fare o a quell'agire.

Cosí, ad esempio: in un contratto di locazione che vincola Tizio e Caio – locatore e conduttore – rispettivamente a concedere in godimento un bene e a corrispondere il canone periodico a decorrere dal mese *x* dell'anno *y* o fino al mese *x* dell'anno *y*, il termine si configura immediatamente quale misura dell'estensione del diritto personale di godimento di Caio e, nel contempo, dell'obbligazione di Tizio, oltre che delle correlate situazioni di debito e credito aventi ad oggetto il canone. Ad una visione piú attenta, attraverso la lente degli interessi dedotti nella concreta fattispecie, nella selezione di quelli rilevanti e meritevoli di tutela, con l'attenzione rivolta alla funzione quale sintesi degli effetti essenziali, l'effettiva portata della dimensione temporale del rapporto risulterà decisiva ai fini della qualificazione e della individuazione della disciplina applicabile in ragione, ad esempio, della durata del vincolo[88]: inferiore o superiore ai limiti legislativamente imposti con riguardo all'oggetto, alla destinazione del godimento ed al contesto nel quale il regolamento si colloca[89].

Cataudella, A.: *Sul contenuto del contratto*, (ristampa), Giuffrè, Milano, 1974, p. 196 ss., sottolinea l'incidenza sostanziale di alcune clausole c.dd. secondarie, o accidentali, sulla realizzazione dell'assetto d'interessi.

85 Irti, N.: *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 25.

86 Secondo Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 111, il tempo non si esaurisce nel fatto, ma ne rappresenta un "modo di essere" quale "relazione".

87 Russo, E.: *Il termine*, cit., p. 127, ravvisa nella "determinazione temporale" un "necessario atteggiamento" del "contenuto dell'obbligazione". Per un'analisi critica delle teorie in materia v. Di Majo, A.: "Termine", cit., p. 190 s.

88 Sulla natura "strutturale" del termine richiesto per la fisionomia "minima" di contratti quali, ad esempio, la locazione (*ex* art. 1571 c.c.): Dalmartello, A.: *Adempimento e inadempimento*, cit., p. 348 ss.; Di Majo, A.: *Rilevanza del termine*, cit., p. 78 s.; Di Majo, A.: "Termine", cit., p. 202 ss. Nello stesso senso, discorre di "elemento naturale o essenziale" Zappulli, C.: "Termine (diritto civile)", in *Nuovo digesto italiano*, XII, 2, Utet, Torino, 1940, p. 59.

89 Notevole è l'incidenza dei termini nei rapporti di godimento riconducibili allo schema della locazione, ai fini dell'integrazione o della deroga alla disciplina dettata in materia dal codice civile, in casi particolari – si pensi alla locazione ultranovennale – o ad opera di leggi speciali per le locazioni di beni immobili, ad esempio, ad uso abitativo o commerciale. In proposito, la legge 27 luglio 1978, n. 392 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*), all'art. 1, prevedeva un termine minimo inderogabile di durata pari a quattro anni (con l'esclusione delle locazioni per esigenze di carattere transitorio). In materia è successivamente intervenuta la legge 9 dicembre 1998, n. 431 (*Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo*), la quale ha conservato il termine minimo di quattro anni per i contratti a canone c.d. "libero" (determinato per accordo delle parti: art. 2, comma 1; con la deroga relativa alle locazioni di natura transitoria: art. 5), prevedendo un termine minimo di tre anni per i contratti c.d. a "regime vincolato", (con canone determinato secondo parametri stabiliti in sede di accordi tra organizzazioni della proprietà edilizia e conduttori: art. 2, commi 3 e 5). Alla previsione di una durata minima è generalmente ricondotta la funzione di garantire "esigenze primarie di stabilità abitativa del conduttore": Dogliotti, M. e Figone, A.: *La locazione. Disciplina generale. Le locazioni abitative*, in Aa.Vv., *Il diritto privato oggi* (a cura di P. Cendon), Giuffrè, Milano, 1993, p. 236. In assenza di un limite massimo di durata del rapporto, si applica la disciplina del codice civile.

Analoga portata funzionale e qualificante hanno, ad esempio, in una dimensione di godimento o fruizione turnari, le clausole temporali che limitano la disponibilità di una villa al mare ad alcuni mesi all'anno, e, segnatamente, ai mesi estivi; o, ancóra, i termini che scandiscono l'accessibilità a determinati vantaggi, oggetto di apposita negoziazione, come nel caso della concessione di una dilazione, con rateizzazione del corrispettivo dovuto, ma soltanto a cadenza mensile e a condizione che si estingua il debito entro e non oltre un dato giorno, mese ed anno.

Ulteriori esempi, tratti dall'applicazione giurisprudenziale, valgono a fornire utili riscontri della funzionalità sul piano effettuale dei termini nella regolamentazione della realtà varia e mutevole delle relazioni ordinate dal diritto. Nella prospettiva dinamica emerge la utilità, a fini di qualificazione, del recupero di un raccordo strumentale e teleologico tra termini e rapporto. Un aspetto oggi sempre piú rilevante, anche in ragione di circostanze congiunturali, soprattutto nella disciplina di taluni rapporti, è la meritevolezza della fissazione, dell'osservanza e specialmente della inderogabilità di taluni termini, rispetto alla effettiva sostenibilità della complessiva operazione economica. Il termine diviene, in talune ipotesi, strumento di valutazione e conformazione della condotta delle parti di un rapporto. Sí che la relativa inosservanza può dar luogo a conseguenze che, in concreto, ne rivelano una essenzialità funzionale ma anche strutturale: una essenzialità *in re ipsa* ma non per questo ontologica, a prescindere dall'originaria designazione o classificazione.

Il tema del rispetto dei termini e della sostenibilità del vincolo contrattuale è, ad esempio, alla base della regolamentazione dei termini di pagamento nelle obbligazioni commerciali, segnatamente nei rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni. In proposito, si pone la questione della portata della inderogabilità dei termini di pagamento, là dove eventuali accordi in deroga potrebbero anche tradursi talvolta in un "finanziamento commerciale del debitore a costo zero"[90].

La questione è oggetto di scrutinio sotto forma di giudizio di meritevolezza di atti di autonomia, accordi, pattuizioni, aventi quale oggetto o effetto, ad esempio, la dilazione del termine di adempimento[91]. Si tratta di profili che emergono, peraltro, nella previsione dell'art. 7 del d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, nella parte nella quale richiama, come indici di valutazione della "grave iniquità" dell'accordo

90 Perrone, A.: "L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie", *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, p. 65 ss.

91 Al riguardo, è opportuno operare innanzitutto un distinguo tra dilazione e proroga, sotto un profilo funzionale; in secondo luogo, sarebbe il caso di procedere nell'indagine sulla natura e sulla portata effettuale della dilazione, sulla base delle peculiarità del concreto assetto di interessi che subisce la modifica del termine: Perlingieri, P.: "La dilazione come vicenda modificativa", cit., p. 577 ss.; Ruscello, F.: "«*Pactum de non petendo*»", cit., p. 206 ss. Infine, occorrerà mirare l'indagine alla determinazione delle funzioni riconducibili alle vicende incidenti sull'esigibilità del credito, sulle quali, v. Recinto, G.: *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 69 ss.; Ruscello, F.: "Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un 'vecchio' lavoro", *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 553 ss.

sui termini di pagamento (o delle prassi richiamate dal successivo art. 7 bis), la "corretta prassi commerciale", la "natura della merce o dei servizi oggetto del contratto", la "condizione dei contraenti" e i "rapporti commerciali tra i medesimi, nonché […] ogni altra circostanza"[92].

Tale disposizione manifesta una particolare aderenza al profilo degli interessi: adeguatezza resa necessaria dal ruolo dei termini – legali o convenzionali – nella disciplina del rapporto. Ne risulta rafforzata, sotto l'aspetto della coerenza sistematica e dell'efficienza pratica, la soluzione di assoggettare le clausole di deroga convenzionale ai termini legali alla valutazione del giudice con riguardo, fra l'altro, anche ai parametri offerti dalla presunzione di proporzionalità e ragionevolezza dei termini legali, ricavabili dall'art. 3, legge 18 giugno 1998, n. 192[93].

VII. VERIFICA DELLE ARGOMENTAZIONI PROPOSTE. ESAME DI PROFILI APPLICATIVI DEL METODO SELEZIONATO: POST-NUMERAZIONE DEL CORRISPETTIVO ED ESSENZIALITÀ DEI TERMINI DI CORRESPONSIONE PERIODICA DEGLI ACCONTI NELL'ESECUZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI IN FUNZIONE DI COOPERAZIONE ALLA SOSTENIBILITÀ DEL VINCOLO CONTRATTUALE.

L'analisi della concreta dimensione dinamica dei rapporti giuridici lascia emergere i riflessi sostanziali delle modalità cronologiche delle attività dedotte nei relativi regolamenti di interessi, soprattutto in presenza di posizioni differenziate per ragioni economiche o normative come, ad esempio, nell'àmbito di un rapporto di durata, instaurato tra un privato ed una pubblica amministrazione sulla base di un contratto di appalto. Nelle fattispecie in questione, di norma l'appaltatore è tenuto ad eseguire l'opera a regola d'arte e nel pieno rispetto dei tempi stabiliti. La scansione temporale che caratterizza la doverosità del comportamento dell'esecutore dell'opera – atteso, peraltro, il necessario protrarsi nel tempo dell'attività funzionale al compimento dell'intero lavoro – non trova riscontro in termini di immediatezza nelle modalità e nelle regole che governano la controprestazione. In particolare, proprio per consentire una possibile contemporaneità tra la piena realizzazione

92 In relazione al decreto richiamato, di attuazione della Direttiva 2000/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, cfr. Russo, E.: *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d. lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Cedam, Padova, 2005. Sull'opportunità di un'analisi del contesto entro il quale i termini operano, al fine di individuarne l'attitudine identificativa dell'essenza e della funzione del rapporto, in base alla realtà degli interessi dedotti nella relazione giuridica, Tartaglia Polcini, A.: *I termini*, cit., p. 52 ss.

93 Si tratta della speciale disciplina dettata dalla legge 18 giugno 1998, n. 192, "*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*", in particolare, all'art. 3, comma 2. In argomento, cfr. Prosperi, F.: *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica, Profili ricostruttivi e sistematici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 45 ss., 82 ss.; Berti, C. e Grazzini, B.: *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla l. 5 marzo 2001, n. 57 e dal d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231*, Giuffrè, Milano, 2005.

dell'opera e il pagamento del corrispettivo, l'adempimento dell'obbligazione di versare il *quantum* pattuito, a carico della pubblica amministrazione committente, si caratterizza per un piú ampio margine sul piano cronologico. La *ratio* di tale diaframma temporale tra le prestazioni – *rectius*, tra l'inizio dell'esecuzione dell'opera e il *dies a quo* del pagamento del *quantum* dovuto all'appaltatore a titolo di corrispettivo, in concomitanza con la integrale e regolare conclusione del lavoro – risiede nella precisa scelta di subordinare l'adempimento dell'obbligazione principale del committente all'esito dell'esercizio del potere di controllo, di verifica dell'esatta esecuzione e di accettazione dell'opera medesima (art. 1665, comma 5, c.c.)[94].

Simile assetto del regolamento di interessi è applicazione del principio della c.d. post-numerazione del corrispettivo[95]. Il meccanismo richiamato comporta il differimento dell'adempimento dell'obbligazione di dare di una parte rispetto a quella di fare dell'altra. Ciò, senza peraltro elidere il nesso di correspettività tra le prestazioni[96]. Quest'ultimo, infatti, postula non sempre la contestualità né tanto meno l'immediatezza della modalità cronologica dell'esecuzione.

Nondimeno si profila un altro possibile rischio, se si pone in raccordo tale legame di reciproca interdipendenza tra le prestazioni con il punto di equilibrio tra le posizioni delle parti, emergente dal concreto assetto degli interessi dedotti nel rapporto regolato dal contratto di appalto, in un determinato contesto storico-sociale. Il mancato rispetto, da parte della pubblica amministrazione committente, dei tempi stabiliti per procedere al versamento degli acconti periodici – di anticipazione delle spese – potrebbe pregiudicare l'effettiva sostenibilità dell'adempimento dell'appaltatore e, di conseguenza, la piena realizzazione del regolamento di interessi avuto di mira dalle parti e dedotto nel rapporto. Il riferimento è alla portata essenziale del rispetto dei termini intermedi di corresponsione degli acconti non solutori, diretti a fornire all'appaltatore la liquidità necessaria per acquistare i mezzi e per avanzare nella realizzazione dell'opera[97].

Ancóra una volta appare sfumata la distinzione sul piano funzionale tra termine di efficacia e termine di adempimento, atteso il carattere essenziale dell'osservanza dei termini di corresponsione degli acconti intermedi per l'integrazione dell'efficacia del contratto sul piano del raggiungimento dello scopo pratico che è diretto a

94 La disciplina originaria non consentiva il versamento di acconti se non in ragione dell'opera eseguita o della materia prestata: art. 12, comma 3, regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, recante *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*.

95 Stolfi, G.: "Appalto (contratto di)", in *Enciclopedia del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 629 ss., spec. p. 645.

96 Rubino, D. e Iudica, G., *Dell'appalto*, 4ª ed., in Aa.Vv., *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca e, successivamente, a cura di F. Galgano), *Delle obbligazioni, artt. 1665-1677*, Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 2007, p. 372; Giannattasio, C.: *L'appalto*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1967, p. 112.

97 Cianflone, A. e Giovannini, G.: *L'appalto di opere pubbliche*, 11ª ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 939.

realizzare: vale a dire, in altre parole, sotto il profilo dell'effettiva attuazione del regolamento di interessi. In proposito, la Corte di cassazione si è pronunciata sul carattere essenziale del termine imposto alla pubblica amministrazione per regolare ed assicurare la corresponsione periodica di questi acconti. Si tratta di una essenzialità che può legittimare e indurre lo stesso appaltatore a chiedere la risoluzione del contratto, a fronte di un inadempimento da parte della p.a.[98]

Se ci si interroga sulla portata della modalità cronologica dell'esecuzione della prestazione sin qui descritta, non pare del tutto convincente, tuttavia, la relativa riconducibilità *tout court* all'àmbito operativo dell'art. 1457 c.c., sí che non resta che indagare sul tipo di essenzialità che si profila o, meglio, sul fondamento e sulla portata della medesima. La questione riconduce, ancóra una volta, al necessario superamento delle categorie dogmatiche tradizionali, alla proposta della relativa rilettura alla luce di una dottrina ormai consolidata, che ha prospettato un'utile distinzione tra essenzialità strutturalistica ed essenzialità funzionalistica.

La previsione della corresponsione degli acconti entro un dato termine, nei rapporti richiamati, sarebbe indice di una essenzialità funzionalistica e non già strutturalistica. Tale distinguo impone di ritornare sull'essenzialità del termine richiamato ed operativo in base all'art. 1457 c.c. Il rimedio ivi contemplato, infatti, sembrerebbe scindere il legame tra termine e interesse nonostante il riferimento espresso dell'essenzialità del termine all'interesse della parte creditrice, in virtú della previsione, al comma 2, di un'operatività *ipso iure* del meccanismo risolutorio, indipendentemente da una espressa pattuizione in tal senso.

Il fattore temporale sarebbe cosí assunto come elemento costitutivo della fattispecie, parte integrante della struttura del rapporto, sí che la relativa inosservanza comporterebbe in ogni caso lo scioglimento e, quindi, la perdita di efficacia vincolante del regolamento di interessi.

Una simile lettura prova troppo, perché sembra elidere il nesso funzionale tra rimedio e interesse tutelato, per avvalorare una tendenza ermeneutica all'affermazione di una essenzialità presunta, anzi pretesa a tutti i costi. Simile argomentazione, oggi piú che mai diffusa, soprattutto nelle applicazioni giurisprudenziali, necessita di un approfondimento.

La portata essenziale di uno o piú termini dedotti in un dato rapporto, proprio se ed in quanto ricollegabili ad un interesse rilevante, meritevole di protezione, postula una verifica in concreto della relativa sussistenza attuale, pena l'inattuazione della funzione del rapporto medesimo.

98 Sulla fattispecie in esame cfr. Corte di Cassazione, 24 maggio 2007, n. 12162, *Il Foro amministrativo - C.d.S.*, 2008, I, p. 391 ss., con nota di Palmieri, V.: *Il ritardato pagamento degli acconti nell'appalto di opere pubbliche*, *ivi*, p. 395 ss.

Alla luce di tali rilievi, il termine di corresponsione degli acconti intermedi e non solutori appare riconducibile alla previsione dell'art. 1457, nella misura nella quale mutua da tale richiamo normativo la natura rimediale, ma con la precisazione che la relativa essenzialità postula una necessaria verifica funzionale in concreto[99].

Si tratterebbe di un termine con portata rimediale, a beneficio di entrambe le parti, in quanto punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, posto a salvaguardia del nesso di correspettività, in una prospettiva di sostenibilità del vincolo contrattuale. In definitiva, quel termine altro non sarebbe che la misura del sacrificio imposto ad una delle parti al fine di garantire la cooperazione all'adempimento dovuto dall'altra, in funzione del risultato utile dell'intera operazione economica e, nel contempo, della piena attuazione del regolamento di interessi concordato.

Non è un caso che, trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive – ove entrambe le parti rivestono nel contempo la posizione di creditore e debitore – la cooperazione all'adempimento da parte del committente, quale creditore della corretta e puntuale esecuzione dell'opera concordata, permei e conformi la condotta imposta al medesimo. Si allude alla duplice posizione di creditore dell'*opus* e debitore, tra l'altro, di acconti apparentemente privi di portata funzionale diretta, nell'economia generale della fattispecie, ma dotati di una rilevanza strumentale all'attuazione del comune interesse alla realizzazione dell'opera con i caratteri e nei tempi stabiliti.

