ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Alicante

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA / EDICIÓN SEMESTRAL / FEBRERO 2024 / VALENCIA-ESPAÑA

Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
https://www.revista-aji.com

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: SCOPUS (Q3), CIRC ("B"), ANVUR (clase "A"), RRDe (Q1), IDR (C2), LATINDEX y MIAR.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea, Elektronische Zeitschriftenbibliothek (EZB) y Ores Scientific Plattaform.

Impreso en España
Diagramación: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

20

DOCTRINA

A) PARTE GENERAL.

01/ "Disporre del tempo" (giuridico). La rinunzia alla prescrizione e alla decadenza e l'estinguibilità temporale delle situazioni giuridiche soggettive come oggetto dell'atto negoziale. Pietro Virgadamo (Italia).....16

B) DERECHO DE LA PERSONA.

02/ El derecho a la intimidad, revisitado. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (España).....76

03/ La función notarial ante la intervención de las personas con discapacidad en el expediente notarial de reclamación de deudas y su extensión a la reclamación de vivienda dentro del concepto de alimentos. Luis Javier Gutiérrez Jerez (España) 106

04/ Autonomía en el ámbito sanitario de las personas con discapacidad: el dilema que plantea la Ley de autonomía del paciente y su reflejo en la doctrina del TC. Mª Belén Andreu Martínez (España) 130

05/ Fenomeni migratori e tutela dei minori stranieri non accompagnati alla luce delle novità introdotte dal d.l. n. 133/2023. Filippo Romeo (Italia)..... 184

06/ Símbolos religiosos y escuela pública. La razonable composición de intereses del Tribunal de Casación italiano. Valerio Rotondo (Italia).....206

C) DERECHO DE FAMILIA.

07/ Los reconocimientos de complacencia en el Derecho español: estado de la cuestión. Ana Silvia Gallo Vélez (Colombia).....226

08/ "Questioni" in tema di comunione legale e partecipazioni societarie. Alessandro Semprini (Italia).....268

09/ Responsabilidad civil en las relaciones matrimoniales en Italia. Antonio Panichella (Italia).....300

10/ La adopción del mayor de edad en la experiencia jurídica italiana. Marco Li Pomi (Italia)..... 316

11/ Giustizia complementare alla giurisdizione e mediazione familiare: un'analisi comparativa tra Italia e Spagna. Giorgia Chiaramonte (Italia). 346

D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

12/ La otra cara de la reforma española acerca de la discapacidad. M.ª Luisa Atienza Navarro (España). 366

13/ Il pagamento del prezzo nell'appalto. Antonio Albanese (Italia). 418

14/ Control de contenido de la cláusula sobre intereses moratorios en la contratación predispuesta entre profesionales. Rocío López San Luis (España). 448

15/ Fianza e invalidez de la obligación afianzada. Sandra Castellanos Cámara (España). 474

16/ Dalla esdebitazione del "fallito" a quella del "sovraindebitato". L'incidenza delle nuove tecniche rimediali sulle categorie giuridiche tradizionali. Veronica Giorgianni (Italia). 500

E) DERECHOS REALES.

17/ Acciones judiciales en defensa de los derechos de la comunidad de propietarios frente a la alteración y ocupación de elementos comunes. Virginia Múrtula Lafuente (España)..... 532

18/ Las deudas por gastos de comunidad. La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 10/2022, de 14 de junio. José Arturo Pérez Miralles (España)..... 572

19/ *Sharing economy* y derechos reales: de la propiedad a nuevas formas de goce en tiempo compartido. Marco Farina (Italia).... 596

20/ Poteri di disposizione dei beni collettivi: ragioni, limiti e prospettive. Maria Cristina Cervale (Italia)..... 622

F) DERECHO DE SUCESIONES.

21/ Disposiciones testamentarias para el establecimiento de un régimen especial de gestión de los bienes transmitidos a menores. Y algunas previsiones más allá de la mayoría de edad de los sucesores. Ana Díaz Martínez (España)..... 654

22/ Disposiciones del causante sobre derechos de autor. Isabel Espín Alba (España). 698

23/ La interpretación y calificación como mejora tácita de disposiciones "inter vivos" y "mortis causa". Antonia Nieto Alonso (España)..... 730

24/ Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). Ángel Luis Rebolledo Varela (España). 766

25/ Cuestiones interpretativas en torno a las cláusulas de sustitución vulgar. Marta Carballo Fidalgo (España). 790

26/ La integración del testamento. Marta Madriñán Vázquez (España) 820

27/ Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador. Uma análise tendo por base o Direito português. Diana Isabel da Silva Leiras (Portugal). 848

G) DERECHO DE CONSUMO.

28/ El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE. Raquel Evangelio Llorca (España). 870

29/ El incierto reconocimiento del principio pro consumidor en el ordenamiento jurídico chileno. Erika Isler Soto (Chile)..... 910

H) DERECHO Y BIOÉTICA.

30/ Reembolso de gastos en los supuestos de imposibilidad de acceso a la reproducción asistida en centros públicos. Almudena Carrión Vidal (España). 936

31/ Uno sguardo al fenomeno della maternità surrogata nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo: contributo allo studio de iure condito e de iure condendo. Deborah Gallo (Italia). 956

32/ Il consenso informato in Spagna: l'attenzione alla natura ed alla qualità dell'informazione. La necessità di un modello europeo. Emilia Giusti (Italia). 982

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.

33/ Medidas y medios de apoyo para el otorgamiento de testamento: aplicación de las TICs y la inteligencia artificial. Una lectura tras la Ley 8/2021, la Ley 6/2022 y la Ley 15/2022. Francisca Ramón Fernández (España). 1018

34/ Governance and processing of personal data in the Italian healthcare system in the light of EU principles. Francesco Giacomo Viterbo (Italia). 1052

35/ La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas. Giuseppe Marino (Italia). 1088

36/ L'"intelligente" automazione nei sistemi di credit scoring. Angela Mendola (Italia). 1128

37/ The digitalization of the National Health Service in the prism of "variable speed" between technological progress and administrative innovation. Federico Valentini (Italia). 1166

38/ Intelligenza artificiale e consulenza tecnica nel processo civile. Federico Fratini (Italia). 1198

J) DERECHO Y MEDIOAMBIENTE.

39/ Comunità energetiche e modelli giuridici: l'importanza di una lettura euro-unitaria. Lucia Ruggeri (Italia). 1222

40/ Migrazioni ambientali e ordinamento nazionale. Quali strumenti di tutela? Ruggero Picone (Italia). 1246

K) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

41/ La protección reforzada del trabajador en el Derecho internacional privado europeo: especial referencia a los nómadas digitales. Rosa Lapiedra Alcamí (España). 1288

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO.

42/ "Los principios estructurales del Reglamento General de Protección de Datos". Moisés Barrio Andrés (España). 1322

43/ El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de salud de la Comunitat Valenciana. Laura Rius Acebes, Manuel Ortiz Fernández, Domingo L. Orozco Beltrán y Antonio F. Compañ Rosique (España). 1342

44/ La loi 19/2022 espagnole, au-delà de la personnification de la Mar Menor (région de Murcie, Espagne). Une ouverture vers une action populaire et une responsabilité civile environnementale? David Aviñó Belenguer (España). 1370

45/ La (in)constitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (STC 149/2023, de 7 de noviembre). Fernando Hernández Guijarro (España)..... 1392

46/ La protección de los datos personales de los niños en el espacio digital. Giuliano Mattace (Italia)..... 1418

47/ Reflexiones sobre la función de la responsabilidad extracontractual en el ejercicio de las actividades deportivas. Gabriele Toscano (Italia). 1440

48/ La allocazione del rischio nei contratti a distanza stipulati con intermediari di servizi forniti nel settore delle attività del tempo libero e operatività del diritto di recesso. Nota a sentenza, Corte di Giustizia UE, sez. VIII, 31-03-2022, C-96/21. Susanna Cappuccio (Italia). 1458

PANORAMA.

49/ El delegado o la delegada de protección en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo en la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia. Isaac Ravetllat Ballesté (Chile). 1474

50/ Importancia del derecho de superficie. Tradición y nuevos retos desde la regulación legal en Italia y su práctica en el Perú. Enrique Varsi-Rospigliosi (Perú) y Vincenzo Barba (Italia). 1506

51/ La professionalità del dirigente: aspetti controversi e possibili soluzioni compositive. Giuseppina Pensabene Lionti (Italia). 1524

52/ La medicina difensiva tra responsabilità civile, danni risarcibili e ragionevoli soluzioni interpretative. Matteo Florena (Italia). 1558

RECENSIONES.

53/ Cobas Cobiella, M.ª E. y Guillén Catalán, R. (dir.): Equidad y transparencia en la prestación de servicios, Dykinson, Madrid, 2023. Luz M. Martínez Velencoso. 1584

54/ Corpas Pastor, L.: La responsabilidad civil en el ejercicio de la odontología, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022. María del Carmen Luque Jiménez. 1588

55/ Estellés Peralta, P. M.ª (dir.): Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. Pedro Chaparro Matamoros. 1592

56/ López Sánchez, C., Ortiz Fernández, M. (dir.), et al.: Derecho y salud: retos jurídicos actuales, Aranzadi, Navarra, 2023. Pedro Chaparro Matamoros. 1599

57/ Muñoz Paredes, M. L.: La sociedad prefundacional. La fase previa a la escritura de constitución, Iustel, Madrid, 2023. Pablo Girgado Perandones. 1605

58/ Olivera Oliva, M.: Los animales de compañía en las crisis de pareja, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. José Harry Clavijo Suntura. 1611

59/ Ortega Giménez, A.: El Derecho internacional privado a través del cine: 11 películas escogidas para ver (y reflexionar) en clave internacionalprivatista, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023. Angela María Castellanos Cabezuelo. 1619

60/ Santillán Santa Cruz, R.: La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica, Motivensa, Lima, 2014. Emilia Bustamante Oyague. 1622

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 Contratado 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. Enrico Al Mureden
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Bologna, Italia

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

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

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

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

Dra. Margarita Castilla Barea
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

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 Campania "L. Vanvitelli", Italia

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

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, 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 Ordinario 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

Dra. Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de La Sapienza, 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

Dr. Dario Scarpa
Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca

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. Filippo Viglione
Professore Ordinario di Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

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

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de L'Aquila, Italia

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

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

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

Dra. Pilar Estellés Peralta
Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Riccardo Mazzariol
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Padua, Italia

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I, España

D. Francesco Angeli
Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

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

D. Álvaro Bueno Biot
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez
Profesor Sustituto de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

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

Dra. Andrea Casanova Asencio
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Giovanni Cina
Inverstigador postdoctoral de Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Francesco Disalvo
Dottorando di ricerca in Diritto civile, Universidad LUMSA, 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. Massimo Foglia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Bérgamo, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

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

Dr. Carlos Gómez Asensio
Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

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

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi
Assegnista di Ricerca, Universidad Luigi Vanvitelli, Italia

Dña. Covadonga López Suárez
Investigadora Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Miguel Herrero Medina
Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

D. Mario Neupavert Alzola
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

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

Dr. Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

D. Jesús Palomares Bravo
Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad Luigi Vanvitelli, Italia

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

Dra. Monica Pucci
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle
Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Titular 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. Daniel Vicente Martínez
Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

Dr. Calogero Valenza
Assegnista di Ricerca, Uiversidad de Palermo, Italia

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

DOCTRINA

"DISPORRE DEL TEMPO" (GIURIDICO). LA RINUNZIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA E L'ESTINGUIBILITÀ TEMPORALE DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE COME OGGETTO DELL'ATTO NEGOZIALE

"DISPOSE OF TIME" (LEGAL). THE WAIVER OF LIMITATION AND FORFAIRNESS AND THE TEMPORAL EXTINCTION OF SUBJECTIVE LEGAL SITUATIONS AS THE OBJECT OF THE NEGOTIABLE ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 16-75

Pietro
VIRGADAMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Lo scritto esamina la problematica della rinuncia alla prescrizione e alla decadenza, indagandone la natura giuridica, la struttura, la funzione e le regole disciplinari. Da queste, ed in particolare dalle disposizioni del codice civile italiano, si evince il carattere generale delle norme poste in tema di decadenza e viene confermata l'opportunità di ricostruire in chiave unitaria il sistema delle limitazioni temporali, comunque denominate.

PALABRAS CLAVE: Prescrizione; decadenza; limitazioni temporali; rinuncia; inerzia estintiva.

ABSTRACT: *The paper examines the issue of waiver of prescription and forfeiture, investigating its legal nature, structure, function and disciplinary rules. From these, and in particular from the provisions of the Italian civil code, the general nature of the rules regarding forfeiture is evident and the opportunity to reconstruct the system of temporal limitations, however named, in a unitary way is confirmed.*

KEY WORDS: *Prescription; forfeiture; temporal limitation; waiver; extinguishing inertia.*

SUMARIO.- I. RINUNCIA ALLA PRESCRIZIONE E LA RINUNCIA ALLA DECADENZA: INQUADRAMENTO GENERALE. IL CRUCIALE "SNODO DISCIPLINARE" RAPPRESENTATO DALLA C.D. MATERIA DISPONIBILE.- II. MODIFICHE DELLA DISCIPLINA LEGALE DELLA LIMITAZIONE TEMPORALE QUALI SUE IPOTESI DI SOSTANZIALE RINUNCIA PARZIALE.- III. STRUTTURA "TENDENZIALMENTE" UNILATERALE, MA VARIABILE, E NATURA NEGOZIALE DELLA RINUNCIA ALLA LIMITAZIONE TEMPORALE.- IV. FORME E TEMPI DI ATTUAZIONE DEL NEGOZIO RINUNCIATIVO.- V. MERO RICONOSCIMENTO INTERRUTTIVO O IMPEDITIVO QUALE DICHIARAZIONE DI SCIENZA E AUTENTICA RINUNCIA ALLA LIMITAZIONE TEMPORALE QUALE MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ NEGOZIALE.- VI. OPPONIBILITÀ DELLA PRESCRIZIONE E DELLA DECADENZA DA PARTE DEI TERZI "ANCHE SE LA PARTE VI HA RINUNZIATO".- VII. RINUNZIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA E IRRIPETIBILITÀ DI QUANTO CORRISPOSTO IN ADEMPIMENTO DI UN DEBITO PRESCRITTO O "DECADENZIATO".- VIII. REVOCA DELLA RINUNCIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA.- IX. EFFETTI DELLA RINUNCIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA. IL ROMPICAPO DELLA "RI-DECORRENZA" DELLA (SOLA) PRESCRIZIONE SUCCESSIVA ALLA RINUNCIA.- X. RILIEVI CONCLUSIVI: LA RINUNZIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA QUALE PARADIGMA DELLA VOCAZIONE UNITARIA DEL SISTEMA DELLE LIMITAZIONI TEMPORALI.

I. RINUNCIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA: INQUADRAMENTO GENERALE. IL CRUCIALE "SNODO DISCIPLINARE" RAPPRESENTATO DALLA C.D. MATERIA DISPONIBILE.

"Disporre del proprio tempo" è senza dubbio un'ansia costante dell'uomo contemporaneo[1]. Lo studioso delle scienze sociali conferma quanto l'intuito e l'esperienza di vita suggeriscono con forza primordiale. Per quanto si tenti di controllare il tempo, di gestirlo, rimane una parte di esso che sfugge all'umano controllo ed è quel tempo che, spesso, si riempie di contenuti vitali decisivi per ciascuno. Vi è, all'evidenza, un tempo di vita sul quale l'essere umano non ha potere: non può accorciarlo, né estenderlo, né, in alcun senso, modificarne le regole fisiche e, se anche rinunzia a viverlo, come scelta esistenziale, esso scorre inesorabile, e taluni eventi vi accadono all'interno indipendentemente dalla sua scelta.

1 Si vedano i pregevoli contributi contenuti nel volume monografico di *Esperienze sociali*, dal titolo *Il tempo*, 2023, n. 1. Scrive nel profondo Editoriale, Mannino, G.: "Tempo…", in "Il tempo", in AA.VV.: *Esperienze sociali*, p. 5 ss.: "il tempo è probabilmente il bene più prezioso che ciascun vivente possiede, ed al contempo è il bene meno considerato in quanto tale, probabilmente a causa dell'essere psicoticamente categorizzato come bene di nostra proprietà e nella nostra disponibilità. Esso ci viene offerto in dono come essenza finita sebbene ciclicamente rinnovabile entro un limitato anche se non predeterminato numero di cicli di ricarica, ma *rimane sempre e comunque non nella nostra piena disponibilità*". Il corsivo nostro troverà conferma, sotto il profilo delle regole del tempo giuridico, nelle considerazioni che si svolgeranno nelle pagine a seguire sulla figura della rinuncia alla prescrizione e alla decadenza.

• Pietro Virgadamo
Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Privato, Università Lumsa. E-mail: p.virgadamo@lumsa.it

Il tempo giuridico, ed in particolare quello in cui "vivono" le situazioni giuridiche soggettive[2], non si atteggia in maniera diversa. Esso è, talvolta, disponibile da parte dei loro titolari, che possono giungere a evitare l'estinzione di un diritto, per decorso del tempo appunto, con un loro autonomo atto di volontà. In altre occasioni ciò si rivela impossibile, perché quello stesso tempo giuridico reca con sé, ed è previsto, per l'attuazione di valori che trascendono ogni privata determinazione.

L'ipotesi è, chiaramente, riferita alla rinunzia alle limitazioni temporali delle situazioni giuridiche soggettive, cioè, secondo la nomenclatura italiana, alla prescrizione (secondo alcuni, anche presuntiva[3]) e della decadenza[4]; tema carico

2 Discorso non diverso vale per il tempo in cui "vivono" le norme giuridiche, che tuttavia non rileva in questa sede. Cfr., per un'ipotesi esemplare, Virgadamo, P.: "Interpretazione autentica" e *diritto civile intertemporale*, Esi, Napoli, 2012, *passim*.

3 Si afferma giurisprudenza (Cass., 15 maggio 2012, n. 7527) che la prescrizione presuntiva (artt. 2954-2961 c.c.) inciderebbe sulla situazione giuridica soggettiva allo stesso modo della prescrizione in generale e, per l'effetto, che l'art. 2937 c.c. (rinuncia alla prescrizione) sia ad essa applicabile. Sia consentita, tuttavia, una precisazione. Le prescrizioni presuntive sono, per la stessa giurisprudenza, non rilevabili d'ufficio (Cass., 8 febbraio 1994, n. 1248) e pertanto "funzionano", come regola, anch'esse su eccezione di parte. Se ciò è vero, una volta fatta, la rinuncia di cui trattasi deve avvenire prima della relativa eccezione ed equivale ad una rinuncia ad avvalersi, non del diritto di estinguere la situazione giuridica soggettiva, ma del diritto *ad avvalersi della presunzione* circa la sua estinzione in un certo tempo. Ciò significa che, rispetto al rinunziante, potrà provarsi con tutti i mezzi consentiti, dopo la rinuncia, l'eventuale inadempimento e dunque la persistente esistenza del diritto sottoposto a prescrizione presuntiva, anche se è trascorso il relativo termine *ex* artt. 2954 ss. c.c. In definitiva, il rinunziante abdica in tale ipotesi, nella sostanza, al *diritto di opporre le limitazioni probatorie* che potrebbe far valere nei confronti del soggetto contro il quale opera la prescrizione presuntiva stessa.

4 La decadenza è stata considerata spesso come una sorta di figura di "secondo piano" in confronto alla prescrizione, eccezionale rispetto ad essa, radicata su regole e principi del tutto peculiari. In argomento la letteratura, spesso inevitabilmente commista alle indagini con la limitrofa figura della prescrizione, è rilevante, anche se non, nello specifico, abbondantissima. V., oltre ai contributi di chi scrive citati alle nt. 20 e 21, Vacca, S.: "Commento agli artt. 2964-2969 c.c.", in Rescigno, P. (a cura di): *Codice civile*, t. II, Giuffrè, Milano, 2018, p. 6381 ss.; Gallo, P.: "Commento agli artt. 2964-2969 c.c.", in Bonilini, G. e Chizzini, A. (a cura di): "Della tutela dei diritti", artt. 2907-2969, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli) Utet, Torino, 2016, p. 830 ss.; Gerardo, M. e Mutarelli, A.: *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Giappichelli, Torino, 2015; Roselli, F.: "Commento agli artt. 2964-2969 c.c.", in Finocchiaro, G. - Frasca, R. e Roselli, F. (a cura di): "Della tutela dei diritti", artt. 2643-2969, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Aggiornamento 2011-2015* (diretta da C. Ruperto), Giuffrè, Milano, 2015, p. 494 ss.; Viola, L.: *Prescrizione e decadenza. Come farle valere in giudizio e relative strategie processuali*, Cedam, Padova, 2015, p. 429 ss.; Roselli, F.: voce "Decadenza (diritto e procedura civile)", *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, VII, 2014, p. 309 ss.; Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio"*, Esi, Napoli, 2012, p. 146 ss.; Bianca, C.M.: *Diritto civile*. VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 619 ss.; Marra, A.: *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012; Capello, P. *La prescrizione civile, penale e tributaria*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 645 ss.; Molfese, G.: *Prescrizione e decadenza*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 895 ss.; Leban, D.: *Prescrizione e decadenza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2003, p. 553 ss.; Oriani, R.: *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Cedam, Padova, 2003; Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), *Tutela dei diritti*, II, Utet, Torino, 1998, p. 592 ss.; Caponi, R.: "Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza", *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 45 ss.; Cimma, M. R.: "Prescrizione e decadenza", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Utet, Torino, 1997, p. 242 ss., spec. 247; Id.: "Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio", *ivi*, p. 253 ss., spec. 259 s.; Gallo, P.: "Prescrizione e decadenza nel diritto comparato", *ivi*, p. 248 ss.; Panza, G.: "Decadenza nel diritto civile", *Dig., sez. civ.*, V, Utet, Torino, 1989, p. 133; Roselli, F: voce "Decadenza I) diritto civile", *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma, 1989, p. 1 ss.; Vitale, A. e Lazzara, M.M.: voce "Decadenza (dir. e proc. civ.)", *Enc. giur. trecc.*, X, Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.; Ruperto, C.: "Prescrizione e decadenza", in *Giur. sist. civ. comm.* (diretta da W. Bigiavi), Utet, Torino, 1985; Natoli, C.: "Appunti sul criterio discretivo tra prescrizione e decadenza e considerazioni sulla eccezione con la quale le relative questioni vengono inserite nel processo", *Dir. fall.*, 1982, I, p. 607; Grasso, B.: "Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 866 ss.; Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", in Micheli, G.A. - Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Tutela dei diritti, Artt. 2910-2969", *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna, 1969, p. 345 ss.; Ferrucci, R.: "Della prescrizione e della decadenza", in *Comm. c.c. Utet*, Libro VI, Utet, Torino, 1964, p.

di ulteriori suggestioni, connesse alla figura, di recente finalmente indagata con sguardo approfondito e sistematico, della rinuncia *tout court* nel diritto privato[5].

Prescrizione e decadenza, infatti, possono notoriamente essere, entro certi limiti (artt. 2937 e 2968 c.c.), oggetto di rinunzia da parte del titolare del diritto ad avvalersene ed anzi il tema solleva meno perplessità, quantomeno in punto di ammissibilità, rispetto ad altre ipotesi di dismissione dei diritti, che tuttora vengono assai spesso guardate con non poca circospezione da diversi studiosi e operatori, come testimoniato dall'annosa problematica della rinunzia ai diritti reali e, segnatamente, alla proprietà[6].

La tematica può essere affrontata, come si intende qui fare, partendo dalle disposizioni generali disciplinanti la materia, cioè gli artt. 2937 e 2968 c.c., passando poi alla disamina di aspetti particolari come l'opponibilità da parte dei terzi della prescrizione o della decadenza, pur a fronte di rinunzia al limite temporale da parte del titolare della situazione giuridica che vi è sottoposta (art. 2939 c.c.) o come l'ipotizzato significato rinunciativo del pagamento di un debito prescritto o andato incontro a decadenza (art. 2940 c.c.).

In filigrana, sarà opportuno affrontare i problemi teorici della struttura della rinuncia, della sua natura giuridica, delle forme concrete che essa può assumere, del suo rapporto con il riconoscimento dell'altrui diritto, impeditivo della decadenza o interruttivo della prescrizione, della possibilità di effettuare una revoca della rinunzia all'uno o all'altro limite temporale, per poi cercare di trarre delle conclusioni di sistema che proveranno ad attingere anche da recenti prospettive di riforma avanzate dalla più sensibile dottrina.

514 ss.; Gentile, F.S.: *Prescrizione estintiva e decadenza*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1964; Romano, A.: "Note in tema di decadenza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 182; Tedeschi, V.: "Decadenza (diritto e procedura civile)", *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 771 ss.; Magazzù, A.: voce "Decadenza (diritto civile)", *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, V, 1960, p. 233; Pellizzi, G.L.: "In margine al problema della decadenza", *Giur. it.*, 1957, IV, c. 38; Trimarchi, P.: "Prescrizione e decadenza", *Jus*, 1956, p. 219; Scalfi, G.: "Osservazioni sulla prescrizione e sulla decadenza", *Temi*, 1952, p. 234 ss.; Candian, A.: "Decadenza e prescrizione", *ivi*, 1950, p. 1 ss.; Tedeschi, V.: "Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza", *Foro civ.*, 1950, p. 242 ss.; Id.: *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Giuffrè, Milano, 1948, con recensione di Satta, F.: in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 685; Giusiana, E.: *Decadenza e prescrizione*, Giappichelli, Torino, 1943; Saraceno, P.: "Della decadenza", in *Commentario del codice civile* (diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi), *Della tutela dei diritti*, Barbera, Firenze, 1943, p. 1007; Andrioli, V.: voce "Decadenza", in *Enc. trecc.*, XII, Treccani, Roma, 1931, p. 450 ss.; Fadda, C. e Bensa, C.: "Note a B. Windscheid", *Diritto delle Pandette*, VI, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930, p. 580; Santoro-Passarelli, F.: "Prescrizione e decadenza", *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 557 ss.; Modica, I.: *Teoria della decadenza e della prescrizione nel diritto civile italiano*, I, *Studio critico-ricostruttivo esegetico della decadenza nel suo parallelismo con la prescrizione*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1906; Siciliani, T.: "Decadenza", in *Diz. prat. dir. priv.*, Francesco Vallardi Editore, Milano, s.d., p. 576.

5 Sulla rinunzia in generale, si veda il prezioso lavoro monografico, di impatto sistematico, di Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, Esi, Napoli, 2020; v. già Macioce, F.: *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Esi, Napoli, 1992.

6 Sul tema, cfr., tra i diversi contributi, recentemente, a livello monografico, De Mauro, A.: *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Esi, Napoli, 2018.

Preliminarmente, occorre considerare che l'ammissibilità della rinunzia alla prescrizione o alla decadenza "si gioca" sul terreno, assai paludoso, della definizione di "diritti disponibili" o "materia (*n.d.a*: non) sottratta alla disponibilità delle parti", alla sola presenza dei quali il legislatore ammette che si possa rinunziare alla limitazione temporale.

Infatti, se tale requisito è chiaramente richiesto, per la decadenza, dall'art. 2968 c.c., esso è, nondimeno, implicitamente considerato, per la prescrizione, dall'art. 2937 c.c., sia pur con una certa circonlocuzione (*i.e.*: "non può rinunziare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto")[7].

Risulta, allora, fondamentale chiedersi il senso da assegnare all'espressione "diritti disponibili" o "diritti indisponibili", o ad altre similari, utilizzate, o sottintese, sovente dal legislatore nel disciplinare la decadenza, come la prescrizione (ad esempio, v. ancora gli artt. 2934, comma 2, 2966, 2969 c.c., ma, per implicito, anche l'art. 2965 c.c.).

Va osservato, da subito, che la disponibilità della situazione giuridica soggettiva non può predicarsi, come una parte della letteratura preferisce[8], in astratto e in senso statico, diremmo aprioristico: un diritto è disponibile, oppure non lo è, in relazione ai valori che vi stanno alla base, alla disciplina che lo caratterizza e al fine che, con l'eventuale previsione di "indisponibilità", il legislatore ragionevolmente si prefigge[9].

Così, ad esempio, l'indisponibilità alla quale allude l'art. 2934, comma 2, c.c. è legislativamente causa di imprescrittibilità, rispetto al diritto alla retribuzione, perché esso è irrinunciabile a tutela di interessi fondamentali (art. 36 Cost.; art. 2113 c.c.)[10]: l'irrinunciabilità (disciplina ragionevole) fonda l'effetto (imprescrittibilità) e delinea il contenuto del concetto (indisponibilità), di cui, per quanto ci riguarda, l'irrinunziabilità è corollario. Quest'ultimo, pertanto, è in sé indecifrabile, al di fuori di un'analisi degli interessi che, nel singolo caso, lo pongono alla base di una certa

7 Come si vedrà nell'immediato prosieguo, da parte sua, l'art. 2936 c.c. in tema di prescrizione, commina testualmente la nullità di ogni patto volto a modificare la disciplina legale dell'istituto; l'art. 2968 c.c., invece, pone, con norma imperativa (dunque secondo la tecnica della nullità virtuale), il divieto di modifica delle regole normative sulla decadenza, ma, a differenza dello stesso art. 2936 c.c., solamente se questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti e, per quanto più rileva in questa sede, accomuna alla modifica della disciplina legale della decadenza anche l'ipotesi di rinunzia al termine decadenziale (la rinunzia alla prescrizione è, al contrario, disciplinata in disposizione separata, cioè l'art. 2937, c.c., ricordato nel testo).

8 Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 204 ss.; Auricchio, A.: *Appunti sulla prescrizione*, Jovene, Napoli, 1971, p. 41 ss.

9 Cfr. Troisi, B.: *La prescrizione come procedimento*, Esi, Napoli, 1980, 130 ss.; A. Lepore, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 70.

10 Troisi, B.: *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 181.

conseguenza normativa[11], come è dimostrato anche dagli studi sulla polivalenza del concetto medesimo in ambito processuale e arbitrale[12].

Non è, dunque, possibile predicare un regime unitario dell'indisponibilità dei diritti[13], cui adeguare le previsioni sulla decadenza (come sulla prescrizione) che vi rimandano; non diversamente da come non è consentito tracciare un perimetro e*x ante* entro il quale porre situazioni sicuramente disponibili nel loro contenuto, di là dalla valutazione dell'interesse che sorregge l'eventuale atto dispositivo[14]. Il potere di disposizione è, infatti, una funzione di tale interesse: soltanto all'esito della valutazione di questo è possibile predicare la sua legittimità o la sua illegittimità[15]. É questa la ragione per la quale, ad esempio, ciò che è "indisponibile" a mezzo di transazione non lo è necessariamente nel contesto di una procedura arbitrale[16].

Se, pertanto, "la nozione di disponibilità (…) è concetto mutevole in relazione al *contesto* di riferimento e non esclusivamente al suo oggetto"[17], si deve osservare – traendo spunto proprio dagli studi in tema di arbitrato – che spesso l'indisponibilità è sinonimo di esistenza di un interesse generale che preclude l'applicabilità di una data regolamentazione[18].

Così è, ad esempio, nel *contesto* dell'esercizio di pubbliche funzioni, come la riscossione dei tributi, la quale è materia "indisponibile" nel senso che la pretesa del fisco è irrinunciabile e lo è per il perseguimento di finalità, appunto, pubbliche.

11 Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 70: "l'indisponibilità di un diritto deve basarsi su di un criterio funzionale".

12 Barletta, A.: "La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato", *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 979 ss.

13 Per una concezione già teoricamente relazionale di indisponibilità – benché l'Autore richieda, ai fini dell'imprescrittibilità, l'indisponibilità "assoluta" del diritto – definibile solamente all'esito dell'analisi degli interessi che connotano il rapporto giuridico, v. Auricchio, A.: *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 41 ss. In riferimento al rapporto preliminare di servitù, interessante spunto applicativo è dato da Perlingieri, P.: *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Jovene, Napoli, 1965, p. 164, ove si fonda la disponibilità del diritto al diritto di servitù in forza dell'*interesse privato contrapposto,* che ne giustifica a sua volta la prescrittibilità.

14 Perlingieri, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", in Id.: *La persona e i suoi diritti*, Esi, Napoli, 2005, p. 26 s.

15 Perlingieri, P.: "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss.: sulla validità dell'atto di disposizione incide la funzione "che questo intende perseguire, sì da venir meno ogni giustificazione di una costruzione generale, in sede negoziale, della figura del potere di disposizione e della relativa conseguente attività dispositiva". Cfr., con riguardo a diverse tematiche, Urcioli, M.A.: *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Esi, Napoli, 2018, p. 36 ss.

16 Tartaglia Polcini, A.: *Modelli arbitrali tra autonomia e funzione giurisdizionale*, Esi, Napoli, 2002, p. 280.

17 Tartaglia Polcini, A.: *Modelli arbitrali*, cit., p. 281: "si tratta di una nozione dai contenuti storicamente determinati, generalmente intesa quale sinonimo o presupposto di altre figure, come la trasferibilità, la rinunziabilità, la modificabilità di situazioni giuridiche". Corsivo nostro.

18 In riferimento all'arbitrabilità delle liti, Berlinguer, A.: "Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale", in Mezzasoma, L. e Ruggeri, L. (a cura di): *L'arbitro nella moderna giustizia arbitrale*, Esi, Napoli, 2013, p. 37, il quale sottolinea, tra l'altro, come ormai non si possa connettere la sussistenza di un diritto indisponibile alla semplice presenza del Pubblico Ministero nel procedimento all'interno del quale esso viene in rilievo.

In altri *contesti*, il limite alla disponibilità di una data situazione giuridica è dovuto alla tutela del contraente debole[19].

In definitiva, l'indisponibilità è veicolo concettuale elastico atto a far penetrare a livello normativo interessi altri rispetto a sé stessa, solamente l'individuazione dei quali potrà definirne, di volta in volta, il reale contenuto, tanto che sembra decisamente più congruo parlare non tanto di disponibilità o indisponibilità dei diritti, quanto di situazione giuridiche corrispondenti ad interessi attuativi di valori fondamentali[20], oppure di ordine pubblico[21].

Tutto ciò va operato sempre tenendo conto del fatto che, rispetto alla rinunzia alla limitazione temporale, non è certo la caratura (attuatività di valori fondamentali) della situazione giuridica temporalmente limitata che conta, quanto quella della limitazione medesima: è, cioè, la prescrizione o la decadenza, eventualmente, ad attuare valori fondamentali, o di "ordine pubblico", e pertanto non rinunziabile dal titolare del diritto temporalmente limitato, rimanendo, ai fini della nostra indagine, concettualmente ininfluente che lo sia anche quest'ultimo[22].

II. MODIFICHE DELLA DISCIPLINA LEGALE DELLA LIMITAZIONE TEMPORALE QUALI SUE POTENZIALI RINUNCE PARZIALI.

Va, adesso, preliminarmente segnalato il labile confine che sussiste tra rinunzia e modifica della disciplina del termine temporale. Si può affermare, cioè, che

19 Tartaglia Polcini, A.: *Modelli arbitrali*, cit., p. 285, la quale ricorda la normativa che prevedeva, prima delle modifiche intervenute nel settore, l'impossibilità di inserire una clausola compromissoria all'interno di un contratto di locazione ad uso abitativo, ma che consentiva il deferimento ad arbitri della lite già insorta, ad ovvia tutela, in sede negoziale, del locatario (v. art. 54 l. n. 392 del 1978).

20 Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, Esi, Napoli, 2019, *passim*.; Id.: "La decadenza e l'*inerzia estintiva* delle situazioni giuridiche. Per una ricostruzione assiologica delle limitazioni temporali", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 873 ss.; per l'impatto della pandemia da Covid-19 sul sistema della prescrizione e della decadenza, v. ancora Id.: "Covid-19 e limitazioni temporali in Italia", in questa *Rivista*, 2020, f. 12 *bis*, p. 816 ss.

21 Virgadamo, P.: "La decadenza", in *Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio "Prescrizione". Proposta di legge per la riforma della disciplina della prescrizione, della decadenza e dell'usucapione contenuta nel codice civile*, in *Ann. Sisdic*, 2020, n. 9, p. 248 ss.

22 Va osservato che l'espressione decadenza di "ordine pubblico", in queste pagine talvolta utilizzata, in conformità ad una certa abitudine linguistica, va intesa come sinonimo di termine decadenziale giustificato da interessi attuativi di valori fondamentali. Che detti interessi possano corrispondere a precetti rientranti nel concetto elastico, ma nondimeno tecnico, di "ordine pubblico", valevole, ad esempio, quale limite al riconoscimento, nel nostro sistema giuridico, di provvedimenti stranieri, è ben altra cosa. Decadenze di ordine pubblico, nel senso stretto del termine, da ultimo ricordato, allora, potranno sì individuarsi, ma non con rigido apriorismo, bensì facendo emergere di volta in volta il principio, che all'ordine pubblico (per come va inteso in seno alla tematica qui affrontata) appartiene e in concreto rilevante. Doverosa cautela è espressa da attenta dottrina (Giacobbe, E.: "Le Sezioni Unite tra nomofilachia e *nomofantasia*", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1439), la quale osserva che "la decadenza attiene alla modalità della tutela dei diritti, e non già all'essenza del diritto stesso, non potendo, allora, come in effetti non lo è mai stata, essere ricondotta nell'alveo di quelle norme fondamentali che caratterizzano l'istituto che, in quanto tali, vengono considerate espressione di un principio di ordine pubblico". Anche la più autorevole dottrina canonistica (Dalla Torre, G.: "La S.C.C., 20 gennaio 2011 n. 134 nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza", *ivi*, 2011, p. 1645) ha segnalato, ad esempio, che "pare eccedere la logica giuridica considerare come integranti la nozione di ordine pubblico i semplici limiti temporali per poter impugnare la validità del matrimonio".

alcune modifiche della disciplina legale del termine sono, in effetti e nella sostanza, parziali rinunce al rimedio temporale.

In questo senso, una decisa affinità funzionale e contenutistica può essere ravvisata, senza troppa difficoltà, anche tra l'art. 2936 c.c. (immodificabilità della disciplina legale del termine di decadenza in materia indisponibile) e l'art. 2968 c.c. (immodificabilità della disciplina legale del termine prescrizione, senza altre specificazioni).

Si ha, in particolare, la decisa sensazione che sia la norma disciplinante testualmente la decadenza ad esprimere una regola generale, della quale quella sulla prescrizione sembra rappresentare niente più che una esplicitazione specifica; esplicitazione che non sarebbe stata, tutto considerato, indispensabile, se il disposto, riferito dal legislatore, alla lettera, in modo particolare al fenomeno decadenziale, avesse avuto un taglio normativo più generale.

Sembra, cioè, ancora una volta[23], che anche una disposizione disciplinante la figura della decadenza, finora ritenuta, in qualche modo, "ancillare" rispetto alla prescrizione, possa ben fornire all'interprete un'indicazione normativa adeguata ad una generale applicazione.

La tesi che, dunque, si sostiene – altrove più compiutamente dimostrata[24] – è l'esistenza di una *regola generale di immodificabilità della disciplina legale del termine temporale, comunque denominato, e della sua irrinunziabilità, ove posto a presidio di interessi attuativi di valori fondamentali (o, suol dirsi, di ordine pubblico)*.

Diversamente declinata, dal punto di vista operativo, la tesi mira ad affermare che l'interprete, qualunque limitazione temporale legale abbia innanzi, inutilmente si adopererebbe a tentare di incasellarla e*x ante* nelle astratte categorie della decadenza o della prescrizione, non solo perché l'impresa, come già altrove chiarito[25], rasenta spesso l'impossibile, ma soprattutto perché, a prescindere da ciò, la pattuizione modificativa della disciplina sarà valida se l'interesse che sorregge il termine è "disponibile" (nel senso, *supra*, già chiarito) dalle parti, e, viceversa, non lo sarà, se esso non è disponibile.

Ciò posto, va osservato che sono diverse le modifiche della disciplina legale del termine (segnatamente, di decadenza) che possono rappresentare una sua

23 Per altre, numerose, affinità ontologiche e disciplinari tra prescrizione e decadenza, v. Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., *passim*.

24 Per una più compiuta dimostrazione, si rinvia ancora a Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., *passim*.

25 Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., *passim*.

parziale rinunzia, a cominciare dall'ipotesi basilare costituita dalla previsione di termini convenzionali in sostituzione di decadenze previste dalla legge.

Il termine di legge può, anzitutto, essere *convenzionalmente accorciato o allungato* rispetto alla previsione legale. Rimane chiaro, in una simile evenienza, che l'abbreviazione non potrà, tra l'altro, rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, come preteso dall'art. 2965 c.c.[26], mentre l'allungamento avrà, appunto, un effetto sostanziale di parziale rinuncia alla decadenza, nella misura in cui essa potrà essere fatta valere in tempi più lunghi rispetto a quelli pattuiti o previsti dalla legge.

Altra modifica alla disciplina legale potrebbe essere data dallo *spostamento convenzionale del dies a quo* di decorrenza del termine decadenziale, potere, questo, negato senza esitazioni dalla giurisprudenza quando la materia è sottratta alla disponibilità di chi opera detta modifica, perché, ad esempio, la scelta coinvolgerebbe, in senso negativo, la posizione di terzi[27].

Potrebbero, ancora, convenzionalmente prevedersi *una o più cause di sospensione della decadenza*[28], mentre si è – fin troppo – scettici sull'esistenza di una simile possibilità per quelle di interruzione, posto che esse intaccherebbero la configurazione stessa dell'istituto, che detta interruzione, *ex* art. 2964 c.c., non ammetterebbe mai[29].