In tale ipotesi, pertanto, piú che di termine di adempimento, sarebbe opportuno discorrere di modalità cronologica connotante la natura e la funzione – non solutoria ma di cooperazione all'adempimento – di tali prestazioni in acconto.

Cosí configurata, la clausola temporale finisce oltretutto per investire il nesso sinallagmatico sul piano effettuale, rischiando che la rottura del legame di corrispettività si riverberi sulla (sostenibilità della) prosecuzione del rapporto. In altre parole, la portata essenziale del rispetto dei termini in questione assume un significato diverso, nel senso che esprime la necessità oggettiva dell'adempimento puntuale da parte del committente-debitore di tali pagamenti parziali, piuttosto che l'utilità sul piano squisitamente soggettivo del mero interesse dell'appaltatore-creditore alla relativa puntuale esecuzione.

L'osservanza dei vincoli temporali imposti alla pubblica amministrazione per la corresponsione di tali acconti è, in sostanza, condizione essenziale per consentire

99 Al riguardo è particolarmente utile, in questa sede, il richiamo all'esigenza di una "iniezione di concretezza e ricerca di risposte giuridiche adeguate alla singola individualità del caso", quale mozione di metodo proposta da Romano, G.: *Interessi del debitore e adempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 66.

all'imprenditore la sostenibilità degli oneri strumentali alla esatta esecuzione della prestazione oggetto della sua obbligazione. Ciò spiegherebbe perché il legislatore e la giurisprudenza riconoscano il diritto di quest'ultimo a chiedere la risoluzione contrattuale ove, in corso d'opera, siano ritardati i pagamenti parziali in misura superiore al quarto dell'intero importo contrattuale e sia inutilmente decorso il termine di sessanta giorni dalla necessaria costituzione in mora della p.a.

La congruità del termine, cosí delineato, sarebbe ravvisabile nel punto di convergenza e contemperamento dell'interesse della p.a. committente a verificare la regolarità e correttezza dell'esecuzione, da un canto, e dell'appaltatore ad ottenere mezzi strumentali, talvolta essenziali per disporre della liquidità necessaria alla realizzazione dell'opera, dall'altro.

In proposito è appena il caso di svolgere un'ulteriore considerazione, stavolta di carattere sociale, dal momento che la c.d. post-numerazione del corrispettivo sovente si traduce nella selezione delle imprese partecipanti alla gara, escludendo di fatto ed aprioristicamente da tali porzioni di mercato quelle piccole imprese che non siano in grado di anticipare i costi di realizzazione dell'opera. Atteso che questi contratti non possono non risentire della crisi economico-finanziaria, il fenomeno descritto ha contributo effettivamente alla fuoriuscita dal mercato di molte piccole imprese, nelle dinamiche dei rapporti con pubbliche amministrazioni committenti o stazioni appaltanti, a fronte della ricorrente previsione, nei bandi di gara, della necessità di anticipare le spese in attesa della corresponsione successiva di tali acconti periodici.

VIII. *SEGUE*: REMISSIONE DEL DEBITO EVENTUALMENTE RESIDUO AL TEMPO DEL DECESSO DEL DISPONENTE. INCIDENZA DEL MOMENTO DELLA MORTE SULLA DETERMINAZIONE DEL *QUANTUM REMISSUM* ED EFFICIENZA CAUSALE DELLA DISPOSIZIONE.

L'itinerario scelto consente di giungere a definire che a volte una modalità cronologica puntuale o periodica sottende scelte sostanziali ed effettuali di tipo diverso. Sí che, quando si pretende di attribuire ad essa la rilevanza di un termine accessorio, si rischia di eludere l'ordinamento. Segnatamente, è possibile che il ricorso all'utilizzo di termini che hanno una portata anti- o contro-funzionale si ponga in contrasto con norme inderogabili e talvolta imperative, poste a presidio di valori non negoziabili. In simili ipotesi è dunque decisivo definire la portata essenziale o no della clausola cronologica, per trarne le dovute conseguenze nel senso della inevitabile caducazione della complessiva operazione o – in ossequio al principio di conservazione – della possibile rimozione del solo limite temporale in contrasto con gli interessi tutelati dalle norme violate.

Le questioni appena evocate affiorano, ad esempio, dall'esame di taluni elementi caratterizzanti la donazione a termine [100], segnatamente con riguardo alla disciplina applicabile ad alcune ipotesi nelle quali il termine sia identificato nella morte del donante. In proposito, la dottrina si esprime nel senso che l'evento in questione si configuri non quale causa ma come occasione dell'attribuzione patrimoniale, facendo leva sulla distinzione tra negozi *mortis causa* e *post mortem*[101]. Eppure l'analisi in concreto del regolamento di interessi dedotti nel rapporto non sempre porta ad accogliere e condividere questa soluzione, indipendentemente dalla questione del divieto dei patti successori e del rischio di una sua possibile elusione. In proposito è noto che oggi – sulla scorta di una tenace dottrina e alla luce dell'evoluzione normativa, orientata alla pluralità delle fonti ed alla comparazione con altri sistemi – la giurisprudenza si proietta in una prospettiva di superamento di una lettura angusta della configurazione di tali accordi come patti istitutivi vietati, per aprirsi piuttosto verso forme di anticipazione e pianificazione ereditaria.

La vicenda oggetto di approfondimento in questa sede riguarda una ipotesi di remissione del debito residuo – con effetti destinati a prodursi – alla morte del disponente. La fattispecie, ricostruita come remissione a termine iniziale, è relativa ad una dichiarazione contenuta in un contratto di mutuo, nella quale si prevede che la somma ancóra da restituire al momento della morte del mutuante non sia piú resa ad alcuno, sí che l'eventuale ammontare delle rate ancóra dovute a quella data "dovrà considerarsi donazione effettuata direttamente" al mutuatario[102].

Dalla configurazione del regolamento di interessi sembrerebbe emergere, *prima facie*, la stretta connessione tra termine ed atto, dove il primo assume una portata sostanziale sull'intero regolamento di interessi, nel determinare, sulla base del momento del verificarsi dell'evento futuro dedotto nell'accordo, la misura del *quantum* effettivamente dovuto a titolo di obbligazione restitutoria.

I riflessi sull'alea negoziale sono innegabili. La portata funzionale di quest'ultima, che sembra spingersi ben oltre la "normale alea" del contratto, si rinviene nel concreto dispiegarsi degli effetti della clausola temporale cosí configurata. In ragione del breve tempo trascorso (alcuni mesi) tra la stipula dell'accordo – con l'erogazione del mutuo – e il decesso della parte disponente, l'ammontare

100 Sulla quale cfr. Biondi, B.: *Le donazioni*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), Utet, Torino, 1961, p. 520; Iudica, G.: "La donazione a termine", in Aa.Vv., *La donazione* (a cura di G. Bonilini), Utet, Torino, 2001, p. 871; Palazzo, A.: *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazioni*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Utet, Torino, 2000, p. 130; Barba, V.: "La donazione a termine", in Aa.Vv., *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da G. Bonilini), VI, *Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 873 ss.

101 Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 37 s.; Giampiccolo, G.: "Atto «*mortis causa*»", in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 232 s.; Nicolò, R.: "Attribuzioni patrimoniali *post mortem* e *mortis causa*", *Vita notarile*, 1971, p. 148.

102 Tribunale di Udine, 20 ottobre 2014, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, p. 375 s., con nota critica di commento di Viglione, F.: "La remissione del debito alla prova del divieto dei patti successori istitutivi", *ivi*, p. 376 ss.

del debito estinto, in quanto residuo a quella data, è notevole rispetto alla già cospicua entità del credito riscosso. Il dato parrebbe tale da porre in discussione la qualificazione come mutuo dell'intera operazione, attesa – oltre all'incidenza della pattuizione derogatoria sui caratteri di onerosità e corrispettività, nonché sulla misura del *tantundem*, oggetto dell'obbligazione restitutoria – la sproporzione tra l'intero ammontare della somma mutuata e l'entità del corrispettivo effettivamente restituito.

Al riguardo, la mera considerazione della clausola temporale in sé, senza tener conto del rilievo della correlazione tra quel termine e l'evento morte – come accadimento futuro e incerto soltanto nel *quando* ma certo nell'*an* –, ha portato a non valutare adeguatamente i profili strutturali e formali delle manifestazioni dell'autonomia negoziale che, in casi come questo, non possono essere trascurati, in ragione della funzione di garanzia che rivestono.

Di là dal dato strutturale, l'elemento interessante è costituito dall'inevitabile incidenza della disposizione – *inter vivos*, ma destinata a produrre effetti *post mortem* e in virtú dell'evento morte – sull'assetto patrimoniale attuale e su quello futuro (non soltanto) del suo autore, con rilevanti implicazioni sulla tutela di eventuali terzi creditori o eredi legittimari.

Alla luce di tali rilievi, una simile disposizione negoziale avrebbe meritato un ben piú rigoroso sindacato da parte dei giudici di merito, in ordine all'ammissibilità, alla legittimità ed alla meritevolezza, sia con riferimento all'incidenza causale dell'evento morte rispetto alla remissione sia con riguardo alla forma della clausola in esame. Eppure il Tribunale udinese, a proposito delle rilevate interferenze con il divieto dei patti successori – seppur nella sua attuale portata ridimensionata – si è limitato ad escludere, nella fattispecie in esame, il ricorso di una ipotesi elusiva. Nella prospettiva dell'organo giudicante, la clausola contenuta in un contratto di mutuo, che prevede la liberazione del mutuatario dall'eventuale debito residuo alla data della morte del mutuante, non costituisce violazione del divieto dei patti successori, trattandosi di un negozio *inter vivos* di remissione di debito immediatamente produttivo di effetti e non di un negozio *mortis causa*.

Di là dalla affermazione anodina della decisione richiamata, peraltro, l'evento – *certus an, incertus quando* – dedotto nel programma negoziale quale momento-data per l'individuazione del *dies ad quem* dell'obbligazione restitutoria e, per converso, del *dies a quo* dell'effetto di liberazione dell'obbligato, solleva una serie di dubbi interpretativi in ordine alla configurabilità di una simile pattuizione, alla sua struttura – ricostruita nella sentenza come dichiarazione unilaterale della parte mutuante – nonché (e soprattutto) alla sua funzione. Al riguardo è inevitabile interrogarsi sull'interesse che siffatta operazione mira a realizzare in concreto o sul venir meno dell'interesse che vale a segnare o, ancóra, sull'*animus donandi*

eventualmente sotteso, data anche l'espressa qualificazione come donazione al mutuatario del capitale eventualmente residuo alla morte del mutuante.

La ricostruzione proposta della fattispecie in esame, quale dichiarazione unilaterale di remissione del debito, contenuta in un contratto di mutuo, oltre ai dubbi di configurazione autonoma di una simile struttura negoziale – in ragione della sua portata – rispetto al regolamento nel quale è inserita, pone profili di criticità in relazione al suo possibile inquadramento come legato di liberazione da un debito. In tale ipotesi difetterebbe, infatti, la forma imposta dalla legge per le dichiarazioni *mortis causa*. Eppure la mera struttura unilaterale, libera nella forma negoziale, è stata ritenuta sufficiente dai giudici di merito, i quali vi hanno ravvisato una liberalità indiretta, come tale sottratta a particolari vincoli di forma.

L'*iter* logico-argomentativo della decisione appare incentrato prevalentemente, se non esclusivamente, sulla rilevanza del *dies* quale dato strutturale. Ciò ha indotto ad accordare rilievo al tempo – e non già all'evento – della morte, esclusivamente quale elemento cronologico individuato per delimitare il *quantum* dell'eventuale debito residuo oggetto di remissione, senza alcun riguardo per l'incidenza di simile determinazione sul profilo causale dell'operazione né su quello patrimoniale del creditore e del debitore e sulle relative implicazioni.

È evidente l'inconveniente costituito dalla mancata attribuzione del necessario rilievo e della dovuta attenzione all'operatività della morte quale evento, dotato di portata funzionale proprio in virtú della relativa riconduzione a *dies a quo* dell'effetto estintivo: termine iniziale dell'efficacia della remissione, con conseguente liberazione del mutuatario e, nel contempo, *dies ad quem* dell'esistenza e dell'esigibilità dell'obbligazione di restituzione dell'eventuale residuo.

Sebbene in assenza di alcun riferimento nella decisione richiamata, sembrerebbe plausibile imputare, ancóra una volta, alla valenza di elemento accidentale, tendenzialmente attribuita alla modalità cronologica, l'esclusione dell'efficienza causale del collegamento del *dies a quo* della remissione del debito con la morte del creditore, con conseguente sottrazione al procedimento di qualificazione e al giudizio di liceità e meritevolezza del negozio cui è apposta.

IX. *SEGUE*: CONGRUITÀ DEL TERMINE APPOSTO AD UN CONTRATTO PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA IMMOBILIARE E RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO NELLA CONFORMAZIONE DELLE CLAUSOLE CRONOLOGICHE.

Nel solco finora tracciato si inseriscono alcune recenti pronunce di legittimità e di merito, delle quali si richiamano due esempi significativi. Entrambi riguardano la portata decisiva – dell'omesso esercizio, in un caso, e del corretto e diligente

adempimento, nell'altro – del dovere di consiglio di un notaio rispetto alle implicazioni tecnico-giuridiche dell'apposizione di un termine ad un contratto, segnatamente con riferimento alla congruità della relativa misura rispetto all'assetto di interessi dedotto nel regolamento negoziale.

Il riferimento è a due giudizi in materia di termine apposto ad un contratto preliminare per la stipula del definitivo, con inevitabili riflessi sull'effettiva vincolatività del preliminare medesimo. Nelle fattispecie in esame, l'analisi della condotta del notaio rinviene nella congruità del suddetto termine – e soprattutto nella sua attitudine rimediale – un referente essenziale ai fini della decisione.

a) Nella prima delle pronunce richiamate[103], la censura dell'operato e il riscontro della responsabilità (professionale e) deontologica di un notaio, per omesso adempimento del dovere di consiglio, si incentrano sulla questione della non congruità del termine di ben nove anni, concordato dalle parti del contratto preliminare per la stipula del definitivo. In particolare, si è ravvisata una negligenza e, di conseguenza, una responsabilità del professionista per la condotta omissiva – in violazione dell'art. 42, comma 1, lett. *a*), del Codice deontologico notarile, "il quale impone al professionista di ben spiegare le conseguenze giuridiche della condotta delle parti, lasciando l'apprezzamento della convenienza economica a queste ultime". Nel caso di specie, il notaio non ha richiamato l'attenzione del promissario acquirente con riguardo ai rischi cui lo avrebbe esposto l'ampiezza della clausola temporale in oggetto, in sé considerata[104] e soprattutto in relazione al ben piú breve termine triennale di efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare medesimo *ex* art. 2645 *bis*. Quest'ultimo sembrerebbe esulare dal presente discorso, in quanto qualificato dalla giurisprudenza come termine di decadenza e ricostruito come tale. Eppure esso offre il parametro di misura alla stregua del quale è possibile valutare il difetto di congruità del termine negoziale.

A fronte di un termine triennale entro – e non oltre – il quale l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare potrebbe salvaguardare l'interesse

103 Corte di Cassazione, 18 maggio 2017, n. 12482, *Foro italiano*, 2017, 10, I, c. 3095 ss., con nota di Bucciante, E.: "In tema di dovere di informazione e consiglio gravante sui notai", *ivi*, c. 3099 s.: "Il notaio, incaricato della redazione e autenticazione di un contratto preliminare per la compravendita di un immobile, non può limitarsi a procedere al mero accertamento della volontà delle parti e a sovrintendere alla compilazione dell'atto, occorrendo anche che egli si interessi delle attività preparatorie e successive necessarie ad assicurare la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito ed esplicitato dalle parti stesse. (Nella specie, in cui le parti avevano pattuito un termine di nove anni per la stipula del definitivo, la S.C. ha ritenuto che rientrava nel cd. 'dovere di consiglio', gravante sul notaio ex art. 42, comma 1, lett. a), del codice di deontologia notarile, avvertire le parti della durata triennale degli effetti della trascrizione del preliminare, ai sensi dell'art. 2645-bis, comma 3, c.c., e, conseguentemente, degli ulteriori adempimenti necessari a garantire la sicurezza dell'operazione)".

104 Nel caso in esame, il notaio avrebbe dovuto avvisare il promissario acquirente che un termine lungo per la stipula dell'atto notarile lo avrebbe esposto a elevati rischi nei confronti di azioni di terzi verso il venditore e all'eventuale fallimento dello stesso: come osserva, a commento della pronuncia richiamata, Villa, A.: "Il notaio ha il dovere di consigliare le parti sulle clausole da inserire nel preliminare", *Quotidiano giuridico* on line *Diritto & Giustizia*, 2017, p. 9 ss.

del promissario acquirente, l'intervallo temporale convenuto dalle parti per la stipula del contratto definitivo risulta sproporzionato e, conseguentemente, privo di una concreta idoneità sul piano rimediale. Sí che a nulla vale la difesa del notaio, il quale asserisce di non essersi pronunciato in materia, in ossequio alla volontà delle parti che si sono affidate al suo ministero. Né persuade l'argomento che, in realtà, si sia trattato di una scelta incidente non sul piano economico ma semmai soltanto sotto il profilo tecnico-giuridico. Proprio in quest'ultimo àmbito, infatti, rileva il dovere di consiglio del professionista, tanto è vero che la giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità del notaio, condannandolo all'adempimento della conseguente obbligazione risarcitoria nei confronti del promissario acquirente.

b) Dalla seconda delle decisioni in esame, all'esito di un giudizio di merito[105], emergono due profili interessanti: l'uno relativo alla congruità del termine – stavolta oggetto di esame critico ad opera del notaio, con conseguente segnalazione alla parte interessata –, l'altro riferibile alla reale portata della operatività della clausola cronologica sul piano rimediale, a garanzia della pienezza dell'effetto traslativo rispetto alle concrete modalità temporali del principio consensualistico.

Nel caso di specie, il tribunale ha innanzitutto riconosciuto la diligenza della scelta di un notaio nel senso di intervenire per dissuadere la promissaria acquirente dalla stipula del contratto definitivo, attesa l'inosservanza del termine entro il quale le parti avevano concordato che sarebbe stata cancellata, contestualmente al rogito, l'ipoteca sull'immobile oggetto di trasferimento. Inoltre, i giudici di merito, nonostante la già intimata diffida ad adempiere – rimedio stragiudiziale, esercitato *ante causam* dalla parte per ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento –, hanno affermato la conservazione, in capo alla promissaria acquirente, della facoltà di recedere dal contratto preliminare, con diritto alla restituzione del doppio della caparra versata. In altre parole, la giurisprudenza non ha ritenuto configurarsi, nel caso di specie, alcuna forma di *mutatio libelli*. Del resto la figura si presenta oggi con contorni piú sfumati, dopo l'intervento chiarificatore e liberalizzatore delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015[106].

Il primo degli argomenti segnalati riguarda – come nella decisione precedentemente esaminata – la diligenza e la responsabilità deontologica e professionale del notaio, quale interprete e soggetto che coopera alla determinazione del regolamento del caso concreto, nel recepire la volontà delle

105 Tribunale di Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, *Foro italiano*, 2013, I, c. 1327 ss., con nota di Palmieri, A.: "Sul rapporto tra risoluzione del contratto, recesso e caparra confirmatoria", *ivi*, c. 1330 ss.

106 Corte di Cassazione, Sezioni unite, 15 giugno 2015, n. 12310, *Foro italiano*, 2016, I, I, c. 255, con nota di Cea, C.M.:, "Tra "*mutatio*" ed "*emendatio libelli*": per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.", con la quale la Corte regolatrice ha delineato i contorni delle ipotesi di *emendatio* e di *mutatio libelli*, con conseguente ampliamento dell'àmbito di ammissibilità delle nuove domande.

parti, nel tradurla in forme sostenibili e rilevanti, non senza esimersi dal suo dovere di consiglio[107]. Nel caso di specie, l'intervento del professionista si basa sull'assunto che il differimento di una settimana del termine per la cancellazione dell'ipoteca sull'immobile oggetto di un contratto preliminare di compravendita, originariamente convenuto come contestuale al rogito del definitivo, importi per la promissaria acquirente la sopportazione di un sacrificio apprezzabile, attesi anche i rischi e gli oneri connessi, come regolarmente prospettati dal notaio alla parte interessata.

In entrambe le vicende oggetto delle pronunce considerate, si rinviene un interessante banco di prova delle argomentazioni che consentono di superare la dicotomia tra termine di efficacia e termine di adempimento. Infatti, nel passaggio dal preliminare al definitivo, il tempo entro il quale adempiere la prestazione dedotta in obbligazione, il c.d. obbligo a contrarre, involge, nel concreto assetto degli interessi in gioco, anche l'efficacia, intesa quale effettiva vincolatività del preliminare. Il riferimento è all'attitudine della pattuizione a tutelare quegli interessi divisati e regolamentati nel rapporto, allo scopo pratico di indurre le parti a portare a compimento quanto concordato e assunto come impegno con forza di legge nei loro stessi confronti (artt. 1372 e 1932 c.c.).

Nel caso oggetto del giudizio da ultimo richiamato, l'intervento del notaio si è rivelato funzionale alla tutela degli interessi del promissario acquirente, il quale aveva accettato di stipulare il contratto definitivo in un dato termine, coincidente con la cancellazione dell'ipoteca costituita sull'immobile medesimo a cura della parte venditrice. La previsione dell'acquisto dell'immobile, libero da qualsiasi peso, fa leva sul dato cronologico della contestualità tra cancellazione dell'ipoteca e stipula del definitivo, quale connotato funzionale all'utilità effettiva dell'intera operazione. Nella specie, il rispetto di tale fattore temporale è finalizzato all'esigenza del futuro compratore di costituire una nuova ipoteca sul bene promesso in vendita, a garanzia dell'obbligazione contratta con la società fornitrice del materiale per la relativa ristrutturazione. L'alienante, dal canto suo, ha subordinato la cancellazione dell'ipoteca sull'immobile promesso in vendita alla condizione di concedere alla banca una nuova garanzia ipotecaria su altro immobile di proprietà del medesimo.

Alla luce di tali circostanze, assume un particolare rilievo la portata della dilazione ad una settimana, richiesta dal promissario venditore. La questione riguarda non già il differimento in sé della effettiva operazione di cancellazione dell'ipoteca, bensí la scomposizione strutturale – con ricadute sul piano funzionale

107 Sul c.d. "dovere di consiglio del notaio", cfr., fra le tante, Corte di Cassazione, 29 marzo 2007, n. 7707, *Rivista del notariato*, 2008, 1, p. 165. Per ulteriori approfondimenti in merito, si rinvia alla *Sezione Terza*, dedicata al *Notariato*, del volume, AA.VV.: *Giustizia disciplinare e professioni legali: casi e questioni* (a cura di A. Flamini, L. Mezzasoma, L. Ruggeri e A. Tartaglia Polcini), Edizioni, Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 317 ss.

– del termine di adempimento dell'obbligazione di trasferire l'immobile promesso in vendita libero da qualsiasi peso, là dove rimanga ferma la data originariamente fissata per il rogito del contratto definitivo. Il differimento di una settimana dell'effettiva cancellazione della garanzia ipotecaria, rispetto al termine previsto per la stipula dell'atto notarile, con effetto traslativo immediato, sulla base della natura della prestazione, del contesto, dell'entità della dilazione, potrebbe rientrare in un margine di normale tolleranza, tale da non contrastare con il carattere essenziale della modalità temporale inizialmente incentrata sulla contestualità[108]. Tuttavia, nel caso di specie, gli oneri ed i rischi connessi all'eventuale conclusione del contratto definitivo, in assenza della cancellazione contestuale dell'ipoteca sul bene compravenduto, acquistano un ruolo dirimente nella valutazione della convenienza e della sicurezza dell'operazione, nonostante il ricorso ad una sorta di deposito fiduciario presso il notaio del denaro costituente il prezzo della vendita. Sí che la promissaria acquirente – resa edotta di siffatte circostanze dal professionista, in adempimento del suo dovere di consiglio – si persuade a recedere dal contratto e ad agire *ex* art. 1385, comma 2, c.c.[109], per esigere la restituzione del doppio della caparra confirmatoria versata, nonostante la diffida ad adempiere, già intimata al promissario alienante *ex* art. 1454 c.c. La parte venditrice, dal canto suo, contesta l'ammissibilità del rimedio azionato dalla controparte, invocando l'automatismo dell'operatività del meccanismo risolutorio, contemplato dalla disposizione da ultimo richiamata per effetto del mero verificarsi dell'inadempimento.

In proposito, i giudici della controversia hanno escluso la portata preclusiva dell'esercizio del rimedio della diffida ad adempiere – proposto *ante causam* ed esercitato in via stragiudiziale –, ammettendo la conservazione, in capo al promissario acquirente, del potere di agire in giudizio per la declaratoria dell'avvenuto recesso dal contratto preliminare, con diritto ad ottenere – come nel caso di specie – la restituzione del doppio della caparra versata.

La soluzione accolta, nel rimettere alla volontà della parte interessata la scelta concreta del mezzo di tutela delle proprie istanze, in virtú della tendenza che vede sempre piú stemperato e sfumato l'automatismo sul piano operativo del meccanismo risolutorio contemplato dagli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., è un ulteriore indice dell'evoluzione giurisprudenziale nel recupero e nella valorizzazione

108 Tenuto conto, tra l'altro, dei tre giorni concessi, *ex* art. 1457, comma 1, codice civile, alla parte interessata per comunicare all'altra l'eventuale intenzione di esigere l'esecuzione della prestazione nonostante la scadenza del termine essenziale.

109 Secondo la chiave di lettura proposta da Corte di Cassazione, 6 settembre 2011, n. 18266, *Giustizia civile - massimario*, 2011, p. 1273, con nota di Belli, G.: "Recesso con diritto alla caparra, risoluzione del contratto e tutela della parte '*in bonis*'", *La Responsabilità Civile*, 2012, p. 586 ss., il recesso *ex* art. 1385, comma 2, c.c., in ragione dei presupposti operativi e delle conseguenze: "integra, nella sostanza, una forma di risoluzione di diritto del contratto, alternativa e non cumulabile con la domanda di risoluzione giudiziale di cui all'art. 1453 c.c., da affiancare (piuttosto che contrapporre) a quelle di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c. e destinata ad operare, indipendentemente dall'esistenza di un termine essenziale o di una diffida ad adempiere, attraverso la semplice comunicazione all'altra parte di una volontà 'caducatoria' degli effetti negoziali".

della stretta connessione tra rimedio ed interesse[110]. Il Tribunale emiliano, nel motivare l'opzione adottata, dichiara di non ravvisare alcun contrasto, neppure apparente, con l'orientamento di chiusura espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella nota sentenza n. 553 del 2009[111], in tema di impossibilità di mutare la domanda di risoluzione in recesso, in quanto quest'ultimo si riferisce alla pretesa alternativa tra azioni giurisdizionali già proposte. Eppure, l'argomentazione dei giudici di merito – secondo i quali l'esercizio del diritto di recesso ad opera della parte non inadempiente troverebbe fondamento nel riconoscimento in capo alla medesima della facoltà di rinunciare[112] alla diffida ed all'effetto risolutivo che ne consegue, in ipotesi di inadempimento della controparte – sembra confliggere con l'irrinunciabilità dell'effetto conseguente alla risoluzione di diritto, affermata dall'autorevole consesso[113]. La *ratio* alla base dell'atteggiamento di apertura del giudice di prime cure, qui delineato, trova la sua massima espressione nell'ulteriore traguardo raggiunto dal supremo organo di giurisdizione, con la pronuncia del 2015, già richiamata, in tema di *mutatio libelli* [114].

Sulla scorta degli indirizzi segnalati, nella prospettiva di un progressivo ampliamento delle opzioni di tutela, si tende oggi ad accordare al termine una portata equivalente, sul piano effettuale, a quella della clausola risolutiva espressa[115]. Analogamente a quest'ultima, il termine essenziale non comporterebbe, sempre e comunque, l'automatica operatività della risoluzione, consentendo una manifestazione di volontà per la scelta del rimedio ad opera della parte interessata.

L'opzione ermeneutica in tal senso non implica una esaltazione della volontà fine a se stessa né tanto meno una riproposizione del dogma volontaristico, consistente

110 Sulla necessaria modulazione del rimedio in funzione dell'interesse, fondamentali le pagine di Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss., spec. nota 7.

111 Corte di Cassazione, Sezioni unite, 14 gennaio 2009, n. 553, *Foro italiano*, 2010, I, c. 1264 ss., con nota di Lucchini Guastalla, E.: "Risoluzione del contratto e irrinunciabilità dell'effetto risolutorio", *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 1089 ss.

112 Cosí Tribunale di Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, cit., c. 1329.

113 Come osserva Palmieri, A.: "Sul rapporto tra risoluzione", cit., c. 1330 ss.

114 Corte di Cassazione, Sezioni unite, 15 giugno 2015, n. 12310, cit. (*retro*, *sub* nota 80).

115 Per una definizione dei rapporti fra le figure disciplinate dagli artt. 1456 e 1457, codice civile, Giorgianni, M.: *L'inadempimento*, 3ª ed., Milano, 1975, p. 97 s. Sottolinea la profonda diversità di presupposti e di effetti tra termine essenziale e clausola risolutiva espressa, Simonetto, E.: "Termine essenziale", cit., p. 1044 ss., con il richiamo di una pronuncia della Suprema Corte che avrebbe il merito di chiarire la questione: Corte di Cassazione, 30 settembre 1954, n. 3175, *Il Massimario del Foro italiano*, 1954, c. 634 e di altra giurisprudenza conforme. Per un orientamento piú recente, in linea con i precedenti, cfr. Corte di Cassazione, 3 luglio 2000, n. 8881, *Giustizia civile - massimario*, 2000, p. 1482. Cfr., altresí, Corte di Cassazione, 26 novembre 1994, n. 10102, *ivi*, 1994, p. 11; Corte di Cassazione, 23 gennaio 1983, n. 5640, *ivi*, 1983, p. 2010. Un ulteriore profilo di differenziazione fra i due rimedi è riscontrabile nella impossibilità per il debitore inadempiente di purgare la mora nel periodo di tempo (tre giorni) concesso al creditore per decidere; impossibilità che non sussiste nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa, fino al momento nel quale il creditore dichiari di volersene avvalere (Andreoli, G.: "Appunti sulla clausola risolutiva espressa", p. 23 ss.). In dottrina non mancano posizioni tendenzialmente favorevoli all'accostamento delle due figure: Natoli, U., "Il termine essenziale", cit., p. 230 ss.; Nicolò, Rosario, *Termine essenziale*, cit., c. 933. Incline a negare l'automatismo della risoluzione *ex* art. 1457 anche Busnelli, F.D.: "Clausola risolutiva", in *Enciclopedia del diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 200.

nella pretesa applicazione della regola speculare secondo la quale tutto ciò che è stato costituito per consenso postuli un mutuo dissenso per essere modificato o estinto[116]. La soluzione adottata, nel ribadire, anche in tali ipotesi, la necessità che vi sia una manifestazione dell'attualità della concreta esigenza a mantenere in vita – o a vedere altrimenti estinto – il rapporto, pare ricondurre, piuttosto, nella giusta dimensione il raccordo funzionale tra tempo – come termine – e interesse[117].

X. RILIEVI CONCLUSIVI: SPUNTI RICOSTRUTTIVI PER UNA CONFIGURAZIONE DEL TERMINE COME MISURA DEI RAPPORTI GIURIDICI NELL'ACCEZIONE FUNZIONALE COMUNE DI REGOLAMENTI DI INTERESSI.

Le considerazioni e gli esempi sin qui svolti consentono di sostenere con il conforto del riscontro applicativo le proposte ermeneutiche e ricostruttive e le corrispondenti soluzioni formulate nel tentativo di superare, da un canto, l'alternativa imposta tra pretesa accidentalità e presunta essenzialità a tutti i costi delle modalità cronologiche, dall'altro, la resistente dicotomia tra termini di efficacia e di adempimento. L'obiettivo perseguito, quale nodo di sviluppo e tratto unificante della riflessione condotta, si sostanzia nella configurazione dei termini come misura dei rapporti intesi sotto il profilo funzionale di regolamenti di interessi.

Si è tentato di definire il rilievo ed il ruolo dei termini nella loro portata, nella loro natura e di vagliarne in concreto meritevolezza e legittimità, nella rispettiva e reciproca connessione. A tali fini, si è invocato il ricorso al procedimento di qualificazione, per giungere dalla determinazione della funzione alla individuazione della disciplina. Alla luce di questi passaggi logici ed argomentativi, non appare piú condivisibile sul piano metodologico la scelta di delineare la natura del termine senza prima aver posto, selezionato e aperto le principali e preliminari questioni che involgono, tra l'altro, la qualificazione delle parti, la durata del rapporto, gli interessi, sia finali sia iniziali, dedotti nel medesimo.

Il termine non guarda al tempo in senso ampio ma si inquadra nella dimensione cronologica di un'attività[118]. Sí che non ogni elemento temporale, inserito all'interno di un atto di autonomia, o di una regolamentazione negoziale, legale o giudiziale, è un termine. A fronte di una pluralità di ipotesi, oggi piú che mai il mutamento di prospettiva – dalla pretesa accidentalità alla presunta essenzialità dei termini – induce

116 Parallelismo sul quale cfr., in senso critico, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 324.

117 Sintomatica della stretta correlazione tra termine e interesse è la seguente affermazione di Trimarchi, V.M.: "Termine", cit., p. 113: "La scadenza del termine, a causa del venir meno dell'attualità dell'interesse, determina la cessazione o l'esaurirsi dell'efficacia o dell'effetto".

118 *Retro*, *sub* § 1, testo e nota 3.

a rimeditare il significato e l'attualità di una riflessione già presente nella relazione del Guardasigilli al codice civile italiano del 1942. In quella sede – a proposito della regolamentazione del tempo dell'adempimento, come pure nella limitazione temporale di eventuali accordi limitativi della concorrenza – si rilevava una maggiore ampiezza dell'intervento del giudice rispetto alle ipotesi contemplate nel codice previgente[119]. Queste ed altre significative tracce di "giurisdizionalizzazione" del regolamento negoziale, nella costruzione della disciplina del caso concreto[120], hanno concorso a determinare il progressivo superamento dello iato profondo sussistente tra la valenza generale dei c.dd. requisiti – quali elementi essenziali del contratto – e la portata residuale dei c.dd. elementi accessori o accidentali.

L'attenzione sollevata con riguardo a tale ultimo aspetto involge una delicata questione relativa alla *ratio legis*, ai rapporti tra norma e fatto e al ruolo dell'interpretazione normativa in funzione applicativa[121].