Ciò posto, il quesito più delicato è, ancora una volta, relativo all'individuazione della "materia sottratta alla disponibilità delle parti", utilizzata dall'art. 2968 c.c.

La disposizione si riferisce anche ad ipotesi nelle quali, pur essendo, eventualmente, possibile disporre della situazione giuridica soggettiva sottoposta a termine, non è comunque consentito un *atto di disposizione del termine stesso*, a motivo dell'interesse, attuativo di valori fondamentali[30], per il quale il legislatore

26 Un esempio usuale è dato dall'accorciamento del termine di decadenza, rispetto a quello previsto dall'art. 1957, comma 1, c.c., quale clausola di un contratto di fideiussione, clausola in sé non invalida: App. Milano, 5 febbraio 1988, *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, p. 160.

27 Trib. Roma, 8 febbraio 1985, *Temi romana*, 1985, p. 508, secondo la quale, nell'ambito del termine *ex* art. 1957 c.c., il creditore può consentire al debitore tutte le proroghe che ritiene opportune, ma non può pretendere di spostare, a danno del fideiussore, la decorrenza del termine di decadenza.

28 Gallo, P.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 878; Panza, G.: "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 141; Tedeschi, V.: voce "Decadenza", cit., p. 788.

29 Cfr., per una panoramica su un'impostazione seguita tradizionalmente senza particolari distinguo, Leban, D.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 599. Come si è altrove approfondito (Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 257 ss.), l'idea dell'impossibilità assoluta di interruzione del termine, a mezzo di una sua sua sterile qualifica quale decadenziale, non convince, pur a fronte del preciso tenore testuale dell'art. 2964 c.c. La possibilità di introdurre cause interruttive del termine in via convenzionale, ove la materia lo consenta, andrebbe poi vagliata in concreto tramite il consueto giudizio di meritevolezza che deve indirizzarsi verso ogni clausola contrattuale.

30 Il ragionamento proposto sembra trovare sostegno in quanto osservato da Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 72, in merito, nello specifico, alla derogabilità del termine posto dall'art. 480, comma 1, c.c., di cui si dirà a breve.

lo ha posto[31]. Volendo esprimersi in modo conciso, "indisponibile" non è, *ex* art. 2968 c.c., il diritto sottoposto a termine, ma il termine stesso[32]. L'individuazione dei casi nei quali un simile interesse ricorre è, come poco sopra chiarito, rimessa all'attività di controllo, in funzione applicativa, dell'interprete[33].

Rimane chiaro che l'interesse generale di volta in volta rilevante potrà indurre ad affermare la nullità di certe modifiche alla disciplina dei termini, ma non comprometterà la validità di altre. Si prenda come esempio, ancora una volta, il limite temporale per accettare l'eredità posto dal già citato art. 480, comma 1, c.c., la derogabilità del quale, come si è attentamente osservato, "non dipende dalla mera qualificazione come termine di decadenza o di prescrizione"[34]. Esso ben potrebbe essere, entro certi limiti, abbreviato, poiché tale abbreviazione è consonante con l'interesse generale, fondante la disposizione, a concentrare entro un tempo non troppo dilatato la fase che intercorre tra l'apertura della successione e l'accettazione dell'eredità. Esso, al contrario, non potrebbe essere allungato, essendo il suo prolungamento disarmonico rispetto al medesimo interesse[35].

31 Qualche esempio concreto potrà giovare. Anzitutto, come ammonisce Cass., sez. un., 4 luglio 1989, n. 3197, *Giust. civ.*, 1990, p. 760, con nota di Terrè, G.: *Sul termine per l'azione giudiziaria per la riliquidazione della pensione dei ferrotramvieri*, bisogna tenere a mente che l'ordinamento, con le disposizioni sulla decadenza, non protegge la posizione del titolare del diritto da essa colpito, bensì quella del soggetto passivo rispetto a tale diritto, a sua volta titolare di una situazione giuridica, variamente declinabile, situazione destinata a consolidarsi proprio a motivo della decadenza prevista per il diritto contrapposto. Nello stesso senso, v. Cass., 26 agosto 1997, n. 8014, *Rass. avv. Stato*, 1997, p. 169: "pur non potendo contestarsi la tendenziale corrispondenza fra i 'diritti indisponibili', cui fa riferimento la rubrica dell'art. 2968 cod. civ., e la 'materia sottratta alla disponibilità delle parti', menzionata nel testo dell'articolo citato, non vi è tra le due espressioni una coincidenza assoluta (…). Ciò perché il diritto colpito da decadenza può bensì essere disponibile, ma ciò non vale a escludere che la decadenza possa essere disposta dalla legge a tutela di un interesse superiore rispetto a quello delle parti in contesa, e cioè per regolare una materia sottratta alla loro disponibilità. Facendo applicazione di tale distinzione alla fattispecie in esame non vi è dubbio che il diritto dell'appaltatore ai maggiori compensi per i quali è stata iscritta riserva sia disponibile, ma non può per ciò solo ritenersi disponibile la posizione dell'ente pubblico tenuto al pagamento, il quale è soggetto alle norme sulla contabilità pubblica e non può perciò rinunziare alla decadenza disposta dalla legge in ordine alla regolarità della procedura stabilita per l'iscrizione delle riserve nei registri di contabilità". Tale orientamento interpretativo, che è stato ulteriormente ribadito anche nel contesto dell'appalto di opere pubbliche (Cass., 14 luglio 1992, n. 8548, *Giust. civ. Mass.*, 1992, f. 7), ha trovato ancora conferma in tema di decadenza dell'espropriato dalla facoltà di opporsi alla stima amministrativa dell'indennità di espropriazione (Cass., 1 settembre 1994, n. 7607, *ivi*, 1994, p. 1119; Cass., 17 novembre 2000, n. 14893, *Urban. e app.*, 2001, p. 191).

32 V., *supra*, § 1.

33 Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 334 ss. V. anche Id.: "Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice", in Femia, P.: (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Collana Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Esi, Napoli, 2006, p. 10 ss.; Id.: *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 2010, p. 133; Id.: "Il controllo del giudice e il controllo sul giudice", *Giustizia e Cost.*, 1984, p. 124 ss. ed in Id.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Esi, Napoli, 2006, p. 203 ss.

34 Perlingieri, G.: *Profili applicativi*, cit., p. 72, nt. 175.

35 Perlingieri, G.: *Profili applicativi*, cit., p. 72, nt. 175.

III. STRUTTURA "TENDENZIALMENTE" UNILATERALE, MA VARIABILE, E NATURA NEGOZIALE DELLA RINUNCIA ALLA LIMITAZIONE TEMPORALE.

Si è posto il quesito relativo alla natura, unilaterale o bilaterale, della fattispecie modificativa della disciplina legale della decadenza, così come della sua rinuncia. L'art. 2968 c.c., infatti, riferisce queste due possibilità al potere delle "parti", con dicitura diversa rispetto a quella utilizzata dall'art. 2937 c.c., a tenore del quale "non può rinunciare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto". Se ne è dedotta, da parte di alcuni[36], la struttura bilaterale della rinuncia alla decadenza (ma medesime conclusioni varrebbero per la modifica della disciplina legale della stessa, omogeneamente considerata dall'art. 2968 c.c.), che andrebbe concordata tra le parti, a fronte di quella unilaterale della rinuncia alla prescrizione.

Sul punto sembra opportuno riferirsi alla titolarità dell'interesse sotteso alla previsione di decadenza.

Il quesito relativo all'ammissibilità della *modifica della disciplina legale della decadenza* – con effetti riflessi di effettiva rinuncia parziale al termine, per come concepito dal legislatore – così come della *rinuncia "pura" alla decadenza* solleva problemi di interesse concreto ad avvalersi del rimedio temporale e va affrontato tenuto conto del principio tecnico di variabilità della struttura negoziale[37]. Pertanto, la modifica disciplinare con effetti riflessi rinunziativi o la rinunzia "pura" alla decadenza potranno essere effettuate, come la rinunzia "pura" alla prescrizione, dal solo titolare dell'interesse ad avvalersi, rispettivamente, della modifica disciplinare o della rinunzia, se non vi è alcun contro-interesse da tutelare in capo alla contro-parte del relativo rapporto giuridico, unico caso nel quale si può affermare che vi sia necessità della sua accettazione, ad esempio, perché la rinuncia è fatta dietro corrispettivo[38].

La rinunzia alla prescrizione o alla decadenza, infatti, può essere di base assimilata alla rinunzia al credito, più che alla remissione del debito[39], avendo un carattere meramente abdicativo della posizione di diritto potestativo di avvalersi della limitazione temporale in capo al suo titolare, e non direttamente incidente sulla corrispondente situazione passiva di soggezione riconoscibile in capo al titolare del diritto temporalmente limitato, che, in sé, potrebbe non essere affatto intaccata dalla rinunzia stessa, rimanendo in vita per l'eventuale presenza di terzi che potrebbero avvalersi del rimedio temporale *ex* art. 2939 c.c.

36 Panza, G.: "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 140 s.

37 Già evidenziata, in scritti risalenti o più recenti, da autorevole dottrina: cfr., ad esempio, Perlingieri, P.: "Recensione a Renato Scognamiglio 'Contratti in generale'", *Riv. trim.*, 1972, p. 861 ss.; Id., "Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive", *Riv. giur. Molise Sannio*, 2017, p. 83 ss.

38 Sul tema sempre nitide le riflessioni, in chiave generale, di Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2021, p. 869. V., *infra*, nt. 139, ancora sulla rilevanza, rispetto al nostro tema, anche dell'art. 1333 c.c.

39 Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Esi, Napoli, 1995, p. 83 ss.

La menzione delle "parti" all'interno dell'art. 2968 c.c. sembra dettata dall'esigenza espressiva di coordinare verbalmente il potere di modifica della disciplina legale (che usualmente, ma non necessariamente, sarà esercitato bilateralmente, perché contenuto in un patto) e quello di rinuncia al rimedio (per il quale non v'è motivo di pretendere un negozio bilaterale).

Secondo la dottrina qui discussa[40], peraltro, come ricordato, "nella struttura bilaterale della rinuncia alla decadenza trova rispondenza l'idea che con essa si faccia rivivere il diritto estinto". Ancora una volta, viene tratta una soluzione ermeneutica dalla differente natura, estintiva o preclusiva, che si riconosce alla decadenza o alla prescrizione, impostazione metodologica, questa, che si è cercato di superare[41], nell'ottica della comune matrice funzionale primigenia di entrambi rimedi temporali di cui si discute.

In realtà, se da un lato la rinuncia ad una situazione di vantaggio, al contrario di altri fenomeni estintivi (come la remissione del debito), appare per sua natura di base unilaterale, dall'altro è dirimente la considerazione della posizione del titolare del diritto sottoposto a decadenza, che non sembra, di per sé e tranne casi particolari sopra ricordati, aver alcun interesse a partecipare al negozio rinunciativo[42].

Infatti, come per la prescrizione[43], anche il fenomeno decadenziale si declina su un piano procedimentale, onde il diritto sottoposto a decadenza, a seguito di rinuncia a quest'ultima, non viene intaccato, ovvero estinto, ma solamente perde una sua connotazione, ovvero la sua natura relativamente "decadenziabile".

La rinunzia, cioè, incide direttamente solo sulla sfera del rinunziante, che dismette il suo potere di avvalersi della decadenza, circostanza alla quale, in sé, non si collega l'estinzione del diritto soggetto a termine *ex* artt. 2964 ss. c.c. e della correlata situazione di soggezione all'esercizio della limitazione temporale in cui si trova il suo titolare (estinzione generalmente successiva all'accoglimento dell'eccezione di parte): tale diritto diviene, con detta rinunzia, solamente non più sottoposto a decadenza da parte del rinunziante (ma ben potrebbe esserlo, secondo l'opinione qui preferita, da parte di terzi: v., *infra*, § VI).

Non essendo intaccato il diritto nella sua esistenza, né ravvisandosi *a priori* un interesse del titolare a partecipare al negozio rinunziativo, non vi è ragione di

40 Panza, G.: "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 140 s.

41 Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 257 ss.

42 V. le illuminanti considerazioni, in punto di teoria generale, di Perlingieri, P.: *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Esi, Napoli, 1968, *passim*.

43 V. Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2022, p. 424 ss.

affermare, salvo casi particolari da vagliare in concreto, la struttura bilaterale di quest'ultimo[44].

La rinuncia alla limitazione temporale è, per altro verso senza dubbio un negozio giuridico[45], a causa neutra[46], di natura non personalissima e dunque effettuabile anche a mezzo di rappresentante munito di *specifica* procura[47] e per il quale è richiesta la capacità di agire[48] rispetto al diritto di avvalersi della limitazione temporale stessa, cui si intende rinunziare, nonché, a monte, la piena consapevolezza dell'avvenuto decorso del termine e la genuina volontà di non avvalersene[49].

44 Tutto quanto chiarito vale, ovviamente, per la *rinuncia sopravvenuta all'attribuzione del diritto cui la prescrizione o la decadenza si riferiscono* (in quest'ultimo caso, può darsi anche l'ipotesi di una *rinunzia contemporanea* a detta attribuzione: es. rinuncia al termine di decadenza *ex* art. 1957 c.c., in seno al contratto di fideiussione). Non importa se la rinunzia sia anteriore o posteriore allo spirare del termine decadenziale (art. 2968 c.c.), mentre per quello di prescrizione essa deve di necessità essere posteriore *ex* art. 2937 c.c.

45 Tra gli altri, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, Giuffrè, Milano, 2012, p. 550; Costantini, C.: "La rinuncia alla prescrizione", in Monateri, P.G. e Costantini, C.: *La prescrizione*, *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, 2009, p. 197; Cass., 15 marzo 2007, n. 5982; Cass. 15 giugno 2009, n. 13870. Superata, in giurisprudenza, è l'idea contraria rappresentata da Cass., 28 maggio 1988, n. 3672, *Giur. it*., 1989, I, 1, p. 87, con nota critica di Roselli, F.

46 Costantini, C.: "La rinuncia alla prescrizione", cit., p. 200; Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 559.

47 Si osserva in dottrina (Ferrucci, R.: "Della prescrizione e della decadenza", cit., p. 424) che sarebbe escluso il potere di rinunciare alla limitazione temporale per i rappresentanti o mandatari, o soggetti similari (es. curatore dell'eredità giacente), se ed in quanto i loro poteri siano, per legge o per volontà privata, limitati all'ordinaria amministrazione e ciò sul postulato che detta rinuncia costituisca un atto di straordinaria amministrazione (Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 553; Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 559). Sulla stessa scia, si osserva (Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", cit., p. 461) che non potrebbe, di per sé, rinunziare alla prescrizione il procuratore in giudizio, magari implicitamente con sue dichiarazioni rilasciate nel processo, o con la "linea difensiva adottata" (così, invece, Cass., 28 gennaio 1987, n. 782; Cass., 12 aprile 2002, n. 5226; Cass., 12 marzo 2012, n. 3883, *Giur. it*., 2013, 2, p. 419). La dottrina citata ha ragione sulla giurisprudenza: la rinuncia è atto delegabile, sì, *ma specificamente*, non potendosi intendere il potere di porla in essere compreso in una procura generale o nella consueta procura alle liti, stante il suo carattere abdicativo che la sottrae ai consueti poteri semplicemente gestori del rappresentante non specificamente legittimato all'atto rinunciativo. La citata Cass., 12 marzo 2012, n. 3883 è, sotto questo profilo, davvero peculiare: una procura apposita che conferisca potere dispositivo del diritto al procuratore sarebbe eventualmente richiesta, secondo gli ermellini, per la rinuncia espressa, ma non per quella tacita. Assai singolare conclusione, a ben riflettere, quella che fa dipendere la legittimazione a compiere un atto giuridico dalla mutevole forma che questo può occasionalmente assumere. Se, poi, la rinuncia proviene da una Pubblica Amministrazione, in maniera anche tacita, è affermato che essa deve provenire da un soggetto munito di adeguato potere rappresentativo e gestionale (Cass., 4 giugno 1997, n. 4978). Per una rassegna delle ipotesi nelle quali la giurisprudenza ha inteso (o non ha inteso) ravvisare una rinuncia tacita alla prescrizione, in forza di un certo comportamento tenuto dalle parti nel processo, ovvero dal loro rappresentante in giudizio, v. Nuzzo, G.D.: "La rinuncia alla prescrizione", in Viola L. (a cura di), *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 175 ss., ove anche una nutrita casistica relativa a eventuali rinunce tacite connesse a comportamenti tenuti dalle parti in seno ad una transazione, o in altri contesti di deciso interesse.

48 Mutarelli, A.: "Rinuncia alla prescrizione", in Gerardo, M. e Mutarelli, A.: *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, cit., p. 121; Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 560.

49 Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", cit., p. 460; Cass., 16 ottobre 1957, n. 3857, *Foro it*., 1958, I, c. 1826. La notazione è quasi ovvia, eppure si registra qualche arresto giurisprudenziale di segno opposto (Cass., 28 maggio 1988, n. 3672, *Giust. civ*., 1988, I, p. 2613, secondo la quale non rileverebbe l'ignoranza, da parte del rinunziante, dell'avvenuto decorso del termine prescrizionale). Demolisce il ragionamento della Corte, con argomenti rigorosi, Minervini, E., *La prescrizione ed i «terzi"*, cit., p. 121 ss., evidenziando anche la confusione prodotta dalla Corte tra rinuncia alla prescrizione e pagamento del debito prescritto *ex* art. 2940 c.c. Peraltro, la rinuncia è impugnabile, secondo la più accorta giurisprudenza, anche per errore (riferimenti in Nuzzo, G.D.: "La rinuncia alla prescrizione", cit., p. 153, che rimanda a App. Firenze, 20 dicembre 2006, n. 1922).

IV. FORME E TEMPI DI ATTUAZIONE DEL NEGOZIO RINUNCIATIVO.

Con ragionamento del tutto omogeneo rispetto a quello appena proposto, è possibile tracciare un parallelismo tra l'art. 2937, comma 2, c.c. e, ancora una volta, l'art. 2968 c.c., ora con riguardo al secondo inciso della disposizione. Quest'ultima vieta, *in parte qua*, sempre ove si versi in materia "indisponibile"[50], nel senso delineato, la rinuncia[51] alla decadenza; la prima sancisce che "si può rinunziare alla prescrizione solo quando questa è compiuta"[52].

Sembra utile una notazione di metodo, prima di passare all'analisi delle forme che può assumere il negozio rinunciativo del rimedio temporale.

Si ha, d'abitudine, fin troppa cura di evidenziare una netta cesura, sotto questo profilo, tra decadenza e prescrizione. Quest'ultima – si scrive – "non può essere rinunciata preventivamente, poiché in tal caso verrebbe vanificata la finalità d'ordine pubblico dell'istituto, mentre, quando la prescrizione è compiuta, il privato non lede alcuna finalità di pubblico interesse, operando la rinuncia ad un proprio interesse"[53].

Emerge, in verità, più che la differenza tra i due istituti, la loro omogenea regolamentazione di fondo, sul piano dei principi: il reale criterio discretivo, al fine di sciogliere l'alternativa circa la rinunziabilità o meno della limitazione temporale, è dato dall'interesse che la sorregge, onde, se questo è di attuativo di valori fondamentali (ordine pubblico), non si potrà far luogo a rinunzia.

La norma testualmente riferita alla prescrizione appare, nuovamente, niente più che l'estrinsecazione specifica di una regola più ampia posta, per discutibile scelta

50 Un esempio può trarsi da Cass., 19 marzo 2014, n. 6331, *Banca Dati DeJure*: "in presenza del fatto oggettivo del mancato esercizio dell'azione giudiziaria, da parte dell'interessato, entro il termine stabilito dalla legge, è esclusa per l'Inps la possibilità di rinunziare alla decadenza ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto ad essa soggetto, essendo la decadenza, peraltro rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio con il solo limite del giudicato, istituto di ordine pubblico dettato a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti su bilanci pubblici, con conseguente indisponibilità, da parte dell'istituto assicurativo, dei diritti scaturenti dal rapporto obbligatorio" (fattispecie di decadenza dall'esercizio dell'azione giudiziaria, prevista dall'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, come modificato dall'art. 4 del d.l. 19 settembre 1992, n. 384, conv. in legge 14 novembre 1992, n. 438).

51 Si deve osservare che la rinuncia, di cui qui si tratta, è cosa ben diversa dalla c.d. "sanatoria" della decadenza, la quale elimina l'effetto estintivo prodotto da quest'ultima, non già per volontà del soggetto privato, ma per il verificarsi di circostanze stabilite dalla legge, tra le quali spicca, per tutte, la rimessione in termini a seguito di pronuncia del giudice *ex* art. 294 c.p.c. Si avverte, peraltro, che "la sanatoria differisce dalla rinuncia anche perché si riferisce, caratteristicamente, a materia sottratta alla disponibilità delle parti e, nella rimessione in termini, non viene soppressa, definitivamente, la decadenza, ma viene statuito un nuovo termine" (Tedeschi, V.: voce "Decadenza", cit., p. 789).

52 È appena il caso di ricordare che, secondo la più recente giurisprudenza – Cass. 10 febbraio 2020 n. 3057; Cass. 15 novembre 2019 n. 29714 – l'eccezione o contro-eccezione di rinuncia alla prescrizione (ma tanto vale, si deve ritenere, anche per la rinuncia alla decadenza) non è eccezione in senso proprio ed è, pertanto, rilevabile d'ufficio dal giudice. V., *funditus*, *infra*, § IX.

53 Capello, P.: *La prescrizione*, cit. p. 667.

legislativa, all'interno del capo della decadenza: se la prescrizione non è rinunziabile prima del suo verificarsi, ciò si giustifica solo perché l'interesse alla definizione temporale della situazione giuridica soggettiva è considerato estrinsecazione di un valore di rilievo primario, sotteso alla relativa limitazione, come può essere quello a tutelare la parte debole del rapporto (che potrebbe essere sistematicamente indotta a rinunciare *a priori* ad avvalersi del rimedio), ovvero a conferire certezza a determinate situazioni giuridiche[54]. In altri termini, ove la regola legislativamente riferita alla decadenza (art. 2968 c.c.) si intendesse, come si dovrebbe, di generale portata, di quella disciplinante la prescrizione (art. 2937, comma 2, c.c.) non si sentirebbe, ancora una volta, alcuna necessità.

Si può, dunque, affermare l'esistenza della *regola generale di irrinunciabilità del termine, comunque denominato, posto a presidio di interessi attuativi di valori fondamentali*.

Ciò posto, è possibile ora rivolgere l'attenzione alle diverse forme particolari che la rinunzia al termine temporale può in concreto assumere, atteso che esso deve ritenersi di base atto a forma libera, anche quando animata da spirito liberale, qualificandosi come donazione indiretta[55]. L'unico caso in cui essa deve assumere una forma scritta attiene all'ipotesi che sia inserita in un più ampio contesto di concessioni vicendevoli, in una vicenda contrattuale transattiva per la quale la legge pretenda tale forma *ad probationem* (art. 1967 c.c.), se non addirittura *ad substantiam* (es. presenza di diritti immobili, *ex* art. 1350, n. 2, c.c.)[56].

Si afferma che anche la rinuncia alla prescrizione di un diritto reale minore, nelle ipotesi di cui all'art. 1350, n. 5, c.c., andrebbe, in forza di tale disposizione, fatta in forma scritta[57] (onde anche, a nostro parere, la sua trascrizione *ex* art. 2643, n. 5, c.c.[58]). Il ragionamento non persuade: la rinuncia alla limitazione temporale non è equiparabile *quoad effectum* ad una rinuncia parziale al diritto reale. Ad esempio, se il proprietario di un fondo, titolare del diritto a far valere la prescrizione di una servitù per suo non uso ventennale, rinunci a tale diritto,

54 È nota la posizione di Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", cit., p. 456, in relazione alla *ratio* degli artt. 2936-2940 c.c. in generale. Gli Autori connettono l'interesse pubblico al piano delle *ragioni* per le quali è tutelato l'interesse individuale, tramite le norme sulla prescrizione, interesse che sempre tale rimarrebbe. Si deve ritenere, in ogni caso, che, se l'ordinamento pretende che si tuteli, in modo cogente ed inderogabile, un interesse in sé meramente individuale, ciò può avere due cause: *a*) questo interesse, per il modo di operare in concreto, richiede, per essere preservato, di essere sottratto alla disponibilità della parte, la quale altrimenti, disponendone, finirebbe col frustrarlo; *b*) la protezione di quell'interesse privato è connesso ad altro di portata generale, come avviene, ad esempio, non di rado rispetto alla tutela della parte debole del rapporto contrattuale, che sottende, nel complesso, l'esistenza di interessi meritevoli tanto individuali quanto generali. In entrambi i casi, risulta confermato quanto argomentato nel testo.

55 Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 561.

56 Vitucci, P. e Roselli, F.: *La prescrizione*, cit., p. 229.

57 Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 575.

58 Per la trascrizione degli atti di rinuncia ai diritti reali ai sensi di tale disposizione, v. Consiglio Nazionale del Notariato, "La rinunzia alla proprietà e ai diritti reali di godimento", Studio n. 216-2014/C, *notariato.it*.

egli non abdicherà ad "una parte" del suo diritto di proprietà, corrispondente all'esercizio della servitù, sol perchè questa fa ancora parte della sfera giuridica del titolare del fondo dominante. A tale soggetto la servitù apparterrà fino a quando il titolare del fondo servente non si avvalga, trascorsi altri venti anni dalla rinuncia[59], della prescrizione della servitù stessa, così determinando la sua estinzione e, per l'effetto, la riespansione del diritto dominicale del proprietario del fondo servente.

In sintesi, la rinuncia alla prescrizione della servitù – o di altro diritto reale minore – non ha alcun effetto costitutivo o estintivo sui diritti reali coinvolti (proprietà e servitù appunto) ed è pertanto, in sé stessa e salvi altri contenuti negoziali anche impliciti, atto a forma libera.

Dal punto di vista temporale, si può, anzitutto, immaginare, per alcuni termini, nel nostro sistema qualificati come decadenziali, una rinuncia anche *preventiva*[60], come avviene, ad esempio, nell'ipotesi di cui all'art. 1957 c.c.: la decadenza dalla garanzia fideiussoria, ivi prevista, può essere rinunciata preventivamente, a beneficio del creditore, proprio in considerazione dell'interesse "disponibile" sotteso alla limitazione temporale[61].

Sempre nel contesto dei rapporti obbligatori, è rinunciabile preventivamente la decadenza semestrale posta dall'art. 1832, comma 2, c.c., ai fini dell'impugnativa dell'estratto conto, in relazione, fra l'altro, agli errori di scritturazione, trattandosi, ancora una volta, di materia, nel senso precisato, "disponibile"[62].

La rinunciabilità preventiva, tuttavia, sarà, per quanto si sta tentando di argomentare, ammissibile non perché detti termini sono a monte decadenziali; semmai, essi in tanto saranno definiti come decadenziali – se risulta possibile

59 V., *infra*, § IX, per la c.d. ri-decorrenza della prescrizione post rinuncia.

60 Tedeschi, V.: voce "Decadenza", cit., p. 771; Leban, D.: *Prescrizione* e *decadenza*, cit., p. 603. ma l'opinione è contrastata da altri più recenti arresti. Ci si è chiesti se la *clausola negoziale di rinuncia preventiva alla decadenza* rientri o meno tra quelle che, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., pretendono una specifica approvazione per iscritto. L'opinione negativa, fatta propria da una parte della giurisprudenza (Cass., 10 luglio 1974, n. 2034), sembra essere progressivamente superata da più recenti pronunce (cfr. Trib. Massa, 21 febbraio 2017, n. 159, *Banca Dati DeJure*, ove si afferma la natura vessatoria della clausola di rinuncia preventiva alla decadenza *ex* art. 1957 c.c., come tale valida se debitamente sottoscritta). Alla domanda, per quanto si ritiene, non si può rispondere aprioristicamente, dovendosi valutare se detta clausola possa, di volta in volta, rientrare in una delle ipotesi, lette estensivamente, elencate dal richiamato art. 1341, comma 2, c.c., o, eventualmente, dal codice del consumo (artt. 33 ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), tenuto conto anche di un'eventuale valutazione in concreto del significativo squilibrio che essa possa rappresentare in seno alla complessiva dinamica negoziale. Diversamente, la *clausola positiva di un termine decadenziale* è espressamente richiamata tra quelle vessatorie, ad esempio, proprio dall'art. 1341, comma 2, c.c.

61 Cass., 8 febbraio 1989, n. 786, *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 460; Cass., 20 aprile 1982, n. 2461, *Dir. fall.*, 1982, II, p. 980. Cfr., più recentemente, Trib. Massa, 21 febbraio 2017, n. 159, cit., ricordata alla nota precedente.

62 Cass., 21 ottobre 1988, n. 5712, *Giust. civ. Mass.*, 1988, f. 10. Interessante il caso trattato da Trib. Ascoli Piceno, 7 febbraio 2017, n. 105, *Banca Dati DeJure*, ove si chiarisce che la mancata contestazione dell'estratto conto entro i termini di legge o contrattuali, non fa venir meno il potere del correntista di impugnare la validità ed efficacia del rapporto obbligatorio dal quale hanno avuto origine le partite inserite nel conto corrente, in quanto la decadenza opera in relazione alla mancata impugnazione dei soli accrediti e addebiti e non in relazione al diritto del cliente della banca di contestare le nullità che viziano il rapporto bancario.

dal punto di vista ermeneutico e utile ai fini applicativi[63] – in quanto, tra l'altro, l'interesse che li sorregge è tale da consentire una loro preventiva rinunzia.

L'analisi dei contenuti dell'atto di rinuncia conforta l'idea di un sistema omogeneo delle limitazioni temporali anche sotto questo profilo disciplinare: là dove non si è espresso in modo specifico il legislatore, ha sopperito l'interprete.

Inoltre, se i risultati, tra prescrizione e decadenza, sono ampiamente sovrapponibili, le strade attraverso le quali raggiungerli sono del tutto simili a quella poco sopra illustrata in riferimento alla generale rinunziabilità del termine: posizione di una norma espressa e specifica per la prescrizione, disposizione a vocazione generale, di là dalla *sedes materiae*, per la decadenza.

Se ammissibile, la rinuncia al termine, comunque denominato, può allora anche essere *implicita*[64], ovvero operata tramite comportamenti concludenti[65].

63 L'operazione qualificatoria, proprio rispetto alla rinuncia al termine, appare in tutta la sua inopportunità. Anche la prescrizione, come la decadenza, *in quanto* riferita a contesti che sottendono interessi attuativi di valori fondamentali, non può essere oggetto di rinunzia *preventiva* (ai sensi dell'art. 2937, comma 3, c.c.); essa, inoltre, se riferita ai medesimi contesti, di là dal laconico tenore letterale dell'art. 2937, comma 2, c.c., non può essere rinunciata (si vedrà concretamente nel prosieguo), neanche in via *successiva*, onde la definizione *ex ante* del relativo termine come prescrizionale, piuttosto che come decadenziale, si rivela, sotto il profilo considerato, del tutto inutile.

64 In merito alla decadenza, tra gli altri, Leban, D.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 604. Ad esempio, è, ad avviso della giurisprudenza (Cass., 9 marzo 1976, n. 794, *Giur. it*., 1977, I, 1, c. 1180), decisamente *implicita la rinuncia* che emerge dalla clausola, contenuta nel contratto di fideiussione, secondo cui il garante accetta di prestare la fideiussione stessa "fino a completa estinzione del debito".
Una rinuncia implicita alla prescrizione o alla decadenza i cui termini siano decorsi si potrebbe ravvisare nell'atto di avvalersi di determinati modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, come la novazione (Nuzzo, G.G.: "La rinuncia alla prescrizione", cit., p. 165 s.): chi desidera estinguere l'obbligazione per fatto diverso dalla prescrizione o dalla decadenza esprimerebbe di non volersi avvalere di tali limitazioni temporali. Tuttavia, tale affermazione deve superare il vaglio del caso concreto: ove la novazione non fosse valida come tale, per le più svariate ragioni, l'atto, invalido come novativo, non si potrebbe sempre qualificare quale valido atto di rinuncia implicita a prescrizione o decadenza già compiute, perché il soggetto asseritamente rinunziante ben potrebbe, invece, ora desiderare di avvalersene e non aver mai desiderato di rinunziarvi ove avesse saputo dell'invalidità della novazione. In altri termini, chi si avvale della novazione esterna una volontà estintiva del rapporto che ben potrebbe essere compatibile, in astratto, se la strada della novazione non riuscisse, con quella di avvalersi dell'estinzione a mezzo di prescrizione o decadenza.
Neanche si può concordare con l'affermazione secondo la quale «la remissione del debito prescritto (…) potrà essere validamente posta in essere solo dopo l'eventuale rinuncia alla prescrizione" (leggasi, nell'ottica dell'Autore, una volta trascorso il relativo termine: Nuzzo, G.G.: "La rinuncia alla prescrizione", cit., p. 165 s.). Nell'ottica qui accolta, infatti, il decorso del termine non estingue il diritto, né la rinunzia lo fa rivivere, onde esso potrà estinguersi per modi diversi dall'adempimento, anche dopo lo spirare del termine medesimo, finchè chi ne abbia legittimazione *non faccia valere* la prescrizione (o la decadenza).

65 Come avverrebbe nell'ipotesi di reiezione per infondatezza delle riserve formulate dall'appaltatore da parte dell'Amministrazione committente, che, secondo la Suprema Corte, comporta rinuncia a valersi della decadenza posta dall'abrogato art. 54 r.d. 25 maggio 1895, n. 350: cfr. Cass., 23 maggio 1986, n. 3448, *Giur. it*., 1987, I, 1, c. 483. Ammettono, talvolta, con una latitudine forse eccessiva, la *rinuncia tacita* alla decadenza anche Cass., 23 maggio 1986, n. 3448, *Foro it*., 1986, I, c. 2488; Cass., 12 ottobre 1962, n. 2957, *Rep. Foro it*., 1962, voce "Vendita", n. 79; Cass., 8 febbraio 1989, n. 786, cit.; App. Napoli, 11 ottobre 1962, in *Banca borsa tit. cred*., 1963, II, p. 55, la quale ha ravvisato un comportamento concludente nella richiesta rivolta dal fideiussore al creditore di soprassedere ad agire contro il debitore principale.

Ciò è affermato, per la prescrizione, direttamente dal legislatore all'art. 2937, comma 3, c.c.; per la decadenza, da una solida evoluzione del diritto vivente[66], volto ad interpretare in maniera elastica la norma di cui all'art. 2968 c.c., ancora una volta costruita, rispetto alla "gemella" appena prima citata, in chiave di regola generale.

La rinuncia a qualsivoglia termine "disponibile", infine, può essere *successiva* alla sua scadenza, il che è vero, per la prescrizione, ai sensi dell'art. 2937, comma 2, c.c.; per la decadenza (art. 2968 c.c.), in forza, nuovamente, di un'opera ermeneutica conforme stratificatasi, con assoluta linearità, tra gli interpreti[67].

Quanto sopra argomentato trova conferma nell'analisi di un caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte nel 2014, relativo alla rinunziabilità, da parte dell'Istituto previdenziale, del termine di decadenza dall'azione giudiziaria *ex* art. 47 d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, finalizzata all'ottenimento dell'indennità di malattia[68].

Nel caso di specie, il danneggiato subiva un infortunio sul lavoro che lo rendeva inabile a riprendere l'attività lavorativa sino ad una certa data. L'Inail gli erogava, relativamente ad un certo periodo, l'indennità per inabilità temporanea, mentre, per il periodo successivo di malattia, non ricollegabile all'infortunio, trasmetteva la pratica all'Inps, la quale, però, trattandosi appunto di infortunio sul lavoro, declinava la sua competenza.

Il danneggiato, convenendo in giudizio entrambi gli Enti, chiedeva la condanna di chi di ragione al pagamento dell'indennità di malattia per il periodo rimasto scoperto.

Il giudice di primo grado condannava l'Inps al pagamento di tale indennità, avendo il consulente tecnico d'ufficio accertato che, per il periodo anzidetto, l'inabilità non era da ricollegare all'infortunio.

66 V. le pronunce citate alle note immediatamente precedenti. Particolare attenzione è riservata al criterio della buona fede oggettiva e all'univocità del contegno (Cass., 17 ottobre 1975, n. 3374, cit.), da intendersi, a nostro avviso, rigorosamente. Esemplare è il caso, analizzato da Cass., 24 aprile 1998, n. 4219, *Giust. civ. Mass*., 1998, p. 877, che ha ravvisato una *rinuncia implicita* a far valere la decadenza del compratore dalla garanzia per vizi nel comportamento del venditore che, malgrado la denuncia dei medesimi fosse avvenuta oltre il termine di legge decorrente dalla scoperta, abbia inviato un suo tecnico per esaminare il guasto ed abbia richiesto l'invio del bene per tentarne la riparazione.

67 V., *supra*, in questo stesso paragrafo. Emblematico è sempre il caso del riconoscimento dei vizi della cosa venduta da parte del venditore in epoca posteriore alla scadenza del termine per la denuncia, riconoscimento che, per la giurisprudenza, ha valore di comportamento incompatibile con la volontà di far valere l'avvenuta decadenza, "e cioè una rinuncia sempre ammissibile, trattandosi di materia non sottratta alla disponibilità delle parti (art. 2968 c.c.), e che, in sede processuale, costituisce oggetto di una eccezione in senso sostanziale che può essere fatta valere dal compratore" (Cass., 29 marzo 1982, n. 1937, *Giust. civ. Mass*., 1982, f. 3). Rimane inteso che il "riconoscimento" successivo, di cui si sta parlando, oltre a non avere valore impeditivo *ex* art. 2966 c.c. (v., *infra*, § 5), è solamente un esempio di come può configurarsi la rinuncia alla decadenza, della quale deve presentare i requisiti di volontà ed univocità.

68 Cass., 19 marzo 2014, n. 6331, cit.

La sentenza resisteva all'appello, onde il ricorso in Cassazione da parte dell'Inps, il quale deduceva che erroneamente la Corte di merito aveva rigettato l'eccezione di decadenza dall'azione giudiziaria proposta dal ricorrente con l'atto di costituzione nel giudizio di primo grado, atteso che il danneggiato mai aveva presentato all'Istituto previdenziale la domanda amministrativa per ottenere la prestazione in esame, al fine di impedire il compimento della decadenza medesima.

La Corte, nell'affermare l'avvenuta estinzione del diritto ad agire verso l'Inps, ha avuto modo di escludere tassativamente che quest'ultima potesse anche astrattamente rinunziare alla decadenza, posto che questa rappresenta, nella specie, un "istituto di ordine pubblico dettato a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti su bilanci pubblici, con conseguente indisponibilità, da parte dell'istituto assicurativo, dei diritti scaturenti dal rapporto obbligatorio".

La non rinunciabilità del rimedio appare all'evidenza connessa, nel caso esaminato, alla natura degli interessi – attuativi di valori fondamentali – facenti capo all'Ente previdenziale e non tanto alla qualificazione del termine, di per sé stesso, come decadenziale.

Controprova del fatto che l'unico criterio valevole per l'individuazione della disciplina adeguata è quello, funzionale, appena segnalato, è data dal fatto che, anche rispetto alla prescrizione, la norma secondo la quale essa è rinunciabile, una volta compiuta (art. 2937, comma 2, c.c.) è oggetto di lettura adeguatrice. Essa è interpretata costantemente, di là dal suo tenore letterale, nel senso che si devono ritenere esclusi i casi nei quali la prescrizione già verificatasi sottende comunque un permanente interesse di rilievo fondamentale, come quello – ma è solo un esempio – del quale le Pubbliche Amministrazioni sono normalmente portatrici[69].

69 Chiarissima sul punto, *ex multis*, Corte dei conti, delibera del 12 novembre 2013, sezione controllo Val d'Aosta, in *www.corteconti.it:* "la giurisprudenza si è più volte pronunciata nel senso dell'inammissibilità della rinuncia alla prescrizione da parte delle pubbliche amministrazioni. La stessa Corte dei conti (Sez. reg. contr. Lombardia, delib. 7 febbraio 2006, n. 2) ha precisato che 'i principi di contabilità pubblica non attribuiscono all'amministrazione il potere di disporre delle conseguenze della prescrizione, in quanto, a norma dell'art. 2937, comma 1, cod. civ., tale potere abdicativo presuppone la piena disponibilità del diritto'. In sostanza, la citata norma, applicabile a posizioni privatistiche di libera disponibilità dei propri interessi, non attribuisce analogicamente detto potere alle pubbliche amministrazioni, rispetto alle quali l'interesse pubblico alla tutela più efficace ed economica delle situazioni di vantaggio esistenti in capo ad esse esclude che gli amministratori possano esercitare poteri dispositivi come quello consistente nella rinuncia alla prescrizione di debiti verso terzi. Ne è conferma la disposizione dell'art. 3 r.d.l. 19 gennaio 1939, n. 295, che, in materia di debiti retributivi, impone all'amministrazione di recuperare i pagamenti di somme prescritte corrisposte al pubblico dipendente, escludendo in tal modo la possibilità di una rinuncia anche tacita alla prescrizione. Di qui la conseguenza, ripetutamente affermata dalla giurisprudenza amministrativa, per cui l'atto di riconoscimento dei relativi crediti ad opera dell'amministrazione, intervenuto successivamente alla scadenza del termine di prescrizione quinquennale, non integra un atto di rinuncia a quest'ultima, bensì, per effetto di quanto disposto dall'art. 3 r.d.l. n. 295/1939 cit. e dall'art. 2937, comma 1, cod. civ., un atto negoziale nullo (v., per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1788); con l'ulteriore precisazione che, in virtù delle citate disposizioni, oltre che dei principi in materia di contabilità pubblica, l'amministrazione, una volta maturata la prescrizione, ha l'obbligo, e non la facoltà, di farla valere (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 157)". In dottrina, sulle ipotesi di irrinunciabilità della prescrizione, v. Vitucci, P. e Roselli, F.: "La prescrizione", cit., p. 48 ss.; Gallo, P.: "Commento all'art. 2937 c.c.", in Bonilini, G. e Chizzini, A. (a cura

Rimane definitivamente confermato, pertanto, il *principio di irrinunciabilità preventiva o successiva di qualunque limitazione temporale fondata su interessi attuativi di valori fondamentali*; principio sancito espressamente, in tema di decadenza, dall'art. 2968 c.c., che si presenta – una volta dimostrata l'omogenea regolazione della rinuncia alla prescrizione nel diritto vivente, a fronte di interessi concreti a loro volta assimilabili – come una disposizione di potenziale portata generale, di là dalla sua collocazione sistematica.