Sarebbe allora opportuno generalizzare l'invito alla prudenza, già formulato in dottrina con riguardo alla previsione normativa dell'art. 1457 c.c. in materia di termine essenziale, là dove si avverte che "[l]a norma […] va applicata *cum*

119 Il richiamo è alla Relazione al codice civile del 1942 [cfr. la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi). Presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del Codice civile*, Riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942 a cura del Consiglio Nazionale Forense, 2010, in *https://www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici*], rispettivamente ai nn. 562 e 1045. Cfr., in proposito, i rilievi di Di Majo, A.: *Rilevanza del termine*, cit., p. 206 ss.

120 Estremamente attuali, al riguardo, le osservazioni, di Redenti, E.: *Dei contratti nella pratica commerciale*, Cedam, Padova, 1931, p. 145, vigente il codice civile del 1865, a proposito dell'attribuzione al giudice di un ruolo di interprete delle clausole negoziali "secondo ragione ed equità", in relazione al controllo sull'importanza dell'inadempimento *ex* art. 1455 c.c., con diretta incidenza sull'effettiva applicabilità del rimedio della clausola risolutiva espressa *ex* art. 1456 c.c. Tra le posizioni favorevoli a tale configurazione dell'intervento giudiziale in chiave assiologica, con una proposta di rilettura del ruolo della buona fede a garanzia della giustizia contrattuale: Grondona, M.: "Gravità dell'inadempimento, buona fede contrattuale, clausola risolutiva espressa, poteri del giudice sul contratto: per una difesa antidogmatica dell'autonomia privata e alla ricerca di un criterio di giudizio", Relazione al Consiglio Nazionale Forense/Scuola Superiore dell'Avvocatura – VIII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale. Roma, 14-17 marzo 2013, spec. p. 27 ss.; Grondona, M.: "Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto", *I Contratti*, 2013, p. 1021 ss. Sul tema, già Grondona, M.: *La clausola risolutiva espressa*, Giuffrè, Milano, 1998. Al riguardo, peraltro, la giurisprudenza, là dove sia stato pattuito un termine essenziale per l'esecuzione della prestazione, *ex* art. 1457 c.c., continua ad affermare l'operatività di diritto della risoluzione del contratto, a prescindere dall'indagine in ordine all'importanza dell'inadempimento. Sull'assunto che tale elemento sia stato anticipatamente valutato dai contraenti, l'accertamento del giudice dovrebbe pertanto limitarsi alla sussistenza ed all'imputabilità dell'inadempimento: cosí Corte di Cassazione, 18 febbraio 2011, n. 3993, *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, p. 1651, con nota di Cuccovillo, M.: "Essenzialità del termine e risoluzione del contratto per inadempimento", *I Contratti*, 2011, p. 892 ss.

121 Con riferimento a quest'ultimo profilo, nella costruzione di una teoria dell'interpretazione particolarmente sensibile alla funzione applicativa, cfr. Betti, E.: "Interesse (teoria generale)", in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Utet, Torino, 1962, p. 840. Per una costruzione della teoria dell'interpretazione quale strumento posto nelle mani del giurista, nel delicato compito di "decidere a quale normativa la soluzione deve ispirarsi, traducendo princípi e regole appartenenti ad un complesso sistema nell''ordinamento del caso concreto'.". Perlingieri, P.: "Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Giuffrè, Milano, 2005, p. 635 ss.; Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 95 ss., ora in Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 109 ss. Già in tal senso, Perlingieri, P.: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss., ora in Id.: *Scuole*, cit., p. 27 ss., spec. p. 35 ss.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. p. 187 ss.; Donato, V.: "La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 646 ss.

grano salis, secondo gli atteggiamenti particolari del termine che sono molti, sia esso essenziale o meno poco importa in quanto esso è sempre un momento nel tempo»" e, come tale, in considerazione del suo rilievo fenomenologico, impone che, nell'applicazione delle previsioni normative che lo investono, non si perdano di vista i problemi della "realtà concreta con le sue necessità imprescindibili"[122]. In tal senso si coglie l'effettiva portata dell'intervento giurisdizionale in funzione riequilibratrice del rapporto, orientato a recepire e trasfondere la concreta operatività dei princípi di proporzionalità e adeguatezza nel sindacato di ragionevolezza sulle manifestazioni dell'autonomia negoziale[123].

Ne consegue l'auspicio di un'ulteriore apertura dell'attività ermeneutica del giurista nella direzione della "conformazione" al sistema delle clausole temporali, quali elementi di regolamentazione degli atti negoziali e di selezione della disciplina applicabile alle situazioni soggettive ed ai rapporti giuridici, sul solco tracciato da una dottrina particolarmente sensibile alla centralità del raccordo tra interessi e valori[124].

122 Cosí Simonetto, E.: "Termine essenziale", cit., p. 1050, nota 8.

123 Tale prospettiva è riscontrabile, tra l'altro, nell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità e di merito verso una sempre piú accentuata eteroregolamentazione del rapporto, a partire dalla portata applicativa della previsione dell'art. 1384 c.c. in tema di riduzione d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva, in attuazione di un principio di proporzionalità di rilevanza costituzionale (Corte di Cassazione, 24 settembre 1999, n. 10511, *Foro italiano*, 2000, I, c. 1929 ss., con nota di Palmieri, A.: "La riducibilità '*ex officio*' della penale e il mistero delle *'liquidated damages clauses*'", *ivi*, c. 1930 ss.; Corte di Cassazione, 23 maggio 2003, n. 8188, *Diritto e giurisprudenza*, 2004, p. 104 ss.; Corte di Cassazione, Sezioni unite, 13 settembre 2005, n. 18128, *Corriere giuridico*, 2005, p. 1534 ss., con nota di Di Majo, A.: "La riduzione della penale *ex officio*") e in adempimento di un potere-dovere attribuito al giudice al fine di realizzare un interesse oggettivo dell'ordinamento (Corte d'Appello di Napoli, 23 gennaio 1988, *Giurisprudenza di merito*, 1989, I, p. 570), per giungere sino alle tanto discusse ordinanze del Giudice delle leggi in tema di caparra confirmatoria sproporzionata (Corte costituzionale, ordinanza, 21 ottobre 2013, n. 248, *I Contratti*, 2014, p. 926 s., con nota di D'Amico, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria 'eccessiva'", *ivi*, p. 927 ss.; e *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 3767, con nota di Astone, F.: "Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede", *ivi*, p. 3770 ss.; Corte costituzionale, ordinanza, 24 marzo 2014, n. 77, *ivi*, 2014, p. 1497 ss.).

124 Perlingieri, P.: "*«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 204 ss., spec. p. 226 s.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Giustizia disciplinare e professioni legali: casi e questioni* (a cura di A. Flamini, L. Mezzasoma, L. Ruggeri e A. Tartaglia Polcini), Edizioni, Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

Allara, M.: *La teoria delle vicende del rapporto giuridico. Corso di diritto civile - anno accademico 1949/50*, Torino, 1949.

Allara, M.: *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951.

Allara, M.: *Teoria generale del contratto*, 2ª ed., Utet, Torino, 1955.

Allara, M.: *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952.

Andreoli, G.: *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, p. 222.

Andreoli, G.: "Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, 1, p. 72 ss., ora in Id.: *Scritti vari di diritto privato*, Giuffrè,, Milano, 1968, p. 23 ss.

Ascarelli, T.: *Corso di diritto commerciale*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1962.

Astone, F.: "Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede", *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 3770 ss.

Barassi, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Ristampa inalterata della 2ª edizione aumentata, Giuffrè, Milano, 1964.

Bekker, E.I.: *System des heutigen Pandektenrechts*, Hermann Böhlau, Weimar, II, 1889.

Belli, G.: "Recesso con diritto alla caparra, risoluzione del contratto e tutela della parte '*in bonis*'", *La Responsabilità Civile*, 8-9, 2012, p. 586 ss.

Berti, C. e Grazzini, B.: *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla l. 5 marzo 2001, n. 57 e dal d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231*, Giuffrè, Milano, 2005.

Bessone, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1960

Betti, E.: "Interesse (teoria generale)", in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Utet, Torino, 1962, p. 838 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2019.

Biondi, B.: *Le donazioni*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), Utet, Torino, 1961.

Iudica, G.: "La donazione a termine", in AA.VV.: *La donazione* (a cura di G. Bonilini), Utet, Torino, 2001.

Palazzo, A.: *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti* e *donazioni*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Utet, Torino, 2000.

Barba, V.: "La donazione a termine", in AA.VV.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da G. Bonilini), VI, *Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 873 ss.

Biscontini, G.: "Trasferimento della titolarità di situazioni giuridiche soggettive e compravendita di cosa futura", *Diritto e giurisprudenza*, 1972, 3, p. 483 ss.

Busnelli, F.D.: "Clausola risolutiva", in *Enciclopedia del diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 196 ss.

Palmieri, A.: "Sul rapporto tra risoluzione del contratto, recesso e caparra confirmatoria", *Foro italiano*, 2013, I, c. 1330 ss.

Bucciante, E.: "In tema di dovere di informazione e consiglio gravante sui notai", *Foro italiano*, 2017, 10, I, c. 3099 s.

Cea, C.M.:, "Tra "*mutatio*" ed "*emendatio libelli*": per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c." (nota a Cass., sez. un. civ., 15 giugno 2015, n. 12310), *Foro italiano*, 2016, 1, I, c. 255 ss.

Campagna, L.: *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

Cante, P.: "Termine essenziale" (nota a Corte di Cassazione, 18 giugno 1999, n. 6086), *Vita notarile*, 1999, II, p. 1203 ss.

Capozzi, G.: *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1968.

Cariota-Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, senza data, ma 1948.

Carnelutti, F.: *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, 1951.

Carusi, D.: "Art. 1457 - Termine essenziale per una delle parti", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), IV, *Dei Contratti in generale*, Artt. 1425-1469 *bis* e leggi collegate (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 447 ss.

Carusi, D.: "Condizione e termini", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), III, *Effetti* (a cura di M. Costanza), Giuffrè, Milano, 2006, p. 265 ss.

Carusi, D.: "La natura del riscatto urbano *ex* art. 39 l. n. 392 del 1978 e il termine per il suo esercizio", *Rivista di diritto civile*, 1990, 3, II, p. 291 ss.

Cataudella, A.: *Sul contenuto del contratto*, (ristampa), Giuffrè, Milano, 1974.

Cianflone, A. e Giovannini, G.: *L'appalto di opere pubbliche*, 11ª ed., Giuffrè, Milano, 2003.

Cicala, R.: *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Jovene, Napoli, 1953.

Cicu, A.: *Servitù prediali*, Bologna, 1931.

Costa, S.: "Termini (diritto processuale civile)", in *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Utet, Torino, 1973, p. 117 ss.

Costanza, M.: *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno), I, *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), Utet Giuridica, Torino, 1999, 2, p. 811 ss.

Costanza, M.: "Art. 1457. Termine essenziale per una delle parti", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1455-1459, 1, 2 (a cura di L. Nanni – M. Costanza – U. Carnevali), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 2007, p. 76 ss.

Crea, C.: *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

Criscuoli, G.: "Contributo alla specificazione del negozio modificativo", *Giustizia civile*, 1957, I, p. 847 ss.

Criscuolo, F.: "Termini processuali e sostanziali: una breccia nella tradizionale classificazione", nota a Corte costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 49, *Rassegna di diritto civile*, 1991, p. 170 ss.

Cuccovillo, M.: "Essenzialità del termine e risoluzione del contratto per inadempimento", *I Contratti*, 10, 2011, p. 892 ss.

Dalmartello, A.: *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Cedam, Padova, 1958.

D'Amico, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria 'eccessiva'", *I Contratti*, 10, 2014, p. 927 ss.

Delfini, F.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, in AA.VV.: *Il Codice Civile - Commentario* (diretto da F.D. Busnelli), Milano, 2003.

Dellacasa, M. – Addis F.: *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), V *Rimedi*, 2 (a cura di V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006.

Di Majo, A.: "Termine, (diritto privato)", *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 189 ss.

Di Majo, A.: "La riduzione della penale *ex officio*", *Corriere giuridico*, 11, 2005, p. 1538 ss.

Dogliotti, M. e Figone, A.: *La locazione. Disciplina generale. Le locazioni abitative*, in Aa.Vv., *Il diritto privato oggi* (a cura di P. Cendon), Giuffrè, Milano, 1993.

Donato, V.: "La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 646 ss.

Engisch, K.: "*Die Zeit im Recht*", in Id.: *Vom Weltbild des Juristen*, Winter, Heidelberg, 1950.

Enneccerus, L.: *Rechtsgeschäft, Bedingung, und Anfangstermin*, Marburg, 1889.

Enneccerus, L. e Nipperdey, H.C.: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15ª ed., II, Tübingen, 1960.

Falzea, A.: *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970.

Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.

Ferri, L.: *Successioni in generale*, in Aa.Vv., *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 1980.

Ferroni, L.: *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983.

Ferroni, L.: *Il termine nei contratti ad effetti obbligatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989.

Fioramonti, F.: "Clausola di termine essenziale", in AA.VV.: *Clausole Negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* (a cura di M. Confortini), I, Utet Giuridica, Torino, 2017, p. 845 ss.

Francesca M.: "Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)", *Rassegna di diritto civile*, 2010, 1, p. 62 ss.

Frosini, V.: "Temporalità e diritto", *Rivista di diritto civile*, 4, 1999, I, p. 431 ss.

Gabrielli, E.: "La nozione di contratto", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2780 ss.

Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954.

Giampiccolo, G.: "Atto «*mortis causa*»", in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 232 ss.

Giorgianni, M.: *L'inadempimento*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1975.

Grasso, B.: "Termine (diritto civile). Termine essenziale", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1992.

Graziani, A.: "Il termine essenziale (articolo 69 codice di commercio)", in Id.: *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, Napoli, 1953.

Grondona, M.: *La clausola risolutiva espressa*, Giuffrè, Milano, 1998.

Grondona, M.: "Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto", *I Contratti*, 11, 2013, p. 1021 ss.

Grondona, M.: "Gravità dell'inadempimento, buona fede contrattuale, clausola risolutiva espressa, poteri del giudice sul contratto: per una difesa antidogmatica dell'autonomia privata e alla ricerca di un criterio di giudizio", Relazione al Consiglio Nazionale Forense/Scuola Superiore dell'Avvocatura – VIII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale. Roma, 14-17 marzo 2013.

Grossi, D.: "Termine (diritto processuale civile)", in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 234 ss.

HEIDEGGER, M.: *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1927.

HEIDEGGER, M.: *Essere e tempo* (trad. it. di P. CHIODI), 11ª ed., Longanesi & C., Milano, 1970.

HUSSERL, G.: *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1955.

IRTI, N.: *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984.

KANT, I.: *Critica della ragion pura* (traduzione italiana di G. GENTILE e G. LOMBARDO RADICE), 7ª ed., Bari, 1979.

LUCCHINI GUASTALLA, E.: "Risoluzione del contratto e irrinunciabilità dell'effetto risolutorio", *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2009, p. 1089 ss.

MAJELLO, U.: "Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto", *Rivista di diritto civile*, 2, 2005, I, p. 113 ss.

MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU, F. MESSINEO), Giuffrè, Milano, 1968.

NATOLI, U.: "Il termine essenziale", *Rivista di diritto commerciale*, 1947, I, p. 221 ss.

NATOLI, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966.

NICOLÒ, R.: "Termine essenziale e *mora debendi*" (nota a Corte di Cassazione, 10 maggio 1946, n. 559), *Foro italiano*, 1944-46, I, c. 931 ss.

OERTMANN, P.: *Allgemeiner Teil*, Berlin, 1927.

OPOCHER, E.: "Diritto e tempo", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1981, p. 129 ss.

OPPO, G.: "I contratti di durata", *Rivista di diritto commerciale*, 5-6, 1943, I, p. 143 ss.

OSTI, G.: "Appunti per una teoria della "sopravvenienza": (la cosí detta clausola "*rebus sic stantibus*" nel diritto contrattuale odierno", *Rivista di diritto civile*, 1913, p. 471 ss.

PALMIERI, A.: "La riducibilità '*ex officio*' della penale e il mistero delle *'liquidated damages clauses*'", *Foro italiano*, 6, 2000, I, c. 1930 ss.

PALMIERI, V.: *Il ritardato pagamento degli acconti nell'appalto di opere pubbliche*, *Il Foro amministrativo - C.d.S.*, 2, 2008, I, p. 395 ss.

PERLINGIERI, G.: "Art. 1457 c.c.", in AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 1161 ss.

PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.", *Foro napoletano*, 1, 2014, p. 54 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Jovene, Napoli, 1972.

PERLINGIERI, P.: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.

PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975.

PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 1975.

PERLINGIERI, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 95 ss., ora in ID.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 109 ss.

PERLINGIERI, P.: *Cessione dei crediti*, in AA.VV.:, *Commentario del Codice civile* (a cura di V. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 1982.

PERLINGIERI, P.: "La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto", nota a Corte d'Appello di Napoli, 29 novembre 1968, n. 2645, *Diritto e giurisprudenza*, 1969, p. 699 ss., ora in ID.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 577 ss.

PERLINGIERI, P.: "Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Giuffrè, Milano, 2005, p. 635 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: "*«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 204 ss.

PERLINGIERI, P. e AA.VV.: *Manuale di diritto civile*, 8ª ed. interamente riveduta e integrata con indicazioni giurisprudenziali, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PERLINGIERI, P. e FEMIA, P.: *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed. ampiamente riveduta e aggiornata, con la collaborazione di Loredana Tullio, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

PERRONE, A.: "L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie", *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, p. 65 ss.

PROSPERI, F.: *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica, Profili ricostruttivi e sistematici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002.

PROTO, M.: *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Giuffrè, Milano, 2004.

RECINTO, G.: *I patti di inesigibilità del credito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

REDENTI, E.: *Dei contratti nella pratica commerciale*, Cedam, Padova, 1931

RESCIGNO, P.: "Condizione (dir. vig.)", in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 762 ss.

ROMANO, G.: *Interessi del debitore e adempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

ROMANO, SALV.: *L'atto esecutivo nel diritto privato (appunti)*, Milano, 1958.

ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961.

ROPPO, V.: *Il contratto*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2001.

RUBINO, D.: *La compravendita*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU, F. MESSINEO), XXIII, Giuffrè, Milano, 1952.

RUBINO, D. e IUDICA, G., *Dell'appalto*, 4ª ed., in AA.VV., *Commentario del Codice civile* (a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA , e, successivamente, a cura di F. GALGANO), *Delle obbligazioni*, *artt. 1665-1677*, Zanichelli e Soc. Foro it., Bologna-Roma, 2007.

Ruscello, F.: "«*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio", *Rivista di diritto civile*, 2, 1976, II, p. 198 ss.

Ruscello, F.: "Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un «vecchio» lavoro", *Rassegna di diritto civile*, 2, 2011, p. 546 ss.

Russo, E.: *Il termine del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1973, già in *Annali della Facoltà di economia e commercio dell'Università di Messina*, VII, Palermo, 1969, n. 2.

Russo, E.: *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d. lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Cedam, Padova, 2005.

Sacco, R.: *Il contratto*, in A.a.V.v., *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), Torino, 1975.

Sacco, R., in Sacco, R. e De Nova, G.: *Il contratto*, 4ª ed., Utet Giuridica Torino, 2016.

Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1971.

Saracini, E.: *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979.

Scheurl, C.G.A. von: *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei den Rechtsgeshäften*, Erlangen, 1871.

Scognamiglio, C.: "Termine essenziale e interesse del creditore", nota a Corte di Cassazione, 21 ottobre 1985, n. 5167, *Giurisprudenza italiana*, 5, 1986, I, 1, c. 691 ss.;

Scudella, A.: "Termine essenziale nel contratto preliminare", nota a Corte di Cassazione, 22 novembre 1985, n. 5766, *Giurisprudenza italiana*, 3, 1987, I, 1, c. 541ss.

Simonetto, E.: "Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 1981, p. 1042 ss.

Sirgiovanni, B.: "Termine essenziale. Spunti per uno studio sullo scioglimento del contratto", *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1359 ss.

Stolfi, G.: "Appalto (contratto di)", in *Enciclopedia del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 629 ss.

Tartaglia Polcini, A.: *I termini nei rapporti giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

Tartaglia Polcini A.: "Termini e funzioni degli atti di autonomia negoziale", *Rassegna di Diritto civile*, 2019, 2 p. 473 ss.

Tartaglia Polcini A.: "Il termine. Da elemento accidentale a connotato funzionale dell'autonomia", in AA.VV.: *Il Contratto* (a cura di A. Federico e G. Perlingieri), "Associazione dei Dottorati di Diritto Privato - Sezione Atti e Materiali", vol. 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 477 ss.

Trimarchi, V.M.: "Termine (diritto civile)", *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1973, p. 106 ss.

Viglione, F.: "La remissione del debito alla prova del divieto dei patti successori istitutivi", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2015, I, p. 376 ss.

Villa, A.: "Il notaio ha il dovere di consigliare le parti sulle clausole da inserire nel preliminare", *Quotidiano giuridico* on line *Diritto* & *Giustizia*, 2017, p. 9 ss.

Vinchesi, E.: "Osservazioni sul termine essenziale (art. 1457 c.c.)", *Foro padano*, 2017, p. 124 ss.

Vitucci P.: *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Giuffrè, Milano, 1974.

Tuhr, A. von: *Der Allgemeine Teil des bürg. Rechts*, II, Berlin, 1914, ristampa 1957.

Windscheid, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt, 1906.

Zappulli, C.: "Termine (diritto civile)", in *Nuovo digesto italiano*, XII, 2, Utet, Torino, 1940, p. 59 ss.

RECENSIONES

Arnau Moya, F.: *La compraventa de cítricos en la Comunitat Valenciana,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 375 pp.

Federico Arnau, Profesor Contratado Doctor de la Universitat Jaume I de Castellón, tiene, entre sus principales líneas de investigación, las ventas agrarias valencianas. La presente monografía viene a ser el resultado de largos años de reflexión sobre una materia que es profundamente singular en el panorama del Derecho civil español. Ninguna ley estatal ni autonómica tienen una regulación como la Ley 3/2013, de 26 de julio (reformada en 2019), que dota de un régimen jurídico completo y detallado a las compraventas agrarias.

El Profesor Arnau tiene un conocimiento profundo de la práctica contractual en el campo valenciano. No solo porque ha sido Abogado y Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón, sino porque ha trabajado ocasionalmente en las tareas de cultivo y recolección, simultaneando estudios, algo nada infrecuente hace unas décadas. Por ello, se advierte, desde las primeras páginas, que estamos ante un especialista en la materia que habla por experiencia propia y lo hace, además, con afecto y cierta nostalgia de épocas pasadas, que fueron indudablemente mejores para las economías familiares dependientes de la naranja valenciana. El conocimiento práctico, que despliega elegantemente en muchas páginas del libro, permite interpretar correctamente normas y situar la monografía en un lugar destacado de la doctrina, frente a otros estudios muy superficiales, que se limitan a reproducir el texto legal.

Otro aspecto a destacar es el tratamiento jurisprudencial. Federico Arnau ha ido recopilando durante años todas las sentencias dictadas en pleitos de compraventas agrarias, tanto de la Comunitat Valenciana como de otros lugares, y tiene dichas sentencias analizadas y esquematizadas por materias. Este trabajo, que hay que destacar y dar a conocer, hace que la obra esté extraordinariamente documentada y que sepamos, tanto antes como después de la Ley 3/2013, lo que se decidía en los litigios sobre ventas agrarias.

El esquema de la obra es acertado. Hay una primera reflexión introductoria sobre la actual situación del campo valenciano y sobre la cuestión (tan polémica hoy en día, sobre todo tras las sentencias del Tribunal Constitucional de 2016) de la competencia de la Comunitat Valenciana para legislar en materia civil. Son dos cuestiones que conviene tener presentes, antes de entrar en el examen particular del contenido de la ley de contratos agrarios, y hace bien el autor en colocarlas en el pórtico de la obra, porque de este modo el lector se introduce, ya con un cierto bagage de conocimientos, en la lectura del régimen jurídico de las ventas agrarias.

El autor aborda seguidamente una difícil cuestión: la relación entre la ley valenciana y la ley estatal de cadena alimentaria. Dos normas simultáneas en el tiempo y que se mueven en planos competenciales distintos. Esta es una de las principales aportaciones de la monografía del Dr. Arnau, porque arroja luz sobre un tema complejo y necesitado de aclaración, y que con la reforma de 2019 de la ley valenciana cobra una nueva dimensión, como consecuencia de la incorporación de muchos aspectos de naturaleza administrativa. Una lectura detenida de estas páginas nos da las claves para identificar el respectivo ámbito de aplicación.

El estudio de las ventas da comienzo con la modalidad de venta a ojo, que es la primera regulada en el texto legal. Sin embargo, como señala el autor, la venta a ojo ha ido disminuyendo su importancia en la contratación, en la medida en que los contratantes han preferido acudir a la venta al peso, modalidad que encierra diferentes versiones, mostrando el Dr. Arnau, precisamente por su conocimiento de la práctica agraria, un amplio dominio de todas las posibilidades que se ofrecen a los contratantes. El apartado dedicado a las otras modalidades de compraventa al peso no se encuentra en ninguno de los estudios de la Ley 3/2013 y solo al gran conocimiento práctico del Dr. Arnau le debemos que figure en la monografía que reseñamos.

El estudio de la venta a ojo y al peso se realiza siguiendo el orden del articulado de la ley. Es una opción acertada, que facilita de manera extraordinaria la lectura de la obra y que, además, sirve para poner de manifiesto uno de los principales defectos técnicos de la norma valenciana, cual es la excesiva remisión y repetición de contenidos, lo que podría haberse evitado con unas disposiciones generales a ambos tipos de ventas, algo que pudo hacerse con la reforma de 2019 y no se hizo, desaprovechando una magnífica ocasión para mejorar la Ley 3/2013.

Otro aspecto destacable del estudio de las ventas agrarias son las páginas dedicadas a la recolección, que es la piedra de toque del contrato y origen de la mayoría de los conflictos que acaban en los tribunales. El autor detecta el problema, porque conoce la práctica, y propone soluciones, dando una correcta interpretación de los criterios legales. Hay valiosos consejos para el agricultor, sin duda la parte débil de la contratación.

Concluido el tratamiento de la venta a ojo y al peso, hay un apartado particular dedicado a la compraventa a resultas, fuente de buena parte de los males que han hundido los precios en el campo valenciano, destrozando las economías familiares. Esta venta, en la que el precio se deja al arbitrio del comerciante y no se sabrá hasta que venda a un tercero y descuente los gastos de la comercialización, está prohibida por la ley, pero en la realidad del tráfico económico se ha ido siempre encontrando maneras de burlar esta prohibición que figura en el texto originario de 2013. La reforma de 2019 tiene origen en algún caso de compraventa a resultas

y acaba con la oralidad del contrato, precisamente para reforzar las medidas de protección frente a este tipo de abusos.

El análisis de los elementos personales del contrato se realiza en el Capítulo V, destacando el tratamiento del corredor-*alfarrassador*. El Dr. Arnau ha hecho una verdadera investigación de campo, entrevistándose con corredores, que le han mostrado la verdadera función que desempeñaban. Contrastando dicho conocimiento práctico con el texto legal, vemos que la norma valenciana no ha sabido perfilar adecuadamente esta figura, que desempeña un papel relevante en el campo valenciano. La ley (cuyo contenido no ha sufrido alteración con la reforma de 2019) debió ser más precisa y recoger las diferencias que desde hace tiempo la doctrina civil ha señalado entre corretaje y mandato. Debió sacrificarse por el legislador valenciano la denominación tradicional de corredor, si realmente las funciones son propiamente las de mandatario.

La obra concluye con un apartado dedicado al Registro de Operadores y Contratos, creado con la reforma de 2019 y todavía no puesto en funcionamiento y pendiente de desarrollo reglamentario. El Dr. Arnau nos hace unas valiosas observaciones y deja entrever cierto escepticismo sobre la eficacia del Registro, cuya introducción en la ley viene también motivado por el deseo de acabar con las compraventas a resultas.

Estamos, y justo es reconocerlo, ante la más completa y documentada monografía sobre las ventas agrarias valencianas. Merece una valoración positiva por todo cuanto aquí se ha puesto de relieve y ya es una obra de referencia porque viene a cubrir un vacío existente desde 2013. Además, sus enseñanzas trascienden a ámbitos de mayor alcance, pues ciertamente se comprende mejor el contrato de compraventa a través de sus modalidades especiales.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 624 pp.

El libro objeto de esta recensión examina la cuestión de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores en el ámbito jurídico español, tanto nacional como autonómico. Se trata de un tema novedoso, actual y de gran relevancia. Téngase en cuenta que, tal y como se pone de relieve a lo largo de la obra, la determinación del régimen de guarda y custodia constituye probablemente la cuestión más delicada y difícil de resolver en los procesos de ruptura de pareja, y, en no pocas ocasiones, condiciona otras medidas de gran trascendencia y que suelen dar lugar a una importante conflictividad, como la contribución a los gastos de los hijos menores o la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

El autor es Doctor en Derecho y dentro de su producción científica cuenta con un importante número de trabajos sobre el Derecho de familia, lo que da muestra de su solvencia para abordar este tema.

El libro se estructura en seis capítulos, en los que el autor se va aproximando a las principales cuestiones que se suscitan en torno a la guarda y custodia de los hijos menores, lo que nos proporciona una visión completa del funcionamiento de esta figura.

Centrándonos en el contenido concreto de cada uno de los capítulos del libro, el primero de ellos aborda el concepto de guarda y custodia y los diferentes regímenes de organización estructural que puede adoptar. En cuanto a la delimitación jurídica de la figura objeto de análisis, el autor parte de que la guarda y custodia de los hijos menores se integra en el ámbito personal de la patria potestad, ya que está estrechamente ligada con el deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. Por ello, dedica un apartado al análisis de dicha figura. Así mismo, se detiene en la distinción entre la guarda y custodia y el ejercicio de la patria potestad, pues en ocasiones la línea divisoria entre ambos aspectos no resulta clara. También aborda el origen y fundamento de la guarda y custodia, lo que permite comprender mejor su configuración actual. En cuanto a los diferentes regímenes de organización que puede adoptar la guarda y custodia, los divide en dos: exclusiva y compartida; y analiza con detalle cada uno de ellos. Así mismo, se refiere a aquellos supuestos excepcionales en los que la guarda de los menores es atribuida a un tercero distinto de los progenitores, pese a que no considera que se trate de un régimen de guarda y custodia propiamente dicho, ya que entiende que en el sistema del Código Civil 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 patria potestad.

En el segundo capítulo se presentan las normas jurídicas que configuran el marco legal de la guarda y custodia, para lo que se lleva a cabo un estudio escalonado: se comienza por la normativa internacional y europea, para continuar con la legislación estatal y hacer referencia posteriormente a los ordenamientos jurídicos autonómicos que han legislado en materia de guarda y custodia. Además, también se hacen algunas menciones a los ordenamientos de otros países de nuestro entorno, con los que se van realizando las oportunas comparaciones. En cuanto a la regulación del Derecho común, al que se dedica la mayor parte del segundo capítulo, el autor lleva a cabo un recorrido histórico por los principales hitos legislativos que han incidido en la conformación de la guarda y custodia tal y como hoy la conocemos, lo que nos proporciona una visión de la evolución que ha experimentado esta figura hasta nuestros días. Además, aborda los principales problemas que plantea la regulación de la guarda y custodia en el momento presente. Y es que, el Código Civil se refiere a esta cuestión en sede de ruptura matrimonial y en sede de patria potestad, lo que ha provocado algunas discordancias, que el autor trata de resolver a través de una delimitación precisa del supuesto de hecho de las normas contenidas en ambos ámbitos.

En el tercer capítulo se atiende a la competencia objetiva y territorial de nuestros tribunales civiles, abordando también aquellos supuestos en los que los Juzgados del orden civil pierden su competencia en favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Además, se analizan los diferentes momentos en los que puede adoptarse el régimen de guarda y custodia: en fase de medidas previas, provisionales o definitivas. También se abordan las formas de determinación del régimen de guarda y custodia: acuerdo o sentencia. El Código Civil otorga preferencia a la determinación del régimen de guarda y custodia acordado por los padres en el convenio regulador, un instrumento que se analiza con detenimiento en el trabajo. Así mismo, se hace mención a los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, una novedosa figura que cada vez está adquiriendo un mayor protagonismo en la práctica y que también puede resultar útil en la determinación del régimen de guarda y custodia. Además, con objeto de facilitar que las partes lleguen a acuerdos, puede resultar muy conveniente que acudan a mediación familiar. Por ello, es de destacar que el autor dedique también unas líneas a analizar el importante papel que puede jugar la mediación familiar como mecanismo para favorecer la adopción de acuerdos entre los progenitores.

El cuarto capítulo se centra en el régimen legal previsto en las diferentes normas para los supuestos en los que los progenitores no alcancen un acuerdo respecto al régimen de guarda y custodia de sus hijos menores. A tal efecto, se comienza abordando el régimen supletorio, dividiendo las normas existentes en tres apartados, en función de si conceden preferencia legal a la custodia exclusiva, a la custodia compartida, o bien equiparan ambos regímenes de guarda y custodia.

También se aborda la configuración concreta que puede adoptar cada uno de los regímenes de guarda y custodia, que en el caso de la custodia compartida presenta una especial complejidad, ya que es necesario determinar dos aspectos: en primer lugar, cómo será la organización física del régimen y, en segundo lugar, cómo será el reparto de tiempo entre los progenitores. Concluye el cuarto capítulo con el análisis de los criterios y elementos de valoración que vienen utilizándose para dilucidar cuál es el interés superior del menor en la determinación del régimen de guarda y custodia. Al respecto, considera el autor que no son suficientes los criterios y elementos de valoración que, con carácter general, se incluyen en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por lo que propone que se establezcan algunos específicos. En este sentido, va aportando diferentes criterios y elementos de valoración, que analiza con detenimiento, como por ejemplo: el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores y la contribución de cada uno al cuidado de los menores, la disponibilidad temporal de cada progenitor y sus posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, las relaciones de las partes, la edad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores o los posibles riesgos para la salud y la formación del menor.

El quinto capítulo se destina a estudiar la incidencia que tiene el régimen de guarda y custodia en la adopción de otras medidas en el proceso de ruptura matrimonial, concretamente en tres: el régimen de visitas, la contribución al mantenimiento de los hijos y la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familia. Como pone de manifiesto el autor, se trata de cuestiones que no están suficientemente reguladas en el Código Civil, especialmente en los supuestos de custodia compartida, por lo que sugiere que se impulse una reforma que recoja estos aspectos con mayor minuciosidad. A tal efecto, va realizando propuestas y aportando soluciones a los diferentes problemas que se plantean.

Finalmente, en el sexto capítulo se analizan las causas de modificación, extinción y suspensión del régimen de guarda y custodia. Cabe destacar la referencia a la reforma llevada a cabo a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que establece que el régimen de guarda y custodia podrá modificarse cuando se haya producido un cambio de las circunstancias de los cónyuges o cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos, lo que lleva al autor a considerar que ya no resulta necesario que concurra en todo caso una alteración de las circunstancias, como ha requerido tradicionalmente nuestra normativa; y que, además, en el caso de que se alegue una alteración de las circunstancias de los progenitores, ya no se exige que esta tenga un carácter sustancial, como ocurría antes, sino que entiende que es suficiente con que se produzca un cambio cierto.