V. MERO RICONOSCIMENTO INTERRUTTIVO O IMPEDITIVO QUALE DICHIARAZIONE DI SCIENZA E AUTENTICA RINUNCIA ALLA LIMITAZIONE TEMPORALE QUALE MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ NEGOZIALE.

Va osservato che la rinunzia alla prescrizione o alla decadenza può assumere la veste, assai ben "camuffata", del riconoscimento dell'altrui diritto: riconoscendo il diritto altrui, oggetto di limitazione temporale, si può, cioè, implicitamente rinunziare a estinguerlo facendo valere il fatto che esso è prescritto o "decadenziato".

Tra le cause che impediscono la decadenza, se convenzionale o riguardante diritti "disponibili", suscita particolari considerazioni tale figura ricognitiva[70], contemplata dall'art. 2966 c.c., quale atto proveniente dalla persona contro la quale il diritto, soggetto a termine decadenziale, può essere fatto valere.

La disposizione è, all'evidenza, parallela all'art. 2944 c.c., il quale, notoriamente, ammette che il decorso della prescrizione possa essere interrotto dal riconoscimento del diritto proveniente – con espressione del tutto sovrapponibile a quella utilizzata per la decadenza – "da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere".

Si tratta, come ben messo in rilievo, "di un temperamento diretto ad evitare che l'interessato debba necessariamente compiere nel termine prefissato l'atto voluto dalla legge o dalla convenzione, realizzando un adempimento che potrebbe essere oneroso specie quando si tratti di istituire un giudizio"[71].

Sarà, anzitutto, opportuno soffermarsi brevemente sulle caratteristiche dell'atto di riconoscimento – secondo la metodologia di lavoro preferita in queste pagine,

di): "Della tutela dei diritti", artt. 2907-2969, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet, Torino, p. 629, il quale osserva che, in genere, la rinuncia alla prescrizione (come alla decadenza, dovremmo aggiungere), "non è altresì possibile in materia di diritti indisponibili". Cfr., in tal senso, Cons. Stato, 30 dicembre 2003, n. 9129, *Foro amm. CDS*, 2003, p. 3661; App. Ancona, 20 dicembre 2004, in *Dir. e lav. Marche*, 2005, p. 109; TAR Catania, 27 marzo 2013, n. 898, *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1041.

70 Esempi si traggono dagli artt. 1309, 1870, 1988, 2720, 2944 c.c. V., *ex multis*, Cass., 30 ottobre 1990, n. 10508, *Giust. civ. Mass.*, 1990, f. 10.

71 Capello, P.: *La prescrizione*, cit., p. 679.

con particolare riguardo alla decadenza – riservando ad un secondo momento dell'indagine il parallelismo applicativo con la regola valevole per la prescrizione.

Anzitutto, va chiarito che il vero riconoscimento impeditivo, della cui natura negoziale di discute[72], va, anzitutto, tenuto distinto da altre fattispecie. Tale non è la rinuncia implicita alla decadenza già prodottasi (c.d. rinuncia successiva)[73], che potrebbe verificarsi, sussistendone i requisiti, là dove detto "riconoscimento", non certo ormai impeditivo di alcunché[74], si verifichi dopo la scadenza del termine previsto per il compimento dell'atto preteso dall'ordinamento[75].

A tal proposito è opportuno formulare due osservazioni.

In primo luogo, nulla sembra ostare, in via generale, ad una *rinuncia successiva* al potere di avvalersi della decadenza, come il legislatore testualmente ammette per la prescrizione (art. 2937, comma 2, c.c.), una volta spirato il relativo termine,

72 Il problema è ben sintetizzato dal Gallo, P.: "Commento all'art. 2937 c.c.", cit., p. 875: "la dottrina si è sbizzarrita a questo proposito parlando variamente di negozio di accertamento, di dichiarazione di scienza, di atto giuridico in senso stretto e così via; il che può ovviamente rilevare sotto il profilo della capacità richiesta; ove infatti si ritenga che si tratta di un atto di natura negoziale, è richiesta la capacità di agire, ove viceversa lo si consideri un atto giuridico in senso stretto è sufficiente la capacità di intendere e di volere". Si conclude nel senso che, "ove peraltro si consideri che il riconoscimento comporta effetti sostanzialmente dispositivi, impedendo la decadenza del diritto, sembra preferibile ritenere che si tratti di un atto negoziale" (conforme App. Milano, 13 ottobre 1978, *Arch. civ.*, 1979, p. 377, che ne afferma, per l'effetto, la possibilità di compierlo solo per la parte interessata, "salva l'esistenza di un mandato speciale per lo specifico oggetto"). Il problema, ovviamente, si pone solamente ove il riconoscimento sia ammesso (v. le considerazioni svolte nel testo) e non risulta di difficile soluzione tutte le volte in cui esso abbia anche gli effetti sostanziali della rinuncia, preventiva o successiva, ad avvalersi della decadenza, la quale è connotata da una evidente efficacia dispositiva [conformi Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", cit., p. 617; Roselli, F.: voce "Decadenza", cit., p. 6, il quale, in Id.: voce "Decadenza (diritto e procedura civile)", cit., p. 341, ne afferma il carattere non negoziale, negando così che richieda la capacità di disporre del diritto cui si riferisce]. Viceversa, esso avrebbe, secondo alcuni, natura di atto in senso stretto, ove rappresenti adempimento di un obbligo di legge, come avverrebbe nell'ipotesi di riconoscimento dei vizi nella compravendita da parte del venditore, riconoscimento che rappresenterebbe, appunto, adempimento dell'obbligo di garanzia (Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1952, p. 197). In generale, si osserva (Roselli, F.: "Decadenza (diritto e procedura civile)", cit., p. 341) che, "quando trattasi di diritti di credito, all'attività ricognitiva del debitore potrà attribuirsi natura negoziale ovvero natura di mero atto giuridico, a seconda dei casi. Ritenuta la natura dell'atto di adempimento quale atto giuridico, non v'è ragione di non attribuire la stessa natura agli atti preparatori dell'adempimento, o che, comunque, risolvendosi in dichiarazioni di scienza funzionali all'adempimento, sono idonei, per il loro contenuto ricognitivo, ad impedire la decadenza". Non si vede, tuttavia, perché operare una simile distinzione, tenuto conto del fatto che la legge pone l'obbligo, ad esempio, di garantire il compratore dai vizi, non certo quello di effettuare formalmente il riconoscimento di un simile obbligo e del correlato diritto.

73 "Riconoscimento" successivo sul quale sembrano evidenti contrasti di vedute stratificatisi nel tempo (v. Leban, D.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 595). Secondo Cass., 9 aprile 1987, n. 3532, *Giust. civ. Mass.*, 1987, f. 4 e già Cass., 18 aprile 1968, n. 1160, la decadenza non viene impedita dal riconoscimento del diritto effettuato dalla controparte dopo il decorso del termine per il suo esercizio. Cass., 29 marzo 1980, n. 2076, *Giust. civ. Mass.*, 1980, f. 3, in modo a prima vista non collimante, afferma che "il riconoscimento da parte del venditore ai sensi del 2 co. dell'art. 1495 c.c. dell'esistenza dei vizi della cosa venduta non ne fa presumere la tempestiva denuncia, ma libera il compratore dall'onere della stessa *ed a tale effetto non occorre, perché la norma non lo prescrive, che il riconoscimento sia posto in essere nel breve termine di decadenza stabilito per la denuncia*" (corsivo nostro). Si tenga, peraltro, conto della diversa natura di tale riconoscimento, rispetto a quello contemplato dall'art. 2966 c.c. (sulla quale, v., *infra*, nt. 92).

74 Il riconoscimento impeditivo "successivo" non è ammissibile, occorrendo, dopo tale momento, la rinuncia alla decadenza *ex* art. 2968 c.c. [Gentile, F.S.: *Prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 676; Magazzù, A.: voce "Decadenza (diritto civile)", cit., p. 238; Tedeschi, V.: voce "Decadenza", cit., p. 788, ove riferimenti].

75 Magazzù, A.: voce "Decadenza (diritto civile)", cit., p. 238.

non rinvenendosi alcun divieto espresso in tal senso, né tantomeno ricavabile in via d'interpretazione. Detta rinuncia, potrà sì avere la veste formale – *rectius*: verbale, espressiva – di atto ricognitivo dell'altrui diritto, ma non per ciò solo, come chiarito, avrà la natura di riconoscimento impeditivo *ex* art. 2966 c.c., potendo questo essere solamente precedente al verificarsi della decadenza, nel senso precisato. Essa si configurerà, piuttosto, proprio come rinuncia *ex* art. 2968 c.c., con la differenza dirimente che non impedirà il verificarsi della decadenza medesima ma, semplicemente, precluderà a chi la effettua di beneficiarne (onde, ad esempio, potrebbero, se del caso, avvalersene terzi soggetti, come previsto dall'art. 2939 c.c., di cui si dirà, *infra*, § VI).

Inoltre, tale rinuncia, avendo evidente efficacia dispositiva, di là dalla forma espressiva utilizzata, che ne mostra una veste di atto apparentemente solo ricognitivo – un "riconoscimento" appunto – avrà natura negoziale, con le conseguenze del caso.

Una *rinuncia preventiva* alla decadenza (l'art. 2936 c.c. notoriamente la vieta per la prescrizione), "travestita" da riconoscimento del diritto altrui, si potrà avere soprattutto quando non si può ammettere, per limiti di legge, un riconoscimento impeditivo, cioè in quelle ipotesi nelle quali l'atto capace di evitare la decadenza consiste, e non può che consistere per legge, in un comportamento di tipo diverso da questo[76]. In questi casi, detto "riconoscimento", se operato prima dello spirare del termine, potrà al più valere, ancora una volta, ricorrendone i presupposti, come rinuncia (appunto, *preventiva*) allo strumento decadenziale *ex* art. 2968 c.c.[77]. Si pensi ai casi nei quali è imprescindibile, a fini impeditivi, l'intervento dell'Autorità giudiziaria, chiamata, ad esempio, a pronunciare una sentenza costitutiva[78], ovvero – ma senza generalizzazioni – in cui si debba esercitare una potestà di acquisto (ad esempio il riscatto *ex* art. 1501 c.c.) o un diritto potestativo similare[79], rispetto al

76 Affrontano il problema dell'ammissibilità o meno, in due interessanti fattispecie, del riconoscimento impeditivo, Trib. Cagliari, 17 dicembre 2008, *Dir. maritt.*, 2009, p. 524, il quale ritiene che detto riconoscimento sia escluso in un caso, come quello di specie, in cui una certa normativa prevede espressamente la possibilità, su accordo delle parti, di proroga, prima del suo decorso, del termine per l'esercizio dell'azione; App. Roma, 24 settembre 1986, *Foro it.*, 1987, I, c. 1585, ove si afferma che il riconoscimento del diritto al risarcimento, da parte del vettore, assume efficacia impeditiva della decadenza dall'azione di responsabilità prevista dalla normativa internazionale, dovendosi coordinare quest'ultima con le norme di diritto interno.

77 Panza, G.: voce "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 136. Cfr. Cass., 8 gennaio 1974, n. 39, secondo la quale, "qualora la decadenza possa essere impedita soltanto dalla proposizione di una domanda giudiziaria, il riconoscimento del diritto da parte dell'obbligato è privo di ogni rilevanza, a meno che, vertendosi in tema di diritti disponibili, tale riconoscimento non si risolva in una rinuncia preventiva alla decadenza medesima".

78 Tedeschi, V.: voce "Decadenza", cit., p. 788.

79 Nega la possibilità di operare un riconoscimento impeditivo della decadenza, ove questa si riferisca a diritti potestativi di acquisto, Tedeschi, V.: voce "Decadenza", cit., p. 788. Cfr. in argomento Oriani, R.: *Diritti potestativi*, cit., p. 140.

quale, notoriamente, non è certo il contegno del soggetto passivo ad avere rilievo, bensì quello del soggetto attivo[80].

Il riconoscimento impeditivo non può essere rappresentato dal semplice avvio di trattative per la bonaria composizione della lite, posto che esse, di per sé sole, non equivalgono ad ammissione totale o parziale dell'altrui pretesa[81], essendo, invece, perfettamente compatibile con la natura transattiva dell'atto nel quale sia eventualmente inserito[82]. Esso, peraltro, deve provenire dal soggetto contro il quale in diritto può essere fatto valere[83] e non da terzi, per quanto ad esso legati, che, sotto il profilo considerato[84], non lo rappresentino[85]. Viceversa, detto riconoscimento ben potrebbe essere tacito[86], ovvero configurato *per facta concludentia*, ipotesi scandagliata dalla giurisprudenza[87], anche arbitrale[88]. Il parallelismo con il riconoscimento interruttivo della prescrizione è evidente[89]:

80 Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", cit., p. 615 s. Allo stesso modo, si afferma che non può avere effetto impeditivo il riconoscimento del diritto ove l'atto da compiere sia un'istanza (artt. 1957, 1797, comma 2, c.c.), un protesto (art. 1797, comma 3, c.c.); un'opposizione (art. 2742 c.c.), un pagamento (art. 1503 c.c.), un inventario (artt. 485, 487, comma 2, 488 c.c.) o una procedura (art. 505, comma 1, c.c.). Cfr. Panza, G.: voce "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 136.

81 Cass., 2 maggio 2006, n. 10120. In argomento v. Cass., 17 ottobre 1975, n. 3374, *Rep. Giur. it*., 1975, voce "Decadenza", 2, la quale giustamente esclude anche che il semplice avvio di trattative aventi ad oggetto il diritto sottoposto a decadenza possa equivalere ad una rinuncia tacita a farla valere.

82 Cass., 5 marzo 1984, n. 1536, *Dir. maritt*., 1985, p. 312.

83 Cass., 8 luglio 1963, n. 1840.

84 L'espressione è rigorosamente intesa da App. Milano, 13 ottobre 1978, n. 1635, *Arc. civ*., 1979, p. 377, la quale richiede un "mandato speciale per lo specifico oggetto".

85 Coll. arb. 22 giugno 1987, *Arch. giur. op. pubbl*., 1988, p. 1103, il quale ritiene non efficace il riconoscimento dell'altrui diritto soggetto a decadenza proveniente dal direttore dei lavori e non già direttamente dalla stazione appaltante. Possibile invece il riconoscimento impeditivo operato dal rappresentante della persona contro la quale il diritto riconosciuto si deve far valere: cfr. Cass., 13 giugno 1979, n. 3375, *Giust. civ. Mass*., 1979, f. 6. Senza dubbio, in tal caso, avendo l'atto ricognitivo natura non negoziale, e pertanto non dispositivo, può più facilmente farsi rientrare nei poteri gestori del procuratore alle liti rispetto all'atto di rinuncia alla prescrizione o alla decadenza, sul quale, v., *infra*, § IX.

86 Capello, P.: *La prescrizione*, cit., p. 679.

87 Un'ipotesi di riconoscimento dell'altrui diritto sulla base di comportamenti concludenti è tenuta in considerazione da Cass., 8 aprile 1998, n. 3613, in *Riv. it. dir. lav*., 1999, II, p. 141, con nota di De Margheriti, M.L.: *Esercizio tardivo della facoltà di opzione ex art. 6 l.n. 54/1982 e comportamento concludente del datore di lavoro*. Il diritto di opzione del lavoratore sottoposto a decadenza è, nel caso di specie, ritenuto disponibile dalla Suprema Corte e pertanto il fatto impeditivo di quest'ultima ben può essere sostituito dal riconoscimento impeditivo (tacito) da parte del datore di lavoro. Ciò è condivisibile, mentre un problema potrebbe forse scorgersi, in una certa prospettiva, per il fatto che l'atto impeditivo preteso dalla legge corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo, onde, come rilevato nel testo, sorge quantomeno il dubbio circa la sua surrogabilità da parte del riconoscimento medesimo. Conforme alla sentenza della Cassazione del 1998 è anche Cass., 26 novembre 2008, n. 28279, *Giust. civ. Mass*., 2008, 11, p. 697. Ammettono, tra le altre, la possibilità di un riconoscimento tacito anche Cass., 21 giugno 1986, n. 4156, *Giust. civ*., 1986, I, p. 2387; Cass., 5 febbraio 2013, n. 2733.

88 Coll. arb. 22 giugno 1987, cit.

89 Non si condivide l'idea secondo la quale i due riconoscimenti (impeditivo ed interruttivo) avrebbero natura diversa, l'uno implicando l'esistenza del diritto, l'altro prescindendone; il secondo, a differenza del primo, contenendo l'affermazione della corrispondenza a verità di una posizione giuridica altrui; potendo riguardare il primo, a differenza del secondo, non una posizione giuridica altrui, ma un mero fatto (es. esistenza dei vizi della cosa compravenduta): cfr., da ultimo, Buffoni, M.: "La decadenza in generale", in Viola, L. (a cura di): *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova, 2015, p. 465. Il rilievo non persuade. Se il riconoscimento impeditivo può avere ad oggetto anche fatti diversi dal diritto sottoposto a decadenza, dipende semplicemente dalla circostanza per cui il termine decadenziale può essere anche impedito proprio dal compimento di un atto (c.d. singolare) che non si sostanzia nell'esercizio del diritto medesimo.

entrambi possono configurarsi *per facta concludentia*[90]; ad entrambi si dovrebbe riconoscere natura non negoziale[91]; entrambi devono provenire dal soggetto contro il quale il diritto sottoposto a termine può essere fatto valere.

Detto parallelismo è ancora più percepibile considerando che, praticamente, tutti gli atti di riconoscimento immaginabili[92], i quali abbiano efficacia impeditiva

Ciò non toglie che, nell'uno come nell'altro caso, l'atto ricognitivo vero e proprio deve riguardare, anche in via mediata, il "diritto", come testualmente richiesto tanto dall'art. 2944 c.c., quanto dall'art. 2966 c.c. Ciò significa che, anche qualora la ricognizione sia indirizzata verso altro dal diritto sottoposto a decadenza, da essa deve evincersi l'ammissione dell'altrui pretesa. Non si sta dicendo, si badi, che è necessaria l'intenzione di evitare la decadenza, ma deve esservi sicuramente un atto volontario (non negoziale) con il quale, anche riconoscendo l'esistenza di un fatto *in via immediata*, si riconosca l'esistenza del diritto sottoposto a termine *in via mediata*. Così, riconoscendo, in modo circostanziato, l'esistenza dei vizi nella compravendita, il venditore, implicitamente (lo voglia o meno), riconosce il diritto del compratore ad essere garantito contro questi vizi, essendo la garanzia un effetto che la legge (la cui conoscenza si presume) riconnette alla loro esistenza. Tutto ciò al netto del fatto che il riconoscimento dei vizi nella compravendita, come si specificherà, non è in sé un vero e proprio atto ricognitivo *ex* art. 2966 c.c. ed esplica efficacia impeditiva della decadenza solamente perché configurato come atto specifico dalla legge. Tuttavia, se esso appare un modo implicito, nel caso concreto e per le sue circostanze, per riconoscere l'altrui diritto, detto peculiare "riconoscimento" varrà anche come fatto impeditivo *ex* art. 2966 c.c. V., *infra*, nt. 92.

90 Gallo, P.: "Commento all'art. 2944 c.c.", in Bonilini, G. e Chizzini, A. (a cura di): "Della tutela dei diritti", artt. 2907-2969, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet, Torino, 2016, p. 830 ss.

91 Problema discusso per entrambe le figure. Cfr., rispetto alla prescrizione, Roselli, F.: "Commento all'art. 2944 c.c.", in Vitucci, P.: (a cura di), *La prescrizione*, t. II, cit., p. 97 ss.; Costantini, C.: "L'interruzione della prescrizione", in Monateri, P.G. e Costantini, C.: "La prescrizione", *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, p. 174; Gallo, P.: "Commento all'art. 2944 c.c.", cit., p. 691; tra le altre, Cass., 1 giugno 1991, n. 6203, *Banca Dati DeJure*, che opta per la tesi non negoziale.

92 Si potrebbe tentare di smentire l'affermazione rilevando che, quando la decadenza deve essere impedita tramite il compimento di un atto c.d. singolare, ovvero specifico e diverso rispetto all'esercizio del diritto che vi è sottoposto, il riconoscimento avrebbe ad oggetto il contenuto di questo atto e, dunque, qualcosa di diverso dal "diritto" al quale allude l'art. 2944 c.c., onde la diversa efficacia dell'uno (riconoscimento impeditivo della decadenza) e dell'altro (riconoscimento interruttivo della prescrizione). L'esempio evidente è dato dal riconoscimento dei vizi della cosa compravenduta *ex* art. 1495 c.c., il quale ha ad oggetto, per l'appunto, i vizi del bene (situazione di fatto) e non già, di per sé, l'esistenza del diritto alla relativa garanzia (situazione di diritto). Tale riconoscimento, allora, dovrebbe avere valore impeditivo della decadenza, poiché il citato art. 1495 c.c. così prevede, ma non interruttivo della prescrizione, posto che essa è interrotta dal riconoscimento, non di un fatto, ma del "diritto" (così, infatti, la giurisprudenza: cfr. Cass., 12 maggio 2000, n. 6089). La notazione è corretta, ma non costituisce smentita del ragionamento proposto nel testo. Il vero riconoscimento del diritto *ex* artt. 2944 e 2966 c.c. è, infatti, come è reso chiaro dal fraseggio di entrambe le disposizioni e dalla loro comune *ratio* – evitare che il titolare del diritto stesso debba attivarsi anche in situazioni nelle quali la sua pretesa è pacifica – solamente quello avente ad oggetto una situazione di diritto (nell'esempio fatto, la *garanzia* per vizi). L'atto ricognitivo volto a riconoscere una mera situazione di fatto presupposta (nell'esempio fatto, l'*esistenza* dei vizi), eventualmente considerato rilevante in date ipotesi dal legislatore – come quello contemplato dall'art. 1495 c.c. – nulla ha a che fare con il suddetto riconoscimento, quale causa generale interruttiva della prescrizione e, ad un tempo impeditiva della decadenza, proprio per la diversità dell'oggetto al quale esso si riferisce, che lo rende estraneo all'orizzonte applicativo dei citati artt. 2944 e 2966 c.c. Non a caso, nell'esempio fatto, l'opinione assolutamente maggioritaria afferma la decisa diversità ontologica del riconoscimento *ex* art. 1495 c.c. rispetto al riconoscimento *ex* art. 2966 c.c. (Mirabelli, G.: "Dei singoli contratti", in *Comm*. cod. civ., libro IV, t. III, Utet, Torino, 1991, p. 112; Rubino, D.: "La compravendita", in *Tratt*. Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 1971, p. 838; Bianca, C.M.: "La vendita e la permuta", in *Trattato di diritto civile* (diretto da F. Vassalli), Utet, Torino, 1993, p. 1035; Luminoso, A.: "Vendita, contratto estimatorio", in *Trattato di Diritto Commerciale* (diretto da V. Buonocore), sez. II, t. 3.1., Giappichelli, Torino, 2004, p. 242; ulteriori riferimenti in Agostinis, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta", in *Comm*. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012, p. 160). In definitiva, in via tendenziale, ogni possibile riconoscimento del "diritto" sottoposto a prescrizione e a decadenza interromperà l'una ed impedirà l'altra; l'eventuale atto ricognitivo di una situazione di fatto presupposta, potrà fare lo stesso solamente ove il legislatore così preveda nello specifico caso e, comunque, al di fuori del meccanismo antagonista, di taglio generale, delineato dagli artt. 2944 e 2966 c.c., rispetto ai quali è confermata una tendenziale omogeneità operativa. Ovviamente, quanto chiarito non toglie che l'atto ricognitivo dei vizi *ex* art. 1495 c.c. abbia, nel caso concreto, *per come effettuato*, il valore ulteriore di riconoscimento del *diritto* alla garanzia, nel qual caso esso impedirà la decadenza (anche) *ex* art. 2966 c.c. ed interromperà la prescrizione *ex* art. 2944 c.c.

della decadenza, sembrano poter avere, al contempo, in potenza, efficacia interruttiva della prescrizione, con il solo limite – appena ricordato e valevole per entrambe le figure[93] – dell'indisponibilità dell'interesse, eventualmente rilevante, alla specificità dell'atto antagonista del decorso del tempo[94].

L'unica differenza effettiva tra riconoscimento impeditivo della decadenza e interruttivo della prescrizione risiede, insomma, nel fatto che quest'ultimo non potrebbe essere preventivo al verificarsi di questa, onde possiamo pervenire alle conclusioni secondo quanto segue.

Può affermarsi:

a) che, ove presente la volontà dismissiva del rimedio temporale, un atto apparentemente solo ricognitivo dell'altrui diritto (riconoscimento), se successivo allo spirare del termine di *prescrizione o di decadenza*, può ben essere qualificato quale *rinuncia successiva* alla prescrizione o alla decadenza, non avendo, ovviamente, alcun valore giuridico impeditivo o interruttivo.

b) che, anche se presente la volontà dismissiva del rimedio temporale, un atto ricognitivo dell'altrui diritto (riconoscimento), precedente allo spirare del termine di *prescrizione*, avrà valore interruttivo del decorso temporale, ma non potrà avere alcun valore rinunciativo, essendo, rispetto ad essa, *vietata la rinuncia preventiva* (art. 2937 c.c.).

93 Se si pensa alle ipotesi, altrove meglio approfondite (v., Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 149 ss.), di prescrizione "indisponibile", come non è ammessa la rinuncia da parte dell'ente previdenziale, o comunque della Pubblica Amministrazione, ad avvalersi della limitazione temporale, allo stesso modo sembra ragionevole negare all'eventuale riconoscimento dell'altrui diritto, da questi soggetti effettuato, efficacia interruttiva del decorso del termine. Non sembra che, da questo punto di vista, vi sia alcuna differenza di *ratio* rispetto alle ipotesi, delle quali si è detto in questo paragrafo, in cui si nega, correttamente, al riconoscimento *ex* art. 2966 c.c., efficacia impeditiva della decadenza, vertendosi, in entrambi i casi, in materia, nel significato illustrato, "indisponibile".

94 Emblematico è il caso affrontato da Cass., sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294, *Dir. giust*., 2005, f. 38, p. 17, con nota di Colasanti, D.: *Vendita, ultrattiva la garanzia per vizi – ma resta il dubbio della prescrizione*, le quali hanno riconnesso al riconoscimento del diritto alla garanzia per vizi della cosa compravenduta effettuato dal venditore – ricavabile dall'impegno di eliminarli, da egli stesso assunto – valore tanto impeditivo della decadenza quanto interruttivo della prescrizione relative all'azione di garanzia *ex* art. 1495 c.c. In verità, si legge nella sentenza che il compratore sarebbe "svincolato" dai termini di decadenza, essendo successivo allo spirare del termine decadenziale lo stesso riconoscimento. Ciò è spiegabile in virtù del fatto che esso, per "paralizzare *ex post*" la decadenza prodottasi (leggasi: il cui termine è trascorso), deve essere ricondotto all'art. 1495 c.c. (e non all'art. 2966 c.c., che disciplina una fattispecie diversa, necessariamente operante prima dello spirare del termine): norma, questa, relativa alla compravendita, interpretata usualmente come contemplante anche una sorta di eccezionale "sanatoria" della decadenza prodottasi per atto ricognitivo successivo (cfr. Agostinis, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta", p. 164, ove riferimenti). Se, tuttavia, il riconoscimento, non solo dei vizi, ma anche (eventualmente in modo implicito) del *diritto* alla garanzia, dovesse essere effettuato entro il termine decadenziale, esso dovrebbe avere decisamente il valore (anche) di riconoscimento impeditivo in senso proprio (art. 2966 c.c.), come la giurisprudenza pacificamente ammette (riferimenti in Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 177 ss.).

c) che, ove presente la volontà dismissiva del rimedio temporale, un atto apparentemente solo ricognitivo dell'altrui diritto (riconoscimento), se precedente allo spirare del termine di *decadenza*, potrà avere valore impeditivo del decorso temporale (se ammesso, nel caso concreto, dall'ordinamento, il che non si verificherà ove essa preveda solamente il compimento di uno specifico e diverso atto impeditivo), ma ben potrà essere qualificato anche come *rinuncia preventiva* (in materia "disponibile").

d) che, di regola, una comprovata *rinuncia preventiva alla prescrizione*, siccome vietata, potrà valere come riconoscimento interruttivo, contenendo al suo interno e per implicito l'ammissione dell'altrui pretesa, senza la necessità assoluta di ricorrere alla sua conversione *ex* art. 1424 c.c.[95]; *per la decadenza*, non essendovi divieto di rinuncia preventiva, il problema non si pone e una comprovata rinuncia fatta prima dello spirare del termine avrà, di regola, anche valore impeditivo della decadenza stessa, in quanto contenente un riconoscimento dell'altrui diritto, ovviamente in quei soli casi nei quali si ammette impedimento tramite tale atto ricognitivo.

e) in via tendenziale, la regola generale dell'omogeneità ontologica, funzionale ed operativa dell'atto di riconoscimento del diritto quale causa impeditiva della decadenza e, ad un tempo, potenzialmente interruttiva della prescrizione, ovvero come fatto antagonista del decorso di entrambe le limitazioni temporali e, infine, ricorrendone i presupposti di volontarietà dell'effetto, *quale rinuncia implicita al potere di avvalersi di entrambe dette limitazioni*.

VI. OPPONIBILITÀ DELLA PRESCRIZIONE E DELLA DECADENZA DA PARTE DEI TERZI "ANCHE SE LA PARTE VI HA RINUNZIATO".

Una disposizione che menziona, in modo apparentemente incidentale, la rinunzia alla prescrizione è l'art. 2939 c.c., a mente del quale "la prescrizione può essere opposta dai creditori e da chiunque vi ha interesse, qualora la parte non la faccia valere. Può essere opposta anche se la parte vi ha rinunziato".

Ci si chiesti da tempo, in questo senso, se l'art. 2939 c.c. possa essere applicato alle ipotesi di decadenza, quesito all'evidenza preliminare rispetto al valore che assume il riferimento alla rinunzia in seno al ricordato disposto[96].

95 Conversione richiamata da Nuzzo, G.D.: "La rinuncia alla prescrizione", cit., p. 164. Invero, il riconoscimento interruttivo insito nella rinuncia alla prescrizione sembra godere di autonomia rispetto alla rinuncia stessa, onde, se questa è nulla, non deve esserlo per conseguenza anche quello e pertanto non dovrebbe necessitare di alcuna conversione.

96 Diverso, sia pur liminare, è il quesito relativo all'opponibilità in generale, in via di eccezione e senza limiti di tempo, del diritto per il quale ha operato la decadenza, opponibilità negata dalla dottrina (Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", cit., p. 607; Molfese, G.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 19; di parere negativo, tra gli altri anche Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza",

L'opinione tradizionale della dottrina[97], alla quale la giurisprudenza sembra prestare "acritica adesione"[98], si orienta per la risposta positiva, ora poggiando

cit., p. 351), la quale ritiene le regole che esprimono il principio *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, in verità, eccezionali. Si argomenta, poi, *ex* artt. 1495 e 1667 c.c., i quali, consentendo l'opponibilità in via di eccezione del diritto alla garanzia prescritto, ammettono tale possibilità solamente se è stato comunque rispettato il termine decadenziale per la denuncia del vizio, così, nel ragionamento della Corte, lasciando emergere che, rispetto al nostro istituto, non v'è spazio alcuno per far valere la situazione giuridica soggettiva dopo lo spirare infruttuoso del tempo di decadenza. Nega l'applicabilità del richiamato principio anche la giurisprudenza: cfr. Cass., 11 maggio 1951, n. 1159; Cass., 27 giugno 1969, n. 2324, secondo la quale non potrebbe mai rivivere il diritto non fatto valere nel termine perentorio, essendo ormai estinto; Cass., 3 febbraio 1971, n. 253; Trib. Roma, 19 novembre 1991, secondo la quale "l'eventuale maggior somma corrisposta dal conduttore *contra legem*, la cui restituzione non sia stata richiesta nei sei mesi dalla riconsegna dell'immobile locato, non può più essere opposta in compensazione del credito del locatore per canoni non corrisposti, trattandosi di un credito non esigibile in quanto non azionabile neppure sotto il profilo dell'eccezione, onde la inapplicabilità del principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, limitato alla prescrizione estintiva e non estensibile alla decadenza". L'opinione, per quanto diffusa, non convince del tutto. Se quello in esame è un principio, non si vede perché affermarne contraddittoriamente l'eccezionalità: la sua inestensibilità al diritto andato incontro a decadenza andrebbe, a questo punto, argomentata. Lo si fa affermando l'efficacia estintiva del nostro rimedio, contrapposta a quella della prescrizione, che tale non sarebbe, onde non si potrebbe far rivivere, a mezzo di eccezione, un diritto ormai inesistente per lo spirare del termine decadenziale. Tuttavia, come si è chiarito, l'efficacia della decadenza, come della prescrizione, non ancora fatta valere, è da configurarsi, in linea generale, come meramente modificativa della disciplina temporale del diritto cui afferisce, verificandosi il fenomeno estintivo solamente all'esito della proposizione dell'eccezione, onde il diritto medesimo, al momento in cui viene opposto in via di eccezione, è solamente "decadenziabile" e, pertanto, esiste. Gli artt. 1495 e 1667 c.c., richiamati a sostegno della tesi dominante, nulla provano, in quanto sembrano essi stessi esprimere una regola non generale, mentre generale è appunto il principio *quae temporalia*…che altrimenti principio non sarebbe. Si rifletta – quale parallelismo meramente descrittivo, ma significativo – sul fatto che, nel processo civile, la parte viene rimessa in termini, ove sia incorsa nella decadenza dal potere di impugnare la sentenza, quando l'interesse all'impugnazione nasca solamente con l'iniziativa impugnatoria della controparte (art. 334 c.p.c.). Non si vede perché, ove operino decadenze di diritto sostanziale, si debba accogliere una soluzione di segno opposto, ovvero negativa rispetto alla possibilità di far valere in giudizio come eccezione, senza limiti di tempo, la situazione soggettiva andata incontro allo spirare del termine decadenziale. La ricostruzione tradizionale persuade solamente in riferimento alle decadenze cc.dd. di ordine pubblico, rilevabili d'ufficio (art. 2969 c.c.): in presenza di esse, infatti, come chiarito (Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 101), il diritto si estingue per il semplice decorso del tempo (non tempestivamente impedito), onde esso, trascorso questo tempo, sarà inopponibile anche in via di eccezione. Ancora una volta, risulta confermato che è la natura dell'interesse protetto che determina la disciplina applicabile e non un'astratta qualificazione del rimedio.

97 Magazzù, A: voce "Decadenza (diritto civile)", p. 237; Tedeschi, V.: voce "Decadenza", cit., p. 790; Azzariti, G. e Scarpello, G.: Prescrizione e decadenza", cit., p. 359.

98 Cass., 20 dicembre 1972, n. 3644, *Foro it*., 1973, I, c. 1856. Sembra suffragare la tesi dell'applicabilità della regola posta dall'art. 2939 c.c. ad ogni termine estintivo connesso all'inerzia del titolare – sia esso, ad oggi, qualificato come decadenziale o prescrizionale – l'interessante caso, affrontato dalla Suprema Corte, relativo all'opponibilità da parte di terzi dell'avvenuta decadenza dal potere di nomina, in seno al contratto per persona da nominare. Nella specie, due soggetti avevano stipulato un contratto ai sensi dell'art. 1401 c.c., avente ad oggetto un autoveicolo. Quest'ultimo veniva pignorato da parte di un creditore dello stipulante. Il (tardivamente) nominato, ritenendosi reale proprietario del bene, formulava con successo opposizione di terzo, ottenendo la dichiarazione di nullità del pignoramento, con condanna del pignorante alla restituzione del bene medesimo; decisione, questa, confermata anche in appello. Per la cassazione della pronuncia ultima agiva il pignorante, lamentando, tra gli altri motivi del ricorso, la mancata considerazione, da parte del giudice di secondo grado, della circostanza, da lui eccepita, per la quale la dichiarazione di nomina, in seno al contratto in esame, era avvenuta tardivamente, onde il nominato non poteva ritenersi proprietario e, pertanto, non vantava alcun diritto sul bene oggetto della controversia. (si adduceva che l'*electio amici* fosse avvenuta oltre lo scadere del termine brevissimo di tre giorni previsto dal legislatore codicistico, termine mai derogato dalle parti: art. 1402 c.c.). Per l'effetto, il nominato non poteva verosimilmente considerarsi effettivo acquirente, rimanendo tale colui il quale aveva effettuato tardivamente la nomina. Adduceva il ricorrente (pignorante), infatti, che, benché egli fosse terzo rispetto al rapporto per persona da nominare, aveva facoltà di eccepire la scadenza del termine decadenziale dal potere di nomina riguardante il pignorato, dovendosi fare applicazione analogica alla decadenza dell'art. 2939 c.c., previsto esplicitamente in materia di prescrizione. La Suprema Corte, esprimendosi sul punto, affermava che "l'art. 2939 c.c. (…) è sicuramente applicabile, secondo l'autorevole e convincente opinione della dottrina pressoché concorde, anche in tema di decadenza, nulla potendo opporsi ad una operazione analogica (la cui esigenza è, d'altronde, limitata alla materia dei diritti disponibili) in vista delle ragioni

sulla semplice affinità tra i due istituti, consistente nella loro efficacia "liberatoria", che consentirebbe l'analogia[99]; ora specificandosi che la regola in esame può riguardare solamente, in concreto, le decadenze afferenti a rapporti "disponibili", dato il principio di irrinunciabilità e di rilevabilità d'ufficio del rimedio nelle materie sottratte alla disponibilità delle parti, cioè quelle governate da decadenze c.d. di "ordine pubblico"[100]. Qualche riserva si manifesta, altresì, con riguardo ai diritti personalissimi[101].

Fatte queste eccezioni, non si omette di rilevare che l'applicabilità dell'art. 2939 c.c. alle fattispecie di decadenza trova fondamento nel fatto che la disposizione è espressione di una regola generale, riconducibile all'azione surrogatoria e revocatoria, animata da una *ratio* alla quale "non si oppone affatto l'essenza della decadenza" stessa[102].

Non mancano voci difformi[103], tra le quali spicca quella di chi[104] afferma con decisione che non vi siano ragioni per consentire al terzo di avvalersi del rimedio decadenziale, una volta rinunciato preventivamente dalla parte del rapporto principale, come invece ammette l'art. 2939 c.c.

che hanno presieduto all'attribuzione ai creditori e ai terzi della facoltà di eccepire la prescrizione". Per l'effetto, la pronuncia di secondo grado veniva cassata, mandandosi al giudice del rinvio di indagare, secondo la richiesta del creditore opposto, sull'osservanza del termine di cui all'art. 1402, comma 1, c.c., questione sulla quale, inopportunamente, la sentenza impugnata non aveva "creduto di doversi soffermare". L'arresto della Cassazione si lascia particolarmente apprezzare per l'argomentazione funzionale posta alla base dell'estensione applicativa della regola racchiusa nell'art. 2939 c.c. e fornisce ulteriore fondamento all'idea, poco sopra sostenuta, secondo la quale anche il regime di opponibilità del rimedio temporale da parte dei terzi deve ritenersi omogeneo, di là dalla – anche in questo senso – ininfluente classificazione dello stesso quale prescrizione o quale decadenza. Non sembra, tuttavia, necessario il richiamo all'analogia, effettuato dal Collegio, a fronte di una normativa (quella sulla prescrizione) che si dimostra, ancora una volta, generalmente vocata – non meno, come si è finora visto, di alcune disposizioni inserite specificamente nel capo relativo alla decadenza – a disciplinare in via diretta ogni forma di estinzione temporale dei diritti fondata sull'inerzia del titolare.

99 Saraceno, P.: "Della decadenza", cit., p. 1028; Morlini Galantino, L.: *Le clausole di decadenza nei contratti collettivi*, Cedam, Padova, 1974, p. 188; per l'opinione positiva, v. anche Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 359; Magazzù, A.: "Decadenza (diritto civile)", cit., p. 237; Tedeschi, V.: "Decadenza", cit., p. 790, il quale osserva che l'applicabilità della norma è fuori questione per le decadenze di ordine pubblico, essendo queste rilevabili d'ufficio, là dove appare insensato negarla per quelle di tipo diverso; Id.: *Lineamenti della distinzione tra prescrizione* e *decadenza*, cit., p. 51.