Como se infiere de este breve análisis del contenido del libro, nos encontramos ante un trabajo completo y coherente que examina con detalle la regulación de la guarda y custodia y pone de relieve los principales defectos que presenta, proponiendo reformas tendentes a subsanarlos y a modernizar la regulación de esta figura, marcando la senda para afrontar con garantías de éxito las perspectivas de desarrollo futuro que se plantean en la materia. Todo ello sitúa a esta obra como una referencia fundamental en el ámbito del Derecho de familia.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

Zurita Martín, I.: *La responsabilidad por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos,* Reus, Madrid, 2020, 248 pp.

Comentamos una obra que, si bien trata un tema que puede ya considerarse "clásico", el de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, lo hace desde un punto de vista totalmente novedoso y de gran actualidad, como es el resultante de que esos "productos defectuosos" sean los denominados robots inteligentes. Se plantea así si podemos entender la inteligencia artificial como un producto defectuoso y si la vigente normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos puede considerarse adecuada respecto de los daños causados por los robots inteligentes, realizándose una evaluación del cuerpo de leyes y normas y resoluciones europeas aplicada a la robótica.

El libro que ahora recensionamos es obra de la Profesora Isabel Zurita Martín, Catedrática de la Universidad de Cádiz y actual Decana de su Facultad de Derecho, que cuenta con una larga trayectoria de atención al estudio de la responsabilidad civil[1] que ahora centra en este novedoso ámbito.

Como dice la Profesora Zurita en el capítulo introductorio, nos encontramos actualmente con un avance de la tecnología tan imparable como vertiginoso, transformación que no se ha producido en el campo del Derecho. Los legisladores necesariamente han de ser más reflexivos ante los cambios, pero los ordenamientos jurídicos también han de dar respuesta a los problemas que ahora van apareciendo derivados de las tecnologías robóticas. La robótica es ya una ciencia del presente, y se vislumbra un aumento exponencial de su importancia y de sus efectos o desestabilizantes, entre los que destaca la respuesta que debe dársele en el ámbito de la responsabilidad civil, materia en la que la autora considera que es preciso ya una expresión del legislador. En concreto, el estudio ahora comentado examina la adecuación de la vigente normativa por productos defectuosos a los daños causados por robots, y especialmente las resoluciones judiciales de las dos últimas décadas y la aplicabilidad de su doctrina al campo de la robótica.

Dicho estudio se desarrolla en cinco capítulos sustantivos, precedidos por la mencionada introducción, y un anexo jurisprudencial.

En el capítulo segundo, primero de los sustantivos, se abordan los conceptos previos cuyo conocimiento es necesario para poder entrar al tratamiento del objeto de estudio y aportar soluciones jurídicas óptimas al problema de la determinación de la responsabilidad civil por los daños causados por las máquinas

1 Ya de 2004 es su trabajo "Evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos", RDPatr., vol. 12, 2004, pp. 533-555.

inteligentes. Se contemplan así los conceptos técnicos de inteligencia artificial y robótica, y su relación con la responsabilidad civil.

Un robot puede presentar diversos grados de sofisticación, dependiendo básicamente de la autonomía y la inteligencia, que inciden particularmente en el marco de la determinación de la responsabilidad civil. Básicamente, los sujetos responsables por los daños que se puedan derivar de su funcionamiento pueden agruparse en dos categorías: fabricantes y usuarios, y aquí se destaca la necesidad de contar con un nuevo marco normativo que dé respuesta específica a cuál debe ser la solución más idónea para atender los intereses de cada agente involucrado y a quién se le puede imputar la responsabilidad por los daños causados por el comportamiento impredecible del robot, pues a partir de un cierto nivel de automatización resulta inviable afirmar con seguridad si las acciones que a través de un sistema así se desencadenan provienen del usuario de tal sistema y le son imputables, de modo que es cada vez más complicado identificar sujetos concretos como responsables de ciertos daños, ante lo que cabe plantearse si el Derecho Civil vigente cuenta con recursos suficientes para resolver las cuestiones de imputación de responsabilidad.

El capítulo tercero se centra en las previsiones de cuál puede ser el tratamiento jurídico de los problemas derivados de la robótica en la Unión Europea. Si bien el Derecho de daños venía resultando adecuado, la cada vez mayor complejidad de las estructuras y sistemas robóticos ha hecho que los ordenamientos jurídicos empiecen a revelarse insuficientes para responder eficazmente a las cuestiones que surgen y satisfacer los intereses de todos los colectivos afectados. En este punto, la autora dedica especial atención a la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, que recogió recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, y al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) de 31 de mayo de 2017, sobre "inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad", que la autora valora muy positivamente.

El capítulo cuarto del libro estudia los sistemas de responsabilidad civil en los que enmarcar los daños causados por los robots, analizando los posibles enfoques tenidos en cuenta por el Parlamento Europeo al proponer a la Comisión, en su Resolución de 2017, la consideración de emitir un instrumento legislativo: el de la responsabilidad objetiva y el de la gestión de riesgos.

En relación con la primera, la autora entiende que las dificultades probatorias de la culpa hacen inapropiado el sistema de responsabilidad subjetiva en el sector de las máquinas inteligentes, lo que hace que el Parlamento Europeo haya abogado por la adopción de un sistema de responsabilidad objetiva, que pueda dejar indemne a

la víctima de los daños producidos por una máquina que puede llegar a actuar de forma autónoma e impredecible, si bien no carece de inconvenientes que hacen que no se contemple como una solución completamente optima, abogándose por la aplicación por analogía de los regímenes tradicionales del Código Civil sobre responsabilidad por hecho ajeno o derivada de la propiedad de las cosas, y la aplicación de normas sobre responsabilidad objetiva en sectores específicos.

El Parlamento Europeo también consideró como solución alternativa la adopción de un sistema de gestión de riesgos, en especial dado el freno que un sistema de responsabilidad objetiva supondría para la innovación tecnológica. Se asume que cualquier empresa debe contar con una adecuada y efectiva política de gestión de riesgos, que ha de desarrollarse en distintas etapas de identificación y análisis de contingencias, hasta culminar con el diseño de las soluciones posibles a cada tipo de riesgo. Así, el sistema de gestión de riesgos se dirige a la determinación del nivel de riesgo aceptable en función del principio de precaución, del que no derivaría responsabilidad civil, que sí nacería, en principio, de adoptarse un régimen de responsabilidad puramente objetiva.

El quinto capítulo se centra en la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, recogiendo la parte más sustancial y extensa del libro ahora comentado. En esta materia, como señala la mencionada Resolución del Parlamento Europeo de 2017, se cuenta con la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, si bien cabe considerar su posible insuficiencia para cubrir la responsabilidad extracontractual en el ámbito de la robótica.

En tal sentido, la autora realiza un profundo estudio de las principales directrices de la Directiva y su trasposición al ordenamiento español, inicialmente a través de la Ley 22/1994 y hoy ubicada en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, poniéndolas en conexión con las peculiaridades de la robótica. La Profesora Zurita entiende que los robots entrarían en el ámbito de aplicación de esta normativa.

En lo referente a la "defectuosidad" de los productos, como señala la autora, la amplia gama de defectos de que puede adolecer un robot facilita su subsunción en el concepto de producto defectuoso y en el ámbito objetivo de protección de esta normativa, si bien la inseguridad del producto deberá pasar por la delimitación de la "expectativa razonable" de seguridad del usuario, que esperaría que los productos cumplan con los criterios de riesgo-utilidad.

Además, ha de tenerse en cuenta que se atribuye la carga probatoria del defecto al perjudicado por los daños, lo que ha provocado una doctrina jurisprudencial de interpretación amplia de esa prueba, admitiéndose en ocasiones simples

presunciones, si bien en otras sí se ha realizado una exigencia estricta de la prueba del defecto por aplicación de las reglas básicas de atribución de responsabilidad, líneas jurisprudenciales que la Profesora Zurita analiza a fondo.

En el ámbito de los sujetos responsables, la legislación contiene un concepto amplio de productor y sujeto activo del daño. La complejidad técnica de un robot inteligente diversifica considerablemente las personas que intervienen en su creación, pudiendo distinguirse entre dos posibles grupos de actores responsables: los productores y los usuarios, si bien el perjudicado podrá dirigirse en cualquier caso contra el productor. Aquí se destaca que podría hablarse de productor en lo concerniente a la parte mecánica y electrónica de la máquina, y programador en lo relativo a los procesos internos para la actuación de la misma, aunque la distinción entre ambos sujetos no tenga efectos en el ámbito de la responsabilidad frente al perjudicado si bien debe tenerse en cuenta al proponer un nuevo modelo legal. La víctima podrá dirigirse tanto frente al fabricante del robot como a los productores de cada uno de sus componentes, entre los cuales están el fabricante del software, el programador, y del hardware, y al margen se encontrarían también las responsabilidades del propietario y la del usuario del robot, que podrían actuar como agente que interfiere en el nexo causal entre acción y resultado dañoso, afectando a la imputación de responsabilidad al productor, y. como agente causante del perjuicio por su mal uso.

Entre las causas de exoneración del productor resulta particularmente trascendente en el campo de la robótica la referente a los llamados riesgos del desarrollo, que se desmarca del sistema de responsabilidad diseñado sobre la base de la existencia del defecto con independencia de la causa que lo produce y obliga al fabricante a probar que, en el momento de poner en circulación el producto, los conocimientos científicos y técnicos existentes impedían apreciar el defecto del que se derivó el daño, debiendo haber tomado una actitud activa en el campo de la investigación científica o tecnológica previa al lanzamiento del producto al mercado. La Profesora Zurita destaca que en este terreno resulta de especial significación la relación entre la fecha de la puesta en circulación del producto y la continua actualización o mejora del software de que se trate, de modo que el fabricante no podrá exonerarse de responsabilidad si no facilita al usuario el update o upgrade necesario para la correcta funcionalidad del producto, del que aquel dispuso aun después de la puesta en el mercado del mismo: habiéndose garantizado los medios de actualización, recaerá en su caso sobre el usuario la responsabilidad por su falta de diligencia al no incorporarlos a la máquina inteligente.

Para cierto sector doctrinal, la exoneración de los desarrolladores de software se basaría en las "lagunas de desarrollo" (concepto diferente al estado de la ciencia o riesgos de desarrollo), conclusión sin embargo rechazada por la autora, pues

debe tenerse en cuenta la necesidad de contar con una buena política de gestión de riesgos tomando como referencia el principio de precaución, para intentar concretar en cada caso el riesgo aceptable.

De este modo, las exigencias probatorias alejan la normativa sobre productos defectuosos de un sistema puramente objetivo de responsabilidad, pudiéndose categorizar por ello como un régimen de responsabilidad cuasi-objetiva, en que se exige una prueba terminante del defecto del producto. No obstante, como destaca la autora, en el actual sistema lo trascendente es poner el acento en la prueba de la causalidad entre defecto y daño: ello implicará que cuando, a falta de prueba determinante del defecto, haya de ponerse el énfasis probatorio en la conducta de la víctima y en la posible interferencia o ruptura del nexo causal, la cualificación objetiva de este régimen de responsabilidad pierde consistencia, disminuyendo la importancia de las consecuencias de su categorización en el marco de sistemas de responsabilidad de corte objetivo. En ese sentido, cuanto mayor sea la técnica del robot, más fácilmente se podrá detectar el origen del defecto, en tanto más perfeccionada se encontrará la trazabilidad ordenada por la Unión Europea en sus recomendaciones; de modo que podría llegarse al punto en que fuera perfectamente detectable la causa del fallo y, por tanto, el sujeto responsable.

Concluye la parte sustantiva del libro con un sexto capítulo, en que la Profesora Zurita realiza una serie de reflexiones y propuestas. En concreto, entiende que la vigente normativa sobre responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos resulta adecuada al ámbito de la robótica, dado que las máquinas inteligentes serían un producto, si bien con una capacidad de autoaprendizaje y consecuentemente una autonomía e impredecibilidad de algunas de sus acciones, punto que habría de resolverse en base al concepto de producto defectuoso como producto inseguro: el robot ha de estar diseñado para realizar una serie de actividades o desarrollar ciertas funciones con la seguridad que cabría legítimamente esperar en el usuario según su naturaleza, en cada caso o escenario específico, de modo que siempre que el robot no responda a estas expectativas, debe calificarse como un producto defectuoso, en tanto inseguro, imputándosele a su fabricante la responsabilidad por los perjuicios causados. Considerar la impredecibilidad como característica intrínseca del robot de modo que el fabricante no estaría obligado a responder por los efectos imprevisibles, lo que podría relacionarse con la causa de exoneración relativa a los riesgos del desarrollo, entiende la Profesora Zurita que claramente no debe fundamentar la respuesta legal, pues la imprevisibilidad del robot no debe asociarse necesariamente con el daño, sino más bien justamente al contrario (el comportamiento eficaz o correcto de la máquina inteligente es lo legítimamente esperado por el usuario).

Aun siendo todavía escaso el casuismo producido hasta la fecha, para la autora puede verse la adecuación de la vigente normativa sobre productos defectuosos a las máquinas inteligentes tomando en consideración los supuestos de accidentes de circulación con resultados lesivos provocados por vehículos no tripulados, en que cabe la disculpa del comportamiento no diligente del peatón, imputando únicamente al fabricante la responsabilidad del accidente, punto en el que la Profesora Zurita estudia diversos casos de la jurisprudencia estadounidense. En cualquier caso, aunque no urgente, sí considera conveniente estudiar posibles mejoras legislativas inmediatas que ofrezcan respuestas más claras y seguras a la tecnificación presente y futura de los productos robóticos.

Concluye la obra con un anexo jurisprudencial que recoge las resoluciones judiciales que han ido interpretando y conformando los conceptos legales más característicos en esta materia en las últimas décadas, resaltando de forma sistematizada algunas de las sentencias que pueden considerarse ejemplificativas de la interpretación, en aspectos distintos, de determinados conceptos que configuran la doctrina legal en esta materia.

Estamos así ante una obra altamente recomendable, tanto para el interesado en el conocimiento genérico de la normativa sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos como en especial en las soluciones específicas que pueden darse a los cada vez más frecuentes problemas de daños causados por maquinas inteligentes, que la Profesora Zurita, con su habitual solvencia científica, aborda considerando suficiente aquella, si acaso con concretas adaptaciones y sin perjuicio de la necesidad de una futura normativa que los aborde en detalle.

Francisco Javier Jiménez Muñoz
Profesor TU de Derecho Civil. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.), García Mayo, M. (coord.): *Coronavirus y Derecho en estado de alarma,* Reus, Madrid, 2021, 512 pp.

Muchos han sido los aspectos jurídicos que se han ido suscitando desde que el Gobierno de España, aquel inolvidable 14 de marzo de 2020, se viera obligado a declarar el estado de alarma, a través del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo (en adelante RD 463/2020), para hacer frente a las graves consecuencias sanitarias, económicas y sociales provocadas por la pandemia del Covid-19. Medidas de "urgencia" que, sin duda, han hecho surgir un sinfín de interrogantes en nuestro ámbito jurídico, y que alcanzan a las distintas ramas del derecho (civil, constitucional, penal, mercantil, etc.).

Es por ello que resulta de gran importancia e interés, la obra multidisciplinar dirigida por el Prof. Cerdeira Bravo de Mansilla y coordinada por el Prof. García Mayo, objeto de recensión en las siguientes páginas. En ella, y de la mano de prestigiosos académicos y profesionales del mundo jurídico en sus diversas ramas, se hace frente a los muchos y muy complejos interrogantes que se han originado a raíz del Derecho *excepcional* creado para hacer frente a la grave crisis ocasionada por el Covid-19. Así, en las distintas contribuciones, se tratan, entre otros muchos, temas tan importantes como la asistencia religiosa en centros públicos y lugares de culto; derechos humanos; derechos de los menores; especial vulnerabilidad de la tercera edad en tiempos de pandemia; inmigración; propiedad de la vacuna; implicaciones laborales que esta situación excepcional lleva consigo, etc.

En cuanto a la e*structura* de la obra, ésta se divide en cuatro grandes capítulos que siguen una lógica sistematización que facilita enormemente su lectura, comenzándose con un prólogo a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, el Prof. Castro Sáenz, en el que se hace una reflexión acerca de cómo esta situación de pandemia mundial ha puesto de relieve, una vez más, el modelo de sociedad "conformista" en la que vivimos, entendiendo el autor que toda esta situación vivida, debe ser una oportunidad para reflexionar sobre los límites del poder en una sociedad democrática. Así, entiende Castro Sáenz, que, aunque resulta muy peligrosa la propensión del poder a aprovechar la situación para presionar y ocupar más espacio, resulta más peligrosa aún, la predisposición de tantos a aceptarlo sin cuestionamiento.

El *primer capítulo* lleva por título *"Entre la autoridad y la prudencia: el derecho como arte y técnica en estado de alarma"*, y en él se recogen un total de cuatro aportaciones que se ocupan principalmente de analizar si los mecanismos ofrecidos por nuestro actual ordenamiento jurídico son suficientes para hacer frente a situaciones excepcionales como la actual, haciéndose especial hincapié en la figura del estado de alarma, tan desgraciado protagonista en estos tiempos que corren en nuestro país.

La primera de las aportaciones de este primer capítulo corre a cargo del Prof. López y López, y en ella, como declara el mismo autor, no se analizan los problemas concretos que desde el punto de vista jurídico provocan las consecuencias de la pandemia, sino reflexionar, con ocasión de la regulación surgida por el estado de alarma, calificada por todos como Derecho excepcional, sobre la categoría misma de este Derecho. Cuando hablamos de Derecho excepcional, nos estamos refiriendo a aquellas normas aisladas que establecen una regulación para una situación concreta diferente a la preconcebida como regla general. Pero para López y López, esa ley singular, debe ajustarse a la Constitución, y por tanto, desde el instante en que viene sometida a precisos parámetros de constitucionalidad no se puede entender como insertada en el Ordenamiento *contra tenorem rationis iuris,* concluyendo el autor que la negación de la categoría del Derecho excepcional, en cualquiera de sus modalidades, es una conclusión inevitable dentro del Estado Constitucional.

La segunda aportación es desarrollada por el Prof. Álvarez-Ossorio Micheo, que nos habla acerca de esa "supervivencia" de nuestra Constitución en tiempos de crisis, a través de los Estados excepcionales. Alude el autor, no obstante, a la necesidad de utilizar dichos mecanismos en contadas dosis, puesto que si la excepción deviene regla común o frecuente sería síntoma de patología social. Eso obliga al constituyente no sólo a imaginar los posibles peligros por los que se puede acudir a dichos mecanismos, sino también a pergeñar un orden sustitutivo del poder constituido ordinario que, por las formas y medios con los que se le modele, sepa reunir las características necesarias para salvar al orden constitucional que momentáneamente sacrifica. Y sobre estos Estados de excepción racionalizados (Estados de alarma, excepción y sitio) es sobre lo que trata el autor, analizando los límites de los que se disponen a usarlos, y las garantías para quienes puedan sufrir su aplicación.

La tercera aportación, a cargo del Prof. Cerdeira Bravo de Mansilla, el autor, a raíz de las delegaciones interpretativas contenidas en el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, hace un análisis de la denominada interpretación auténtica normativa, es decir, aquella interpretación de la ley llevada a cabo por el propio legislador o por la persona a quién éste hubiera encomendado dicha potestad. Para ello, aborda algunas de sus cuestiones polémicas, como si dicha interpretación tiene carácter meramente declarativo, o modificativo (e incluso corrector) de la norma interpretada; si tiene o no eficacia retroactiva; y por último si dicha interpretación es obligatoria, o imperativa, concluyendo el autor que, a su modo de ver, se encuentra legitimada la interpretación auténtica normativa, en general y también en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, como la vivida durante el Estado de alarma en España, siendo, no obstante, importante que, en su particular contenido normativo, todo haya sido constitucional.

Este primer capítulo finaliza con una aportación de la Profª. Rueda Fernández, quien en su estudio nos acerca a un organismo que ha tenido suma relevancia en este tiempo de pandemia, como es la Organización Mundial de la Salud (OMS/ Organización). Así, la autora, en un primer punto, hace un repaso de su capacidad normativa, con especial mención del Reglamento Sanitario Internacional, centrándose posteriormente, en el segundo, en su marco jurídico. Analiza también cómo las diferentes actuaciones de este organismo han tenido un evidente reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, y concluye la autora aludiendo a la necesidad de una respuesta común, basada en el Derecho internacional, en la cooperación y en la unidad, para la salvaguardia de la humanidad, frente a la grave crisis sanitaria, económica y social en la que estamos inmersos.

El *segundo capítulo* de la obra lleva por título "*Entre la libertad individual y el interés general: los derechos fundamentales, ¿en estado de alarma?*", y en él se recogen un total de doce aportaciones, en las que se analizan, desde distintos ámbitos, la incidencia que sobre los derechos fundamentales han tenido las distintas normas adoptados por el Gobierno para hacer frente al Covid-19, y salvaguardar el interés general.

La primera aportación de este segundo capítulo corre a cargo del Prof. Barrero Ortega, donde el autor va desgranando cómo nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el de otros países, no estaba suficientemente preparado para hacer frente a la pandemia del Covid-19, ya que la extraordinaria magnitud de ésta, difícilmente podía encajarse en ninguno de los estados de emergencia previstos en nuestra constitución. Como declara el propio Barrero Ortega, nuestro Estado de alarma se queda corto, y el de excepción largo. Consecuencia de ello algunas de las soluciones adoptadas en los últimos meses plantean razonables dudas de legalidad y hasta de constitucionalidad, entendiendo el autor, no obstante, que la declaración del estado de alarma el pasado 14 de marzo, legitimó el confinamiento en tanto limitación severa de la libertad de circulación de las personas, y la adopción de medidas de contención, sin que ninguna de ellas, por muy estrictas que fueran, comportaran la suspensión de derechos fundamentales de los ciudadanos (que sí podría hacerse en Estado de excepción).

La segunda de las aportaciones se le encomienda a Llano Alonso, en la que el autor aborda, desde una triple perspectiva ética, jurídica y política, la problemática contemporánea en torno a la vulnerabilidad de las personas mayores, que la crisis sanitaria ha venido a corroborar, ya que ésta ha puesto de relieve la precariedad y las carencias de las políticas públicas de cuidado y el modelo de atención a los ancianos, tanto en sus hogares, como en las residencias de mayores y en los hospitales. Entiende Llano Alonso que, a propósito de los estragos producidos por la Covid-19 en la población, y más especialmente entre las personas vulnerables, se

puede afirmar "la necesidad apremiante que tenemos de alcanzar una sociedad del cuidado que se haga cargo de la tremenda vulnerabilidad de la condición humana, de la necesidad de incorporar a los mayores a la agenda pública política desde otro lugar, desde otra reivindicación mucho más humana". Concluye el autor que no se pueden anteponer simples cálculos particularistas al interés general, sometiendo a restricciones a nuestros mayores en el legítimo ejercicio de sus derechos en el acceso a bienes y servicios por razones que no están justificadas, y que constituyen discriminación por razón de edad.

En la tercera aportación, la Profª. Márquez Carrasco, a raíz de la app Radar Covid, prevista en la Orden Ministerial snd/29/2020, de 27 de marzo, como una de las medidas adoptadas por el Gobierno para hacer frente a la delicada crisis sanitaria originada por el Covid-19, y ante las dudas surgidas en torno a ella y las garantías de los Derechos humanos, la autora examina la legalidad y alcance de las medidas adoptadas en dicha Orden Ministerial de conformidad con el marco jurídico europeo y su implementación nacional sobre el Derecho digital, la protección de datos personales y el respeto a la privacidad. Entiende la autora que, sin duda, las medidas de seguimiento digital son herramientas valiosas en tiempos difíciles como éste, ya que permiten localizar mejor contactos de personas contagiadas, y que por ello, deben despejarse las dudas y cuestiones en cuanto a su legalidad, favoreciéndose su conocimiento por la ciudadanía para una adecuada implementación.

La cuarta aportación es realizada por Petit de Gabriel, y en ella la autora realiza un examen de los posibles problemas jurídicos de las actuaciones desarrollados por los Estados para hacer frente a la pandemia, pero no desde una perspectiva del Derecho interno, sino desde la perspectiva de las normas e instituciones internacionales. Es decir, en el caso español, la Constitución establece que las normas internacionales convencionales que obligan a España son parte del ordenamiento jurídico interno, y por ello los operadores jurídicos internos "no deben ser ajenos a las normas internacionales, a la hora de valorar si existe y, en su caso con qué extensión, una "cuarentena legal para ciertos derechos y libertades de los ciudadanos en el contexto de la defensa de la salud pública". Y aunque los derechos individuales afectados en el marco de las medidas para la lucha contra la pandemia mantienen su protección, tanto interna como internacionalmente, el Derecho internacional incluye mecanismos que permiten flexibilizar la actuación del Estado y el cumplimiento de sus obligaciones. Concluye la autora que, ante la similitud de medidas adoptadas por Estados en todo el mundo bajo coberturas jurídicas diferentes, se ofrece una buena oportunidad para perfilar conceptos jurídicos internacionales como la fuerza mayor, el estado de necesidad en el Derecho internacional general y los relativos a la derogación/suspensión,

limitación/restricción, desviación de poder y abuso de derecho en el marco de los instrumentos específicos de protección de derechos humanos.

La quinta de las aportaciones corre a cargo del Prof. Polaino-Orts, y en ella se analiza cómo una catástrofe "generalizada, desconocida y devastadora" afecta a la vida de las personas, no sólo en cuanto al disfrute de sus derechos, sino también en lo relativo al incumplimiento de sus deberes, pudiéndose incurrir, por ello, en responsabilidad penal. El autor examina este problema desde dos puntos de vista: de un lado, desde la perspectiva del particular; y de otro, desde la perspectiva de la persona jurídica, es decir, eventual responsabilidad penal en que pudieran incurrir tanto la empresa (persona jurídica privada) como la propia Administración, entendiendo efectivamente el autor que, tanto el particular como la organización, se enfrentan a diversos delitos en esta situación de excepcionalidad, que afectan tanto a bienes individuales (como la integridad física o la vida) como colectivos (como el orden público).

Por su parte, en la sexta aportación, el Prof. Pizarro Moreno, aborda el tema de la propiedad intelectual de la vacuna, planteándose si, en relación a ésta, podrían los Estados permitir el registro de patentes, limitándose, en consecuencia, el acceso a la vacuna, o si ante la situación de emergente necesidad provocada por la pandemia de la Covid-19, cabría plantearse las llamadas "licencias obligatorias", que permitirían una suerte de expropiación forzosa del conocimiento, en beneficio del interés público. Como reconoce el propio autor, no es fácil conjugar el derecho de los empresarios para explotar los productos que son obra de una doble inversión financiera y de talento que, además los Estados fomentan a través de la regulaciones de la propiedad industrial, con la previsión de expropiar forzosamente el doble resultado de esa inversión para garantizar el bienestar de salud pública.

Las dos siguientes aportaciones corren a cargo de Nicasio Jaramillo, y el Prof. Rogel Vide, que ponen el foco en uno de los colectivos más afectados por esta pandemia: la tercera edad. Así, en la primera, se estudia el problema de las medidas restrictivas llevadas a cabo en las residencias de mayores, haciéndose especial hincapié en aquellos casos en los que los ancianos son internados de manera involuntaria, entendiendo la autora que las especiales circunstancias causadas por el Covid-19, debe conllevar en el ámbito de los internamientos involuntarios de personas ancianas, un compromiso por parte del legislador de regulación del procedimiento y de las circunstancias habilitantes y de control posterior del internamiento, separadas del internamiento involuntario psiquiátrico, pues como resalta la autora, los requisitos exigibles para este tipo de internamientos (psiquiátricos) no son sin más trasladables a los internamientos involuntarios de ancianos, y la situación de estos no queda en todo caso salvaguardada con la aplicación de la actual regulación procesal del internamiento voluntario. En la

segunda, Rogel Vide, aborda el tratamiento que nuestro Código civil y nuestra Constitución otorgan a la tercera edad, entrando también a valorar, con ocasión de las limitaciones de derechos y libertades sufridas con la pandemia, algunas de las medidas establecidas en el Estado de alarma y su posible extralimitación. En este sentido, hace el autor especial hincapié en la cuestión particular de la utilización de las zonas comunes de edificios en régimen de propiedad horizontal, concluyendo que las limitaciones impuestas a la libertad de circulación afectan a las vías de uso público, sin que pueda entenderse incluidos los espacios comunes de los edificios en régimen de propiedad horizontal.

Por su parte, la Profª. Gómez Abeja, autora de la novena aportación, reflexiona sobre la incidencia que presentan las medidas adoptadas por los poderes públicos para combatir la situación en los derechos fundamentales de otros de los colectivos más vulnerables: los menores. Y es que, efectivamente, los menores, como declara la autora, han estado *"mucho más encerrados"* que los adultos, pues entre las excepciones para poder salir, ninguna iba referida expresamente a ellos, y en general, no podían realizar la mayor parte de las actividades para las que sí podían salir a la calle los adultos. Además, el cierre de los centros educativos les impidió también la socialización con otros menores, entendiendo por ello la autora, que una interrupción prolongada de la actividad educativa presencial, podría tener un efecto devastador en el desarrollo de la personalidad. Concluye Gómez Abeja que el RD 463/2020 debería haber sido más respetuoso con la libertad de circulación, y demás derechos, de todos los menores, invitando a los poderes públicos a que, hasta que se solucione la crisis del coronavirus, vayan corrigiendo su desatención generalizada hacia los menores.

La décima aportación es realizada por la Profª. Sánchez Rubio, que, a raíz de las medidas sanitarias adoptadas por el gobierno para tratar de controlar la pandemia del Covid-19, centra su estudio en las medidas de aislamiento forzoso, es decir, en las limitaciones de movilidad y desplazamiento a las que se han visto obligados los ciudadanos, valorando la autora hasta qué punto es posible restringir el derecho fundamental a la libertad. Entiende Sánchez Rubio que la protección del derecho a la salud justifica el sacrificio del derecho a la libertad de movimiento, pero dichas restricciones de libertad, aunque tengan justificación suficiente, han de cumplir con el resto de exigencias legales para que su adopción no sea puesta en entredicho. Por ello, considera la autora que el marco jurídico que regula la posibilidad de privar o de restringir la libertad de un ciudadano a causa de padecer o ser sospechosos de tener una enfermedad contagiosa, debe contemplar de modo más específico los requisitos de idoneidad, proporcionalidad y necesidad que deben concurrir en toda privación de libertad.

Por su parte, Marín Alonso, en la undécima aportación, pone el énfasis en las medidas laborales adoptadas para hacer frente al Covid-19. La repercusión de la pandemia en el marco laboral, nos dice la autora que se aprecia, por un lado, en la cantidad de novedades, modificaciones o adaptaciones que se han llevado a cabo en la legislación laboral y, en segundo lugar, por el caótico panorama que ha ofrecido la gestión sociolaboral de la crisis. Realiza en su estudio un análisis de la figura de los permisos retribuidos recuperables, la adaptación y/o reducción de jornada de los trabajadores, el teletrabajo a distancia y la novedosa prohibición de despido. No se analizan, en cambio, en profundidad los expedientes de regulación de empleo (ERTES), las medidas destinadas a los trabajadores autónomos o por cuenta propia, ni las prestaciones de seguridad social.

Este segundo capítulo finaliza con la aportación del Prof. Contreras Mazarío, y en la que se plantea si ante la situación de pandemia, la asistencia espiritual debe seguir siendo o no un factor de humanización, debiendo adoptarse, en consecuencia, las medidas que resulten necesarias para su real y efectiva garantía. Para ello, se abordan las cuestiones relativas al contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, con especial referencia a la asistencia religiosa, y los límites a los que queda sometido, más concretamente con el concepto de orden público como límite establecido constitucionalmente respecto del derecho a la libertad religiosa. Se aborda también por el autor la temática de la suspensión de los derechos fundamentales en general y de la libertad religiosa en particular, concluyendo Contreras Mazarío que el derecho de libertad religiosa puede ser limitado, pero no puede ser suspendido, "quedando como irreductible su contenido esencial, el cual y por lo que al ámbito de análisis afecta, este debe concretarse, al menos, en el derecho a recibir asistencia religiosa en los recintos hospitalarios, así como a recibir sepultura digna".

El *tercer capítulo* de la obra lleva por título "*La autonomía de la voluntad – siempre- en estado de crisis*", y está compuesto por un total de cinco aportaciones.

En la primera de ellas, a cargo del Prof. Porfirio Carpio, se analiza la situación del acuerdo extrajudicial de pagos tras la aprobación del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de justicia, por el que se pretendía que dicho acuerdo extrajudicial permitiera la descongestión del previsto y temido colapso de los juzgados de lo Mercantil. No obstante, el autor pone de manifiesto que, si se quería realmente que en esta situación de crisis económica el acuerdo extrajudicial de pagos llegase a funcionar, el legislador debería haber adoptado medidas que incentivaran a los mediadores concursales a la pronta aceptación de los expedientes de acuerdo extrajudicial de pagos, siendo una de ellas, evidentemente, la fijación de una digna remuneración que compensara la actividad desarrollada. Sin embargo,

esto no se ha producido en el Real Decreto-ley 16/2020, augurando por ello el autor que, lejos de agilizar la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, va a acelerar, sin acuerdo, su terminación, permitiendo al deudor acudir a los Tribunales de lo Mercantil para instar el concurso consecutivo.

La segunda aportación es desarrollada por el Prof. Murga Fernández, quien realiza un análisis de la cláusula *rebús sic stantibus*, entrando el autor a valorar si ésta presenta alguna utilidad para "curar la infección de los contratos" perfeccionados antes de la pandemia y pendientes de ejecución, concluyendo que dicha clausula *rebus* es inútil para hacer frente a los problemas que la pandemia provoca en el tejido contractual por varias razones: está pensada para cada contrato y no para el conjunto del tejido contractual; su aplicación es lenta, costosa y puede provocar gran diversidad de soluciones (según apreciación de cada juez); y, por último, porque ni siquiera en el momento más crítico de la crisis sanitaria justificaría la suspensión del cumplimiento de la obligación por la parte afectada. Por ello entiende que el remedio más adecuado para la curación de los contratos infectados por el Covid-19 es "la intervención del legislador con objeto de asignar, bajo criterios uniformes de justicia distributiva, los riesgos contractuales de la pandemia".

En la tercera, el Prof. Baena Baena, reflexiona acerca del seguro obligatorio de responsabilidad civil de circulación de vehículos de motor, ya que las drásticas medidas restrictivas de la movilidad, originadas por el Covid-19, han llevado a una menor circulación de tales vehículos, reduciéndose, en consecuencia, y de manera significativa, el riesgo de responsabilidad contratado en la mayoría de los casos. A raíz de ello, el autor analiza las exigencias legales vinculadas a la disminución de un riesgo debido a una circunstancia sobrevenida, entendiendo Baena Baena, que ante el tipo de pandemia que sufrimos, no sería justo que se estableciese por una disposición general, que todos los asegurados tuvieran directamente los derechos económicos vinculados legalmente a la reducción del riego, pues algunos (especialmente colectivos vinculados a actividades esenciales que no han visto tan radicalmente restringidas su movilidad) no se vieron afectados por las restricciones de circulación establecidas en los decretos-leyes. No obstante, afirma el autor que sí echa en falta una norma que obligue a informar a los tomadores de sus especiales derechos en caso de reducción del riesgo, y establezca formulas sencillas para la comunicación por el tomador o el asegurado de su situación concreta.