100 Cfr. Magazzù, A.: "Decadenza", cit., p. 237; Tedeschi, V.: "Decadenza", cit., p. 790; Gerardo, M. e Mutarelli, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 399.

101 Riferimenti in Vacca, S.: "Commento agli artt. 2964-2969 c.c.", cit., p. 6389. Si fa l'esempio (cfr. Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 359) del creditore di chi sia convenuto con l'azione di disconoscimento di paternità, osservandosi che il primo non potrebbe eccepire la decadenza dall'azione al posto del secondo.

102 Modica, I.: *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, cit., p. 371, in merito al c.c. del 1865. Il parallelismo, finalizzato all'estensione applicativa dell'art. 2939 c.c. alla decadenza, con l'azione surrogatoria e revocatoria, è tenacemente criticato da Minervini, E.: *La prescrizione ed i «terzi"*, Esi, Napoli, 1994, p. 263, nt. 105.

103 Nega l'applicabilità alla decadenza dell'art. 2939 c.c., tra gli altri, Gentile, F.S.: *Prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 612; decisamente perplesso Panza, G.: voce "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 139.

104 Scalfi, G.: "Osservazioni sulla prescrizione e sulla decadenza", cit., p. 239 s.; Panza, G.: voce "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 139 ss.

Si fa perno, poi, sul ritenuto maggior rilievo pubblicistico che la prescrizione avrebbe, rispetto alla decadenza, il che giustificherebbe una simile disciplina, garantista per i terzi, non estensibile a quest'ultima che detto rilievo, in linea generale, non presenterebbe[105].

Altri Autori manifestano una posizione aperta, ma articolata. Come chiarito, non rileverebbe, in linea di massima, l'applicazione dell'art. 2939 c.c. rispetto alle summenzionate decadenze c.d. di "ordine pubblico", essendo in quest'ambito "superata dalla rilevabilità di ufficio"[106]. La potenzialità applicativa della disposizione permarrebbe, anche rispetto a queste decadenze, essenzialmente per i casi nei quali si intenda farle valere in via di azione, come è ben possibile fare[107]. In questa ipotesi, "l'art. 2939 c.c. gioca allora un ruolo", diremmo, determinante, in quanto "individua i terzi legittimati a domandare l'accertamento della decadenza" stessa[108].

Anche in ipotesi di termine decadenziale non di ordine pubblico si applicherebbe, nell'ottica da ultimo riferita, l'art. 2939 c.c., ma sulla base di un più complesso ragionamento: "siccome da nessuna delle norme, contemplate dagli articoli 2964-2969 c.c., è desumibile che la decadenza deve necessariamente essere fatta valere dalla parte, si può arguire che pure i terzi interessati sono a tanto legittimati. In altre parole: l'art. 2969, parte prima, c.c., ha contenuto identico all'art. 2938 c.c.; alla rinuncia alla decadenza è pacificamente applicabile l'art. 2937 c.c. (limitatamente ai commi 1[109] e 3); non appare allora incongruo estendere alla decadenza l'art. 2939 c.c., che con tali norme compone un sistema rigoroso e coerente"[110].

Questa conclusione muove dal superamento delle critiche usualmente avanzate nei confronti dell'applicabilità della norma in esame: iniqua sembra la tesi avversata, che, posta l'inapplicabilità dell'art. 2939 c.c., conclude, senza giustificazione, per l'esperibilità delle azioni *ex* artt. 2900 e 2901 c.c. da parte dei soli creditori, in tal modo lasciando gli altri terzi privi di ogni tutela; se poi detta inapplicabilità si fondasse sul rilievo pubblicistico della sola prescrizione, nessuna norma disciplinante

105 Ferrucci, R.: "Della prescrizione e della decadenza", cit., p. 553.

106 Sviluppa questo ragionamento Minervini, E.: *La prescrizione ed i «terzi"*, cit., p. 261.

107 Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 88.

108 Minervini, E.: *La prescrizione ed i «terzi"*, cit., p. 260 s. Poco da dire ci sarebbe, invece, come chiarito, in merito all'opponibilità della decadenza di ordine pubblico in via di eccezione: "invero, in materia sottratta alla disponibilità delle parti, l'opponibilità della decadenza da parte dei terzi in via di eccezione, ai sensi dell'art. 2939 c.c., è superata dalla rilevabilità d'ufficio, statuita dall'art. 2969 c.c.: la decadenza opera qui *ipso iure*". V. anche Tedeschi, V.: *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 51.

109 Rispetto al comma 1 dell'art. 2937 c.c. v. Leban, D.: *Prescrizione* e *decadenza*, cit., p. 603: Magazzù, A.: "Decadenza", cit., p. 239.

110 Minervini, E.: *La prescrizione ed i «terzi"*, cit., p. 262 s., il quale ricorda come, per escludere l'estensione per analogia dell'art. 2939 c.c. alla decadenza, sarebbe necessario dimostrarne la natura eccezionale, "ma siffatta dimostrazione non è stata neppure tentata". Inoltre, l'ipotetico argomento facente leva sull'eccezionalità della norma risulterebbe ulteriormente indebolito ove si aderisse all'idea, qui sostenuta, della diretta applicabilità, secondo il criterio della compatibilità, delle norme sulla prescrizione alla decadenza, sulla base della ritenuta unicità, sotto il profilo funzionale, delle due figure.

questa sarebbe estensibile, a stretto rigore, alla decadenza, "ma a questa radicale conclusione non ha l'audacia di pervenire nemmeno il fautore della tesi, che si va criticando"[111].

Non sembra, in verità, che vi siano ragioni sistematiche per negare l'applicabilità della norma racchiusa nell'art. 2939 c.c. ai termini qualificati come decadenziali, esprimendo questa una regola evidentemente generale nell'ambito delle vicende temporali estintive delle situazioni giuridiche soggettive.

Vanno fatte salve le ovvie limitazioni logiche a tale applicazione (decadenze c.d. di ordine pubblico, rispetto alle quali rimane, come evidenziato, la possibilità per i terzi di invocare l'art. 2939 c.c. al fine far valere il rimedio in via di azione), mentre per quelle giuridiche (il limite dei diritti personalissimi) qualche perplessità è inevitabile. È, infatti, personalissimo, usualmente, il diritto sottoposto a termine e non già quello, in questo contesto rilevante, di *avvalersi* del termine medesimo.

Inoltre, è lo stesso art. 2939 c.c. a dimostrare che, se meritevole, è sufficiente l'interesse del terzo come fondamento della sua legittimazione a far valere la prescrizione o, secondo il nostro ragionamento, anche la decadenza[112], onde, ancora una volta, la tendenziale irrilevanza della natura, personale o meno, della situazione giuridica temporalmente limitata coinvolta.

Si può pertanto affermare *la regola generale dell'opponibilità da parte dei terzi portatori di un interesse meritevole, a prescindere dalla qualificazione del termine come prescrizionale o decadenziale, dell'avvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva per inerzia del titolare, pur a fronte di rinuncia a far valere detta estinzione da parte del titolare stesso.*

Se si aderisce, nonostante i contrasti di opinioni, alla tesi secondo la quale l'art. 2939 c.c. trova applicazione sul terreno della decadenza[113], qualche riflessione suscita l'espressione, ivi contenuta e in questa sede di diretto interesse, "può essere opposta anche se la parte vi ha rinunziato".

Bisogna chiedersi se detto inciso sia applicabile all'ipotesi di *riconoscimento impeditivo preventivo*, atto a paralizzare l'operare del termine decadenziale, e a quella di *riconoscimento successivo*, sempre riferito alla decadenza, dei quali si è

111 Minervini, E.: *La prescrizione ed i «terzi"*, cit., p. 265. Posizione di apertura è manifestata da Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 156, che rifugge da soluzioni *a priori* e privilegia un approccio casistico volto a vagliare l'applicabilità in concreto delle norme sulla prescrizione alla decadenza.

112 Cass., 20 dicembre 1972, n. 3644, cit.

113 L'obiezione, mossa tra le altre, secondo la quale la norma avrebbe carattere speciale e, come tale, non sarebbe applicabile analogicamente, sembra confondere specialità ed eccezionalità (come rilevato da Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 155, ove riferimenti, il quale osserva, peraltro, che l'inestensibilità analogica delle stesse norme c.d. eccezionali è, di per sé considerata, ampiamente dibattuta in letteratura).

trattato, entrambi potenzialmente qualificabili anche come rinunce implicite, ricorrendone i presupposti – rimane chiaro che quanto si dirà è estendibile alla rinuncia alla prescrizione che abbia le vesti di *riconoscimento successivo*, essendo inibita la rinuncia preventiva.

Si deve rispondere negativamente nel primo caso e positivamente nel secondo. L'opposizione della decadenza da parte dei terzi, consentita dall'art. 2939 c.c., presuppone, infatti, che essa si sia verificata, cioè che il relativo termine sia decorso, cosa che avviene nell'ipotesi di riconoscimento successivo, ma non nel caso di riconoscimento preventivo, proprio perché esso, come già chiarito, impedisce in radice l'operatività del rimedio decadenziale.

Rimane da domandarsi se l'inciso in esame dell'art. 2939 c.c. sia applicabile anche alla *rinuncia preventiva* alla decadenza, che, almeno sul piano dei concetti astratti, è cosa distinta dal riconoscimento impeditivo.

Tale rinuncia è senz'altro ammissibile[114] e si ritiene che l'art. 2939 c.c. si riferisca senza dubbio anche ad essa[115], onde i terzi interessati ben potrebbero avvalersi del rimedio anche in presenza di tale rinuncia da parte del titolare del diritto.

Si impone, tuttavia, una considerazione.

Quando la rinuncia è preventiva (e comprovata), la distinzione con il riconoscimento impeditivo è davvero sottile[116], se non decisamente evanescente: chi rinuncia al termine decadenziale prima del suo verificarsi, è, quantomeno, assai probabile che, a monte ed implicitamente, riconosca come esistente l'altrui diritto, non essendovi altrimenti ragione di rinunziare ad eliminarlo tramite decadenza, se non si assumesse la sua esistenza.

Rimane chiaro che l'affermazione va coordinata con il contenuto concreto (e con la natura) che il riconoscimento impeditivo, di volta in volta, specificamente assume e che può non coincidere con quello di un atto di rinuncia[117]. Sembra,

114 Cfr. Saraceno, P.: "Della decadenza", cit., p. 1052; Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 359; Tedeschi, V.: "Decadenza", cit., p. 789; Pellizzi, G.L.: "In margine al problema della decadenza", cit., p. 848, nt. 11; Ferrucci, R.: "Della prescrizione e della decadenza", cit., p. 569; Molfese, G.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 18. La rinuncia in esame è ammessa anche dalla giurisprudenza (Cass., 24 luglio 1969, n. 2798, *Rep. Foro it*., 1969, voce "Decadenza", n. 3; Cass., 20 maggio 1961, n. 1203, *Giust. civ*., 1961, I, p. 1137), anche in forma libera (Cass., 12 ottobre 1962, n. 2957, *Rep. Foro it*., 1962, voce "Vendita", n. 79; App. Firenze, 23 giugno 1958, *ivi*, 1958, voce "Decadenza", n. 2).

115 Minervini, E.: *La prescrizione ed i «terzi"*, cit., p. 266.

116 Complessa appare ad alcuni la distinzione, nel caso concreto, tra riconoscimento impeditivo e rinuncia preventiva alla decadenza. In argomento, v. Pellizzi, G.L.: "In margine al problema della decadenza", cit., p. 848; Panza, G.: "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 136; Tedeschi, V.: "Decadenza", cit., p. 788; Saraceno, P.: "Della decadenza", cit., p. 1052.

117 Bisogna tuttavia essere molto rigorosi nel saper distinguere concettualmente riconoscimento impeditivo della decadenza, riconoscimento interruttivo della prescrizione e rinuncia implicita alla prescrizione o alla decadenza attuata a mezzo di riconoscimento dell'altrui diritto. E bisogna anche saper distinguere tra

tuttavia, assai probabile che, in un gran numero di casi, chi rinunci preventivamente (e comprovatamente) alla decadenza implicitamente effettui, al contempo, un riconoscimento impeditivo. In questo caso, richiamare l'art. 2939, ultimo inciso, c.c. è sicuramente inappropriato, riguardando esso l'ipotesi nella quale la decadenza – o la prescrizione – si sia verificata (*rectius*: il cui decorso temporale si sia compiutamente realizzato) e non quella, opposta, nella quale essa sia stata impedita.

VII. RINUNZIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA E IRRIPETIBILITA' DI QUANTO CORRISPOSTO IN ADEMPIMENTO DI UN DEBITO PRESCRITTO O "DECADENZIATO".

Occorre ancora domandarsi se l'art. 2940 c.c., secondo il quale "non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto", abbia un qualche rilievo sul terreno della rinunzia alla limitazione temporale, *id est* se si tratti di una esemplificazione concreta, in qualche modo "mascherata", del potere rinunciativo in capo al titolare del diritto ad avvalersene.

Ci si deve, ancora una volta, chiedere a monte, al fine di effettuare eventualmente un ragionamento unitario, se la disposizione sia applicabile alla decadenza. Non si rinviene, infatti, alcuna regola specifica, riguardo al problema, in seno agli artt. 2964 ss. c.c.

Una posizione rigorosa è espressa da chi abbraccia la tesi negativa, predicando la natura eccezionale della norma in oggetto[118]. Vi è chi osserva che dovrebbero comunque essere sottratte all'applicazione dell'art. 2940 c.c. le decadenze c.d. di ordine pubblico, stante la sua eccezionalità rispetto all'art. 2033 c.c.[119]. Altri

riconoscimento e riconoscimento, posto che, ad esempio, quando si discute di riconoscimento dei vizi *ex* art. 1495 c.c., deve essere chiaro che esso rappresenta una figura distinta rispetto all'atto ricognitivo al quale si riferiscono gli artt. 2944 e 2966 c.c. Rinunciare preventivamente alla decadenza dalla garanzia per vizi nella compravendita (rinuncia preventiva), ad esempio, non coincide, di per sé, con il riconoscere tempestivamente l'esistenza di questi (riconoscimento impeditivo). Nell'un caso, si rinuncia, da parte del venditore, ad estinguere il diritto (di garanzia appunto) sottoposto a termine temporale, nell'altro si compie un atto sostanzialmente coincidente, sul piano dei contenuti, con la denuncia pretesa dalla legge (art. 1495 c.c.). Che poi, nella sostanza, il riconoscimento dei vizi (in sé atto non negoziale) confezionato dal venditore possa essere strutturato in maniera tale da contenere *anche* una rinuncia ad avvalersi della decadenza dal diritto di garanzia (in sé atto negoziale) è, all'evidenza, ben altra cosa.
In altri termini, (da ultimo, secondo Cass. 6 ottobre 2022 n. 29055) la rinunzia (in questo caso alla prescrizione, ma il ragionamento è il medesimo per la decadenza) è un atto negoziale che implica la volontà di dismettere definitivamente il proprio diritto alla liberazione di una situazione giuridica soggettiva passiva. Ne consegue, ad ulteriore esempio, che – nel caso trattato dalla Suprema Corte – la mera dichiarazione del proprietario del fondo servente, resa al momento dell'acquisto del bene, avente ad oggetto la conoscenza dell'esistenza della servitù, non vale a integrare rinunzia tacita ad avvalersi della prescrizione del diritto stesso. Ne consegue ancora (Cass. 24 dicembre 2021 n. 41489) che il pagamento in acconto di un debito non implica, di per sé, necessariamente rinuncia alla prescrizione dello stesso. Né equivale a rinuncia la mancata eccezione di prescrizione in giudizio (Cass. 22 marzo 2021 n. 7987).

118 Ferrucci, R.: "Della prescrizione e della decadenza", cit., p. 554; Saraceno, P.: "Della decadenza", cit., p. 1030; Gentile, F.S.: *Prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 612 s.

119 Gerardo, M. e Mutarelli, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 403.

affermano che la prima disposizione potrebbe riguardare solamente i termini decadenziali riferiti a diritti di credito, ai quali corrisponde un obbligo eseguibile in forma di adempimento[120].

La posizione di chiusura è usualmente temperata dalla constatazione che l'adempimento del debito andato incontro a decadenza ben potrebbe configurare, avendone i requisiti di capacità, consapevolezza e volontà, qualcosa di diverso, ovvero proprio – per quanto qui rileva – una rinuncia tacita a farla valere[121].

Si afferma, allora, in sintesi, che "se il debitore poteva rinunciare ad opporre al creditore l'avvenuta decadenza, per il fatto stesso di aver pagato, ha dimostrato di rinunciarvi e non potrà ripetere il pagamento. Se, invece, la rinunzia alla decadenza non è consentita dalla legge, il debitore, avendo pagato indebitamente potrà agire con l'azione di ripetizione dell'indebito"[122].

Ciò è, a nostro avviso, solo in parte condivisibile. La regola racchiusa nell'art. 2940 c.c., infatti, non si fonda, secondo la migliore ricostruzione[123], sul presupposto di una rinuncia tacita da parte del *solvens* ad avvalersi degli effetti della prescrizione debitamente eccepita[124], bensì sulla doverosità sociale e morale dell'obbligazione per la quale *sia stata fatta valere* la prescrizione stessa[125].

120 Tedeschi, V.: "Decadenza", cit., p. 790; Id.: *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 51 ss.; Morlini Galantino, L.: *Le clausole di decadenza nei contratti collettivi*, cit., p. 181; già Magazzù, A.: "Decadenza", cit., p. 237.

121 In questo senso anche Zappulli, C.: "Il libro della tutela dei diritti", in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Società Editrice Libraria, Milano, 1943, 861; Panza, G.: "Decadenza nel diritto civile", cit., p. 140. Sembrano far leva sull'idea della rinuncia tacita al potere di opporre la decadenza, sempre che la materia sia disponibile, Gerardo, M. e Mutarelli, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 399 s.

122 Leban, D.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 563; nello stesso senso, Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 359 s.; v. in argomento anche Ruperto, C.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 646 s.

123 Cfr. Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 427: "se è stata fatta valere la prescrizione, l'adempimento successivo ad essa può essere qualificato come adempimento di un'obbligazione naturale, con conseguente irripetibilità di quanto pagato (2940)". Cfr., per l'autonomia dell'art. 2940 c.c. rispetto alla figura della rinuncia alla prescrizione, Vitucci, P. e Roselli, F.: "La prescrizione", t. I, cit., p. 265.

124 Mette bene in guardia dal confondere i piani applicativi della rinuncia tacita alla prescrizione e dell'adempimento *ex* art. 2940 c.c. Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 136 ss.

125 Cfr. Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 129 ss. Ove la prescrizione non sia stata fatta valere, e dunque il diritto sia solamente suscettibile di andarvi incontro a seguito della puntuale eccezione processuale o stragiudiziale, permarrà un'obbligazione civile [*ex multis*, Cass., 28 maggio 1996, n. 4945; Spina, G.: "I presupposti della prescrizione", in Viola, L. (a cura di): *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 97; Vitucci, P. e Roselli, F.: "La prescrizione", cit., p. 265], onde il pagamento non sarà ripetibile, semplicemente, perché dovuto. Medesimo ragionamento può riproporsi rispetto alla decadenza: solamente se fatta valere essa conduce alla qualificazione dell'adempimento del credito andatovi incontro in termini di obbligazione naturale. In entrambi i casi, infatti, l'estinzione temporale della situazione giuridica soggettiva è procedimentale e si perfeziona all'esito della relativa eccezione processuale, essendo, prima di tale momento, detta situazione semplicemente «decadenziabile". Pertanto, ove nel testo si fa riferimento a situazioni soggettive *andate incontro a decadenza*, si intenderà riferirsi a decadenze *prodottesi e fatte valere*, dovendosi poi leggere quest'ultima espressione come riferita alla sola fase costitutiva consistente nel sollevare l'eccezione (di decadenza appunto), senza la necessità di attendere la pronuncia giudiziale che la accolga (fase integrativa dell'efficacia): per questi concetti, in riferimento alla prescrizione, v. ancora Lepore, A *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 140 ss., il quale correttamente osserva che medesimo ragionamento vale rispetto all'eccezione stragiudiziale di prescrizione, ma con orientamento che ci sentiamo di estendere, ancora una volta, alla decadenza. Se tutto ciò è vero, non vi sarebbe motivo di negare, ad esempio, l'applicabilità alla decadenza anche della regola racchiusa nell'art. 1242, comma 2, c.c., secondo la quale la

La domanda è, allora, diversa: non importa tanto se il *solvens*, adempiendo, abbia o meno inteso rinunciare alla prescrizione o alla decadenza (e, *ab origine*, se potesse farlo) quanto comprendere se la prestazione oggetto di un'obbligazione andata incontro alla stessa prescrizione o decadenza (fatta giudizialmente valere) sia da ritenersi socialmente o moralmente dovuta, e pertanto irripetibile, una volta eseguita (art. 2034 c.c.). E la risposta, con la migliore dottrina, sembra dover essere, come anticipato, positiva.

Posto così correttamente il quesito, rimane meno significativo anche chiedersi se sia o meno applicabile l'art. 2940 c.c. a tale prestazione corrisposta a fronte di un'obbligazione "decadenziata"[126]: se detta prestazione è da ritenersi moralmente o socialmente dovuta, essa sarà irripetibile, una volta spontaneamente eseguita, già ai sensi dell'art. 2034 c.c.

Non si vede, per altro verso, il motivo di riconoscere il carattere di obbligazione naturale al credito caduto in prescrizione e negarla a quello andato incontro a decadenza, nel senso anzidetto: la comune matrice funzionale, qui condivisa e sostenuta a più riprese, delle due limitazioni temporali in esame, non induce a ritenere altrimenti; la loro operatività procedimentale – tale per cui si può parlare di estinzione della situazione giuridica alla quale esse afferiscono, in genere, solamente all'esito della loro eccezione[127] – conferma tale assunto.

prescrizione compiuta (da intendersi, dunque, come eccepita), quando si è verificata la coesistenza di due debiti, impedisce la compensazione (sulla quale, rispetto alla prescrizione, v. Troisi, B.: *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 124).
Il meccanismo estintivo illustrato opera diversamente riguardo alle decadenze c.d. di ordine pubblico, rilevabili d'ufficio (art. 2969 c.c.), rispetto alle quali, come si è chiarito (Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 72 ss.), il fenomeno estintivo in esame opera *ipso iure*. Rispetto a queste, il momento nel quale l'obbligazione civile "degrada" ad obbligazione naturale retrocede alla data dello spirare del termine decadenziale. La notazione, tuttavia, non si presta a rappresentare un ostacolo alla ricostruzione unitaria della prescrizione e della decadenza qui proposta: come si è visto (v., Id., *ivi*, § 9.4), vi sono anche ipotesi, nell'ordinamento, di prescrizioni rilevabili ufficiosamente. Dunque, deve ritenersi che ognuna di queste figure, comunque denominata, se fondata su interessi attuativi di valori fondamentali (v., Id., *ivi*, § 8.2), è opportunamente rilevabile d'ufficio, a mezzo di un'iniziativa giudiziale meramente accertativa. Se questo criterio, già operante, fosse esplicitamente generalizzato, si addiverrebbe, per questa via, alla coesistenza normativa di limitazioni temporali "d'ordine pubblico" (sul corretto significato da attribuire all'espressione, v., Id., *ivi*, § 8.2), in quanto tali valevoli automaticamente, e limitazioni temporali "altre", che si perfezionano solamente a mezzo di un'eccezione giudiziale o stragiudiziale (ma anche in via di azione), il cui accertamento in giudizio ne comporta solamente la retroattiva conferma. Le prime, a differenza delle seconde, indurrebbero a ricondurre l'adempimento del credito estinto per decorso del tempo nell'alveo dell'obbligazione naturale (v., comunque, Id., *ivi*, p. 238, nt. 529) al solo spirare del termine, unitamente all'inerzia del soggetto onerato dell'atto c.d. "antagonista" (diremmo: interruttivo o impeditivo, a seconda dei casi). La proposta "risistemazione" delle limitazioni temporali fondate sull'inerzia del titolare poggia solidamente sull'emersione – che progressivamente si sta cercando di delineare – dell'unico ragionevole criterio selettore della disciplina adeguata rispetto ad esse: la rilevanza ordinamentale dell'interesse che le giustifica.

126 In favore dell'applicabilità, che, di là dal ragionamento svolto nel testo, non vi è ragione di negare, milita il solito argomento *a contrario*: "in senso favorevole è possibile considerare che il legislatore se avesse voluto escludere l'applicabilità dell'art. 2940 c.c., lo avrebbe detto specificamente, così come è avvenuto con riferimento alla disciplina dell'interruzione e della sospensione (art. 2964 c.c.)": così Gallo, P.: "Commento all'art. 2944 c.c.", cit., p. 838 s. Per l'applicabilità della disposizione alla decadenza v. anche M. Buffoni, *La decadenza in generale*, cit., p. 448, ove precisazioni.

127 Sulla natura procedimentale, tanto della decadenza, quanto della prescrizione si v. Virgadamo, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, cit., p. 93 ss.

In definitiva, può affermarsi *la regola generale dell'irripetibilità di quanto spontaneamente pagato in adempimento di un debito di cui sia stata fatta valere l'estinzione dovuta allo spirare del suo termine temporale, comunque denominato (di prescrizione o di decadenza), connesso all'inerzia del titolare, in forza del carattere di obbligazione naturale riconoscibile al pagamento del debito prescritto o "decadenziato"*.

Alla luce di ciò, qualificare tale pagamento come *rinuncia tacita* al potere di avvalersi della prescrizione o della decadenza è operazione priva di senso: pagando il debito prescritto, o "decadenziato", il soggetto non è certo animato dallo spirito di rinunciare al rimedio temporale (*rectius*: è irrilevante che lo sia), ma da quello di adempiere ad un dovere morale o sociale (*rectius*: così la legge qualifica il suo adempimento spontaneo).

L'eventuale rinuncia, peraltro, sarebbe strutturalmente e cronologicamente impossibile, posto che, per presupposto qui accolto del ragionamento condotto, l'applicazione dell'art. 2940 c.c. postula il fatto che la prescrizione o la decadenza *siano state già fatte valere*, il che consuma, all'evidenza logica, il potere di rinunzia ad avvalersene: prima di avvalersi della prescrizione o della decadenza, si può solo rinunziarvi e non ricorrere all'art. 2940 c.c.; dopo essersene avvalsi, si può solo ricorrere all'art. 2940 c.c. e non rinunziare alla prescrizione o alla decadenza[128].

VIII. LA REVOCA DELLA RINUNCIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA.

Si deve porre, da ultimo, il tema spinoso dell'ammissibilità della revoca della rinunzia alla prescrizione o alla decadenza.

Senza dubbio, va esclusa l'efficacia di ogni revoca unilaterale della rinunzia alla prescrizione o alla decadenza se la rinunzia stessa è stata fatta contrattualmente e rappresenta un vincolo bilaterale nel quale la controparte sia interessata ai suoi effetti, perché, ad esempio, riallacciati, sinallagmaticamente, a concessioni reciproche in seno alle quali la rinuncia stessa è intercalata. In tale ipotesi, non si tratterebbe di revocare la rinunzia, ma di modificare le condizioni contrattuali nella parte in cui il soggetto ha dismesso il diritto, conferendo, in tal senso, un correlativo vantaggio alla controparte[129].

128 In tal modo si prevengono, tra l'altro, complessi e articolati ragionamenti sulla coesistenza, come visto scongiurata, tra art. 2940 c.c. e rinuncia alla limitazione temporale nell'ipotesi di pagamento parziale del debito per il quale sia trascorso il termine di prescrizione (aggiungeremmo: o di decadenza), coesistenza che costringe a scomodare la c.d. pluriqualificazione del fatto giuridico (cfr. Nuzzo, G.D.: "La rinuncia alla prescrizione", cit., p. 182).

129 Poco utile appare il ricorso, pur proposto [da ultimo, Nuzzo, G.D.: "La rinuncia alla prescrizione", in Viola, L. (a cura di): *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 143], al collegamento negoziale per spiegare l'impatto, a livello contrattuale, dell'eventuale rinuncia alla prescrizione contenuta in un contratto, per giustificarne comunque la natura unilaterale (*i.e.*: si tratterebbe di un negozio che manterrebbe la sua natura unilaterale, pur se contenuto in uno schema bilaterale). Se il concreto assetto degli interessi costringe a ricorrere,

Ovviamente, ove il soggetto *non abbia rinunziato, ma si sia solo obbligato contrattualmente a rinunziare* alla limitazione temporale, e abbia poi unilateralmente operato la rinunzia fatta in adempimento del precedente contratto, la revoca successiva di questa sarebbe efficace e rappresenterebbe un mero inadempimento contrattuale.

Lo stesso dovrà dirsi ove il dovere di rinunziare al rimedio temporale sia inteso come obbligo, non di compiere positivamente un autonomo atto successivo di rinunzia, ma semplicemente di *non facere*, cioè di non opporre, giudizialmente o stragiudizialmente, il rimedio e la parte obbligata, poi, invece effettui l'opposizione.

Posto quanto sopra, per il resto la revoca della rinunzia alla prescrizione è fuori discussione se preventiva allo spirare del termine di prescrizione, posto che la stessa rinunzia è vietata in tal caso (art. 2937 c.c.), mentre il vero problema si pone in merito alla revoca della *rinunzia preventiva* allo spirare del termine di decadenza e della *rinunzia successiva* alla prescrizione o alla decadenza (*rectius*, ancora una volta, allo spirare dei relativi termini).

Il tema rilevante è di teoria generale, cioè quello della revoca della rinunzia nel diritto privato, tema scandagliato con attenzione dalla dottrina più sensibile, con esiti, a dire il vero, assai altalenanti.

La posizione di chiusura è sposata dalla prevalente, per quanto per lo più datata, giurisprudenza[130] e da chi ritiene contraddittorio affermare la costante natura di negozio giuridico unilaterale non recettizio della revoca, poiché un atto

in soccorso all'interprete, alla figura del collegamento tra negozi, non si vede perché non ammettere, in maniera decisamente più lineare, che la struttura della rinuncia è sintonica all'assetto (bilaterale) degli interessi concretamente in gioco.
Va precisato che la necessaria bilateralità della revoca della rinuncia alla prescrizione o alla decadenza contrattualmente stabilita nel contesto di una reciprocità di interessi in gioco, accennata nel testo, non poggia sulla fragile idea della c.d. simmetria tra fatto costitutivo e fatto estintivo, autorevolmente confutata da tempo (Perlingieri, P.: *Il fenomeno*, cit., p. 19 ss.), ma, come insegnato dalla medesima dottrina, sulla sussistenza di un interesse, in capo al destinatario della rinuncia stessa, a realizzare il suo effetto estintivo oppure ad evitarlo, se calata in un rapporto di vicendevoli concessioni tra loro interdipendenti. Là dove, invece, la rinuncia sia interna ad un contratto, ma non legata sinallagmaticamente ad una controprestazione (c.d. rinuncia non corrispettivata), o comunque ad uno specifico ed ulteriore interesse del destinatario, in effetti, essa manterrà la sua struttura unilaterale, avendo il contratto solamente il ruolo di contenitore, come pur può accadere, di un atto, in sé stesso, unilaterale. La rinuncia sarà allora revocabile fin tanto che essa, contenuta nella proposta contrattuale, non giunga, unitamente al resto dei contenuti della proposta, nella sfera di conoscibilità del destinatario (artt. 1334, 1335 c.c.), mentre la proposta, per il resto, sarà revocabile, come da regola generale, finchè il contratto non è concluso (art. 1328 c.c.), tranne che non si tratti di una proposta di contratto con obbligazioni del solo proponente, onde tanto la rinuncia alla prescrizione o alla decadenza quanto la proposta che la contiene saranno irrevocabili sol che giunte nella sfera di conoscibilità del destinatario (art. 1333 c.c.).

130 Cass. 5 febbraio 1969 n. 387, *Foro it*., 1969, I, c. 1878; Cass. 22 marzo 1962 n. 592, *ivi*, 1962, voce cit., c. 1572, n. 1; Cass. 24 ottobre 1961 n. 2355, *Rep. Foro it*., 1961, voce *Rinunzia in genere*, c. 2270, n. 2; App. Firenze 2 ottobre 1951, in *Giur. tosc*., 1952, p. 47.

non recettizio, esplicando immediatamente i suoi effetti dismissivi, non potrebbe essere ormai intaccato da altro *contrarius actus*[131].

Si fa leva ora sulla mancanza di ogni indice normativo della revocabilità della rinunzia[132], ora sulla natura eccezionale[133] o addirittura "anomala"[134] delle disposizioni che prevedono un potere di revoca di atti rinunciativi, sicchè la regola generale sarebbe quella della loro irrinunciabililtà.

Altri Autori[135], in senso diametralmente opposto, ammettono la revoca della rinunzia fin tanto che essa non giunga a conoscenza dei terzi che ne possano approfittare ed altri[136] ancora ritengono che la rinunzia sia in radice revocabile fino al momento in cui il diritto cui si riferisce non sia stato "appreso" dai suindicati terzi.

In punto di ragionamento, si potrebbe, in effetti, predicare la tesi della revocabilità della rinuncia fino a quando la parte interessata ad approfittare degli effetti della rinuncia medesima non vi abbia aderito. Il fatto che la rinunzia sia sovente considerata, con una certa generalizzazione[137], atto non recettizio e

131 Iaccarino, G.; *La rinuncia*, cit., p. 181 ss., il quale però si orienta diversamente (e condivisibilmente) rispetto, nello specifico, alla rinuncia alla prescrizione, affermandone il carattere recettizio. Ciò posto, la posizione generale dell'Autore sembra seguire quella di Piras, S.: *La rinunzia nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1940, p. 143; Romano, S.: *La revoca degli atti giuridici privati*, Cedam, Padova, 1935, p. 300 ss.; Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 87.

132 Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 87.

133 G. Iaccarino, *La rinuncia*, cit., il quale cita gli artt. 15, 587, 1396, 1723 c.c.

134 In riferimento all'art. 525 c.c., Cicu, A.: *Successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 203; Giannattasio, C.: *Delle successioni*, in *Comm. cod. civ. Utet*, I, Utet, Torino, 1971, p. 240 ss.; Bozzi, A.: voce "Rinunzia (Dir. pubbl. e priv.)", *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, vol. XV, 1968, p. 1147; Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 90, nt. 191, onde se ne ricava che non sarebbe corretto estenderne la portata applicativa ad altre ipotesi.

135 Stolfi, G.: "In tema di revocabilità della rinuncia", *Foro it.*, 1933, I, c. 758, il quale ricorda correttamente che, se si accogliesse la tesi della non recettizietà della rinuncia, senza se e senza ma, si ammetterebbe che sia dismesso un diritto anche quando il titolare abbia confezionato uno scritto rinunciativo rimasto solo nelle sue mani.

136 Moscarini, L.V.: voce "Rinunzia (dir. priv.)", in *Enc. dir. Treccani*, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991, p. 1 ss.; in giurisprudenza, sembra così ragionare Cass., 14 luglio 1950, n. 1924, *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 282.

137 La natura generalmente non recettizia della rinuncia è sostenuta dall'opinione prevalente: Macioce, F.: voce "Rinuncia (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 6; Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 86 ss. (sia pur con distinzioni); Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1952, p. 145; Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico*, Morano, Napoli, s.d., p. 145; più recentemente, Magri, G.: *La prescrizione*, Esi, Napoli, 2019, p. 368; in giurisprudenza, Cass. 20 dicembre 1974, n. 4382, *Giust. civ.*, 1975, I, p. 74; Cass., 20 aprile 1965, n. 761, *Rep. Giust. civ.*, 1958, *Servitù*, n. 72; Cass., 26 giugno 1961, n. 1531, *Rep. Foro it.*, 1961, *Rinunzia*, n. 8; in tempi più vicini, e proprio con riguardo alla rinuncia alla prescrizione, Cass., 15 giugno 2009, n. 13870.
Sembra, tuttavia, doversi preferire la tesi secondo la quale la rinuncia è, in generale, recettizia, tutte le volte in cui vi sia uno specifico soggetto munito di un interesse meritevole di tutela alla sua conoscenza. In tal senso, la risalente, ma illuminante, Cass., ord. 21 maggio 1932, *Foro it.*, 1933, I, c. 756, con nota adesiva di Stolfi, G.: "In tema di revocabilità della rinuncia", cit., c. 758, le cui considerazioni, in parte poco sopra riportate, appaiono complessivamente condivisibili e ancora attuali. *Ove vi fossero* specifici interessati – condomino, titolare del fondo servente o ipotecato, debitore, contitolare del muro in comunione, o di quota di comproprietà, ecc. – cioè quelle persone "che, in via di eccezione, potrebbero eventualmente opporre la loro liberazione nel caso il rinunciante volesse far valere il diritto rinunciato", essa avrebbe effetto dal momento in cui è portata a conoscenza (*rectius*: nella sfera di conoscibilità) di costoro.

che l'effetto abdicativo sia dunque ritenuto immediato, non significa che esso lo sia (immediato) per tutti i soggetti e che sia anche irretrattabile. Si potrebbe congetturare che l'art. 525 c.c., lungi dall'essere semplicemente disposizione "anomala", potrebbe richiamarsi proprio come paradigma della regola per la quale ogni atto abdicativo – o impeditivo di un acquisto, come è in effetti quello di cui alla disposizione richiamata[138], ma il punto ora non rileva – è revocabile fin tanto che altri non abbiano approfittato delle conseguenze per loro favorevoli dell'atto *stesso, in assenza, si badi bene, di conseguenze sfavorevoli per detti terzi.*

Vero è che la rinuncia alla prescrizione o alla decadenza non è una fattispecie direttamente estintiva dell'obbligazione (come lo è, ad esempio, la remissione del debito) ed in ciò somiglia assai più alla rinuncia al credito (fattispecie abdicativa, ma non per forza estintiva dell'obbligazione) e tuttavia essa (la rinuncia alla prescrizione o alla decadenza) incide sull'azionabilità del diritto potestativo di avvalersene, eliminandolo e con ciò facendo sorgere in capo al titolare del diritto temporalmente limitato il correlato potere di opporre in giudizio tale estinzione. La relazionalità e l'intreccio delle situazioni giuridiche soggettive in esame, l'effetto abdicativo-estintivo del diritto potestativo di avvalersi della limitazione temporale e la stretta correlazione con la venuta a esistenza di un potere di avvalersene in capo al titolare del diritto temporalmente limitato inducono senza remore a discutere, anche se non di bilateralità dell'atto, almeno in astratto, quantomeno di sua generale recettizietà. Così sembra orientarsi correttamente, rispetto al caso specifico della rinuncia alla prescrizione, Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 558; già Auricchio, A.: *Appunti sulla prescrizione*, cit. p. 86 ss.; *contra*, tra gli altri, Vitucci, P. e Roselli, F.: *La prescrizione*, cit., p. 228 s., ricevendo l'eventuale destinatario della rinuncia solamente un vantaggio (ma valga quanto argomentato sopra).

In effetti, predicare la struttura elastica (dipendente dalla presenza di contro-interessati o interessati determinati, cosa del tutto frequente) della rinuncia, in punto di recettizietà, sembra consonante con la corretta ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive in chiave dinamica e relazionale, lettura in forza della quale la posizione di un soggetto può delinearsi solo nel contesto del suo rapporto con l'altro, onde anche la rigida contrapposizione tra situazioni solamente attive e solamente passive, e tra atti strutturalmente unilaterali e strutturalmente bilaterali *ex ante*, appare decisamente forzata. Cfr. Perlingieri, P.: *Il fenomeno*, cit., p. 83 ss. La tesi della rigida non recettizietà, invece, è "il precipitato della classica concezione che appiattisce l'atto di rinuncia sull'effetto meramente abdicativo; e della connessa irrilevanza degli ulteriori effetti derivanti dal negozio dismissiovo e indicati – *n.d.a.*: un po' sbrigativamente – come mediati e/o riflessi" (Follieri, L.: *La proprietà insostenibile*, Esi, Napoli, 2022, p. 140 ss.). In quest'ottica, anche la rinuncia alla proprietà, con conseguente acquisizione allo Stato appare di carattere recettizio: "difficile negare che la rinuncia alla proprietà immobiliare incida nel patrimonio dello Stato e coinvolga gli interessi di questo (e della collettività), con la conseguenza che si tratta di atto unilaterale che deve considerarsi recettizio; e deve, quindi, essere reso noto al soggetto pubblico, che è senz'altro *interessato* dalla manifestazione negoziale di carattere dismissivo esternata dal rinunciante".

Per una visione della natura della rinuncia che guardi ai suoi concreti effetti sulla sfera giuridica dei terzi, v. già Sicchiero, G.: voce "Rinuncia", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civile, Utet, Torino, 1998, IV edizione, XVIII, p. 655; Id., voce "Rinuncia", *Dig. Disc. Priv. appendice di aggiornamento*, Utet, Torino, 2014, IX, p. 608. In generale, per la natura recettizia dei negozi unilaterali destinati a operare nella sfera giuridica dei terzi, anche in via mediata, v. Donisi, C.: *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, Napoli, 1972, p. 357; Astone, A.: *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 278 ss.; con sfumature sulla portata soggettiva della recettizietà, Montecchiari, T.: *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 216. Autorevolmente, si esprime per la recettizietà, rispetto alla rinuncia all'usufrutto, Nicolò, R.: "Dell'usufrutto" in *Commentario del codice civile* (diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi), *Libro della proprietà*, 1942, p. 702. Nella direzione qui preferita, v., *de facto*, il Parere di massima dell'Avvocatura Generale dello Stato del 14 marzo 2018, che, richiamando peraltro buona fede e principio di leale collaborazione, "suggerisce al Ministero della Giustizia…di invitare i Consigli Notarili ad adoperarsi affichè i propri iscritti che riceveranno (o abbiano ricevuto) atti di rinuncia alla proprietà immobiliare verifichino che ne sia data comunicazione al competente ufficio dell'Agenzia del Demanio, al fine di consentire a quest'ultimo di adottare tutte le iniziative ritenute opportune anche a tutela della pubblica incolumità". Si v. anche la nota dell'Ufficio Centrale degli Archivi Notarili presso il Ministero della Giustizia del 15 marzo 2018, che richiede al rinunciante di fare comunicazione del proprio atto. Un commento intelligente in Follieri, L.: *La proprietà insostenibile*, cit., p. 146.

138 *Ex multis*, nella manualistica più autorevole, in chiave generale, Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 452, 454, 466 e 467;

Nel nostro caso, la revoca della rinuncia alla prescrizione o alla decadenza sarebbe ammissibile, così ragionando, fin tanto che il soggetto interessato a far valere la rinuncia stessa (il titolare del diritto sottoposto a limitazione temporale) non l'abbia, in vario modo, opposta al rinunziante, ad esempio, "aderendovi" e rendendo in tal modo irrevocabile, secondo lo schema dell'art. 1411 c.c., applicabile al nostro caso in forza dell'art. 1324 c.c., la "stipulazione" in suo favore.

In altri termini, come la prescrizione e la decadenza opererebbero in modalità procedimentale – e il diritto può dirsi prescritto o decadenziato solamente quando la parte interessata abbia approfittato del rimedio – così detto diritto potrebbe dirsi, in modo irretrattabile, *relativamente non più prescrittibile o decadenziabile* quando la parte a ciò interessata abbia approfittato della rinuncia ad esso (salva, ovviamente, la decorrenza di un nuovo termine di prescrizione: v., *infra*, § IX). Il "relativamente" sarebbe d'obbligo, posto che i terzi, *ex* art. 2939 c.c., sono sempre in grado di far valere la limitazione temporale per espressa, e ragionevole, scelta del legislatore.

Tuttavia, sembra più persuasiva e lineare l'idea che la rinuncia alla prescrizione e alla decadenza siano il più delle volte atti recettizi, in quanto aventi almeno un destinatario determinato e – se non frutto di un ipotetico accordo a favore di terzo tra il titolare della situazione passiva di un rapporto (rinunciante alla prescrizione o alla decadenza) e altro soggetto (stipulante) interessato ad ottenere tale rinuncia a favore del terzo stesso (titolare della situazione attiva) – *revocabili fino a quando non siano portati nella sfera di conoscibilit*à di costui, ai sens*i della combinata lettura degli artt. 1333, comma 1* e *1335 c.c.* e, infine, salvo casi particolari, non rifiutabili[139].

Se tutto ciò è vero, ben potrà revocarsi la *rinuncia preventiva* allo spirare del termine di decadenza, ove sia ammissibile la stessa rinunzia (cioè in materia

139 Il secondo comma dell'art. 1333 c.c., contemplante il potere di rifiuto, non sembra invocabile rispetto alla rinuncia alla prescrizione o alla decadenza. Questa rinuncia è infatti sì, di base, un negozio unilaterale abdicativo recettizio, coinvolgendo la posizione di un terzo, divenuto, a seguito della rinuncia, titolare del potere di opporla al rinunziante. Tuttavia, non si tratta di negozio rifiutabile, essendo il diritto di rinunciare alla limitazione temporale conferito direttamente dalla legge (art. 2937 e 2968 c.c.) e espressione, pertanto, esso stesso di un diritto potestativo (il contraltare, in negativo, del potere di opporre la limitazione temporale), rispetto al quale la controparte si trova in situazione di mera soggezione. Mentre, dunque, il primo comma dell'art. 1333 c.c. risulta applicabile secondo adeguatezza – il rinunziante non assume obbligazioni, ma compie un atto comunque vantaggioso per la controparte: per una lettura ampliativa, rispetto alle mere "obbligazioni" del solo proponente, della norma richiamata v. Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 869 ss.– oltre che in forza dell'art. 1324 c.c., il secondo comma della disposizione risulta inapplicabile per ragioni logiche e di compatibilità normativa: non si può predicare la rifiutabilità di un atto che è espressione dell'esercizio di un diritto potestativo altrui. Per la stessa conclusione, di là dagli argomenti, D'Avanzo, W.: "Della prescrizione", in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'amelio e E. Finzi, VI, *Della tutela dei diritti*, Editore Barbera, Firenze, 1943, p. 947 ss.; *contra* Moscarini, L.V.: *I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 54; Bianca C.M., *Diritto civile*, VII, cit., p. 551. L'unico caso nel quale sembra sussistere il potere di rifiuto è evidentemente quello di proposta di contratto avente quale contenuto o parte del contenuto la rinuncia alla prescrizione o alla decadenza dietro corrispettivo, ipotesi nella quale sussiste un interesse della controparte da tutelare. Tuttavia, in tale ipotesi, invocare l'art. 1333, comma 2, c.c. risulta ancora improprio, essendo evidentemente al di fuori dell'ipotesi di contratto con obbligazioni del solo proponente.

"disponibile"). Allo stesso modo illustrato, sarà possibile revocare la *rinunzia successiva* allo spirare tanto del termine di prescrizione quanto di quello di decadenza (in materia "disponibile"), *se la limitazione temporale non sia stata frattanto fatta valere da terzi*[140], posta la chiarita natura di diritto "prescrizionabile" o "decadenziabile", ma non prescritto o "decadenziato", della situazione giuridica soggettiva in una simile ipotesi: non essendosi ancora prodotto l'effetto estintivo proprio della limitazione temporale, l'eventuale revoca della rinunzia sarebbe tempestiva, cioè priverebbe quest'ultima dei suoi effetti, senza intaccare eventuali situazioni soggettive di terzi, che mai hanno fatto propri in alcun modo i vantaggi del negozio rinunciativo.

IX. EFFETTI DELLA RINUNCIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA. IL ROMPICAPO DELLA "RIDECORRENZA" DELLA (SOLA) PRESCRIZIONE SUCCESSIVA ALLA RINUNCIA.

Volgendo l'attenzione agli effetti della rinuncia alla limitazione temporale, proveremo a fornire alcune conclusioni raggiungibili, allo stato dell'arte, su aspetti rilevanti di varia natura, per dedicare poi l'attenzione al problema fondamentale, irrisolto o risolto ad oggi in modo ancora poco nitido, della sorte del diritto dopo la rinuncia stessa.

140 Si allude, evidentemente, alla possibilità – che non deve essersi verificata perché il rinunziante possa revocare la rinunzia con qualche effetto concreto – che un terzo abbia fatto frattanto valere la prescrizione o la decadenza *ex* art. 2939 c.c., con effetti estintivi del diritto anche verso il rinunziante. Se ciò dovesse avvenire, è evidente che il rinunziante non potrebbe più revocare alcunché, essendosi ormai definitivamente prodotto l'effetto estintivo proprio della limitazione temporale: la revoca sarebbe, cioè, intempestiva (o semplicemente inutile), se è vero che la prescrizione e la decadenza fatte valere dal terzo *ex* art. 2939 c.c. producono un effetto estintivo del diritto anche in confronto al loro titolare. Cfr., sull'effetto ritenuto totalmente estintivo dell'opposizione della prescrizione – *noi aggiungeremmo, così ragionando – così come la decadenza*, da parte del terzo, peraltro, secondo l'Autore, *anche se questi agisca per la tutela di un diritto di estensione minore rispetto a quello del titolare della situazione giuridica temporalmente limitata*, Minervini, E.: *La prescrizione ed i «terzi"*, cit., p. 234. Infatti, si ritiene che il terzo che faccia valere la prescrizione o la decadenza possa farlo nel limite della tutela del proprio interesse, per proteggere il quale la disposizione codicistica (art. 2939 c.c.) è stata pensata, onde, ad esempio, se il debitore ha rinunciato alla prescrizione di un debito pari a 100, il terzo, creditore del debitore, potrebbe farla valere solo nei limiti di 50, se 50 è il suo credito verso il rinunziante: cfr. Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 581; in giurisprudenza, Cass., 20 febbraio 1976, n. 567, *Foro it*., 1977, I, c. 196.
L'ipotesi considerata solleva il quesito generale relativo all'ammissibilità di una *rinuncia* alla prescrizione e alla decadenza da parte del soggetto passivo del rapporto *solo per una parte* (diremmo l'altra parte, quella non "colpita" dall'opposizione della prescrizione da parte del terzo) del diritto per il quale sia decorso il termine prescrizionale o decadenziale: nell'esempio fatto, il debitore potrebbe rinunciare al residuo credito di 50, rispetto al quale il terzo non ha fatto valere, né avrebbe potuto far valere, la prescrizione (v., per il dibattito rilevante alla base del ragionamento, Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 563 ss.; per la nostra posizione, di apertura, v., *infra*, § IX). L'ipotesi è discussa, così come, per l'effetto, va ventilata (e per noi ammessa) la possibilità di una *revoca della rinunzia* alla limitazione temporale *solo per la parte* del diritto per il quale il terzo non abbia opposto la limitazione temporale stessa. Lascia invero pensare l'idea dell'irrinunziabilità *in toto* della limitazione temporale e dell'irrevocabilità *in toto* di tale rinunzia, una volta ammessa (come si deve, a parere di chi scrive) e verificatasi l'opposizione "*solo parziale*" di detta limitazione da parte del terzo, *rectius* riferita ad una sola parte del diritto per il quale è decorso il termine di prescrizione o di decadenza.

Deve ritenersi, con la migliore dottrina[141], che la rinuncia alla prescrizione o alla decadenza possa anche essere parziale, cioè operata solamente per una "parte" del diritto temporalmente limitato. Così, ad esempio, se il credito rispetto al quale è decorso il termine di prescrizione è pari a 100, si potrà parzialmente adempiere, per 50, in tal modo, se l'interpretazione dell'atto lo consente, rinunciando implicitamente alla prescrizione per la sola parte adempiuta e non per l'intero.

L'idea, pur sostenuta[142], che sia possibile solo una rinuncia totale, sconta una visione dell'atto abdicativo come riferito al fatto (decorso del tempo), come tale non frazionabile, là dove essa ha ad oggetto il diritto di avvalersene, di per sé esercitabile anche in modo parziale, come lo sarebbe, di base, ogni altro diritto, di credito o reale, ai quali peraltro, si può rinunciare, pacificamente, anche in parte. Similmente, rinunciare a far valere la prescrizione del capitale, pagandone l'ammontare, non equivale – salva una diversa interpretazione della volontà tacita del rinunziante-adempiente legata a peculiarità del caso concreto – a rinuncia a far valere la prescrizione relativamente agli interessi, come la migliore dottrina[143] e la più attenta giurisprudenza[144] ammettono, sia pur non senza forti contrasti[145].

La rinunzia alla prescrizione o alla decadenza non ha effetti, in linea di massima, sulle garanzie del diritto temporalmente limitato, come puntualmente rilevato dalla dottrina più attenta[146]: i terzi garanti, se ritengono di doversi liberare dalla garanzia, dovranno far valere la prescrizione, ad esempio, del debito principale, *ex* art. 2939 c.c.

Solamente ritenendo il diritto per il quale si è compiuto il tempo di prescrizione o di decadenza immediatamente estinto, come da noi criticato, si può giungere ad una diversa conclusione: il diritto, ad esempio un credito, si estinguerebbe, in quest'ottica, con tutte le sue garanzie per solo decorso del tempo di prescrizione; la rinunzia del debitore alla prescrizione lo farebbe rinascere, con tutte le sue garanzie; il terzo garante, avvalendosi della prescrizione *ex* art. 2939 c.c. dopo la rinunzia del garantito, estinguerebbe la garanzia, ma non il diritto garantito[147].

141 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 552; Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 564; Costantini, C.: "La rinuncia alla prescrizione", in Monateri, P.G. e Costantini, C.: *La prescrizione*, cit., p. 206.

142 Romano, S.: *Note sulle obbligazioni naturali*, Sansoni Editore, Firenze, 1945, p. 70.

143 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 552.

144 Cass., 21 ottobre 2010, n. 21620; Cons. Stato, 21 giugno 2006, n. 3724; Cass., 3 dicembre 1997, n. 13097, *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 752.

145 Cass., 15 marzo 2007, n. 6047, *Foro it.*, 2008, I, c. 237; Cass., 20 settembre 1991, n. 9800; Cass., 4 ottobre 1991, n. 10336.

146 Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, citt., p. 584.

147 Sviluppa questa congettura, per criticarla e giungere alle conclusioni di cui al testo, Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 584.

Dal punto di vista soggettivo, la rinuncia alla prescrizione e alla decadenza non ha effetto verso i terzi interessati a valersi del rimedio temporale *ex* art. 2939 c.c., ma la disposizione va coordinata con l'art. 1310 c.c., onde invece essa, se operata dal debitore nei riguardi di uno dei creditori, esplicherà i suoi effetti favorevoli nei confronti degli altri concreditori in solido[148].

La stessa dottrina individua anche il caso, ritenuto peculiare, della rinuncia alla prescrizione della servitù operata dal titolare del fondo servente a vantaggio di un solo contitolare del fondo dominante, la quale, per principio generale, opererebbe anche riguardo agli altri.

In verità, tuttavia, sembra doversi affermare che la rinuncia alla limitazione temporale opera per buona regola generale *erga omnes*, in quanto atto abdicativo e pertanto eliminativo sul piano della modifica della realtà giuridica, di una situazione giuridica soggettiva (il diritto di estinguere l'altrui diritto), sia pur destinato a soggetto determinato di un rapporto. Semmai, i terzi non toccati da tale abdicazione sono solamente coloro i quali potrebbero avere interesse ad opporre la prescrizione o la decadenza, e ciò in forza di una speciale previsione che il legislatore, opportunamente, ha non a caso sentito la necessità di inserire (art. 2939 c.c.).

È questa la ragione per la quale la rinuncia alla limitazione temporale fatta dal debitore esplica i suoi effetti verso i creditori in solido, ma non verso i debitori in solido (art. 1310, comma 3, c.c.), poiché i secondi, ma non i primi, sono potenzialmente interessati ad opporre ancora la limitazione temporale. I debitori in solido, pertanto, possono continuare ad opporre la prescrizione o la decadenza rinunziate dal condebitore in forza della combinata lettura degli artt. 1310, comma 3, c.c. e 2939 c.c. (che enucleano una regola particolare di irrilevanza soggettiva della rinuncia); i concreditori ne traggono giovamento, così come i contitolari del fondo dominante, non raggiunti dalla rinunzia, semplicemente, per la sua efficacia abdicativa – salvo l'art. 2939 c.c. – *erga omnes* (l'art. 1310 c.c., riguardo ai concreditori, rappresenta una specificazione, sotto questo profilo, della regola generale di valenza *erga omnes* della rinuncia).

Non per ultimo, è appena il caso di osservare che la rinuncia alla prescrizione non avrà influenza alcuna sulla decadenza, che non dovrà intendersi automaticamente rinunciata anch'essa, tranne che dall'interpretazione complessiva della volontà negoziale del rinunciante non si evinca altrimenti. La rinuncia alla prescrizione, cioè, non contiene di per sé una rinuncia *implicita* e *automatica* anche alla decadenza, potendo semmai, ove il caso concreto induca a pensarlo, contenerne una *eventuale* e *tacita*. Lo stesso, peraltro, si deve affermare nell'ipotesi inversa in cui ad essere

148 Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", cit., p. 576 s.

rinunciata sia stata la decadenza, con la sola precisazione che una volontà tacita di rinuncia anche alla prescrizione, sarà, di norma, assai difficile, in tal caso, da dimostrare: si può rinunciare a far prescrivere (rimedio generale) un diritto e volere, con tale dichiarazione, rinunciare *tout court* ad avvalersene o ad avvalersi di ogni limitazione temporale, onde si intenderà rinunciata anche la decadenza (rimedio particolare); difficilmente, invece, se si desidera non avvalersi di ogni limitazione temporale, si rinuncerà a "farlo decadere" (rimedio particolare), ben potendo, a tal fine, rinunciare a "farlo prescrivere" (rimedio generale). Il "generale", a livello di interpretazione della volontà negoziale, insomma, ben può contenere il "particolare", ma difficilmente, ci sembra, può accadere il contrario.

Posto tutto ciò, va affermato che la rinuncia alla prescrizione (ragionamento estensibile alla decadenza) è rilevabile d'ufficio, quale contro-eccezione in senso lato[149], ma non per la prima volta in Cassazione, quando implichi accertamenti di fatto riservati al giudice di merito[150]. L'opinione secondo la quale si tratterebbe di contro-eccezione vera e propria, come tale non rilevabile d'ufficio[151], sembra basarsi su una supposta omogeneità, che in verità, come argomentato, non sussiste, tra opporre la limitazione temporale e rinunciarvi: l'una cosa provoca, in caso di accoglimento dell'eccezione, l'estinzione del diritto, l'altra la mera non estinguibilità per decorso del tempo da parte del rinunziante, peraltro, come vedremo nell'immediato prosieguo, fino al compimento di un nuovo termine di prescrizione.

Va, infine, affrontato "il" problema legato alla rinuncia alla limitazione temporale.

La rinuncia alla prescrizione o alla decadenza non dovrebbe, *di per sé*, al contrario di quanto talvolta si ritiene[152], provocare il nuovo decorso di un ulteriore termine, quasi si trattasse di fatto interruttivo, discettandosi poi anche in merito alla tipologia di tale nuovo termine (ordinario, breve, lungo). Il nuovo decorso di una nuova limitazione temporale, seguente alla rinunzia, potrebbe forse logicamente spiegarsi seguendo l'impostazione, qui criticata, secondo la quale il trascorrere

149 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 553; Vitucci, P. e Roselli, F., *La prescrizione*, cit., p. 230; cfr. Cass., 14 marzo 2003, n. 7411, *Foro it*., 2004, I, c. 1882, con nota di D'Amico J.V.; Cass., 1 marzo 2007, n. 4804. La rilevabilità d'ufficio della rinuncia alla prescrizione è affermata dalla giurisprudenza, "purchè i fatti sui quali l'eccezione si fonda, anche se non allegati dalle parti, siano stati ritualmente acquisiti al processo" (Cass., 7 febbraio 1996, n. 963).

150 Vitucci, P. e Roselli, F., *La prescrizione*, cit., p. 230. Cass., 13 settembre 2007, n. 19164, *Foro it*., 2008, 2, p. 543.

151 Cass., 11 febbraio 2004, n. 2625; Cass., 24 settembre 1998, n. 9575, in materia giuslavoristica, ove le decisioni in tale direzione si concentrano. Il contrasto di opinioni andrebbe superato, in sede di riforma, come suggerito da Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio "Prescrizione": *Proposta di legge per la riforma della disciplina della prescrizione, della decadenza e dell'usucapione contenuta nel codice civile*, cit., p. 190, inserendo un quarto comma nell'art. 2937 c.c., ai sensi del quale "la rinunzia alla prescrizione può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

152 Riferimenti in Iaccarino G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, cit., p. 569 e in Nuzzo, G.D.: "La rinuncia alla prescrizione", cit., p. 158, il quale ritiene che decorra, dopo la rinuncia, un termine sempre decennale (o ventennale, per i diritti reali minori).

del termine temporale incide direttamente sulla situazione giuridica soggettiva estinguendola e la rinuncia a detto termine, quale *contrarius actus*, facendola rivivere. Rivivendo, a seguito di rinuncia alla prescrizione o alla decadenza, la situazione giuridica temporalmente limitata, appare forse logico immaginare un nuovo decorso di un nuovo termine, quantomeno di prescrizione, posto che tutti i diritti vi sono soggetti come regola di base.

Tuttavia, nell'ottica accolta in queste pagine, secondo la quale il decorso del termine ha una valenza di sola modifica della disciplina del diritto soggettivo e la rinuncia ha effetti esclusivamente in relazione al correlato diritto potestativo di avvalersi del rimedio temporale, immaginare che detta rinuncia abbia, *in quanto tal*e, come effetto quello di incidere, sul piano oggettivo, sul fattore tempo, determinandone un nuovo decorso, è idea che appare priva di ragionevole fondamento. La rinunzia alla prescrizione o alla decadenza determinano, *in quanto tali*, solamente la dismissione del diritto potestativo di avvalersene in capo al suo titolare. Di conseguenza, il diritto soggettivo dovrebbe rimanere soggetto, limitando a ciò il nostro ragionamento, all'unico termine per esso originariamente previsto dall'ordinamento, spirato il quale (e verificatasi la rinuncia), esso dovrebbe considerarsi – in modo descrittivo e salva la soluzione ermeneutica che si proporrà a seguire – *relativamente al rinunziante*, *imprescrittibile*.

Tale soluzione è, tuttavia, solo in apparenza persuasiva ed è legata ad una visione del fenomeno assai parziale, che guarda solamente a ciò che opera il negozio rinunciativo, trascurando un altro elemento fondamentale che, inesorabile, traccia i suoi solchi su (quasi) ogni diritto e non si arresta finché tale diritto, per il suo operare o per altra causa, non sia definitivamente estinto: *il tempo*.

Ma procediamo con ordine.

Si è tentato, al fine di spiegare la nuova decorrenza di un nuovo termine prescrizionale successivo alla rinunzia, un richiamo tanto all'interruzione della prescrizione (che, all'evidenza, concerne un termine non ancora decorso, al contrario del nostro), quanto all'art. 2937, comma 2, c.c., onde "se la rinuncia rendesse imprescrittibile il diritto, non dovrebbe più valere il divieto (…) di rinuncia *de futuro*"[153].

Si vuol dire, in altre parole, che, se la prescrizione non riprendesse *ex novo* a decorrere dopo la rinuncia, il diritto diverrebbe nella sostanza, da quel momento, imprescrittibile e sarebbe violato detto divieto, perché il rinunciante, di fatto, finirebbe con l'abdicare anche ad una prescrizione che ancora non si è compiuta. Affermare ciò postula, tuttavia, che, trascorso un periodo di prescrizione del diritto,

153 Per tutti questi ragionamenti, v. Vitucci P. e Roselli F., *La prescrizione*, cit., p. 225.

dopo la rinuncia, ne trascorra *naturalmente* uno ulteriore. Questa "rinascita" del termine di prescrizione, se possibile, va però fondata e va anche spiegato perché tale rinascita non tocca in sorte pure al termine di decadenza rinunziato.

Va anzitutto ammesso chiaramente che, alla base, ripugna alla coscienza giuridica (e al buon senso) che un diritto possa, sia pur relativamente al solo soggetto passivo del rapporto, divenire imprescrittibile non per volontà della legge, ma di tale soggetto, il quale attribuirebbe detta imprescrittibilità soggettiva al diritto medesimo tramite un semplice atto di rinuncia alla prescrizione: un atto abdicativo di un soggetto privato avrebbe una forza maggiore, per certi versi, dello stesso giudicato sul diritto, capace solamente di mutarne la disciplina temporale facendo decorrere un nuovo termine di prescrizione ordinario, qualunque fosse il precedente (art. 2953 c.c.), e non certo di rendere il diritto medesimo addirittura (soggettivamente) imprescrittibile.

L'esigenza di certezza può, in verità, forse farsi salva, considerando che il rinunziante a monte riconosce l'altrui diritto come solamente prescrittibile, e pertanto, di base, ancora ben esistente. Si potrebbe ipotizzare che tale riconoscimento contenuto nella rinunzia (e non questa in quanto tale), quale *accertamento stragiudiziale del diritto*, ne muti il regime temporale, proprio in analogia con quanto disposto dall'art. 2953 c.c.[154].

In effetti, non sembra irragionevole ipotizzare che dalla *rinuncia alla prescrizione* decorra sempre, in applicazione analogica dell'art. 2953 c.c., un nuovo termine prescrizionale ordinario (decennale o comunque superiore al decennio)[155].

La *rinuncia preventiva alla decadenza*, invece, quando ammessa, stante il suo carattere generale anche ricognitivo, ne comporta semplicemente l'impedimento, ove questo sia possibile a mezzo di riconoscimento dell'altrui diritto (art. 2966 c.c.), mentre la sua *rinunzia successiva* – o quella preventiva che non abbia, nel caso concreto, anche efficacia impeditiva (perché, ad esempio, si ha necessità, nel caso stesso, di un fatto impeditivo specifico) – determina senza remore la non decadenziabilità soggettiva *sine die* del diritto da parte del rinunziante, non ravvisandosi ragione alcuna di tipo sistematico o assiologico per ricorrere, in tal caso, a interpretazioni analogiche: la non decadenziabilità di un diritto è infatti la regola e non già l'eccezione; le esigenze di certezza sono già presidiate, sul piano generale, dall'istituto della prescrizione; l'art. 2953 c.c., infine, non è in alcun modo estensibile alla decadenza per ragioni eminentemente logiche.

154 Non a caso richiamato dall'autorevole dottrina poco sopra ricordata, così come da Costantini, C.: "La rinuncia alla prescrizione", in Monateri, P.G. e Costantini, C.: *La prescrizione*, cit., p. 207 ss., spec. p. 210.

155 In questo senso, di là dai fondamenti, Cass., 17 luglio 1965, n. 1601, *Foro amm.*, 1965, I, 1, p. 518; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, Giuffrè, Milano, 2012, p. 554.

Con riguardo a tale ultimo punto va osservato che, una volta accertato in giudizio un diritto sottoposto a decadenza, tale accertamento non impedisce affatto il compiersi di quest'ultima, se lo specifico fatto impeditivo preteso dall'ordinamento non viene posto in essere. Non essendo dunque applicabile l'art. 2953 c.c. al giudicato su un diritto sottoposto a decadenza *in quanto tale*, esso non può, per conseguenza, essere analogicamente applicato all'ipotesi di rinuncia alla decadenza stessa. Peraltro, si tratterebbe di una e*stensione* di una disposizione prevista per la prescrizione alla decadenza e *poi ulteriormente di un'applicazione analogica* di essa, la quale, riguardando l'accertamento giudiziale di un diritto, dovrebbe applicarsi al suo accertamento privato contenuto in un atto di rinuncia: il che appare, francamente, dal punto di vista ermeneutico, una decisa forzatura. L'idea dell'applicazione analogica, per la sola rinuncia alla prescrizione, dell'art. 2953 c.c., invece, non solo sembra consentita dalla lacuna normativa sul punto, dalla comunanza di *ratio* tra il caso regolato (accertamento giudiziale del diritto) e quello non regolato (accertamento privato implicito nella rinuncia al rimedio), ma sembra *prima facie* addirittura necessitata dall'esigenza pratica di dare attuazione al principio di limitazione temporale delle situazioni soggettive, attuativo della certezza del diritto.

Ad ogni buon conto, senza scomodare l'analogia, potrebbe semplicemente affermarsi che il decorso del tempo fa sorgere in capo al soggetto passivo di un rapporto, ad esempio di credito, il diritto di provocare l'estinzione della situazione giuridica soggettiva di cui la controparte è titolare. Si potrebbe osservare che tale diritto di provocare l'estinzione della situazione giuridica soggettiva, siccome dipendente *dal mero decorso del tempo*, anche se rinunciato, si "riproduca" in capo al rinunziante, sol che ridecorra, nuovamente, il tempo stabilito dall'ordinamento (ed il termine nuovo sarà, per logica, identico a quello già decorso e non già sempre decennale[156]).

Tale ragionamento non è riproducibile, ancora una volta, per la decadenza, la quale, come non può essere interrotta durante il suo corso, non può neanche essere "riprodotta" dopo di esso: il diritto di estinguere la situazione giuridica soggettiva per decadenza, cioè, non dipende, *in forza di una regola generale*, dal mero decorso del tempo, che lo fa nascere e, eventualmente, risorgere, ma *da una specifica previsione legislativa o convenzionale*, in assenza della quale tale diritto non esiste. E non v'è chi non veda come una simile aporia tra prescrizione e decadenza sia sintomatica di un sistema, quello delle limitazioni temporali, che meriterebbe una decisa omogeneizzazione. Per giungere ad una simile conclusione sarebbe ben più logico immaginare l'esistenza di termini temporali interrompibili

156 Per quest'esito, Mutarelli, A.: "Rinuncia alla prescrizione", in Gerardo, M. e Mutarelli, A.: *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 130.

e "ridecorribili" e termini temporali non interrompibili e non "ridecorribili", senza rifugiarsi in denominazioni ulteriori foriere di confusioni concettuali ancora irrisolte.

Allora, in definitiva, bisognerà propendere per l'applicazione analogica dell'art. 2953 c.c. o per la rinascita "sua sponte", per semplice decorso del tempo, del diritto di estinguere la situazione soggettiva temporalmente limitata per prescrizione?

L'alternativa – dalla quale dipende, come chiarito, la pratica conseguenza di individuare sempre come termine di decorso della prescrizione post rinuncia, per il rinunciante, quello ordinario (decennale o superiore al decennio) oppure di affermare che ridecorra il medesimo termine che già aveva caratterizzato il primo decorso della prescrizione, quand'anche di tipo breve – deve essere sciolta nel secondo senso. La reviviscenza del termine di prescrizione post rinuncia è esito della lettura dell'istituto conforme al valore che lo anima, cioè la certezza del diritto, e della regola generale della prescrittibilità, salvi casi di legge, di tutti i diritti. La spiegazione, della quale tanto si è andati qui alla ricerca, di tale reviviscenza, è data dal modo di operare del meccanismo prescrittivo, che dipende solamente dal fattore tempo (e inerzia del titolare): se, procedendo per metafora, dopo la compiuta "vecchiaia", la rinuncia "ringiovanisce", almeno rispetto a chi la opera, la situazione soggettiva, il tempo tuttavia continua a scorrere inesorabile (è un tempo indisponibile, quello futuro, della futura prescrizione: art. 2937, comma 2, c.c.) e, nuovamente, ha forza per renderla, eventualmente, una seconda volta e una terza volta…"senescente" e così di seguito.

Visto, come si deve, il fenomeno dalla parte del rinunziante, il suo diritto di estinguere l'altrui situazione giuridica soggettiva caduta *in quella data* prescrizione può essere dismesso, ma non può essere dismesso in assoluto il diritto di avvalersi del rimedio temporale *tout court*, il quale è dato al soggetto anche per esigenze, diremmo, di ordine pubblico: garantire la generale prescrittibilità, per ragioni di certezza del sistema, dei diritti soggettivi. Prova la particolare caratura del diritto, avente rilievo di ordine generale, di estinguere l'altrui situazione giuridica per prescrizione, il fatto che trattasi di diritto imprescrittibile, non potendosi certo prescrivere il diritto di… opporre la prescrizione. Tale diritto a far valere la prescrizione sembra, addirittura, quasi, usando (*rectius*: osando) un parallelismo di ovvia valenza meramente descrittiva, "usucapibile", in quanto "posseduto" dal rinunciante per un certo tempo ulteriore rispetto alla rinuncia effettuata ed esercitato tramite l'atto (omissivo, ma concludente) di non rinunciare ulteriormente alla prescrizione stessa.

Dunque, non è la rinuncia abdicativa alla prescrizione che determina il nuovo decorso del termine, come quasi con figura retorica si scrive spesso, ma è il tempo, e semplicemente esso, che continua la sua corsa inesorabile verso l'estinzione della situazione giuridica soggettiva, riprendendola tutte le volte che qualunque

tipo di atto (interruzione, sospensione, rinuncia) smetta di frapporsi verso tale meta. Se la prescrizione, insomma, non è stata fatta valere, non ha concluso la sua corsa, anche se il termine è decorso perché, assiologicamente, fine dell'istituto è consentire l'estinzione dei diritti, non dare loro semplicemente un "inoffensivo" cronometro.

Va solo osservato, in chiusura, che il nuovo termine prescrizionale, decorrente dalla rinuncia, sarà relativo alla sola persona del rinunziante, perché, rispetto ai terzi interessati ad opporre la limitazione temporale, per esplicita scelta del legislatore, tale rinuncia non ha riflessi (art. 2939 c.c.): con riguardo ad essi, dunque, il diritto rimarrà "prescrizionabile", una volta decorso il suo termine originario e nessuna rilevanza avrà, rispetto al loro diritto di avvalersi della limitazione temporale, il fatto che l'omonimo diritto del rinunziante riprenderà vigore solamente dieci anni dopo (o dopo un certo tempo diverso) la rinunzia. Piuttosto, se nel periodo intercorrente tra la rinuncia alla prescrizione da parte del titolare del diritto temporalmente limitato e il compimento del successivo periodo di prescrizione (cioè, ove decennale, allo scoccare del decimo anno), un terzo faccia valere la prescrizione precedentemente già decorsa, come consentito dall'art. 2939 c.c. anche in caso di rinunzia del titolare, il diritto stesso si estinguerà e ciò anche, ovviamente, nei riguardi del rinunziante, almeno se quantitativamente identico[157].

Ad esempio, se Tizio ha un credito soggetto a prescrizione ordinaria verso Caio sorto nel 2010, il quale Caio, dopo il compimento del decimo anno dal sorgere del credito (2011), rinunzia ad avvalersi della prescrizione maturata, per il rinunziante il diritto sarà relativamente non "prescrizionabile" e da tale momento decorrerà un nuovo decennio di prescrizione (dal 2011 al 2021). Tuttavia, se Sempronio, creditore di Caio, dopo ancora un paio di anni e all'interno di questo nuovo decennio (nel 2013), decide di far valere la prescrizione *ex* art. 2939 c.c., potrà ben farlo, non avendo la rinunzia di Caio, nei suoi riguardi, alcun effetto e pertanto rimanendo, per lo stesso Sempronio, il diritto ancora "prescrizionabile", in forza del decorso del "primo" decennio. Fatta valere la prescrizione da parte del terzo Sempronio, il diritto di Tizio si estinguerà, ovviamente, *erga omnes*.

Lo stesso deve ritenersi in riferimento all'eventuale rinuncia da parte del terzo a valersi della prescrizione *ex* art. 2939 c.c.: essa determinerà l'inizio, per il solo terzo, di un nuovo periodo di prescrizione del diritto soggetto a limitazione temporale, terminato il quale lo stesso terzo sarà nuovamente in grado di far valere la prescrizione. Se, di contro, nel frattempo la parte o altro terzo facessero valere la prescrizione, il terzo rinunciante perderà per sempre questa possibilità per estinzione, diremmo *aliunde*, del diritto di cui si discute.

157 V., *supra*, nt. 140, sul dibattito relativo alla possibile diversa "portata" quantitativa della prescrizione fatta valere dal terzo.

Quanto chiarito (efficacia soggettivamente relativa della rinuncia ad avvalersi della limitazione temporale e, all'opposto, *erga omnes* della sua opposizione) vale anche per la decadenza, rispetto alla quale, tuttavia, non si verifica, come già osservato, alcuna ri-decorrenza del termine post atto rinunciativo.

X. RILIEVI CONCLUSIVI: LA RINUNZIA ALLA PRESCRIZIONE E ALLA DECADENZA QUALE PARADIGMA DELLA VOCAZIONE UNITARIA DEL SISTEMA DELLE LIMITAZIONI TEMPORALI.

L'analisi della rinunzia alla prescrizione e alla decadenza lascia intravedere la possibilità di delineare la figura del *negozio dispositivo del rimedio temporale*, che ben può divenire oggetto del contratto come dell'atto negoziale unilaterale. Il "tempo" (*rectius*: il diritto di estinguere una situazione giuridica soggettiva per suo decorso), in questo senso, appare materia disponibile e non disponibile, a seconda degli interessi che concretamente veicola: vi è un tempo giuridico "intoccabile" dai privati, perché protegge interessi e valori che, in qualche misura, lo superano e vi è un tempo che i soggetti possono controllare, perché assiologicamente connesso a interessi non attuativi di valori fondamentali.

A monte, il tempo appare, anche in riferimento alle situazioni giuridiche soggettive che vi sono sottoposte, esso stesso oggetto di una situazione giuridica soggettiva, cioè del *diritto di avvalersi della limitazione temporale* contro il titolare del diritto temporalmente limitato. Tale diritto ad avvalersi (o a non avvalersi) della limitazione temporale ha, latamente, ad oggetto il "bene tempo" della situazione giuridica soggettiva, che – proprio come il tempo della vita umana[158] – ha una indiscutibile utilità e anche un potenziale valore economico, che potrebbe essere rappresentato in concreto, ad esempio, dall'eventuale rinunzia alla prescrizione o alla decadenza effettuata a titolo oneroso, ad esempio in seno ad una più complessa transazione.

Sullo sfondo di queste finali riflessioni, trova ancora una volta conferma la percezione di una certa forzatura sottesa ad una distinzione legislativa (quella tra prescrizione e decadenza) che mostra elementi – si perdoni l'ossimoro – di forte fragilità concettuale e disciplinare: la regola giuridica ragionevole è, infatti, di volta in volta legata totalmente alla rilevanza ordinamentale dell'interesse sotteso alla limitazione temporale, comunque denominata.

Emerge una figura generale, quella dell'inerzia estintiva", che non a caso ha condotto la Società italiana degli Studiosi di Diritto Civile (S.I.S.Di.C.) a

158 Tema particolarmente caro alla più sensibile dottrina amministrativistica. Cfr. Patroni Griffi, F.: "Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990", *Corr. giur.*, 2011, p. 301, secondo cui non si può più negare il riconoscimento del tempo in termini di bene autonomamente meritevole di tutela.

immaginare il progetto di riforma della disciplina codicistica della prescrizione e della decadenza[159] – al quale in più occasioni si è fatto riferimento in queste pagine – caratterizzato da un riavvicinamento della regolazione dei due istituti, i cui esiti, si spera, possano essere in un prossimo futuro tenuti in considerazione nelle opportune sedi.

159 Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio "Prescrizione": *Proposta di legge per la riforma della disciplina della prescrizione, della decadenza e dell'usucapione contenuta nel codice civile*, cit., p. 161 ss.

BIBLIOGRAFÍA

Agostinis, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta", in *Comm*. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012.

Andrioli, V.: voce "Decadenza", in *Enc. trecc*., XII, Treccani, Roma, 1931, p. 450 ss..

Astone, A.: *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 2008.

Auricchio, A.: *Appunti sulla prescrizione*, Jovene, Napoli, 1971.

Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Prescrizione e decadenza", in Micheli, G.A. - Azzariti, G. e Scarpello, G.: "Tutela dei diritti, Artt. 2910-2969", *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna, 1969, p. 345 ss.

Barletta, A.: "La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato", *Riv. dir. proc*., 2008, p. 979 ss.

Berlinguer, A.: "Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale", in Mezzasoma, L. e Ruggeri, L. (a cura di): *L'arbitro nella moderna giustizia arbitrale*, Esi, Napoli, 2013, pp. 25-45.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1952.

Bianca, C.M.: "La vendita e la permuta", in *Trattato di diritto civile* (diretto da F. Vassalli), Utet, Torino, 1993.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*. VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Giuffrè, Milano, 2012.

Bozzi, A.: voce "Rinunzia (Dir. pubbl. e priv.)", *Noviss. dig. it*., Utet, Torino, vol. XV, 1968.

Buffoni, M.: "La decadenza in generale", in Viola, L. (a cura di): *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova, 2015, pp. 429-488.

Candian, A.: "Decadenza e prescrizione", *Temi*, 1950, p. 1 ss.

Capello, P. *La prescrizione civile, penale e tributaria*, Giuffrè, Milano, 2011.

Caponi, R.: "Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza", *Riv. dir. civ*., 1997, I, p. 45 ss.

Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico*, Morano, Napoli, s.d..

Cicu, A.: *Successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1961.

Cimma, M. R.: "Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Utet, Torino, 1997, p. 253 ss.

Cimma, M. R.: "Prescrizione e decadenza", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Utet, Torino, 1997, p. 242 ss.

Costantini, C.: "L'interruzione della prescrizione", in Monateri, P.G. e Costantini, C.: *La prescrizione*, *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, 2009, pp. 148-183.

Costantini, C.: "La rinuncia alla prescrizione", in Monateri, P.G. e Costantini, C.: *La prescrizione*, *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, 2009, pp. 197-211.

Dalla Torre, G.: "La S.C.C., 20 gennaio 2011 n. 134 nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza", *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 1644-1649.

D'Avanzo, W.: "Della prescrizione", in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'amelio e E. Finzi, VI, *Della tutela dei diritti*, Editore Barbera, Firenze, 1943, p. 947 ss.

De Mauro, A.: *La rinuncia alla proprietà immobiliar*e, Esi, Napoli, 2018.

Donisi, C.: *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, Napoli, 1972.

Fadda, C. e Bensa, C.: "Note a B. Windscheid", *Diritto delle Pandette*, VI, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930.

Ferrucci, R.: "Della prescrizione e della decadenza", in *Comm. c.c. Utet*, Libro VI, Utet, Torino, 1964, p. 424 ss.

Follieri, L.: *La proprietà insostenibile*, Esi, Napoli, 2022.