Finaliza este tercer capítulo con dos aportaciones, a cargo de del Prof. García Mayo, y el Notario Sáenz de Santa María Vierna. En la primera, García Mayo, ante el preocupante colapso judicial provocado por la pandemia, hace un breve recorrido acerca de uno de los mecanismos que nos ofrece la justicia preventiva para hacerle frente, como son los denominados pactos matrimoniales, analizando el autor su actual situación en el ordenamiento jurídico español. Como reconoce

el propio García Mayo, las ventajas que nos ofrece este instrumento con carácter general, y en los tiempos de crisis en particular, así como el auge que el mismo viene experimentando, contrasta con su falta de regulación en el ordenamiento jurídico español. No obstante, reconoce que aunque no exista referencia expresa, en nuestro ordenamiento a los pactos prematrimoniales, los mismos vienen siendo reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (en este caso, escasa) existente sobre el particular. Por su parte, Sáenz de Santa María Vierna, aborda el estudio del artículo 701 CC, de escasa relevancia práctica hasta la fecha, y que últimamente ha ganado protagonismo con la aparición del Covid-19, ya que en él se prevé que, en caso de pandemias, pueda otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años. El autor, aunque reconoce que siempre es conveniente acudir a un Notario para otorgar testamento común, concluye que ante una situación como la actual (aislamiento, confinamiento, dificultades de movilidad, etc.) puede pensarse en la posibilidad del testamento ante testigos del artículo 701 CC.

Finalmente, el *cuarto capítulo* tiene por nombre *"Administración, Función pública y Justicia en puro estado crítico: ¿remiendos de urgencia o reforma estructural?",* que está compuesto por otras cinco aportaciones.

En la primera de ellas, las Profesoras Montoya Martín y Fernández Scagliusi, ante la publicación del Real Decreto-Ley 10/2020 por el que se regulaba un permiso retribuido recuperable para los trabajadores por cuenta ajena que no prestaran servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra la COVID-19, se enfrentan al interrogante de si la minería debía considerarse una actividad esencial, pudiendo en consecuencia continuar su actividad, o si por el contrario tenía que atenerse al permiso retribuido recuperable contemplado en dicho Real Decreto. Y concluyen ambas autoras que dada la importancia de la actividad extractiva con carácter general (para la transición energética, para la lucha contra el cambio climático y el mantenimiento de actividades esenciales durante la pandemia), el Real Decreto-Ley 10/2020 debería haber contemplado de manera expresa las actividades mineras, y en particular "aquellas que se dirigen directamente a la extracción de minerales, imprescindibles, entre otros, el cobre, empleado en la fabricación de cables para uso sanitario y componentes de los aparatos electrónicos de hospitales y supermercados".

En la segunda de las aportaciones, a cargo de la Profª. Díaz Pita, a raíz de la aprobación del Plan de choque del Consejo General del Poder Judicial, el 16 de junio de 2020, para evitar el colapso de la administración de justicia y agilizar la resolución de todos aquellos asuntos cuya demora pueda incidir más negativamente en la recuperación económica y en la atención a los colectivos más vulnerables, la

autora lleva a cabo un análisis de las tres medidas que se contienen en la propuesta 4.1 del Plan, esto es: comisiones de conformidad en fiscalías y turno de oficio; conformidad en el Juzgado de Guardia; y por último, que los Fiscales que hacen guardia de detenidos continúen llevando las causas hasta el final. No obstante, concluye la autora que no parece que el temido incremento excesivo de asuntos que justificó en su día la adopción, casi inmediata y urgente, de muchas de las medidas previstas en el Plan de choque, incluidas las del nº 4.1 que se analizan, se haya cumplido, por lo que, éstas podrían abordarse desde una perspectiva más pausada a medio y largo plazo.

La tercera de las aportaciones es desarrollada por el Prof. Cerdeira Bravo de Mansilla, quien, ante el caos del sistema judicial español, agravado extremadamente por la situación actual de pandemia, cree que tendremos que recurrir de manera obligatoria a la mediación, ya sea por la fuerza de la ley (lo cual considera complicado el autor por la situación de paralización parlamentaria), ya sea *de facto,* es decir, por la propia fuerza de la nueva realidad. Así, el autor considera que, ante la realidad de los hechos que nos rodean y de los que nos depara un futuro inminente, incluso levantado el estado de alarma, es una perfecta ocasión para la mediación como justicia "alternativa", pudiéndose esta desarrollar de manera virtual, para evitar cualquier tipo de contacto. En ese caso, cualquiera que sea el mecanismo electrónico que se emplee, debe garantizar no sólo la identidad de las partes y del mediador, sino también la confidencialidad, la privacidad o secreto, y la homologación de los acuerdos alcanzados se haría por la autoridad notarial.

El mismo hilo temático se sigue en la cuarta aportación, realizada por el Prof. Pizarro Moreno, que igualmente, a raíz del Plan de choque aprobado por el CGPJ el 16 de junio de 2020, analiza el arbitraje en relación con los efectos que en el marco judicial ha originado la pandemia. Así, el autor se centra en aquellas medidas, aprobadas por el Plan, que establecen una relación de afectación en el binomio arbitraje-proceso: Medida nº 2.10 (promover el uso intensivo y organizado de las herramientas existentes para la unificación de criterio y prácticas y de los plenos no jurisdiccionales en las Audiencias Provinciales, con las que evitar el dictado de sentencias contradictorias ante caos similares); medida nº 3.4 (creación de una oficina judicial común en los juzgados de lo Mercantil con especial carga de trabajo en la materia, dotada de suficiente personal y letrado o letrados de la Administración de Justicia en la que se integrarían jueces de refuerzo en régimen de comisión de servicio sin relevación de funciones o JATS, que se encargarían de resolver todos los asuntos que actualmente se acumulan en dichos juzgados); medida nº 4.1 (fomentar las conformidades previas al acto de juicio oral; medida nº 6.1 (reforzamiento de los servicios y órganos de mediación y conciliación. Para Pizarro Moreno las denominadas ADRs, no deben servir necesariamente para reducir la carga judicial, sino que más bien debe ponerse el acento en la calidad de

las resoluciones que se obtienen debido a la idoneidad de un mecanismo que nace para responder a un conflicto concreto.

Finaliza esta magnífica obra, con la quinta aportación de este cuarto capítulo, a cargo de la Letrada Castro Ramos, y en las que se pone el foco en el más que probable aumento de la tributación que llevarán a cabo nuestros gobernantes, ante la complicada perspectiva económica, a fin de poder paliar el déficit que ha ocasionado la pandemia en las cuentas anuales. Así, nos dice la autora que con casi total seguridad se utilizarán medidas fiscales que puedan sufragar el coste sanitario, social, laboral, etc., que ya sufrimos, adoptando medidas circunstanciales, y afectadas por la sensación de improvisación en su adopción, creándose problemas de seguridad jurídica. Por ello, concluye la autora que si esta situación no se basa claramente en el interés general, podrá ser objeto de impugnación ante los Tribunales de Justicia, por infracción del art. 9.3 de la Constitución.

En definitiva, una obra de todo punto recomendable, pues en ella, como puede comprobarse, se tratan muchos de los grandes interrogantes que, en las diversas áreas del Derecho, han ido surgiendo con la aprobación de las diferentes medidas llevadas a cabo por el Gobierno para paliar la grave crisis sanitaria originada por el Covid-19. Este carácter multidisciplinar, unido al magnífico elenco de autores, dota a la obra, sin duda alguna, de un interés incuestionable.

Agustín Andrades Navarro
Becario de Investigación FPI de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Sancho López, M.: *Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes,* Tirant lo Blanch, València, 2020, 374 pp.

A estas alturas del partido nadie duda del impacto que Internet y las nuevas tecnologías tienen en nuestra sociedad en múltiples sectores y niveles, entre ellos, destaca la aparición del *Big Data*, que ha supuesto nuevos desafíos para nuestros derechos fundamentales por su influencia y capacidad lesiva. La profesora Sancho López, consciente de este nuevo escenario, ha desarrollado un estudio completo del derecho al olvido, defendiendo su idoneidad como respuesta jurídica a esta nueva realidad.

La obra *Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes*, cuya recensión tengo el placer de realizar y de exponerles en las líneas que suceden a estas palabras, aborda el fenómeno de transformación social que ha supuesto el *Big Data* para nuestra sociedad, lo que la autora define como "un cambio de paradigma". Frente a esta nueva realidad, se propone la construcción desde los derechos fundamentales de un modelo garantista de derecho al olvido, con el objeto de proteger la privacidad de la ciudadanía, sin renunciar a los avances tecnológicos.

Para ello, en el Capítulo I, se propone una refundamentación de la privacidad para dotar la esfera personal de protección del sujeto de una mayor amplitud. La autora defiende la expansión del concepto y la garantía de lo privado desde la "intimidad" hacia la "privacidad", que vendría a adaptarse mejor al contexto actual, en una concepción unitaria y global. Y lo hace como presupuesto estructural a partir del cual se construye el derecho al olvido como derecho fundamental.

El título de la obra de la profesora Sancho López resulta acertado ya que describe a la perfección la cronología de los acontecimientos. Como ha ocurrido en prácticamente la mayoría de los derechos fundamentales, la creación del derecho al olvido tiene un origen jurisprudencial, situándose la STJUE de 13 de mayo de 2014, con el *caso Google*, como el *leading case* en la materia. La autora presenta este marco de referencia, al describir con detalle la evolución jurisprudencial del derecho al olvido, en el Capítulo II, a través de las resoluciones dictadas por diversas instancias, salas y tribunales que han contribuido con sus pronunciamientos a la configuración de este derecho fundamental de nueva creación.

La función del Derecho de adaptarse a la nueva realidad social ha quedado reflejada en este caso mediante la promulgación del Reglamento europeo 1016/679, de protección de datos personales y, en el ámbito nacional, con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. La presente obra, en su Capítulo III, realiza un análisis exhaustivo y crítico de la nueva normativa y, para ello, describe rigurosamente el cambio evolutivo del derecho de protección de datos, a través de la legislación

y la jurisprudencia, no sólo a nivel interno, sino que se proporciona al lector una panorámica global de la cuestión, mediante un estudio completo que abarca también la legislación y la jurisprudencia supraestatal que ha influido en el actual estado de cosas.

La propuesta de la obra es ambiciosa y, pese a ello, consigue sus objetivos, pues se ha logrado construir una categorización del derecho al olvido, pese a la ausencia de un desarrollo integral de su contenido por parte de la doctrina y la jurisprudencia, debido al carácter altamente novedoso de la cuestión. Y todo ello se construye desde el rigor científico, siguiendo la estructura clásica de la doctrina para el desarrollo de los derechos de la personalidad y subjetivos. Con dicha determinación, en los Capítulos IV, V, VI, VII, se aborda el esqueleto central del derecho al olvido a comprendiendo cuestiones tan significativas como su concepto, su naturaleza jurídica, la titularidad activa y pasiva, su objeto, su contenido y sus límites.

Resulta evidente la complejidad de dicha tarea pues, como pone de relieve la autora, el derecho al olvido tiene un carácter poliédrico en tanto que está integrado por un conglomerado de derechos fundamentales que interaccionan entre sí (como el derecho al honor, a la intimidad, a la protección de datos o a la propia imagen), llegando incluso a colisionar en ocasiones (Capítulo VI). Tras el examen en profundidad que proporciona la obra, sin duda podemos concluir que el derecho al olvido constituye un derecho humano, fundamental, subjetivo y de la personalidad (Capítulo IV).

En cuanto al contenido del derecho al olvido, la autora desmiente uno de los grandes mitos que ha venido rodeando a esta figura y es que el derecho al olvido no permite a los sujetos configurar un pasado a su medida ni alterar libremente su identidad digital, sino que dota a su titular de un poder de control sobre sus datos personales, permitiéndole salvaguardar su privacidad.

Se le reconoce así un contenido tanto objetivo como subjetivo dado que permite a su titular salvaguardar una esfera libre de injerencias y, asimismo, otorga a su titular un control sobre sus datos, haciendo efectivo el *habeas data*. Es más, dicho contenido subjetivo permite a la autora defender la eficacia horizontal del derecho al olvido y su exigibilidad tanto frente a los poderes públicos como frente a las relaciones jurídico-privadas, conforme a la muy bien traída doctrina *vis expansiva de los derechos* (Capítulo V).

Por ello, y aunque se configura como una suerte de regla general, el derecho al olvido no es absoluto, sino que es susceptible de delimitaciones e intromisiones. A partir de esto, la autora realiza un análisis concienzudo de los límites legales de dicha figura, dentro de la cual deviene especialmente interesante el tratamiento

práctico para los supuestos de eventual colisión entre el derecho al olvido y la libertad de expresión e información. La profesora Sancho López pone de relieve la desfasada doctrina constitucional en torno a las limitaciones del derecho a la libertad de expresión e información, debido a la invalidación de la veracidad como elemento de ponderación y a la incorporación del factor tiempo como ingrediente esencial de dicho examen hermenéutico (Capítulo VII).

La lectura de la obra deja entrever no sólo el trabajo complejo y minucioso de la autora, sino también la vocación integral del estudio presentado, pues en él se incluye un análisis de los distintos reproches jurídicos (constitucional, penal, civil o contencioso-administrativo) que puede acarrear una vulneración del derecho al olvido, abarcando cuestiones tanto de índole procesal como en materia sancionadora y de derecho de daños, abordando la eventual responsabilidad civil que pudiera derivarse (Capítulo IX).

Precisamente, en cuanto al ejercicio del derecho al olvido, la autora critica acertadamente la modalidad de tutela prevista consistente en un *status activus processualis* que exige la participación activa del sujeto para la defensa de un derecho fundamental, sin que se den las condiciones materiales necesarias para garantizar un equilibrio de posiciones entre los particulares afectados y los responsables de un tratamiento de datos personales abusivos (Capítulo VIII).

En el Capítulo X se contemplan diversas cuestiones accesorias de interés, que no han sido tratadas con anterioridad, como ahora la distinción del derecho al olvido de aquellas otras categorías jurídicas afines con las que mantiene un nexo común debido a los bienes jurídicos que protegen o a los mecanismos de garantía que incorporan. Entre ellos, encontramos el derecho de rectificación, de oposición al tratamiento o de cancelación de los datos personales. Precisamente, bajo la fórmula "derecho de supresión" se ha reformulado el antiguo derecho de cancelación para adaptarlo al nuevo paradigma, razón por la cual no hay rastro de su presencia en la legislación protectora de datos personales.

Por último, pero no por ello menos relevante, en el Capítulo XI, la profesora Sancho López realiza una serie de consideraciones críticas de lo más oportunas acerca de la panorámica presentada, tanto del contexto *Big Data* como de la reacción legislativa al cambio de paradigma presentado. Lo cierto es que, al lector, durante el transcurso de la obra, se le presentan algunos interrogantes acerca de temas que, si bien no redundan estrictamente sobre el derecho al olvido, resultan tangenciales al mismo.

La autora aborda sin tapujos muchos de estos aspectos como, por ejemplo, la pertinencia del derecho al olvido como instrumento eficiente para solventar los problemas jurídicos aparejados al *Big Data*, en tanto que ésta es una solución legal

a un problema que podría ser de tipo estructural. Lo cierto es que los cambios tecnológicos se suceden muy rápidamente y los tiempos del Derecho no son capaces de adaptarse a esta fugacidad por lo que, al igual que la autora, uno no puede evitar preguntarse por los retos futuros, como por ejemplo la implantación de la Inteligencia Artificial, y si los mecanismos adoptados hasta ahora serán suficientes para los tiempos que están por venir.

La profesora Sancho López se interroga sobre estas y otras cuestiones de forma valiente e incluso se atreve a proponer medidas alternativas a las existentes como, por ejemplo, la adopción de un modelo de garantía de la privacidad inverso, esto es, la implantación de políticas de privacidad por defecto y desde el diseño, que limiten la acción tecnológica en pro de los derechos fundamentales de la ciudadanía. De este modo podríamos tener la seguridad jurídica de que nuestros derechos y libertades están a salvo, más allá de las técnicas que puedan desarrollarse en el futuro.

Pese al carácter novedoso de la legislación nacional y comunitaria en materia de protección de datos, lo cierto es que hay cuestiones que no han sido abordadas y quedan por resolver, por eso, la autora ve conveniente realizar una propuesta de *lege ferenda* que, acabando con la disparidad normativa actual, sea capaz de proporcionar una regulación específica y unitaria del derecho al olvido, coadyuvando a su configuración y a su protección jurídica.

En definitiva, en la obra *Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes*, se aporta una visión reflexiva y crítica acerca del fenómeno *Big Data* en relación con la defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía al mismo tiempo que se construye, prácticamente desde cero y de forma impecable, la estructura del derecho fundamental al olvido digital, como garantía personal propuesta desde el ordenamiento jurídico para proteger la privacidad y poner solución a los daños e inconvenientes provocados por las nuevas condiciones sociales derivadas del tratamiento masivo de datos personales. No me queda sino recomendar encarecidamente la lectura de la obra, la cual resulta agradecida y amena, pues, como se ha expuesto, las cuestiones tratadas, más allá del rigor científico con el que se exponen, tienen una evidente trascendencia e interés práctico, no siempre apreciable en las obras de Derecho.

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Prof. Ayudante Dr. de Derecho Civil
Universitat de València