Gallo, P.: "Commento agli artt. 2964-2969 c.c.", in Bonilini, G. e Chizzini, A. (a cura di): "Della tutela dei diritti", artt. 2907-2969, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli) Utet, Torino, 2016, p. 830 ss.

Gallo, P.: "Commento all'art. 2937 c.c.", in Bonilini, G. e Chizzini, A. (a cura di): "Della tutela dei diritti", artt. 2907-2969, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli) Utet, Torino, 2016, p. 621 ss.

Gallo, P.: "Commento all'art. 2944 c.c.", in Bonilini, G. e Chizzini, A. (a cura di): "Della tutela dei diritti", artt. 2907-2969, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli) Utet, Torino, 2016, p. 689 ss.

Gallo, P.: "Prescrizione e decadenza nel diritto comparato", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Utet, Torino, 1997, p. 248 ss.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2021.

Gentile, F.S.: *Prescrizione estintiva e decadenza*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1964.

Gerardo, M. e Mutarelli, A.: *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Giappichelli, Torino, 2015.

Giacobbe, E.: "Le Sezioni Unite tra nomofilachia e *nomofantasia*", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1368 ss.

Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, Milano, 1959.

Giannattasio, C.: *Delle successioni*, in *Comm. cod. civ. Utet*, I, Utet, Torino, 1971, p. 240 ss.

Giusiana, E.: *Decadenza e prescrizione*, Giappichelli, Torino, 1943.

Grasso, B.: "Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 866 ss.

Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, Esi, Napoli, 2020.

Leban, D.: *Prescrizione e decadenza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2003.

Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Esi, Napoli, 2012.

Luminoso, A.: "Vendita, contratto estimatorio", in *Trattato di Diritto Commerciale* (diretto da V. Buonocore), sez. II, t. 3.1., Giappichelli, Torino, 2004.

Macioce, F.: *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Esi, Napoli, 1992.

Macioce, F.: voce "Rinuncia (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 923 ss.

Magazzù, A.: voce "Decadenza (diritto civile)", *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, V, 1960, p. 231 ss.

MAGRI, G.: *La prescrizione*, Esi, Napoli, 2019.

MARRA, A.: *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1952.

MINERVINI, E.: *La prescrizione ed i «terzi»*, Esi, Napoli, 1994;

MIRABELLI, G.: "Dei singoli contratti", in *Comm.* cod. civ., libro IV, t. III, Utet, Torino, 1991.

MODICA, I.: *Teoria della decadenza e della prescrizione nel diritto civile italiano*, I, *Studio critico-ricostruttivo esegetico della decadenza nel suo parallelismo con la prescrizione*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1906.

MOLFESE, G.: *Prescrizione e decadenza*, Giuffrè, Milano, 2009.

MONTECCHIARI, T.: *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Giuffrè, Milano, 1996.

MORLINI GALANTINO, L.: *Le clausole di decadenza nei contratti collettivi*, Cedam, Padova, 1974.

MOSCARINI, L.V.: voce "Rinunzia (dir. priv.)", in *Enc. dir. Treccani*, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991.

MUTARELLI, A.: "Rinuncia alla prescrizione", in GERARDO, M. e MUTARELLI, A.: *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 130 ss.

NATOLI, C.: "Appunti sul criterio discretivo tra prescrizione e decadenza e considerazioni sulla eccezione con la quale le relative questioni vengono inserite nel processo", *Dir. fall.*, 1982, I, p. 607 ss.

NICOLÒ, R.: "Dell'usufrutto" in *Commentario del codice civile* (diretto da M. D'AMELIO ed E. FINZI), *Libro della proprietà*, 1942, p. 702 ss.

NUZZO, G.D.: "La rinuncia alla prescrizione", in VIOLA, L. (a cura di): *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova, 2015, pp. 139-188.

ORIANI, R.: *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Cedam, Padova, 2003.

PANZA, G.: "Decadenza nel diritto civile", *Dig., sez. civ.*, V, Utet, Torino, 1989.

Patroni Griffi, F.: "Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990", *Corr. Giur.*, 2011.

Pellizzi, G.L.: "In margine al problema della decadenza", *Giur. it.*, 1957, IV, c. 38, p. 848 ss.

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

Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 334 ss.

Perlingieri, P.: "Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice", in Femia, P.: (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi* e *legittimità costituzionale*, Collana Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Esi, Napoli, 2006, p. 10 ss.

Perlingieri, P.: "Il controllo del giudice e il controllo sul giudice", *Giustizia* e *Cost.*, 1984, p. 124 ss.

Perlingieri, P.: "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss.

Perlingieri, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", in Id.: *La persona* e *i suoi diritti*, Esi, Napoli, 2005, p. 26 ss.

Perlingieri, P.: *Funzione giurisdizionale* e *Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 2010.

Perlingieri, P.: *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Esi, Napoli, 1995.

Perlingieri, P.: *L'ordinamento vigente* e *i suoi valori*, Esi, Napoli, 2006.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civil*e, Esi, Napoli, 2022.

Perlingieri, P.: *Rapporto preliminare* e *servitù su edificio da costruire*, Jovene, Napoli, 1965.

Piras, S.: *La rinunzia nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1940.

Romano, A.: "Note in tema di decadenza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964 pp. 171-238.

Romano, S.: *La revoca degli atti giuridici privati*, Cedam, Padova, 1935.

Romano, S.: *Note sulle obbligazioni naturali*, Sansoni Editore, Firenze, 1945.

Roselli, F: voce "Decadenza (diritto civile)", *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma, 1989, p. 1 ss.

Roselli, F.: "Commento agli artt. 2964-2969 c.c.", in Finocchiaro, G. - Frasca, R. e Roselli, F. (a cura di): "Della tutela dei diritti", artt. 2643-2969, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, *Aggiornamento 2011-2015* (diretta da C. Ruperto), Giuffrè, Milano, 2015, p. 494 ss.

Roselli, F.: voce "Decadenza (diritto e procedura civile)", *Enc. dir.*, *Annali*, Giuffrè, Milano, VII, 2014, p. 309 ss.

Roselli, F. e Vitucci, P.: "La prescrizione e la decadenza", in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), *Tutela dei diritti*, II, Utet, Torino, 1998, p. 592 ss.

Rubino, D.: "La compravendita", in *Tratt*. Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 1971, p. 838 ss.

Ruperto, C.: "Prescrizione e decadenza", in *Giur. sist. civ. comm*. (diretta da W. Bigiavi), Utet, Torino, 1985, p. 624 ss.

Santoro-Passarelli, F.: "Prescrizione e decadenza", *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 557 ss.

Saraceno, P.: "Della decadenza", in *Commentario del codice civile* (diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi), *Della tutela dei diritti*, Barbera, Firenze, 1943, p. 1007 ss.

Scalfi, G.: "Osservazioni sulla prescrizione e sulla decadenza", *Temi*, 1952, p. 234 ss.

Sicchiero, G.: voce "Rinuncia", *Dig.*, *Disc. Priv.*, Sez. civile, Utet, Torino, 1998, IV edizione, XVIII, pp. 652-669.

Sicchiero, G.: voce "Rinuncia", *Dig. Disc. Priv. appendice di aggiornamento*, Utet, Torino, 2014, IX, pp. 604-624.

Siciliani, T.: "Decadenza", in *Diz. prat. dir. priv.*, Francesco Vallardi Editore, Milano, s.d., p. 576 ss.

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio "Prescrizione": *Proposta di legge per la riforma della disciplina della prescrizione, della decadenza e dell'usucapione contenuta nel codice civile*, in *Ann. Sisdic*, 2020, n. 9, p. 161 ss.

Stolfi, G.: "In tema di revocabilità della rinuncia", *Foro it.*, 1933, I, c. 758, p. 121 ss.

TARTAGLIA POLCINI, A.: *Modelli arbitrali tra autonomia e funzione giurisdizionale*, Esi, Napoli, 2002.

TEDESCHI, V.: "Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza", *Foro civ.*, 1950, p. 242 ss.

TEDESCHI, V.: "Decadenza (diritto e procedura civile)", *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 771 ss.

TEDESCHI, V.: *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Giuffrè, Milano, 1948.

TRIMARCHI, P.: "Prescrizione e decadenza", *Jus*, 1956, p. 219 ss.

TROISI, B. *La prescrizione come procedimento*, Esi, Napoli, 1980.

URCIOLI, M.A.: *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Esi, Napoli, 2018.

VACCA, S.: "Commento agli artt. 2964-2969 c.c.", in RESCIGNO, P. (a cura di): *Codice civile*, t. II, Giuffrè, Milano, 2018, p. 6381 ss.

VIOLA, L.: *Prescrizione e decadenza. Come farle valere in giudizio e relative strategie processuali*, Cedam, Padova, 2015.

VIRGADAMO, P.: "Covid-19 e limitazioni temporali in Italia", in questa *Rivista*, 2020, f. 12 *bis*, p. 816 ss.

VIRGADAMO, P.: "La decadenza e l'*inerzia estintiva* delle situazioni giuridiche. Per una ricostruzione assiologica delle limitazioni temporali", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 873 ss.

VIRGADAMO, P.: "La decadenza", in *Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio «Prescrizione». Proposta di legge per la riforma della disciplina della prescrizione, della decadenza e dell'usucapione contenuta nel codice civile*, in *Ann. Sisdic*, 2020, n. 9, p. 248 ss.

VIRGADAMO, P.: «Interpretazione autentica» e diritto civile intertemporale, Esi, Napoli, 2012.

VIRGADAMO, P.: *La decadenza e l'«inerzia estintiva» delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, Esi, Napoli, 2019.

VITALE, A. e LAZZARA, M.M.: voce "Decadenza (dir. e proc. civ.)", *Enc. giur. trecc.*, X, Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.;

VITUCCI P. e ROSELLI F., *La prescrizione*, t. I, Giuffrè, Milano, 2012.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD, REVISITADO

THE RIGHT TO PRIVACY, REVISITED

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 76-105

Carlos
MARTÍNEZ
DE AGUIRRE
ALDAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El trabajo se propone repasar brevemente algunas cuestiones básicas relativas al derecho a la intimidad, haciendo especial hincapié en su relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad, así como en el papel de la voluntad y la actuación del titular del derecho en la configuración del ámbito protegido (y del propio derecho a la intimidad).

PALABRAS CLAVE: Derecho a la intimidad; privacidad; libre desarrollo de la personalidad.

ABSTRACT: *The paper briefly reviews some basic issues related to the right to privacy, with special emphasis on its relationship with the principle of free development of personality, as well as on the role of the will and action of the right holder in the configuration of the protected area (and of the right to privacy itself).*

KEY WORDS: *Privacy; free development of personality.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO: MÁS ALLÁ DE LA TERMINOLOGÍA.- 1. ¿Derecho subjetivo?- 2. ¿Derecho a la intimidad?- 3. La cuestión (no solo) terminológica: intimidad, privacidad, vida privada.- II. PRIVACIDAD COMO INTIMIDAD Y PRIVACIDAD COMO AUTONOMÍA: DELIMITANDO CONCEPTOS.- III. DE VUELTA A LA INTIMIDAD: LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PROTEGIDO POR EL DERECHO.- 1. El factor legal.- 2. El factor social.- IV. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD Y LA CONDUCTA DEL TITULAR DEL DERECHO.- 1. El consentimiento del titular del derecho.- 2. Relevancia del consentimiento en cuanto a la configuración del derecho a la intimidad.- 3. Límites de la capacidad de disposición del titular del derecho.- V. LAS INTROMISIONES O DIVULGACIONES LEGÍTIMAS, Y LAS ILEGÍTIMAS.- 1. Sobre las intromisiones legítimas en la esfera protegida.- 2. La reacción del Derecho frente a la intromisión.- VI. NUEVAS FRONTERAS, Y NUEVOS RETOS, DE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD.- 1. Los problemas.- 2. La respuesta jurídica.

I. PLANTEAMIENTO: MÁS ALLÁ DE LA TERMINOLOGÍA.

El derecho a la intimidad aparece rodeado por un halo de confusión, indeterminación, ambigüedad y, en ocasiones, desconfianza. Se discute desde si es un verdadero derecho subjetivo, hasta su contenido, pasando por la misma formulación del (eventual) derecho, y por la cuestión terminológica (es decir, si la palabra "intimidad" es la más adecuada para identificar este "derecho", y si las diferentes denominaciones que se le dan tienen el mismo significado). Los razonables límites de estas reflexiones no permiten detenerse en todas estas materias: a continuación, y en este mismo apartado introductorio, me referiré brevemente a lo primero y al problema de la formulación, y dedicaré algo más de atención a la cuestión terminológica. El resto del trabajo versará sobre lo que podemos considerar que es, en sentido muy amplio, el contenido de este derecho, y algunos de los principales problemas que plantea.

1. ¿Derecho subjetivo?

En relación con este, como con otros derechos de la personalidad, se ha planteado la duda de si estamos ante verdaderos derechos subjetivos. La discusión es más bien teórica, y, por así decir, de doble dirección, ya que afecta tanto a la configuración de los derechos de la personalidad, como a la propia teoría del derecho subjetivo. La opinión mayoritaria considera que los derechos de la personalidad son efectivamente derechos subjetivos, pero derechos subjetivos peculiares, tanto por su objeto, íntimamente ligado al ser de la persona, como por sus caracteres y contenido. En todo caso, más allá de este debate, y desde una perspectiva pragmática, lo cierto es que la intimidad (o la privacidad, o la vida privada: sobre este punto volveremos más adelante) es reconocida como derecho tanto en textos internacionales (por ejemplo, en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o en art. 8 del Convenio Europeo de Derechos

• Carlos Martínez de Aguirre Aldaz
Catedrático de Derecho civil, Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: aguirre@unizar.es

Humanos) como nacionales (en el caso español, art. 18 de la Constitución Española, y Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo), que concede a sus titulares facultades que pueden ejercitar ante los tribunales, y que los Tribunales (nuevamente nacionales e internacionales) , lo reconocen y (lo que es más importante) tratan como un verdadero derecho[1].

2. ¿Derecho a la intimidad?

La propia formulación del derecho como acaba de quedar expresada ("derecho a la intimidad"), tiene algo de equívoco que puede mover a confusión, al menos en español, ya que parece transmitir la idea de que es el derecho a obtener algo (la intimidad) que no se tendría. En realidad, y en los términos que iremos desarrollando a lo largo del trabajo, esa expresión es más bien una suerte de formulación abreviada del derecho a que la propia intimidad (o privacidad, o vida privada) sea respetada, aunque su desarrollo ha llegado mucho más lejos de ese simple respeto a la propia intimidad. La intimidad como tal (en su sentido más radical, lugar en el que el hombre se encuentra a solas consigo mismo), como la vida, es algo que se tiene, y que es merecedor de la protección del Derecho: y a eso se dirige precisamente, al menos en una primera aproximación, el derecho a la intimidad.

3. La cuestión (no solo) terminológica: intimidad, privacidad, vida privada.

Al reflexionar sobre el derecho a la intimidad no es posible prescindir de la diversidad terminológica que le afecta, lo que incluye destacadamente las fórmulas empleadas para denominarlo por los diferentes textos legales. La cuestión se complica cuando, además, entran en juego idiomas diferentes, en cada uno de los cuales las palabras con las que preferentemente se designa el derecho pueden tener connotaciones peculiares, que hacen más difícil no solo traducirlas, sino expresar en la traducción los matices y connotaciones que en cada idioma tienen esas palabras o expresiones. Por otro lado, la consideración de las palabras usadas en diferentes idiomas, puede servir para arrojar alguna luz, sobre todo si se comparan las versiones oficiales de textos internacionales en diferentes idiomas. Las palabras o expresiones en juego son las que se han mencionado ya con anterioridad: intimidad, privacidad y vida privada

Comencemos por la *Declaración Universal de Derechos humanos*, cuyo art. 12 habla, en español, de "vida privada", que traduce el término inglés *privacy*; también en francés se usa la expresión *vie privée.* Por su parte, tanto el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (art. 8) como la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión*

1 *Ad rem,* para el Derecho español, Martínez de Aguirre, C.: "Los derechos de la personalidad", en De Pablo Contreras, P. (coord..), Martínez de Aguirre, C., Pérez Álvarez, M.A., y Parra Lucán, M.A.: *Curso de Derecho civil* I, vol. II, 7ª ed., Edisofer, Madrid, 2021, pp. 257 y ss.

Europea (art. 7) hablan de "vida privada" (español), *private life* (inglés) y *vie privée* (francés). Por último, la Constitución española, en su art. 18, se refiere al "derecho a la intimidad".

Aunque sea adelantar alguna de las cuestiones que se abordarán más tarde, puede ser útil señalar que este derecho nace, en la formulación original de Warren y Brandeis[2], como *right to privacy.* La palabra *privacy,* a su vez, es definida por el "Diccionario Cambridge" como *"someone's right to keep their personal matters and relationships secret"*, mientras que *intimacy* es definida por el mismo diccionario como *"a situation in which you have a close friendship or sexual relationship with someone"*: precisamente esa conexión con las relaciones sexuales (de forma especial las tradicionalmente consideradas ilícitas) ha hecho que el campo semántico original de *intimacy* haya sido ocupado por *privacy* [3]. En español, el término más habitualmente usado es *intimidad,* que es precisamente el elegido en la traducción del trabajo de Warren y Brandeis; de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, intimidad, en su segunda acepción, es definida como "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia"; sin embargo, más recientemente, se ha incluido el término "privacidad", con el que se designaría, al decir de la propia Real Academia de la Lengua, el "ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión", definición que resalta la relevancia jurídica del término, y que está más cercana al inglés *privacy.* Las anteriores consideraciones arrojan luz sobre la versión española de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que traduce *privacy* como "vida privada", cuando su significado en el inglés original estaría más cerca de las palabras españolas "privacidad" o "intimidad". Por su parte, el *Dictionnaire de l'Academie Française*, define *intimité* como *"domaine de la vie personnelle, privée"* (acepción 3). Precisamente *vie privée* es la expresión por la que se inclina la versión francesa de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y es la preferida en el ámbito francófono para designar el derecho de que estamos tratando[4]. Este breve espigueo permite concluir que, en una aproximación inicial, a la luz de las diferentes versiones del art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, *privacy* (término original), "vida privada" y *vie privée* (traducciones española y francesa de aquél) se reconducen a la idea (también originaria) de derecho de una persona a mantener sus asuntos y relaciones personales excluidos del conocimiento público; significado que enlaza con el de la palabra española "intimidad", y todavía con mayor claridad con la más

2 Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: "The right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Hay traducción española (*El derecho a la intimidad,* trad. P. Baselga, Civitas, Madrid, 1995), pero las referencias se harán a la versión original, disponible en https://www.jstor.org/stable/1321160, último acceso 4 de agosto de 2023).

3 *Cfr.* González Gaitano, N.: *El deber de respeto a la intimidad,* EUNSA, Pamplona, 1990, p. 16.

4 *Cfr.*, por ejemplo, Kayser, P.: *La protection de la vie privée,* Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, Paris-Marsella, 1984. El subtítulo de la obra es especialmente significativo, a los efectos que ahora interesan: *Protection du secret de la vie privée.*

recientemente aceptada "privacidad". A partir de ahí, la idea de exclusión del conocimiento público aparece como fundamental[5] (y también como fundacional): constituiría el núcleo básico de este derecho.

Sin embargo, en relación con los textos europeos (el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*), el término usado, también en inglés, es el procedente de la expresión francesa *vie privée,* de forma que se habla de *private life,* y ya no de *privacy*. Esto da al ámbito protegido por el art. 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* mayor amplitud, ya que la expresión "vida privada" introduce connotaciones relevantes, puesto que permite referir el derecho no solo, por así decir, a la "privacidad de la vida privada" (exclusión del conocimiento público), sino a la propia vida privada, lo que remite a su vez al contenido de esa vida privada, y a la idea de autonomía (libertad de actuación en la vida privada); de esta manera, el derecho a la vida privada iría más allá de la intimidad, porque incorporaría el respeto a lo que la gente haga en su vida privada, mientras que le derecho a la intimidad es más bien derecho a que no haya intromisiones en la vida privada, ni sea divulgada. Esto se ha visto favorecido (y a la vez ha permitido) por la interpretación extensiva que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado al art. 8 del *Convenio*[6]. Con todo, conviene también advertir que una interpretación expansiva semejante ha tenido lugar paralelamente en el Derecho norteamericano, por obra de su Tribunal Supremo.

Unas últimas consideraciones, ahora sobre la intimidad, entendida como el lugar en el que la persona se encuentra a solas consigo misma: esta idea, ligada al sentido etimológico de la palabra intimidad, como lo más interior o interno de la persona, vincula intimidad y soledad, y aquí la intimidad se relaciona con la conciencia y la autoconsciencia. La trascendencia jurídica de esta "intimidad solitaria" y más radical, es limitada, y se vincula a la protección de las condiciones precisas para que esa intimidad sea posible: como veremos más adelante, esta consideración puede ser relevante a efectos de determinadas formas de exponer públicamente la propia intimidad.

En este trabajo utilizaré preferentemente la palabra "intimidad", entendida como "privacidad" ("ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión"), que es el contenido común básico de los términos

5 Lo resalta Cabezuelo Arenas, A. L.: *Derecho a la intimidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 32.

6 Puede comprobarse en la extensa *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, (última actualización, agosto 2022), publicada por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y disponible en https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf (último acceso, 4 de agosto de 2023).

Por su parte, en esta misma línea de ampliación del contenido inicial del derecho, Carrillo ha resaltado que esta diferencia terminológica puede servir para ir más allá de la intimidad personal y familiar, y abarcar aspectos de su vida social vinculados a la esfera laboral, profesional o comercial: Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 48.

y expresiones que se han recogido[7]. En algunas ocasiones (como en el epígrafe siguiente), distinguiré entre intimidad y privacidad, para dar cuenta de la expansión experimentada por el concepto de *privacy* en el derecho norteamericano y europeo, que lo ha llevado mucho más allá de las fronteras de la intimidad.

II. PRIVACIDAD COMO INTIMIDAD Y PRIVACIDAD COMO AUTONOMÍA: DELIMITANDO CONCEPTOS.

Sin perjuicio de algunos antecedentes, el derecho a la intimidad, en su formulación actual (es decir, como un derecho autónomo, con un contenido propio[8]), nace en una época relativamente reciente: concretamente, su nacimiento se sitúa en 1890, cuando Samuel Warren y Louis Brandeis publicaron su conocido trabajo *The Right to Privacy* en la *Harvard Law Review.* El estudio tuvo un notable impacto, y fue paulatinamente asumido por los tribunales norteamericanos, hasta llegar al Tribunal Supremo. Es razonable pensar que de ahí pasó a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que emplea precisamente esa misma fórmula (*right to privacy*). En esta etapa inicial (nacimiento y consolidación), el contenido y ámbito de actuación del derecho se mantuvieron dentro de lo que podríamos considerar las fronteras conceptuales típicas, marcadas por Warren y Brandeis y asumidas por los Tribunales norteamericanos: protección de la vida privada frente a las injerencias y el conocimiento de terceros; en ese momento, las injerencias en las que se pensaba eran básicamente las destinadas a obtener informaciones o imágenes de la vida privada, con objeto de publicarlas: por tanto, había inicialmente una estrecha conexión entre la injerencia y la divulgación, de manera que este último concepto es el que se constituía como centro de gravedad del derecho. Esa conexión se fue debilitando, hasta que la injerencia en la vida privada dejo de ser meramente instrumental respecto al conocimiento de la vida privada, y obtuvo su propia consistencia.

A partir de la década de los años 60 del siglo pasado, el *right to privacy* comenzó a experimentar una fuerte expansión más allá de esas fronteras, cuando pasa a incorporar al ámbito protegido lo que podríamos denominar la libertad de actuación en la vida privada: el derecho a tomar decisiones sobre la propia conducta, y a llevarlas a la práctica. De esta manera, el *right to privacy* se referiría no solo a la protección frente a injerencias en la vida privada y frente a la divulgación de aspectos de la vida privada, sino que se extendió a la propia

7 Otros autores consideran preferible usar el término "privacidad", que se aproximaría más en su acepción al significado y contenido más extenso del homólogo inglés, al identificarse con el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión: Saldaña, M.N.: "«The Right to Privacy»: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis", en *Revista de Derecho Político,* N.º 85, septiembre-diciembre 2012, p. 203 (disponible en http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723, último acceso 4 de agosto de 2023).

8 Señala Carrillo que la gran aportación de la doctrina norteamericana es, precisamente, atribuir entidad propia al derecho a la intimidad: Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado*, cit., p. 36.

actuación desarrollada en el ámbito privado: la autonomía, entendida como libertad para tomar decisiones en el ámbito privado, y de llevar a la práctica esas decisiones, pasa a formar parte del contenido del *right to privacy.* Esta ampliación se produce inicialmente en el campo de la reproducción (utilización de medios anticonceptivos, aborto)[9], pero ha conducido a la consideración de la libertad individual en el ámbito privado como contenido protegido por este derecho.

Esta ampliación ha tenido lugar también, ya en el ámbito europeo (en el que, recordemos, el derecho se formula como "derecho al respeto de la vida privada" –incluso en inglés: *right to respect for private life*—), por obra de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del art. 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en cuya labor ha podido contar precisamente con esa distinta y más amplia formulación literal del derecho, que no lo es ya a la intimidad, sino más genéricamente al respeto de la vida privada: esta formulación permite incluir con mayor facilidad el derecho a tomar decisiones en la vida privada y llevarlas a la práctica. Como digo, a partir de ahí el TEDH ha incluido en el ámbito protegido por este "derecho al respeto de la vida privada", genéricamente, el derecho al desarrollo personal, en términos de autonomía, que incluye el derecho de cada individuo a acercarse a los demás para establecer y desarrollar relaciones con ellos y con el mundo exterior, es decir, el derecho a una "vida social privada"[10]. De esta manera, el art. 8 garantiza a los individuos un ámbito en el que pueden perseguir libremente el desarrollo y la realización de su personalidad[11]; más concretamente, y entre otros, estarían incluidos en el ámbito de actuación del art. 8 la decisión de ser o no ser padres[12], o los "derechos" a usar técnicas de reproducción asistida con fines de procreación[13], a rechazar tratamientos médicos[14], a decidir la forma de morir[15], a la identificación en materia de género, nombre y orientación sexual, o a las relaciones entre parejas del mismo sexo[16], así como lo relativo al reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero que se han sometido a una cirugía de reasignación[17].

9 *Cfr.* Etzioni, A.: *Los límites de la privacidad,* trad. por López Lobo, A., Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires, 2012, pp. 299 y s.

10 *Cfr. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights* (en adelante, *Guide*), nº 78. Las referencias a la jurisprudencia del TEDH van a ser hechas a través de esta guía, fácilmente accesible que contiene una amplia y organizada exposición de dicha jurisprudencia, con cita de las sentencias correspondientes (e hipervínculo para localizarlas).

11 *Cfr. Guide,* nº 252 y 253.

12 *Cfr. Guide,* nº 125.

13 *Cfr. Guide,* nº 127.

14 *Cfr. Guide,* nº 137.

15 *Cfr. Guide,* nº 149.

16 *Cfr. Guide,* nº 169.

17 *Cfr. Guide,* nº 276.

Esta inclusión de la autonomía dentro del ámbito protegido por el *rigth to privacy*, o por el derecho a la vida privada, es perturbadora desde el punto de vista conceptual, porque hace que una misma denominación legal abarque dos contenidos muy diferentes entre sí. De ahí que haya sido criticada en la propia doctrina norteamericana[18], y que se haya propuesto diferenciar claramente esos dos contenidos como dos derechos diferentes, o al menos como dos clases diferentes de "privacidad"[19]: estaríamos hablando, entonces, de la privacidad como intimidad (o del derecho a la intimidad en sentido estricto), y de la privacidad como autonomía.

Que esta diferenciación es pertinente y útil, y que, en realidad, si hablamos en sentido estricto, la intimidad (privacidad) no abarca a la autonomía, queda demostrado en mi opinión en el caso español, por las peculiaridades de su sistema constitucional. En efecto, en Derecho español la aplicación del derecho a la intimidad, reconocido en el art. 18 de la Constitución, se ha mantenido dentro de sus fronteras clásicas y más restringidas (prohibición de injerencias en la vida privada y exclusión de la vida privada del conocimiento público), debido a la presencia en la Constitución de otro principio en el que ha sido posible anclar la autonomía personal: me refiero al principio de libre desarrollo de la personalidad contenido en el art. 10 de la Constitución española, cuyo reconocimiento hace innecesario ampliar el derecho a la intimidad (privacidad) para permitirle incluir la protección de la autonomía personal. Esto no quiere decir que no se haya producido una evolución paralela a la que ha tenido lugar en USA a través de las decisiones de su Tribunal Supremo, o en Europa a través de la doctrina del TEDH: podríamos decir que la presencia de este principio ha permitido a nuestros tribunales anclar en él la evolución y los desarrollos que tanto el Tribunal Supremo en los Estados Unidos como el TEDH han residenciado en el derecho a la vida privada, probablemente a falta de un principio como el recogido en nuestra Constitución: pero ello, al precio de forzar, en mi opinión excesivamente, el contenido y límites propios del derecho a la vida privada.

Con todo, esta diferente fundamentación significa una diferente configuración jurídica, y tiene una consecuencia ulterior, puesta de relieve por Albert Márquez, y es que el principio de libre desarrollo de la personalidad es un principio, y no un derecho constitucional, o un derecho humano, y carece de fuerza expansiva suficiente como para crear derechos fundamentales no reconocidos en la propia Constitución, aunque sea por la vía indirecta de reconducirlos a la intimidad personal y familiar del art. 18 de la Constitución[20]; sin embargo, la consideración del

18 *Cfr.* Sarat, A.: "Wither privacy? An Introduction", en Sarat, A. (ed.): *A World Without Privacy,* Cambridge University Press, 2015, pp. 7 y s.

19 *Cfr.* Etzioni, A.: *Los límites de la privacidad,* cit., pp. 330 y s.

20 *Cfr.* Albert Márquez, M.: "Privacy: between biorights and desires", *Bajo Palabra* II Época. Nº 30, p. 202 (disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8724148, último acceso 7 de agosto de 2023).

desarrollo personal como parte del contenido de un derecho humano (derecho a la vida privada) amplía significativamente el abanico de conductas o decisiones que pueden considerarse protegidas a través de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales o constitucionales[21].

En todo caso, pienso que un análisis correcto debe llevar a distinguir entre esos dos aspectos, y debería llevar a excluir el segundo (libre desarrollo de la personalidad/autonomía) del ámbito propio del derecho a la vida privada, o a la intimidad.

El análisis quedaría incompleto si no se hace referencia a dos cuestiones más:

1) La relación entre intimidad y autonomía: que autonomía e intimidad sean conceptos diferentes no quiere decir que no estén relacionados. Lo están, hasta el punto de que se ha afirmado que la intimidad es requisito para la libertad[22], y que la intimidad constituye un bien instrumental para el ejercicio de la libertad en el desarrollo de la propia vida[23]. Saberse observado (o potencialmente observado) afecta al propio comportamiento y lo condiciona, como lo hace también el suponer que ese comportamiento va a ser conocido públicamente. La intimidad proporciona un ámbito (el de la vida privada) en el que la toma de decisiones personales está menos condicionada, y es por tanto más libre. En la misma línea, se ha señalado que la intimidad protege un espacio para el individuo con el objeto de que pueda identificar sus fines y preferencias para desarrollar esa vida propia[24].

2) Una de las consecuencias de considerar que la libertad individual forma parte del *right to privacy*, o al respeto a la vida privada, en los términos que hemos visto, es dotar a la autonomía de la protección reforzada derivada de la inclusión del *right to privacy* en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los posibles (y muchas veces razonables) límites de la libertad individual quedan así debilitados, y son vistos con desconfianza. Que un ciudadano no puede hacer siempre lo que quiere, sino que su actuación está limitada por las leyes, por los derechos de sus conciudadanos, y por el límite ético, es algo que forma parte de la tradición jurídica occidental. Sin embargo, una vez amparada la autonomía por el *right to privacy* (privacidad/autonomía), esos límites pierden fuerza y eficacia: por una parte, una ley solo puede limitar un derecho humano con requisitos precisos y exigentes[25]; por

21 *Cfr.* Albert Márquez, M.: "Privacy: between biorights and desires", cit., p. 198.

22 *Cfr.* Martínez de Pisón Cavero, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional,* Civitas, Madrid, 1993, p. 61.

23 *Cfr.* Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado,* cit., p. 40.

24 *Cfr.* Turégano, I.: "Los valores detrás de la privacidad", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* (2020), p. 259.

25 Con todo, se ha puesto de relieve la contradicción existente entre imponer o prohibir a través de las leyes determinadas conductas o modelos de actuación, y facilitar simultáneamente la desviación de dicho modelo legal a través de una protección excesivamente amplia y permisiva del derecho a la intimidad (que habría que entender en el sentido que aquí hemos denominado privacidad/autonomía): *cfr.* Espinar Vicente,

otro lado, en la medida en que los derechos humanos forman parte muy relevante del contenido convencional de la ética, su papel como posible límite de alguno de esos derechos (y en concreto de la privacidad/autonomía) se ve comprometido. En este sentido, como señala nuevamente Albert Márquez, el reconocimiento progresivo de la vida privada/autonomía, entendida como un derecho que puede ser reclamado, llevaría a afirmar que algo que no está prohibido, no perjudica a terceros y es intensamente deseado por su titular forma parte del contenido de un derecho humano. Prácticamente, cualquier pretensión que no constituya un delito o una conducta legalmente prohibida podría considerarse un derecho humano, amparado por los sistemas de protección de estos derechos, si alguien decide que su realización es fundamental para su proyecto personal de vida[26]. Todo sería, o podría llegar a ser, contenido de un derecho humano.

Estas consideraciones, que merecerían una atención (y una justificación) más detallada que la que puede prestarles este trabajo, explican el importante papel que ha desempeñado la privacidad/autonomía a en la más reciente evolución de la cultura legal occidental, sobre todo en lo que tiene que ver con un Derecho de la Persona y el Derecho de Familia puesto al servicio de los deseos y la voluntad del individuo.

En todo caso, me parece claro que esta privacidad/autonomía desborda el derecho a la intimidad/*rigt to privacy*, tal y como fue formulado inicialmente, y tiene un contenido diferente. A partir de ahí, y en las páginas que siguen, volveremos nuestra atención a la intimidad en su sentido originario y más propio.

III. DE VUELTA A LA INTIMIDAD: LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PROTEGIDO POR EL DERECHO.

La palabra intimidad evoca la idea de un ámbito reservado, respecto al que se excluye el conocimiento y la injerencia de quienes son ajenos a ese ámbito. Esta idea está presente desde la formulación de Warren y Brandeis (quienes dicen que debería prohibirse la publicación de los asuntos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, salvo que concurra alguna de las excepciones de que hablaremos más adelante[27]), y puede encontrarse tanto en el significado gramatical de privacidad (recordemos: "ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión"), como, por ejemplo, en la jurisprudencia del tribunal Constitucional español, para el que el derecho a la intimidad "implica la existencia de un ámbito propio y reservado

J.Mª: "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", en García-San Miguel Rodríguez-Arango, L.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad,* Madrid, Tecnos, 1992, pp.46 y ss.

26 *Cfr.* Albert Márquez, M.: "Privacy: between biorights and desires", cit., p. 206.

27 Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: *The right to Privacy,* cit., p. 216.

frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana" (STC. 231/1988 de 2 de diciembre).

A partir de ahí, y de la idea complementaria de la variabilidad de ese ámbito en función de su contexto[28], se plantea la cuestión de cómo se delimita ese ámbito protegido variable. Me parece que puede dar alguna pista la dicción literal del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen (LOPDH), conforme al cual la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia. Aunque dicho artículo ha sido objeto de críticas[29], creo que acierta al recoger los tres factores básicos a tomar en consideración para delimitar el ámbito protegido: el factor legal, entendido en sentido amplio (lo que incluye la interpretación de la ley realizada por los tribunales), el factor social, y el factor individual o personal, ligado a la voluntad y el comportamiento de la persona. A continuación, me detendré en los dos primeros, y dedicaré el apartado siguiente al factor individual, que merece una consideración propia y más detallada.

1. El factor legal.

El primero de los mencionados es el factor legal, entendido en sentido amplio. Los textos legales de que hemos partido no aclaran mucho, más allá de sugerir que lo que se protege es la vida "privada", por contraposición a la "pública": pero qué sea "vida privada" y qué sea "vida pública" es algo que depende mucho de las convicciones y los usos sociales, lo que nos remite al segundo de los factores que vamos a considerar en este apartado. En este sentido, y para subrayar la amplitud del concepto (que, recordemos, el propio tribunal amplía para incluir lo relativo a la autonomía), el TEDH ha afirmado que el concepto de vida privada es muy amplio, e incapaz de ser definido de forma exhaustiva, y puede abarcar muchos aspectos de la identidad física y social de las personas[30].

Los mismos textos legales hablan también de intimidad familiar o vida familiar, como incluidos específicamente en el ámbito protegido: se delimita así un ámbito de privacidad con características propias; se trata del ámbito social privado más básico, que es objeto de especial protección. Con ello dichos textos legales parecen

28 *Cfr.* Etzioni, A.: *Los límites de la privacidad,* cit., pp. 317 y s.

29 *Cfr.*, por ejemplo, Clavería Gosálbez, L.H.: *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Anuario de Derecho civil* 1983-4 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1983_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=4 : último acceso, 7 de agosto de 2023), pp. 1250 y ss.; Cabezuelo Arenas, A. L.: *Derecho a la intimidad,* cit., pp. 31 y ss.

30 *Cfr. Guide,* nº 78.

referirse no tanto a un eventual derecho a la intimidad correspondiente al grupo familiar, cuanto a la determinación de un ámbito de intimidad no propiamente personal, sino derivado de la especial relación de proximidad que media entre los componentes de la familia, que hace que la esfera de intimidad de cada uno de ellos integre un ámbito común de intimidad, calificado como familiar. A este respecto, pueden ser útiles, por su alcance más teórico y general, las siguientes afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 231/1988, de 2 de diciembre: "el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE. protegen. […] No cabe dudar de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno– a la intimidad constitucionalmente protegible". A medio camino entre la intimidad personal y la familiar se encuentran determinadas informaciones, como, por ejemplo, en relación con la adopción[31], o con el empleo de técnicas de reproducción asistida.

Pertenece al ámbito protegido por el derecho a la intimidad la llamada intimidad corporal, que está ligada en algunas de sus manifestaciones al sentido del pudor; en esta línea, afirma el Tribunal Constitucional español que la intimidad corporal es "de principio inmune […] frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad" (Sentencia 37/1989, de 15 de febrero); sin embargo, el propio Tribunal Constitucional matizó la afirmación señalando que este no es un derecho absoluto, "sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad" (Sentencia 57/1994, de 28 de febrero).

También abarca el derecho a la intimidad los datos sobre la salud de la persona[32], y el TEDH ha considerado una intromisión contraria al art. 8 del Convenio Europeo la toma de material celular y su retención, así como la determinación y retención de perfiles de ADN extraídos de muestras celulares[33].

31 *Cfr. Guide*, nº 173.

32 *Cfr. Guide*, nº 212.

33 *Cfr. Guide*, nº 206, que se remite a una nueva Guía, específicamente sobre protección de datos (*Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights. Data protection*, disponible en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Data_protection_ENG, actualizado en agosto de 2022).

Igualmente, se considera que pertenecen al ámbito protegido por el derecho a la intimidad (aunque encajen mejor en la expresión "vida privada") los datos económicos y bancarios (aunque no frente a la Administración Pública, especialmente la Tributaria), y en general los datos de la vida laboral, profesional o comercial[34].

Conviene añadir que la intimidad se protege frente a personas ajenas a la esfera de privacidad protegida. Quiero decir que hay quienes tienen conocimiento de muchos aspectos de la intimidad de una persona como consecuencia de su relación directa con ella, en una o varias de las esferas protegidas: así, es claro, por ejemplo, que los cónyuges tienen un conocimiento directo e inmediato de aspectos propios de la privacidad del otro, incluida su intimidad personal. La intimidad familiar se protege frente a quienes no forman parte de la familia, porque quienes sí forman parte de ella no se entrometen en la vida familiar, sino que la protagonizan, y por ello la conocen como protagonistas. Sin embargo, esta consideración sobre el ámbito personal de la protección tiene otra consecuencia, y es que la divulgación de informaciones relativas a la vida familiar por uno de sus protagonistas puede afectar a la intimidad de los demás miembros de la familia, y por tanto verse limitada desde este punto de vista. Estas limitaciones siguen existiendo aunque la relación familiar haya desaparecido: por ejemplo, en el ámbito civil como consecuencia del divorcio, o en los ámbitos civil y canónico como consecuencia de una nulidad matrimonial. En estos casos, es claro que hay un deber de confidencialidad ligado a la protección de la intimidad del otro cónyuge o ex cónyuge: lo que se ha conocido legítimamente no puede ser legítimamente divulgado, al menos sin el consentimiento del cónyuge o ex cónyuge afectado. Lo que se acaba de indicar en relación con la esfera familiar, puede ser aplicado, con las debidas adaptaciones, a las otras esferas de la vida privada (salud, trabajo, datos económicos…) de las que hemos hablado.

2. El factor social.

Uno de los factores que afecta de forma más significativa a la variabilidad del ámbito de protección del derecho a la intimidad es su contexto social: es decir, las convicciones sociales acerca de qué es público y qué es privado, qué es lo que el público tiene derecho a conocer y qué es lo que no, qué es lo que forma parte de la intimidad, y qué es lo que no[35]. Esto es materia de apreciación prudencial por parte de los tribunales, muchas veces por el conocimiento directo de ese contexto social, que es en el que el propio juez se desenvuelve. En relación con ello, me gustaría hacer dos observaciones complementarias:

34 *Cfr. Guide,* nº 95.

35 En esta línea, señala Grimalt Servera, que el contenido concreto de este derecho depende de los valores de la sociedad en un momento determinado: Grimalt Servera, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen,* Iustel, Madrid, 2007, pp. 32 y s.

1) En primer lugar, la estrecha relación existente entre los usos sociales (la valoración social del ámbito protegido), y la repetición y generalización de conductas individuales relativas a la intimidad, y con la divulgación de informaciones pertenecientes a la esfera de la privacidad, principalmente por parte de personajes públicos o de proyección social relevante: a medida que esto se produce, la sensibilidad social respecto a tales cuestiones va cambiando, y con ella su valoración como materia pública o privada, y la consideración social acerca de qué forma parte de la intimidad (qué es protegible), y qué no. Muchas veces son esas conductas individuales, realizadas inicialmente por personajes públicos, y asumidas después por la sociedad, las que van generando un cambio de mentalidad que afecta a la delimitación social del ámbito protegido.

2) En segundo lugar, la consideración de que hay un núcleo básico de la intimidad que debe ser protegido en todo caso, precisamente por su valor social. En palabras de Richards, "en lugar de pensar en la privacidad meramente como un derecho individual …, deberíamos pensar más ampliamente en el tipo de sociedad en la que queremos vivir. Una sociedad en la que todo el mundo supiera todo sobre todos los demás sería opresiva porque nos pondría a todos bajo la mirada de la publicidad todo el tiempo; no habría zonas libres en que los individuos pudieran florecer" [36]. Esta consideración conecta con el contenido esencial del derecho a la intimidad, que en ningún caso sería posible desconocer sin que el derecho como tal llegara a desaparecer, tanto en relación con una persona en particular, como respecto a la sociedad en general: sobre ello volveremos más adelante.

El factor social es relevante también desde otro punto de vista, que es la posición que ocupa (o, en su caso, pretende ocupar) una persona en la sociedad. Ya Warren y Brandeis, al señalar el ámbito protegido (asuntos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo), hacen la salvedad de que nada de ello tenga conexión legítima con la adecuación de la persona de que se trate para un cargo público o cuasi público que esa persona busque o para la que sea propuesto, o tenga legítima relación con algún hecho que haya tenido lugar mientras esa persona ocupaba un cargo público o semipúblico[37]. Personas cuya vida profesional o cuasi profesional esté caracterizada por un alto nivel de proyección y exposición social ven afectada la esfera de su privacidad por esa proyección y esa exposición: lo que una persona carente de ellas podría considerar como violación de su intimidad, en estos casos puede no serlo (en ocasiones, y esto enlaza con el apartado siguiente, por la propia conducta del afectado, que es quien busca y provoca la exposición y la proyección). Con todo,

36 Richards, N.M.: "Four Privacy Myths", en Sarat, A. (ed.): *A World Without Privacy,* cit., p. 65. El autor se refiere al derecho individual o ocultar lo malo (eso es lo eliminado en los puntos suspensivos), que sería uno de esos cuatro mitos de los que habla: sin embargo, la afirmación es extensible a todo el derecho a la intimidad, en los términos que se reproducen en el texto.

37 Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: *The right to Privacy,* cit., p. 216.

también tales personas tienen derecho a la protección de su intimidad, aunque el ámbito protegido sea más reducido (y esto provoca conflictos con la libertad de información, no siempre fáciles de resolver). En todo caso, el alcance de lo no protegido por el derecho se ve inicialmente limitado por las características de la proyección pública de la persona de que se trate: por ejemplo, si es alguien que desempeña o aspira a desempeñar un cargo público, los datos de salud pueden ser relevantes para responder a la pregunta de si está en condiciones de asumir las obligaciones de ese cargo, de manera que es posible identificar aquí un interés legítimo del público en conocer esos datos. Del mismo modo, es habitual que se divulgue, incluso de manera obligatoria y a través de registros públicos, información acerca de su situación económica y patrimonial; sin embargo, otros datos (por ejemplo, los relativos a su vida familiar) quedarían protegidos, a menos que el propio interesado sea quien decida divulgarlos (pero en este caso, sin dañar la intimidad de las demás personas integradas en ese ámbito familiar)[38]. En estos casos puede apreciarse el entrecruzamiento de decisiones personales (aspirar a un cargo público) con el factor social en la delimitación del ámbito personal protegido por el derecho.

IV. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD Y LA CONDUCTA DEL TITULAR DEL DERECHO.

Es habitual reconocer un papel relevante a la voluntad y la actuación del titular del derecho, no solo en cuanto a la posible obtención o divulgación de informaciones pertenecientes al ámbito protegido, sino en cuanto a la delimitación de la esfera protegida para cada persona: este es uno de los factores que permiten, usando una terminología de moda, "personalizar" el ámbito protegido. No faltan autores que incluyen esta voluntad desde el primer momento, al atribuirle un papel decisivo en la delimitación de dicha esfera: es lo que hace, por ejemplo, Carrillo cuando habla de "derecho a ver respetado en perímetro que *la propia libertad personal ha delimitado* como espacio inaccesible" (el subrayado es mío)[39]. En este mismo sentido, el art. 2 de la LOPDH dispone que *"la protección civil … de la intimidad … quedará delimitada … atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia"*. Conviene detenerse algo más en ello.

38 La idea puede encontrarse también, en germen, en Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: *The right to Privacy,* cit., p. 216: "todos los hombres por igual tienen derecho a mantener ciertas cosas a salvo de la curiosidad popular, tanto si están en la vida pública como si no".

39 Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado,* cit., p. 33; puede verse también, con un planteamiento similar, Cabezuelo Arenas, A. L.: *Derecho a la intimidad,* cit., p. 19; o Thompson, J. B.: "Los límites cambiantes de la vida pública y privada", en *Comunicación y Sociedad,* núm. 15, enero-junio, 2011, pp. 30 y 34 (disponible en http://www.comunicacionysociedad.cucsh.udg.mx/index.php/comsoc/article/view/1138; último acceso, 7 de agosto de 2023).

1. El consentimiento del titular del derecho.

En primer lugar, es claro que el titular del derecho a la intimidad puede consentir tanto las intromisiones en el ámbito de su privacidad, como la divulgación de informaciones pertenecientes a ese mismo ámbito (sean o no producto de una intromisión previa); puede, también, difundir él mismo esas informaciones. Lo primero sirve para excluir el carácter ilegítimo de la intromisión o la divulgación. Lo primero y lo segundo tienen una consecuencia de mayor relieve, ya que sirven para delimitar el espacio protegido en relación con esa persona en particular: en efecto, una vez divulgadas por ella o con su consentimiento informaciones pertenecientes a su ámbito privado (inicialmente protegido), tales informaciones quedan fuera de dicho ámbito, y con él de la protección. En estos casos, la intromisión sigue excluida, pero no la divulgación de informaciones obtenidas por medios legítimos relativas a las mismas cuestiones que el titular del derecho, al divulgarlas o consentir su divulgación, ha desprotegido, al situarlas fuera del ámbito privado. También aquí Warren y Brandeis fueron pioneros, al afirmar que el derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo o con su consentimiento[40]. Complementariamente, hay que advertir, con Clavería, que la mera falta de reacción frente a una intromisión o divulgación ilegítimas no puede servir para delimitar la esfera protegida[41]: solo la conducta activa del titular del derecho tiene esa eficacia, pero no la conducta meramente omisiva. Pero hay que añadir que este modelo de legitimación de la intromisión o divulgación centrado en el consentimiento del titular es insuficiente frente a las nuevas amenazas al derecho a la intimidad, como veremos más adelante.

2. Relevancia del consentimiento en cuanto a la configuración del derecho a la intimidad.

Esta eficacia del consentimiento para autorizar la intromisión o la divulgación de informaciones pertenecientes al ámbito protegido, ha tenido consecuencias importantes en cuanto a la configuración teórica del contenido del derecho a la intimidad. En sus primeras formulaciones, tenía un contenido prevalentemente negativo, consistente en excluir la intromisión de terceros, y en rechazar o impedir la divulgación de informaciones. En un momento posterior, ya mediado el siglo XX, y como consecuencia básicamente de las aportaciones de Fried y Westin[42], se fue concediendo una importancia creciente a su contenido positivo, plasmado en la idea del control del titular del derecho sobre las informaciones relativas a la esfera de su privacidad, de manera que el derecho a la intimidad concedería a su titular la facultad de controlar el flujo de información sobre las materias pertenecientes

40 Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: *The right to Privacy,* cit., p. 218.

41 Clavería Gosálbez, L.H.: "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad", cit., p. 1.252.

42 Me refiero a Westin, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967, y Fried, C.: "Privacy", *Yale Law Journal*, vol. 77, núm. 3, 1968, pp. 475-493.

a dicha esfera. En palabras de Thompson, "la manera más prometedora de conceptualizar la privacidad es en términos de control. En su sentido más básico, la privacidad tiene que ver con la capacidad de los individuos de tener control sobre algo. Normalmente este «algo» se entiende como información, es decir, la privacidad es la capacidad de controlar las revelaciones sobre uno mismo, y de controlar cómo y hasta qué punto éstas pueden comunicarse a los demás"[43]. En efecto, al ser el consentimiento del titular la llave que puede hacer fluir (o no) la información privada, es dicho titular quien tiene el control sobre ese flujo de información[44], quien puede abrir y cerrar la llave: quien puede impedir la divulgación es quien puede autorizarla, de manera que el contenido positivo y el negativo vienen a ser como las dos caras de la misma moneda.

Lo anterior, a su vez, abre la puerta a una cierta patrimonialización del contenido de este derecho, en la medida en que permite que se comercie con él, que es lo que ocurre cuando una persona consiente en la divulgación de informaciones pertenecientes a su vida privada a cambio de dinero. Cuando esto se produce, tiene lugar simultáneamente una nueva delimitación del ámbito protegido por el derecho a la intimidad, que ya no incluye las informaciones que se han divulgado (o cuya divulgación se ha permitido) a cambio de dinero; y no solo las concretas informaciones divulgadas, sino las pertenecientes a misma esfera de privacidad que las publicadas, que es la esfera que el interesado ha desamparado con su conducta: esto quiere decir que el titular no puede impedir, al menos con fundamento en su derecho a la intimidad, que otros divulguen informaciones similares, siempre que las hayan obtenido legítimamente. Así, si una persona con una cierta proyección pública concede una exclusiva en la que cuenta, por ejemplo, su vida amorosa, no puede ampararse en el derecho a la intimidad para que los demás medios de información no publiquen informaciones relativas a esa misma vida amorosa: esa es la esfera que ha quedado excluida del ámbito protegido, por obra del propio titular del derecho. Esto quiere decir también que el control del flujo de información no depende totalmente del titular del derecho: él puede autorizar la divulgación de informaciones relativas a su vida privada, pero a partir de ese momento, y como consecuencia de esa divulgación autorizada, dejan de pertenecer al ámbito protegido, de forma que el titular del derecho pierde parcialmente el control sobre el flujo de información, ya que no puede impedir que otros informen sobre los mismos aspectos de su vida privada que el propio titular ha excluido del ámbito protegido al autorizar su divulgación, o al divulgarlos él mismo.

43 Thompson, J. B.: "Los límites cambiantes de la vida pública y privada", cit. p. 29.

44 En este sentido, Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado,* cit., p. 15, habla de la potestad de controlar el flujo de información que pueda circular en el espacio público.

3. Límites de la capacidad de disposición del titular del derecho.

La consideración del papel del consentimiento del titular en relación con el derecho a la intimidad conduce a otra cuestión, que es la de los límites de esa capacidad de disposición sobre el derecho a través del consentimiento (o del comportamiento). En su formulación más radical, nos estaríamos preguntando si una persona puede abrir toda su intimidad mediante su consentimiento (legitimador de la intromisión y de la divulgación) o su comportamiento (permisivo de la intromisión y la divulgación). En la doctrina hay respuestas reticentes frente a esta posibilidad[45], reticencias que enlazan con la consideración de la intimidad como un valor social, pero también con la dignidad humana, como fundamento último del derecho a la intimidad[46]; enlazan también con otra idea complementaria, llamada por A. Etzioni "privacidad positiva o exigida", que en opinión de este autor sería no tanto un derecho, cuanto una obligación social: "este es el tipo de privacidad que está en cuestión en discusiones sobre, por ejemplo, la prohibición de desnudarse en la playa", aclara Etzioni[47].

La razonable idea de que no es posible desamparar toda la esfera de la privacidad personal a través del consentimiento o del comportamiento, enlaza con una de las características básicas de los derechos de la personalidad, que es su indisponibilidad (que en muchos casos quiere decir disponibilidad limitada, como estamos viendo en el derecho a la intimidad[48]). Pero esto nos lleva a una consideración complementaria: al hablar de indisponibilidad, a lo que nos referimos es a la ineficacia del acto de disposición total del derecho desde el punto de vista jurídico. Pero es más complicado impedir que una persona decida no ejercitar el derecho de que se trate. Es decir, que el contrato en cuya virtud una persona se desprende absoluta y definitivamente de su derecho a la intimidad, es nulo desde el punto de vista jurídico, y no se puede exigir su cumplimiento; sin embargo, es más difícil evitar que ese mismo contratante decida dar a conocer públicamente toda su vida privada, y cumpla voluntariamente ese contrato que no le vincula, salvo que con ello atente contra la intimidad de otras personas, o realice conductas que puedan ser consideradas ofensivas para terceros. La aproximación desde la indisponibilidad, en esta perspectiva, resultaría insuficiente.

45 *Cfr.* Cabezuelo Arenas, A. L.: *Derecho a la intimidad,* cit., p. 240, para quien no es merecedora de amparo la exposición pública de acontecimientos íntimos que rebajen a su protagonista.

46 Sobre la dignidad humana como fundamento del derecho a la intimidad, *cfr.* González Gaitano, N.: *El deber de respeto a la intimidad,* cit. p. 149; Martínez de Pisón Cavero, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional,* cit., p. 418; Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado,* cit., p. 30.

47 *Cfr.* Etzioni, A.: *Los límites de la privacidad,* cit., pp. 307 y s.

48 *Ad rem,* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los derechos de la personalidad", cit. pp. 279 y s.; puede verse también, con provecho, Bobadilla Rodríguez, F.: *La disponibilidad de los derechos de la personalidad*, Instituto Pacífico, Lima, 2019.

Para conseguir esa razonable finalidad que he mencionado antes puede ser útil recurrir al concepto de contenido esencial del derecho a la intimidad, que sería su núcleo básico, y estaría en principio sustraído a la disponibilidad, y al desamparo fundado en la conducta del titular del derecho. Naturalmente, el problema es identificar ese núcleo básico[49] (problema similar al de la delimitación general del ámbito protegido): los criterios que pueden ser útiles a tal fin son o la valoración social (el variable contenido de lo que socialmente se considera indisponible), o la dignidad del hombre (que permitiría identificar aquel contenido del ámbito privado cuya divulgación sería en todo caso, contraria a esa dignidad, y por tanto deshumanizante[50]). La valoración social es por definición cambiante, en general dentro de unos límites, y otorga flexibilidad; la dignidad humana es objetiva, y proporciona mayor estabilidad. Probablemente una combinación equilibrada de ambos elementos podría servir para ese fin.

En todo caso, este planteamiento (existencia de un núcleo básico que no es posible desamparar, ni del que el titular puede disponer, directa ni indirectamente) se ve afectado crecientemente por la proliferación de espectáculos difundidos a través de diferentes medios, como la televisión, o internet (*reality shows,* típicamente), basados en la casi total ausencia de intimidad de sus participantes, al menos durante un tiempo (limitación temporal que podría servir para argumentar que no estamos ante un acto de disposición total[51]); pero algo parecido ocurre, en palabras de Lucena Cid, en "el caso en el que los individuos voluntariamente desvelan su intimidad sin ningún pudor a través de los medios de comunicación e información, y un fenómeno particular de esto se da en el entorno de Internet y las redes sociales. Ya se trate de un asunto de adulterio, enfermedad grave, escándalo familiar o cualquier otro asunto morboso no existe contención ante millones de espectadores si se ofrece la oportunidad de contarlo en programas de televisión especializados en estos asuntos. Ante esto Umberto Eco afirma que en la actualidad las personas no desean la *privacy* y que de lo que deberían preocuparse las «distintas autoridades en defensa de ella es hacer que sea considerada un bien precioso por parte de los que entusiastamente han renunciado a ella»"[52]. Tales espectáculos, reportajes, entrevistas… tienen como primera consecuencia indirecta, pero muy relevante, ir cambiando la consideración social acerca de la intimidad, limitando paulatinamente la esfera de lo que socialmente se considera

49 Lo sugiere Rojo Ajuria, L.: "La tutela civil del derecho a la intimidad", *Anuario de Derecho civil*, 1986-1 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1986-10013300150_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_tutela_civil_del_Derecho_a_la_intimidad, último acceso 7 de agosto de 2023), p. 140: el autor llega a decir que desconocemos cuál es el contenido esencial de ese derecho.

50 *Ad rem,* Bobadilla Rodríguez, F.: *La disponibilidad de los derechos de la personalidad*, cit. p. 79.

51 Que es lo que ocurriría si llegara a ser real una situación como la narrada en la conocida película *El Show de Truman.*

52 Lucena Cid, I.V.: "La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 7 (2012: disponible en https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/3683/2918, último acceso 7 de agosto de 2023), p. 128.

que debe ser protegido, en primer lugar por el propio titular del derecho: inciden así en el factor social del que hablábamos antes; una segunda consecuencia es expandir socialmente la idea de que la intimidad está sometida por completo a la voluntad del titular del derecho, que puede disponer de ella como guste en cada momento. A esto se une la generalización de mecanismos a través de los que los ciudadanos hacen públicos lo que podríamos llamar retazos de su intimidad, contribuyendo así a ese progresivo redimensionamiento (en sentido reductor) del ámbito protegido por la intimidad: sobre esto volveremos más adelante.

V. LAS INTROMISIONES O DIVULGACIONES LEGÍTIMAS, Y LAS ILEGÍTIMAS.

1. Sobre las intromisiones legítimas en la esfera protegida.

El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, porque la privacidad no es un valor absoluto[53]: debe ser puesto en relación con los derechos de otras personas, y con el bien común y el interés social, ante los que en ocasiones debe ceder. En esta línea, Thompson ha señalado que el hecho de "que los individuos crean que son y deben ser capaces de ejercer control sobre la información de sí mismos no significa necesariamente que tengan siempre el derecho a hacerlo, o que cualquier derecho a la privacidad que tengan siempre estará por sobre otras consideraciones. Por el contrario, el derecho a la privacidad no es más que un derecho, y en algunos casos puede ser perfectamente invalidado por otros factores que aporten más peso en una deliberación normativa sobre los méritos relativos de derechos y demandas en conflicto" [54]. Esto quiere decir, entre otras cosas, que puede haber intromisiones legítimas (amparadas por la ley) en la esfera de privacidad de los ciudadanos. Ya hemos visto que esto ocurre cuando la intromisión ha sido autorizada por el titular del derecho, o cuando es él quien divulga las informaciones pertenecientes al ámbito protegido. Además, hay otras fuentes de legitimación, que como se ha apuntado, pueden ser reconducidas a las ideas de bien común e interés social. También Warren y Brandeis lo sugirieron en su escrito fundacional al decir que el derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general[55].

Entre esas otras fuentes de legitimación de la intromisión en la esfera privada, ya hemos visto también que el hecho de ostentar un cargo público, o aspirar a él, puede afectar al ámbito protegido, en la medida en que los ciudadanos tienen un interés legítimo en acceder a ciertas informaciones que en principio entrarían en el ámbito de lo privado: por ejemplo, datos de salud relevantes para saber si podrá desempeñar adecuadamente el cargo a que aspira, o situación laboral, económica

53 *Cfr.* Etzioni, A.: *Los límites de la privacidad,* cit., pp. 312 y s.

54 Thompson, J. B.: "Los límites cambiantes de la vida pública y privada", cit. p. 33.

55 Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: *The right to Privacy,* cit., p. 214.

o patrimonial, a efectos de descartar conflictos de intereses, o enriquecimientos poco claros; en estos casos prevalece el derecho a ser informados (y con él, el derecho a informar) frente al derecho a la intimidad. Del mismo modo, no sería posible alegar el derecho a la intimidad para negarse a facilitar datos relativos a la salud que pueden tener repercusiones sociales relevantes (por ejemplo, en casos de pandemia como la que recientemente hemos sufrido a nivel global); tampoco podría ser alegado para negarse a facilitar a la Administración Tributaria datos económicos y patrimoniales fiscalmente relevantes.

Estas consideraciones tienen particular importancia en relación con el derecho a la información (en sus dos aspectos ya mencionados de informar y ser informado), uno de cuyos límites es, precisamente, el derecho a la intimidad. También aquí son de aplicación las reglas de que acabamos de hablar, de forma que para publicar legítimamente información sobre la vida privada de una persona carente de especial proyección pública, o bien se debe contar con su consentimiento, o bien ello debe estar justificado por un interés público o social relevante.

2. La reacción del Derecho frente a la intromisión.

En ausencia de una de las causas de justificación de la intromisión o divulgación indicadas, cualquier intromisión en, o divulgación de la vida privada de una persona, sería ilegítima, y desencadenaría la reacción del Derecho, que puede tener al menos tres plasmaciones:

a) La indemnizatoria, no como "precio" de la intimidad (pese a la patrimonialización de la que hemos hablado antes), sino como muestra del aprecio que el Derecho hace del bien violado, a falta de otra forma mejor de manifestarlo. En este punto vale la pena subrayar que la reparación *in natura* no es posible[56], a diferencia, por ejemplo, del honor: así como este puede ser "devuelto" a su titular, mediante la divulgación de informaciones que restablezcan su reputación, en el caso de la intimidad el mal producido (la divulgación de informaciones) no tiene vuelta atrás, ya que las informaciones efectivamente han sido divulgadas, y no es posible "despublicarlas", ni conseguir legalmente que quienes las conocieron las olviden. Lo único que cabe hacer es minimizar las consecuencias de esa divulgación, en los términos que se expondrán inmediatamente. Con todo, algo de reparación *in natura*, en sentido amplio, tiene el llamado derecho al olvido, al que aludiré brevemente más abajo.

b) La consistente en ordenar la cesación de la intromisión o de la divulgación, en caso de persistir todavía.

56 Lo sugiere Rojo Ajuria, L.: "La tutela civil del derecho a la intimidad", cit., p. 146.

c) La preventiva, para que no se vuelvan a producir en el futuro intromisiones o divulgación de informaciones como la denunciada.

En este punto, hay que señalar también otra peculiaridad del derecho a la intimidad, y es que no le afecta la *exceptio veritatis:* como advirtieron ya Warren y Brandeis[57], la veracidad de lo que se publica no sirve como defensa, porque la reparación que se solicita no es por ataques contra la reputación, sino contra la intimidad; en este punto, el Tribunal Constitucional español ha llegado a afirmar que tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino en todo caso presupuesto de la lesión (STC. 20/1992, de 14 de febrero). Tampoco es defensa, al decir de estos mismos autores, la ausencia de malicia en la intromisión o divulgación[58].

VI. NUEVAS FRONTERAS, Y NUEVOS RETOS, DE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD.

Cuanto ha quedado expuesto hasta ahora responde a lo que podríamos considerar como el tratamiento más clásico del derecho a la intimidad, cuya frontera temporal podemos situarla, convencionalmente, en el siglo XX. El siglo XXI ha traído, de la mano de la existencia de redes informáticas de alcance y cobertura mundial, y de la universalización del uso de dichas redes por los ciudadanos de prácticamente todo el mundo, nuevos riesgos para la intimidad, en forma que ha sido calificada por Schwartz como dramáticamente diferente a lo conocido hasta ahora, hasta el punto de que, en expresión de dicho autor, una vez conectado a Internet, nuestro ordenador se convierte en un potencial grabador y traidor de nuestras confidencias[59]: estas son las nuevas fronteras del derecho a la intimidad, que plantean nuevos retos desde el punto de vista jurídico. A continuación, haré una breve exposición de algunos de los problemas principales que se plantean (1), para exponer después algunas cuestiones relativas a la respuesta jurídica (2), también con la brevedad que exige este trabajo.

1. Los problemas.

a) Las nuevas realidades de que acabo de hablar plantean problemas relevantes, al menos desde dos puntos de vista, que se diferencian entre sí por el diferente papel que, aparentemente, juega la voluntad de los afectados.

57 Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: *The right to Privacy,* cit., p. 218. Lo subrayan también, por ejemplo, Cabezuelo Arenas, A. L.: *Derecho a la intimidad,* cit., pp. 114 y ss., y Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado,* cit., p. 38.

58 Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: *The right to Privacy,* cit., p. 218.

59 *Cfr.* Schwartz, P. M.: "Privacy and Democracy in Cyberspace", *Vanderbilt Law Review* 52 (1999), pp. 1610 y s. (disponible en https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss6/2, ultimo acceso 7 de agosto de 2023).

1) Hay que mencionar, en primer lugar, la generalización del uso de redes sociales o de mensajería instantánea, a través de las cuales se produce una divulgación "voluntaria" de informaciones, datos, imágenes, opiniones, etc., que en el planteamiento más clásico entrarían dentro del ámbito protegido por el derecho a la intimidad[60]: se incluyen aquí fotografías, vídeos, opiniones, reflexiones, comentarios, viajes, ubicaciones, etc. Es verdad que en la mayor parte de los casos el usuario una cierta capacidad de elección de los destinatarios de la información que se publica en dichas redes, o de quienes pueden acceder a ella (por ejemplo: solo los considerados por la persona como "amigos", en el sentido virtual del término –que como se sabe, no coincide con el ordinario–, o también los "amigos de los amigos", o todos los que tienen acceso a la red de que se trate…). Sin embargo, esto ofrece una sensación de control de la propia privacidad que ha sido calificada correctamente como ilusoria[61], ya que esas informaciones quedan almacenadas en el ciberespacio, y su utilización depende de las reglas establecidas por la propia red social, en la inmensa mayoría de los casos aceptadas sin leerlas (ni, en su caso, entenderlas) por los usuarios. En estos casos las informaciones contenidas en la red social han sido divulgadas a través de ella voluntariamente por los propios usuarios, de forma que, en el planteamiento clásico del derecho a la intimidad, estaríamos ante un supuesto claro de divulgación legítima, ya que ha sido realizada por el titular del derecho. Pero esta aproximación es insuficiente.

2) En segundo lugar, hay que hablar de lo que podríamos llamar el "rastro digital" que van dejando las personas cada vez que usan cualquier tipo de dispositivo conectado a internet. Un número casi incalculable (pero en realidad susceptible de ser calculado, y utilizado, por super-ordenadores) de micro-datos de nuestra vida privada van siendo volcados, y quedando almacenados, en el espacio virtual, a disposición de operadores de dicho espacio cuya identidad no siempre está clara: qué adquirimos, pagando para ello con tarjetas de crédito o directamente con medios virtuales (desde alimentos hasta ropa, pasando por libros, electrodomésticos, vehículos, combustible, billetes para aviones, trenes, autobuses, en cada caso con su punto de partida y de llegada, y las fechas del viaje, etc., etc.), y donde lo hacemos; donde estamos, cuanto tiempo pasamos en cada sitio, y como vamos de uno a otro, a través del uso de diferentes dispositivos dotados de localizadores conectados en tiempo real; con quien interactuamos en las redes sociales, y que decimos que nos gusta o no nos gusta; a quien seguimos o a quien rechazamos; a qué espectáculos asistimos, cuantas veces, y cuando; con quien nos encontramos o simplemente con quien nos cruzamos y cuando (basta pensar que es la tecnología que está en la base de la aplicación "Radar Covid", que nos avisa de cuándo hemos estado cerca de una persona que se ha contagiado). Podríamos seguir así, con un listado interminable que permite, mediante la utilización de super-

60 *Cfr.* Sarat, A.: *Wither privacy? An Introduction,* cit., p. 16.

61 *Cfr.* Sarat, A.: *Wither privacy? An Introduction,* cit., p. 18.

ordenadores, de algoritmos cada vez más complejos (y eficaces) y de la llamada inteligencia artificial, a quienes sean capaces de conseguir esos datos (para lo que se ha acuñado la significativa expresión de *data mining:* extracción de datos, a base de "excavar" en el ciberespacio, usando para ello super-ordenadores, potentes motores de búsqueda y complicados algoritmos), conocer, por ejemplo, cuáles son nuestros gustos y preferencias gastronómicos, ideológicos, políticos, religiosos, deportivos, literarios, etc. Porque, en efecto, si los datos están de alguna forma almacenados en el ciberespacio, pueden ser encontrados, extraídos y utilizados por personas (o corporaciones) ajenas completamente a cada uno de los usuarios.

b) El resultado de lo que ha quedado tan someramente descrito, es la presencia en el ciberespacio de una cantidad enorme de información personal perteneciente al ámbito de la privacidad, en parte amparada (aparentemente) por la voluntad de la persona afectada, que en algunos de sus contenidos (los menos) está a disposición de cualquier usuario de internet, pero en otros puede ser utilizada por las grandes corporaciones con capacidad de extracción y gestión de todos esos datos, no necesariamente para divulgarlos, sino para aprovecharlos para sus propios fines. De esta manera, la intimidad de los usuarios queda expuesta al conocimiento no del público, sino de quienes tiene esa capacidad extractora de datos, con una intensidad cuantitativa (el número de datos de que se dispone de cada persona) y cualitativa (los diversos ámbitos de la vida privada a los que se refieren esas informaciones) sin parangón con lo que ocurría hasta ahora. Desde la perspectiva del contenido positivo del derecho a la intimidad, lo que se ha producido es un desapoderamiento de su titular, que ha perdido el control sobre esos datos[62] que, consciente o inconscientemente, ha ido dejando en el ciberespacio: control del que carece, en primer lugar, porque muchas veces no es consciente de haberlos dejado, pero también porque no dispone de los medios técnicos necesarios para controlarlos efectivamente.

Los datos así obtenidos se emplean muy habitualmente con fines comerciales (el más evidente, que probablemente todos hemos experimentado, la personalización de la publicidad que recibimos en internet), pero pueden ir mucho más allá, y tener consecuencias económicas, profesionales y personales muy relevantes: desde la denegación de créditos bancarios hasta la pérdida (o la no obtención) de empleo, o la generación de problemas familiares. Pero hay más: pueden llegar a ser usados para condicionar (*rectius,* manipular) la propia conducta del usuario, pero haciéndolo, por así decir, desde dentro del propio sujeto, cuyas acciones son guiadas, sin que él mismo sea consciente, a través de los sesgos intencionales de la información que se le facilita, o a la que accede (dirigidamente) en el propio ciberespacio: de esta manera, lo afectado no es solo la privacidad/intimidad, sino

62 Se refiere también a esta pérdida de control sobre los propios datos almacenados en internet Lucena Cid, I.V.: "La protección de la intimidad", cit., p. 129.

también la privacidad/autonomía de la que hablábamos con anterioridad. No hace falta enfatizar la gravedad de estas amenazas a la intimidad y a la libertad, porque llevan el énfasis en sí mismas.

2. La respuesta jurídica.

Para hacer frente a las nuevas circunstancias, y a las amenazas que suponen para la intimidad, el modelo clásico de protección de este derecho, tal y como ha sido descrito en las páginas precedentes, es insuficiente[63]. Así, el consentimiento prestado por el usuario al ingresar en una página web, o en una red social, o al descargarse una aplicación para el teléfono móvil, es puramente formal, en la mayor parte de las ocasiones sin haber leído (o, en su caso, entendido) los términos en los que "consiente", y el contenido al que "consiente", hasta el punto de que tales consentimientos han sido calificados como un ritual vacío[64]: puede identificarse aquí un déficit de consentimiento similar, pero probablemente más intenso, que el identificable en el uso de formularios contractuales (condiciones generales de los contratos). El propio Schwartz habla, gráficamente, de la "brecha del conocimiento", que se refiere al desconocimiento generalizado de los términos que regulan la divulgación o no de la información personal cargada en internet, de la "falacia del consentimiento", que consistiría en la debilidad del acuerdo sobre el uso de los datos y de la "trampa de la autonomía"[65]. Tampoco la perspectiva proporcionada por la concepción del derecho a la intimidad como facultad de controlar la propia información es suficiente, porque como ya se ha indicado ese control ha desaparecido, en buena parte a consecuencia de la atomización de la información proporcionada por cada usuario, que se compone de una gran cantidad de micro-datos resultantes de una gran multiplicidad de operaciones de diversa naturaleza y contenido: tal atomización, y la necesidad de disponer de recursos tecnológicos (y por tanto, económicos) que no están al alcance del usuario medio (en realidad, de casi ningún usuario), hace ilusoria la idea de que los individuos van a poder controlar efectivamente la información existente en internet sobre ellos[66].

Todo ello hace precisa una intervención por parte del legislador, preferentemente a nivel internacional, dada la globalidad del problema[67], dirigida a garantizar la intimidad de los usuarios de internet, no solo en cuanto a las posibilidades de extracción de datos, sino también en lo relativo a cómo y para qué tales datos van

63 *Cfr.* Schwartz, P. M.: "Privacy and Democracy in Cyberspace", cit., especialmente a partir de la p. 1659.

64 *Cfr.* Schwartz, P. M.: "Privacy and Democracy in Cyberspace", cit., p. 1685.

65 *Cfr.* Schwartz, P. M.: "Privacy and Democracy in Cyberspace", cit., p. 1660.

66 *Cfr.* Lucena Cid, I.V.: "La protección de la intimidad, cit., p. 130.

67 Como advierte Lucena Cid, I.V: "La protección de la intimidad", cit., p. 130, una regulación estatal no tendría capacidad de garantizar la información de sus ciudadanos ya que no existen fronteras en el ciberespacio donde se almacenan, analizan y difunde mucha de esta información.

a ser empleados por quienes los obtienen[68]. De hecho, ya ha habido respuestas a nivel de la Unión Europea, entre las que destaca 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 estos datos. También cabría mencionar el llamado "derecho al olvido", definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 13 de mayo de 2014 —*Google Spain S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*—) como el "derecho del interesado a exigir al gestor de un motor de búsqueda la eliminación de la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre vínculos a páginas web publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, debido a que esos datos pueden perjudicarle o a que desee que los mismos se olviden tras un determinado lapso de tiempo" [69] , derecho que ha sido considerado doctrinalmente como una peculiar manifestación del derecho a la intimidad (a lo que podríamos llamar la "intimidad pretérita")[70].

Pese a estos intentos, queda todavía mucho camino que recorrer, y no solo desde el punto de vista legal: es imprescindible combinar esas medidas legales con las buenas prácticas por parte de las empresas y corporaciones, y la educación de los ciudadanos en el uso de las redes sociales y de los dispositivos conectados a internet (y de los riesgos que entrañan), para conseguir una protección real y eficaz frente a las crecientes amenazas a la intimidad, pero también a la libertad, que derivan de las nuevas circunstancias de las que hemos hablado antes.

68 *Cfr.* Turégano, I.: "Los valores detrás de la privacidad", cit., p. 276.

69 Para una crítica a este concepto, *vid.* Martínez Calvo, J.: *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 69 y ss.

70 *Vid.* Suárez Villegas, J. C., "El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad. Gestión de los datos personales en la Red", *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación* e *Innovación)*, Febrero - mayo, 2014 (disponible en, https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/40931/El%20derecho%20al%20olvido.pdf?sequence=1&isAllowed=y, último acceso 7 de agosto de 2023).

BIBLIOGRAFÍA

Albert Márquez, M.: "Privacy: between biorights and desires", *Bajo Palabra* II Época. Nº 30, pp. 193 y ss. (disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8724148, último acceso 7 de agosto de 2023).

Bobadilla Rodríguez, F.: *La disponibilidad de los derechos de la personalidad*, Instituto Pacífico, Lima, 2019.

Cabezuelo Arenas, A. L.: *Derecho a la intimidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

Carrillo, M.: *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

Clavería Gosálbez, L.H.: *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Anuario de Derecho civil* 1983-4 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1983_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=4: último acceso, 7 de agosto de 2023), pp. 1250 y ss.

Espinar Vicente, J.Mª: "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", en García-San Miguel Rodríguez-Arango, L.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad,* Madrid, Tecnos, 1992, pp.46 y ss.

Etzioni, A.: *Los límites de la privacidad,* trad. por López Lobo, A., Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires, 2012.

Fried, C.: "Privacy", *Yale Law Journal*, vol. 77, núm. 3, 1968, pp. 475-493.

González Gaitano, N.: *El deber de respeto a la intimidad,* EUNSA, Pamplona, 1990.

Grimalt Servera, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen,* Iustel, Madrid, 2007, pp. 32 y ss.

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, (última actualización, agosto 2022; disponible en https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf , último acceso, 4 de agosto de 2023)

Kayser, P. : *La protection de la vie privée,* Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, Paris-Marsella, 1984.

Lucena Cid, I.V.: "La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 7 (2012),

pp. 117 y ss. (disponible en https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/3683/2918, último acceso 7 de agosto de 2023).

Martínez Calvo, J.: *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Martínez de Aguirre, C.: "Los derechos de la personalidad", en De Pablo Contreras, P. (coord..), Martínez de Aguirre, C., Pérez Álvarez, M.A., y Parra Lucán, M.A., *Curso de Derecho civil* I, vol. II, 7ª ed., Edisofer, Madrid, 2021, pp. 257 y ss.

Martínez de Pisón Cavero, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional,* Civitas, Madrid, 1993.

Richards, N.M.: "Four Privacy Myths", en Sarat, A. (ed.), *A World Without Privacy,* Cambridge University Press, 2015, pp. 7 y ss.

Rojo Ajuria, L.: "La tutela civil del derecho a la intimidad", *Anuario de Derecho civil,* 1986-1, pp. 133 y ss. (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1986-10013300150_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_tutela_civil_del_Derecho_a_la_intimidad, último acceso 7 de agosto de 2023).

Saldaña, M.N.: *"«*The Right to Privacy*»: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y* Brandeis", en *Revista de Derecho Político,* N.º 85, septiembre-diciembre 2012, pp. 195 y ss (disponible en http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723, último acceso 4 de agosto de 2023).

Sarat, A.: "Wither privacy? An Introduction", en Sarat, A. (ed.): *A World Without Privacy,* Cambridge University Press, 2015, pp. 7 y s.

Schwartz, P. M.: "Privacy and Democracy in Cyberspace", *Vanderbilt Law Review* 52 (1999), pp. 1610 y s. (disponible en https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss6/2, ultimo acceso 7 de agosto de 2023).

Suárez Villegas, J. C.: "El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad. Gestión de los datos personales en la Red", *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, Febrero-mayo, 2014 (disponible en, https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/40931/El%20derecho%20al%20olvido.pdf?sequence=1&isAllowed=y, último acceso 7 de agosto de 2023).

Thompson, J. B.: "Los límites cambiantes de la vida pública y privada", en *Comunicación y Sociedad,* núm. 15, enero-junio, 2011, pp. 11 y ss. (disponible en

http://www.comunicacionysociedad.cucsh.udg.mx/index.php/comsoc/article/view/1138; último acceso, 7 de agosto de 2023).

Turégano, I.: "Los valores detrás de la privacidad", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* (2020), pp. 255 y ss.

Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: "The right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220.

Westin, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

LA FUNCIÓN NOTARIAL ANTE LA INTERVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EXPEDIENTE NOTARIAL DE RECLAMACIÓN DE DEUDAS Y SU EXTENSIÓN A LA RECLAMACIÓN DE VIVIENDA DENTRO DEL CONCEPTO DE ALIMENTOS

THE NOTARIAL FUNCTION WITH REGARD TO THE INVOLVEMENT OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE NOTARIAL DEBT CLAIM PROCEDURE AND ITS EXTENSION TO THE CLAIM FOR HOUSING WITHIN THE CONCEPT OF FAMILY MAINTENANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 106-129

Luis Javier
GUTIÉRREZ
JEREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La reforma de la legislación notarial española operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha afectado al expediente notarial de reclamación de deudas en cuanto que no limita la legitimación de las personas con discapacidad para instarlo.

Cuando las deudas tengan su origen en una reclamación de alimentos y en ellos esté acordado el uso de vivienda, dicho expediente se extenderá en consecuencia a la reclamación de vivienda, lo que supone dotarlo de un carácter mucho más amplio, que supera el simple objeto de reclamación de un crédito, dada la especial configuración que el derecho al uso de una vivienda tiene, tanto desde la perspectiva de la persona con discapacidad como desde la perspectiva de la utilidad del expediente como alternativa a la vía judicial ordinaria.

PALABRAS CLAVE: Reclamación de deudas; función notarial y garantías; vivienda; derecho de alimentos.

ABSTRACT: *The reform of Spanish notarial legislation brought about by Law 8/2021 of 2 June on the reform of civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity has affected the notarial debt claim procedure in that it does not restrict the legal standing of people with disabilities to request it.*

When the debts have their origin in a claim for maintenance and the use of the dwelling is agreed in them, this file will be extended accordingly to the claim for the dwelling, which means giving it a much broader character, which goes beyond the simple object of claiming a credit, given the special configuration that the right to the use of a dwelling has, both from the perspective of the person with disabilities and from the perspective of the usefulness of the file as an alternative to the ordinary judicial process.

KEY WORDS: *Claiming debts; notarial function and guarantees; housing maintenance law.*

SUMARIO.- I. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE SU EJERCICIO EN RELACIÓN CON LA CAPACIDAD DE TODAS LAS PERSONAS.- 1. Sobre la naturaleza de la función notarial ejercida por los Notarios en su condición de operadores jurídicos.- 2. La certificación de identificación y/o conocimiento del otorgante del instrumento público.- 3. La incorporación de apoyos, instrumentos y ajustes razonables para la redacción y conformación del contenido de los documentos públicos.- II. MODIFICACIÓN RELATIVA A LA IMPOSIBILIDAD DE TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTE NOTARIAL DE RECLAMACIÓN DE CRÉDITOS Y LA DISPONIBILIDAD EN CONCILIACIÓN ANTE NOTARIO DE CUESTIONES EN LAS QUE ESTÉ INTERESADA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- 1. El derecho de alimentos como crédito no esencialmente dinerario, que incluye la vivienda.- 2. El nuevo tratamiento de la intervención de personas con discapacidad en el trámite de conciliación notarial.

I. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE SU EJERCICIO EN RELACIÓN CON LA CAPACIDAD DE TODAS LAS PERSONAS.

La reforma de la legislación notarial española operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha marcado un claro y preciso camino a la tradicional función que tiene atribuida el notariado de certificación, fe pública y asistencia en el otorgamiento de documentos públicos que impliquen la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos ejercitados por las personas con discapacidad.

Como ya se ha señalado por Castro-Girona[1] se trata de la reforma de mayor calado operada en nuestro Derecho privado desde la promulgación de la Constitución Española de 1978, lo cual supone a nuestro juicio un importante reto normativo e interpretativo que deberá ser desarrollado de forma paulatina por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como cuestión previa, debemos señalar algunas características propias de la función notarial, para poder encajar de forma certera las modificaciones operadas, sobre todo, partiendo de la idea básica que aleja al Notario de la figura tradicional de un simple funcionario público, sobre todo porque las consecuencias de sus actos recaen sobre el mismo y su patrimonio.

Ciertamente, resulta difícil la elaboración de un concepto del Notario teniendo en cuenta conjuntamente los dos polos en torno a los que gira su actividad: el ámbito de acción próximo a la función delegada del Estado y el ámbito propio del profesional del Derecho. Sólo si se consideran esos dos aspectos se encontrará

1 Castro Girona, A: "Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *El Notario del Siglo XXI*, nº 97 mayo-junio 2021.

• Luis Javier Gutiérrez Jerez
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Jaén. Correo electrónico: ljjerez@ujaen.es

sentido a los principios de imparcialidad, de libre elección e independencia que caracterizan al Notariado español.

El ejercicio del Notariado comprende la labor de dar forma, constituir prueba y otorgar eficacia conforme a la Ley, presentando tres aspectos que no es posible escindir o separar: la función documentadora, la dación de fe y la interpretación y mediación.

Conforme a la función de dar fe, el Notario redacta el documento cuya autorización se solicita y otorga la fe pública dando así cumplimiento a lo establecido en el art. 1 apartado 3º LN. Y en el ámbito de la interpretación, baste recordar lo que establece el art. 147.1º RN en cuanto que el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción.

Esta dualidad permanente de la función notarial resultará importante en el desarrollo de algunas de las atribuciones que la Ley 8/2021 ha reformado, superando la aparente contradicción existente entre los arts. 1 LN y 1 apartado 2º RN, prevaleciendo el sentido marcado por el segundo precepto en cuanto que los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Añade además el precepto que los Notarios, como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

A la vista de lo anteriormente manifestado podemos definir al Notario como un profesional del Derecho que ejerce la función privada de interés público de dar fe en relación a toda clase de hechos y actos jurídicos, en virtud de una atribución legal directa, no constituyente de delegación estatal que requiere para su ejercicio encontrarse incorporado al correspondiente Colegio Notarial, como Corporación de Derecho Público que forma parte del Consejo General del Notariado[2].

2 Gutiérrez Jerez, L.J.: "Función notarial y responsabilidad civil", *Actualidad Civil* n ° 4-1995, pp. 805 y siguientes.

En este trascendental marco del notariado, ejercitado desde la perspectiva del profesional del Derecho y la función de interés público regulada y reglamentada, las modificaciones producidas en los arts. 23, 25, 54, 56, 57, 62, 70 y 81 pueden interpretarse de una forma más precisa, especialmente en cuanto a la trascendental responsabilidad del fedatario actuante en relación con unos intereses especialmente protegidos con un alto nivel de exigencia de seguridad jurídica, como los que incumben a las personas con discapacidad.

Recaerá sobre el notariado español la función de garantía del igual ejercicio de los derechos por parte de todas las personas, asegurando y garantizando la plena inclusión y la plena accesibilidad de todos los ciudadanos como ejes principales de una verdadera igualdad en el ámbito de la seguridad jurídica como principios superiores del Estado recogidos en los arts. 14 y 9 CE.

Esta función de garantía jurídica cobra una importancia trascendental en cuanto que alcanza a la totalidad de las potencialidades subjetivas de la persona en las relaciones jurídicas en las que despliegue sus intereses, derechos y deberes, tanto en el ámbito público como privado.

Por esta razón, la supervisión de las medidas necesarias para el pleno y legítimo ejercicio de sus derechos por parte de las personas con discapacidad incumbe, no solo a la Autoridad judicial y al Ministerio Fiscal, sino también al resto de operadores jurídicos, entre los que los Notarios adquieren una relevancia extraordinaria por intervenir de lleno en la gestación, conformación y ejecución de numerosos actos y negocios jurídicos de enorme trascendencia para todas las personas.

Tal y como señala Cuenca Gómez[3] en la resolución por la que se establezca un plan personalizado de medidas de apoyo deben establecerse controles específicos para garantizar su buen funcionamiento, evitar los abusos y la influencia indebida y deben articularse mecanismos de revisión periódica y deberá realizarse en todo caso con la participación de la persona interesada.

El notariado intervendrá de forma decisiva en el ámbito de la llamada seguridad jurídica cautelar, mediante el diseño de instrumentos jurídicos como los poderes preventivos y las declaraciones de voluntad manifestadas en documento público en las que el propio interesado diseñe un sistema de protección para sus intereses, debiendo ser olvidada la expresión "disposiciones de autotutela" que consideramos no sólo extravagantes respecto al sentido de la reforma producida

3 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 del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* n º 10, diciembre 2012, pp. 82 y 83.

por la ley 8/2021, sino verdaderamente distorsionantes de la indispensable identidad e integridad de la capacidad en todas las personas.

Estas disposiciones notariales que tengan como objeto material los apoyos preconfigurados por el mismo interesado, con independencia de las decisiones adoptadas posteriormente en el procedimiento judicial de fijación de apoyos correspondiente, debería contar con algún medio de oponibilidad *erga omnes*, desde la excepcional plataforma que ofrece la nueva reforma del Registro Civil, quizás con un perfil más objetivo y transversal que comprometa a los poderes públicos, siempre bajo el superior control judicial y de la fiscalía, hasta el punto de que la Autoridad judicial competente quede vinculada por las disposiciones voluntarias que se hubieran manifestado de forma fehaciente y que consten en esa fórmula de publicidad especial.

Esa es la intención del legislador plasmada en el art. 255 CC, en principio no afectado por la reforma que comentamos cuando declara que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes y podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el art. 249 del mismo Código Civil.

La fundamental participación de los Notarios en el proceso de salvaguarda y garantía de la integridad de los derechos subjetivos personales y patrimoniales que corresponden a todas las personar debe estar orientada a nuestro juicio a garantizar el respeto de la voluntad de todo compareciente que otorgue un documento público con los contenidos antes descritos.

Esta tarea será trascendental por cuanto corresponderá al Notario deslindar las facultades de ejercicio y renuncia de derechos y especialmente, la previa valoración jurídica de los apoyos que se hubieran diseñado de forma voluntaria en escrituras otorgadas al efecto con anterioridad, considerando que, si el sistema de apoyos se hubiera configurado en un procedimiento judicial de fijación, nunca podrá el interesado proceder a su modificación total o parcial.

A la Ley 8/2021 le ha quedado pendiente de desarrollar un reto indispensable: la reforma y coordinación de un gran número de preceptos del Reglamento Notarial, tales como los fundamentales arts. 193 y el 156 puesto que sin la reforma de su contenido parecen volver a vislumbrarse los mismos horizontes difusos que la reforma ha querido borrar en beneficio de una visión integral y moderna de la capacidad de todas las personas.

En concreto, entendemos que será esencial una adaptación del contenido del art. 193 en sus párrafos tercero y cuarto:

En primer lugar, cuando disponen que los Notarios darán fe de que después de la lectura los comparecientes "han quedado debidamente informados los otorgantes del contenido del instrumento y que han prestado su libre consentimiento".

En segundo lugar, cuando alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leer la escritura por sí mismo, y si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el Notario y que suscribirá, asimismo, el documento. Si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el Notario.

Como puede deducirse del contenido normativo, resultará esencial que se considere incluida por lógica normativa conectada con los arts. 23 y 25 LN que sí han sido reformados el mismo deber que incumbe al Notario intervinientes en cuanto a comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Igualmente ocurre con el art. 156 en su apartado 8, puesto que el deber que incumbe al Notario de afirmar de que los otorgantes "tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación" debe incluir un deber conectado con los arts. 23 y 25 en cuanto a la misma obligación legal de comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Solo de esta forma se conseguirá que los Notarios ejerzan su especial función fedataria y de asesoramiento legal de una forma congruente y eficaz en el nuevo marco que se ha diseñado para el ejercicio de la capacidad de todas las personas.

1. Sobre la naturaleza de la función notarial ejercida por los Notarios en su condición de operadores jurídicos.

Tras la última gran reforma operada por la Ley 8/2021 el notariado español ha adquirido una posición de enorme relevancia como operador jurídico en las relaciones en las que están interesadas las personas con discapacidad y como fedatario público general que asume una alta carga de responsabilidad tanto por razón objetiva derivada de la materia jurídica en la que interviene como por razones subjetivas, ante las especiales circunstancias en las que desarrolla su

actividad profesional enraizada en una atribución de funciones públicas, siendo la materia de la responsabilidad civil la que concreta perfectamente la trascendencia de sus actos por el previsible amplio alcance de las eventuales consecuencias dañosas para los comparecientes y otorgantes del instrumento público.

La determinación del origen de la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los Notarios con ocasión del ejercicio de la actividad que constituye el objeto de su función, no puede calificarse de cuestión pacífica en nuestra doctrina.

La razón se encuentra en la concurrencia de aspectos derivados del ejercicio de la Función Pública y de lo que en adelante denominaremos carácter público de sus funciones, cuya fijación resultará de enorme trascendencia en orden al establecimiento de la correspondiente responsabilidad civil.

A modo de aproximación inicial, las principales orientaciones sobre la naturaleza jurídica de la actividad notarial han sido las siguientes:

Primero, la tesis que considera a la función notarial como parte del poder ejecutivo del Estado y cuya actividad principal es la prestación de un servicio público, en virtud de una delegación del Estado[4].

Esta orientación se acerca a la llamada teoría de la fe pública y es calificada actualmente como incompleta ya que ni el Notario es un testigo cualificado, ni tiene delegado un supuesto poder de dar fe, ni el instrumento público es sólo una prueba preconstituida con presunción favorable al documento notarial[5].

En segundo lugar, la orientación cuyo fundamento se encuentra en que el Estado, con independencia de la división de poderes tradicional, tiene atribuido un "poder certificante", que en su mayor parte confía al Notario. También se ha denominado "función autorizante instrumental"[6].

En tercer lugar, la teoría que considera al ejercicio del notariado como función aproximada al fenómeno de la jurisdicción.

Por supuesto hay que tener en cuenta la prescripción realizada por el art. 117 CE en cuanto a la atribución a los Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional, como poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en toda clase de juicios y la

4 Este fundamento lo recoge y desarrolla Castán Tobeñas, J: *Función notarial y elaboración del Derecho*, Madrid, 1946. También resulta interesante su estudio "En torno a la función notarial", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid,1950, tomo II. Igualmente, Santos Briz, J: *Responsabilidad Civil,* Madrid 1989, p. 808.

5 Tamayo Clares, M: "Temas de Legislación Notarial" , *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada.* Separata n ° 21, Febrero 1993, p.10.

6 Resulta interesante en este punto la obra de Otero Peón, M: "En torno al Notario y a la función notarial", *Revista de Derecho Notarial,* nº 84-1974, pp. 120 y siguientes.

aproximación al concepto de jurisdicción voluntaria ha quedado plasmada incluso en el art. 3 del vigente RN cuando establece en su apartado 1º que "El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados".

Las posiciones doctrinales proclives a la calificación de la función notarial como "jurisdicción", mayoritarias en nuestra doctrina, se basan en criterios de tipo subjetivo, objetivo y legislativo.

Desde el punto de vista subjetivo el Notario aparece como único fedatario competente en el ejercicio de su especializada actividad, mientras que desde un criterio más objetivo, el Notario intervendrá ejerciendo sus funciones en "actos y contratos extrajudiciales", tal y como dispone el art. 1 LN de 28 de Mayo de 1862.

Conforme al mencionado criterio legislativo, el sistema de fuentes del Derecho vincula al Notario en el ejercicio de su actividad, que, como se verá más adelante, cumple un importante papel de intérprete que podríamos completar denominándolo "intérprete-interventor de justicia y equidad".

La consideración del concepto "justicia", según los actuales defensores de la tesis que califica a la función notarial como parte de la jurisdicción voluntaria, se refiere a la función jurisdiccional, como función que lleva aparejada la facultad de aplicar leyes y administrar justicia en los negocios civiles, como una clase de jurisdicción prorrogada por conformidad de las partes para la declaración de lo justo.

Como cuestión previa, debemos señalar algunas características propias de la función notarial, para poder encajar de forma certera las modificaciones operadas, sobre todo, partiendo de la idea básica que aleja al Notario de la figura tradicional de un simple funcionario público, sobre todo porque las consecuencias de sus actos recaen sobre el mismo y su patrimonio.

Ciertamente, resulta difícil la elaboración de un concepto del Notario teniendo en cuenta conjuntamente los dos polos en torno a los que gira su actividad: el ámbito de acción próximo a la función delegada del Estado y el ámbito propio del profesional del Derecho. Sólo si se consideran esos dos aspectos se encontrará sentido a los principios de imparcialidad, de libre elección e independencia que caracterizan al Notariado español.

El ejercicio del Notariado comprende la labor de dar forma, constituir prueba y otorgar eficacia conforme a la Ley, presentando tres aspectos que no es posible escindir o separar: la función documentadora, la dación de fe y la interpretación y mediación.

Conforme a la función de dar fe, el Notario redacta el documento cuya autorización se solicita y otorga la fe pública dando así cumplimiento a lo establecido en el art. 1 apartado 3º LN. Y en el ámbito de la interpretación, baste recordar lo que establece el art. 147.1º RN en cuanto que el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción.

Esta dualidad permanente de la función notarial resultará importante en el desarrollo de algunas de las atribuciones que la Ley 8/2021 ha reformado, superando la aparente contradicción existente entre los arts. 1 LN y 1 apartado 2º RN, prevaleciendo el sentido marcado por el segundo precepto en cuanto que los Notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Añade además el precepto que los Notarios, como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

La fundamental participación de los Notarios en el proceso de salvaguarda y garantía de la integridad de los derechos subjetivos personales y patrimoniales que corresponden a todas las personar debe estar orientada a nuestro juicio a garantizar el respeto de la voluntad de todo compareciente que otorgue un documento público con los contenidos antes descritos.

2. La certificación de identificación y/o conocimiento del otorgante del instrumento público.

Con ocasión de la identificación del otorgante, la Ley 8/2021 ha introducido una modificación afectante al concepto de capacidad jurídica y sus efectos, con ocasión de los medios subsidiarios previstos por las leyes.

El art. 23 LN dispone que los Notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran, del conocimiento de

las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Dentro de los denominados "medios supletorios de identificación", y en defecto del conocimiento personal del Notario, se ha incluido la afirmación de dos personas, mayores de edad, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo aquellos responsables de la identificación.

La reforma ha afectado precisamente a la fijación de un criterio más objetivo respecto a las personas de conocimiento que cumplan tal función instrumental puesto que la norma preveía que se tratase de "dos personas con capacidad civil" que conozcan al otorgante y que sean conocidas del Notario, quedando modificado el criterio en el sentido de que se exige ahora que sean "dos personas mayores de edad".

Ciertamente, cuando el precepto se refería a la capacidad civil como requisito concurrente en los testigos de conocimiento, conformaba un debate sin sentido que nos llevaba a discernir nuevamente entre la capacidad jurídica y la de obrar, considerando que en nuestro Derecho no existe un modelo único de capacidad puesto que se reglamenta una capacidad particular para contratar, para otorgar testamento o para ejercitar ciertas acciones.

La reforma operada por Ley 8/2021 ha incidido particularmente en la fijación de nuevos criterios para el ejercicio de los derechos y deberes de manera que se ha diseñado un sistema de apoyos que ha condicionado, positivamente, la anterior regulación de las llamadas instituciones de guarda.

El art. 322 CC dispone que el mayor de edad "es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código", razón por la que valoramos de forma muy favorable la modificación operada en el art. 23 a) de la Ley del Notariado, quedando desactivada la polémica de la interpretación del concepto capacidad civil, abstracto en sí mismo, y mucho más sus indeseadas derivaciones en el ámbito de las restricciones a la capacidad de obrar, que tras las reformas producidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica habrán de interpretarse siempre desde una evidente perspectiva de plenitud de actuación, sometidas a puntuales modificaciones y apoyos, bajo la tutela de los Tribunales.

Esta modificación es el resultado de la aplicación efectiva del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificado

por España con plena vigencia desde 2008, según el cual "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida."

La reforma del art. 23 LN es el resultado de un acto de pura lógica jurídica en cuanto que, visto el contenido imperativo de la Convención de 2006, lo importante es la condición de mayoría de edad y no tanto la existencia o no de un tipo o modalidad de capacidad, concepto condicionado jurídicamente en su naturaleza y eficacia por el de "salvaguardas" al que hace referencia constante la Convención de 2006 y "apoyos" al que se refiere la Ley 8/2021.

La constatación de la mayoría de edad, será realizada por el Notario actuante mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad de la persona[7], comprobando que el otorgante tiene cumplidos los dieciocho años de acuerdo con lo dispuesto por el artículo nuevamente numerado como 240 (anterior art. 315) CC en relación con el art. 23 de la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, así como los demás requisitos señalados por el mencionado art. 23 apartado c), y en particular, responderá el fedatario de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente.

La reforma operada supera en consecuencia y a los efectos notariales, la tradicional distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, lanzando de forma directa y precisa la plena aptitud a la mayoría de edad, sin perjuicio de la eventual concurrencia de cualquier circunstancia generadora de la discapacidad en la persona, lo que activará el protocolo general de apoyos potenciando de forma muy acertada la voluntad de la persona, hasta el nivel máximo de eficacia que pueda alcanzar en cada caso concreto.

Esta tarea será trascendental por cuanto corresponderá al Notario deslindar las facultades de ejercicio y renuncia de derechos y especialmente, la previa valoración jurídica de los apoyos que se hubieran diseñado de forma voluntaria en escrituras otorgadas al efecto con anterioridad, considerando que, si el sistema de apoyos se hubiera configurado en un procedimiento judicial de fijación, nunca podrá el interesado proceder a su modificación total o parcial.

7 Conforme a lo dispuesto por el artículo 2 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, todos los españoles tienen derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad, siendo obligatoria su obtención por los mayores de catorce años residentes en España y para los de igual edad que, residiendo en el extranjero, se trasladen a España por tiempo no inferior a seis meses. No obstante, podrá obtenerse antes, desde la inscripción del menor en el Registro Civil.
El artículo 11 dispone que en el documento se hará constar expresamente la fecha de nacimiento de la persona, lo que supone la constatación de la mayoría de edad de la persona, o de haber alcanzado los catorce años como edad que tiene asignados efectos jurídicos especiales conforme a la legislación española.

Se han modificado preceptos importantes de la legislación notarial española, pero a la Ley 8/2021 le ha quedado pendiente un reto indispensable: la reforma y coordinación de un gran número de preceptos del Reglamento Notarial, tales como los fundamentales arts. 193 y el 156 puesto que sin la reforma de su contenido parecen volver a vislumbrarse los mismos horizontes difusos que la reforma ha querido borrar en beneficio de una visión integral y moderna de la capacidad de todas las personas.

En concreto, entendemos que será esencial una adaptación del contenido del art. 193 RN en sus párrafos tercero y cuarto:

En primer lugar, cuando se dispone que los Notarios darán fe de que tras la lectura los comparecientes "han quedado debidamente informados los otorgantes del contenido del instrumento y que han prestado su libre consentimiento".

En segundo lugar, cuando alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leer la escritura por sí mismo, y si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el Notario y que suscribirá, asimismo, el documento. Si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el Notario.

Como puede deducirse del contenido normativo, resultará esencial que se considere incluido por lógica normativa conectada con los arts. 23 y 25 LN, que sí han sido reformados, el mismo deber que incumbe al Notario intervinientes en cuanto a comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Igualmente ocurre con el art. 156 en su apartado 8, puesto que el deber que incumbe al Notario de afirmar de que los otorgantes "tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación" debe incluir un deber conectado con los arts. 23 y 25 en cuanto a la misma obligación legal de comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Solo de esta forma se conseguirá que los Notarios ejerzan su especial función fedataria y de asesoramiento legal de una forma congruente y eficaz en el nuevo marco que se ha diseñado para el ejercicio de la capacidad de todas las personas.

La evaluación notarial de la capacidad del otorgante, cuando sea persona con discapacidad alcanza una especial significación cuando se trate de previsiones

futuras para el caso de encontrarse en situación de necesidad de apoyos o de una curatela representativa bajo la forma de la autodeterminación prevista por los arts. 271 y siguientes CC[8].

Tras la reforma por Ley 8/2021, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

Y podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

En este sentido, la motivación de la actuación notarial y de la eventual solicitud de apoyos a la persona otorgante será una pieza esencial e insustituible en el sistema de reconocimiento de la capacidad de las personas[9].

3. La incorporación de apoyos, instrumentos y ajustes razonables para la redacción y conformación del contenido de los documentos públicos.

El art. 25 LN incorpora tras la reforma por Ley 8/2021 un apartado *ex novo* con la finalidad de incluir de forma expresa un derecho subjetivo ejercitable por las personas con discapacidad con ocasión de su comparecencia ante Notario.

La intención del legislador es disponer los medios necesarios para asegurar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso para que el resultado de la comparecencia y, en su caso, otorgamiento de instrumentos públicos reúna las condiciones de garantía en la protección integral de los derechos de las personas con discapacidad.

8 Resulta de mucho interés el comentario de Parra Lucan, M. A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (dir. por M. García Ripoll y A. Leciñena Ibarra), Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 192 y 193. Igualmente, resulta de interés el comentario de Martínez Piñero-Caramés, M: "La autotutela en el Derecho Civil común", *El Notario del Siglo XXI*, nº 8, julio-agosto 2006, p. 16.

9 *Vid*. Pereña Vicente, M: "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 132 y 133.

Con la reforma se cumple de forma clara con el objetivo normativo descrito por el art. 12 apartado 4 de la Convención en cuanto que han de quedar aseguradas todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionando las "salvaguardias adecuadas y efectivas" para impedir los abusos que pudieran afectar a las personas con discapacidad.

Al garantizarse el uso y disposición funcional de elementos materiales y de instrumentos lingüísticos y de comunicación, se conforman en realidad medidas de garantía para un pleno ejercicio de la capacidad de la persona y en consecuencia de la plenitud de sus derechos ejercitable, siempre en proporción al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Tal y como la Convención ha dispuesto, la intervención notarial deberá garantizar al tiempo de la manifestación del consentimiento la ausencia de cualquier conflicto de intereses o influencia indebida, lo cual exigirá el despliegue de las necesarias cautelas notariales al tiempo de analizar la comparecencia de cualquier cargo de representación de una persona con discapacidad

A nuestro juicio, el Notario debe cumplir con los deberes descritos por el art. 147 RN en cuanto que redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, y muy especialmente respecto al deber de prestación de asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

El precepto que comentamos tiene como referencia inmediata la plasmación de la accesibilidad universal como principio rector de la actuación de todas las personas en el ejercicio de sus derechos, y conforme a lo que el nuevo contenido normativo dispone, se refiere no sólo a la accesibilidad en la prestación de consentimientos, comprensión de documentos y valoración del contenido y alcance de los actos con relevancia jurídica, sino también a la accesibilidad externa, esto es a la remoción de todos aquéllos obstáculos que puedan suponer una limitación o restricción de acceso a las oficina notariales por parte de todas las personas.

En su momento, la ya derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades[10], no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad definió en su art. 8 apartado 1 las medidas de acción positiva que habrían de ser desarrolladas en cada caso para lograr los objetivos generales previstos por la Ley, considerando que serían medidas de acción positiva "aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o

10 Derogada por disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad".

Es muy importante recordar las expresiones clave que el legislador utilizó en 2003: "apoyos de carácter específico" con lo que aparece en nuestra normativa vigente el concepto "apoyos", que dieciocho años después sería la estructura de toda una reforma en materia de Derecho de la Persona y Derecho de Familia.

La ampliación de contenido del art. 25 LN supone la plena plasmación legal de los principios que fueron esbozados en 2003 y especialmente dos de ellos:

a) El principio de "accesibilidad universal", que se definía por el art. 2 apartado 2 c como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

b) El principio de actuación, como estrategia general, del "diseño para todos" como actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.

La nueva garantía legal será una vía de ejecución de otros dos principios de actuación del Estado: la promoción de la vida independiente para todas las personas, entendida como la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y el de la normalización, en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida absolutamente igual a la de cualquier otra persona, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de todos con igualdad de derechos y deberes.

La reforma del Código Civil se ha de interpretar a la luz de lo dispuesto por su art. 249 apartado 1º cuando declara que las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica "tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" disponiendo el art. 250 apartado 2 del mismo Código que la función de las medidas de apoyo "consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias."

Por último, debemos poner de manifiesto que las medidas de apoyo podrán ser voluntarias o judiciales, entendiendo incluidas en las primeras todas las que la persona haya diseñado y haya hecho constar en documento público con la intención de que sean aplicables en el momento en que se hiciere precisa su activación, y conforme al art. 250 apartado 3, se designará quién debe prestarle apoyo y con qué alcance, sin perjuicio de que cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Las medidas no voluntarias, englobarán a la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, adquiriendo el Ministerio Fiscal un relevante papel en su constitución y seguimiento[11].

II. MODIFICACIÓN RELATIVA A LA IMPOSIBILIDAD DE TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTE NOTARIAL DE RECLAMACIÓN DE CRÉDITOS Y LA DISPONIBILIDAD EN CONCILIACIÓN ANTE NOTARIO DE CUESTIONES EN LAS QUE ESTÉ INTERESADA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

Tras la reforma operada por Ley 8/2021, el art. 70 apartado 1 LN modifica el contenido y alcance del expediente notarial de reclamación de créditos, que tradicionalmente ha venido exigiendo que el acreedor que pretenda el pago de una deuda dineraria de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía y origen, podrá requerir al Notario que tenga residencia en el domicilio que el deudor haya reflejado en el título.

Permite la legislación notarial que el Notario competente sea también el que tuviere destino en el lugar de residencia habitual del deudor, o de forma mucho más difusa a nuestro juicio, en el lugar donde el deudor "pudiere ser hallado", referencia que sin duda exigiría acreditación y certezas difíciles de consolidar a estos efectos.

El Notario exigirá que la deuda esté acreditada de forma indubitada en modo documental y que sea líquida, determinada, vencida y exigible y desglosará en su cuantificación económica el principal y los intereses, tanto los remuneratorios como los de demora que se hubieren aplicado.

Este expediente de reclamación cuenta con cuatro excepciones ante las que no cabe su tramitación por expresa prohibición del legislador: las deudas que

11 Resulta muy interesante en este sentido la obra de Amunátegui Rodríguez, C. : "Las medidas voluntarias de apoyo", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por P. Chaparro Matamoros, Á. Bueno Biot; dir. J.R. de Verda y Beamonte), Valencia, 2022, pp. 107-140.

se funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, las deudas derivadas de cuotas impagadas en las Comunidades constituidas como Propiedad Horizontal, las deudas en las que esté concernida una Administración Pública y, por último, las deudas de alimentos en las que estén interesados menores de edad o recaigan sobre materias indisponibles u operaciones sujetas a autorización judicial.

La modificación operada en el precepto ha eliminado la referencia a las deudas de alimentos en las que estuvieren interesadas personas con la capacidad modificada judicialmente, según la terminología incorporada por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, considerando que las aptitudes y capacidades específicas de una persona con discapacidad no pueden ser reducidas, moldeadas ni mucho menos desactivadas ya que eso supondría un ataque frontal al reconocimiento que ab initio atribuye el legislador a todas las personas, sin perjuicio de las eventuales ayudas o "apoyos" que fuese necesario ordenar mediante el procedimiento de provisión correspondiente.

1. El derecho de alimentos como crédito no esencialmente dinerario, que incluye la vivienda.

Para concretar una auténtica garantía de los derechos de las personas con discapacidad es indispensable la fijación legal de una valoración patrimonial aplicable a la vivienda como elemento integrado en el derecho de alimentos, que ha sido pensado tradicionalmente como un simple crédito dinerario.

Como resulta perfectamente conocido, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 142 apartado 1º CC se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, lo cual incluye la vivienda. Y si lo que se reclama es el pack "alimentos" y en el mismo va incluida la vivienda, no se ha diseñado por la reforma legislativa operada un sistema de fijación alternativo para su cuantificación, siendo indivisible en el crédito de alimentos general la percepción-disfrute de una viviendas digna y adecuada.

Como consecuencia de la reforma operada, las reclamaciones de alimentos en las que esté interesada una persona con discapacidad nunca quedarían excluidas del expediente notarial de reclamación de créditos, esté o no la persona declarada beneficiaria de un sistema de apoyos específicos en procedimiento de provisión, quedando en exacta igualdad de condiciones a cualquier otro sujeto de derechos, salvo en los casos exceptuados en el apartado 1 antes referidos.

En la práctica, las personas con discapacidad interesadas en la reclamación de deudas alimenticias terminarán encauzando sus reclamaciones en la vía judicial ya que el sistema diseñado para la actuación notarial adolece de serios defectos que

el legislador no esbozó con ocasión del nuevo diseño de la jurisdicción voluntaria en 2015, pues en el art. 71 apartado 1 de la LN se prevé el exitoso escenario de que el deudor pague íntegramente la deuda, con lo que la actuación notarial habrá llegado a su fin.

Sin embargo, en el apartado 2 de dicho art. 71 se recoge la posibilidad de que el deudor comparezca ante el Notario para formular oposición, supuesto que exige que se recojan en el Acta los motivos en que se fundamente ésta, haciéndolo constar por diligencia y una vez comunicada tal circunstancia al acreedor, se pondrá fin a la actuación notarial, quedando a salvo los derechos de aquel para la reclamación de la deuda en la vía judicial.

Esto implica la constatación de que el procedimiento diseñado es realmente débil e ineficaz al permitir que el mismo deudor desactive la eficacia del sistema de reclamación, abriendo la vía judicial, que era sencillamente la vía natural y de mayores garantías, más si cabe cuando estemos ante una reclamación de alimentos efectuada por una persona con discapacidad sometida a un régimen de apoyos, donde no debería existir nunca una demora y prolongación de trámites, notificaciones y excepciones como la que sabemos que puede provocar en la práctica el expediente notarial si el deudor hace constar su oposición, basada simplemente en una negativa de la existencia del crédito.

En conclusión, creemos que la eliminación de la referencia a las personas con su capacidad modificada ha sido muy eficaz y positiva, no tanto por la razón de congruencia argumental con los términos generales de la reforma legislativa, sino por quedar más patente que la incoación de un expediente judicial produce un importante incremento de garantías en la protección del derecho-deber de alimentos, no siendo recomendable el uso del expediente notarial diseñado por las razones ya expuestas.

Sería aconsejable de "lege ferenda" diseñar un procedimiento más eficaz en el que el deudor no pudiera actuar unilateralmente para bloquearlo, sobre todo pensando en las necesidades económicas que puede tener una persona con discapacidad que precise la prestación de alimentos conforme a sus necesidades, estables o de nueva generación, dando un nuevo sentido a la actuación notarial como complementaria de la función judicial y en consecuencia consolidando por principios de igualdad y seguridad jurídica.

En cualquier caso, el derecho a obtener la asignación de una vivienda digna se encuentra incluido también en el concepto amplio de alimentos que nuestro Código Civil configura. La atribución del uso de un inmueble en concepto de vivienda supone su asignación a una de las posibles utilidades que aquél puede

satisfacer, pero en ningún caso modifica o altera la regulación correspondiente a la titularidad que en cada caso ostente sobre el mismo[12].

El concepto de alimentos implica una necesidad física y material a la vez, y sin duda alguna se extiende a la prestación de habitación, debiendo entenderse incluidos el disfrute material de un inmueble o parte del mismo y el conjunto de mobiliario y enseres que en el mismo se encuentre[13], criterio también ratificado por la STS 16 septiembre 2022[14] y la STS 7 junio 2021[15].

Este es el verdadero sentido del art. 142 apartado 1º CC en cuanto que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluyendo en consecuencia la dotación de habitación en concepto de vivienda al alimentista, conformando este derecho el concepto de alimentos en sentido amplio[16].

2. El nuevo tratamiento de la intervención de personas con discapacidad en el trámite de conciliación notarial.

En cuanto a la reforma del art. 81 apartado 2, a) LN, la modificación ha consistido en la eliminación de la referencia a la indisponibilidad en trámite de conciliación notarial de las cuestiones en las que se encuentren interesados las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes, en trámite seguido conforme al diseño procedimental de la reforma operada por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria.

Por las razones que hemos expuesto en los apartados anteriores, la reforma es perfectamente congruente con el nuevo diseño jurídico de la capacidad de las personas de forma que la indisponibilidad que la Ley consignaba ha quedado ya absolutamente fuera de toda lógica normativa.

El precepto conserva la indisponibilidad para la conciliación ante Notario de todas las cuestiones en las que se encuentren interesados los menores, si bien el precepto debió haber completado la expresión con la referencia a los menores de edad, con el objeto de no dejar una referencia asistemática conceptualmente considerada la minoría de edad conforme al art. 315 CC.

12 Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español,* Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1992, p. 73. En idéntico sentido, Rodríguez López, F.: "Notas sobre la vivienda habitual de la familia", Dictámenes y notas-*RCDI*, nº 553-1982, pp. 1609 y ss.

13 Cobacho Gómez, J. A.: *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid 1990, pp. 37 y 38.

14 RJ CENDOJ 3397, 2022.

15 RJ CENDOJ 2329, 2021.

16 Jiménez Muñoz, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 59, nº 2, 2006, p. 769.

El art. 81 recoge como posible contenido de la conciliación notarial "cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar siempre que no recaiga sobre materia indisponible", quedando expresamente fuera de estos expedientes las cuestiones previstas de forma especial por la Ley Concursal.

No existe ninguna norma particular que diseñe el inicio del procedimiento, que entendemos podría incoarse mediante un acta notarial de requerimiento a los efectos de que constase fehacientemente la voluntad de someter a conciliación la cuestión concreta notificada, sin perjuicio de su incoación directa mediante escritura por las partes.

En este sentido, la Resolución de 18 de octubre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado[17] parece haber aclarado que el resultado de la conciliación es en sí mismo el contenido de un negocio jurídico, que es el que propiamente debe hacerse constar en escritura pública con los efectos y garantías que prevén los arts. 82 y 83 LN, bastando el acta notarial para reflejar las vicisitudes específicas de su tramitación.

La cuestión que consideramos relevante es que, al tratarse de una cuestión negocial, el expediente de conciliación ante Notario participa, por tanto, de una naturaleza evidente naturaleza contractual y en consecuencia, la transacción que se efectúe debe estar sometida a las reglas generales de los contratos en todos sus aspectos relativos a capacidad, objeto y forma, especialmente si recayese sobre la titularidad de un bien inmueble, en orden a su posterior constancia registral.

La obtención de un acuerdo extrajudicial que concilie los intereses de las partes supone que de forma directa entraríamos en el ámbito contractual de la transacción, definida por el Código Civil como "el contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen iniciado" por lo que resulta esencial el consentimiento prestado por los interesados.

De esta forma, habríamos de seguir las reglas que ahora se diseñan por la Ley 8/2021 como generales en cuanto a la eficacia de los apoyos que en su caso se hubieren diseñado en favor de la persona con discapacidad, o a la intervención del curador que estuviere nombrado.

Sin embargo, el legislador ha obviado en este expediente el deber que incumbe al Notario de valorar en el caso concreto la necesidad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes en una persona con discapacidad, para que se produzca la inmediata designación de un defensor

17 BOE nº 274, de 11 de noviembre de 2017.

judicial, y sostenemos que el deber existe y recae sobre el fedatario público, con independencia de su no inclusión expresa en el precepto.

El deber de comunicación al Ministerio Fiscal de la ausencia de apoyos suficientes en una persona con discapacidad es perfectamente compatible y, sobre todo, congruente con las normas modificadas, la configuración de este deber notarial, sin perjuicio de que por el nuevo contenido con el que se dota al art. 81 LN, queda sometida cualquier conciliación notarial a las reglas generales de la capacidad.

Tal deber de comunicación, existe igualmente en el caso de la mediación notarial a la que no se refiere la Ley del Notariado de forma específica, pero que, si está reconocida de forma expresa en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El art. 25 en sus apartados 1 y 4 disponen, respectivamente, la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado en la mediación y la solicitud al tribunal de la homologación de dicho acuerdo conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos de acuerdos en mediación desarrollada después de la incoación de un proceso judicial, actuaciones para las que será indispensable que el Notario efectúe el análisis de capacidad y comunique, en su caso, al Ministerio Fiscal la necesidad de diseñar apoyos específicos, tanto en la fase inicial de la mediación como en la de protocolización del acuerdo alcanzado.

Todo ello, sin olvidar que el gran y principal problema actual para emitir el juicio de capacidad notarial es la ausencia de criterios o reglas objetivadas, más allá de la constatación simple y directa de la necesidad de que a la persona con discapacidad compareciente se le deban fijar unos determinados apoyos.

En este punto, el Notario actúa prácticamente a ciegas por no tener acceso directo al Registro Civil para constatar la posible autodeterminación de personas de apoyo que hubiere ordenado el compareciente, tal y como sí puede comprobar en lo correspondiente a la existencia o inexistencia de cargas y gravámenes sobre un inmueble objeto de transmisión de dominio.

Además, el fedatario autorizante se ve inserto en una situación jurídica compleja cuando deba proceder a la suspensión de un otorgamiento por apreciar las anteriores cuestiones relativas a la capacidad de la persona y a la eventual necesidad de fijación de apoyos, situación que se encuadrará en el complejo esquema de la responsabilidad profesional derivada del art. 1902 CC sin que haya previsto el legislador elemento alguno de equilibrio o compensación.

BIBLIOGRAFIA

Amunátegui Rodríguez, C. : "Las medidas voluntarias de apoyo", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por P. Chaparro Matamoros, Á. Bueno Biot; dir. J.R. de Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-140.

Castán Tobeñas, J: *Función notarial y elaboración del Derecho*, Madrid, 1946.

Castán Tobeñas, J: "En torno a la función notarial," *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1950, tomo II.

Castro Girona, A: "Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *El Notario del Siglo XXI,* n º 97 mayo-junio 2021.

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 del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja,* nº 10, diciembre 2012.

Cobacho Gómez, J. A.: *La deuda alimenticia,* Montecorvo, Madrid 1990, pp. 37 y 38.

Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español,* Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1992.

Gutiérrez Jerez, L.J.: "Función notarial y responsabilidad civil", *Actualidad Civil*, nº 4-1995.

Jiménez Muñoz, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 59, nº 2, 2006.

Martínez Piñero-Caramés, M: "La autotutela en el Derecho Civil común", *El Notario del Siglo XXI*, n º 8, julio-agosto 2006.

Otero Peón, M: "En torno al Notario y a la función notarial", *Revista de Derecho Notarial,* nº 84-197

Parra Lucan, M. A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (dir. por M. García Ripoll y A. Leciñena Ibarra) Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 183 a 232.

Pereña Vicente, M: "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 132 y 133.

Rodríguez López, F.: "Notas sobre la vivienda habitual de la familia", Dictámenes y notas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 553, año 1982.

Santos Briz, J: *Responsabilidad Civil,* Madrid 1989.

Tamayo Clares, M: "Temas de Legislación Notarial", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, Separata nº 21, Febrero 1993.

AUTONOMÍA EN EL ÁMBITO SANITARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL DILEMA QUE PLANTEA LA LEY DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y SU REFLEJO EN LA DOCTRINA DEL TC*

AUTONOMY IN THE FIELD OF HEALTH CARE FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: THE DILEMMA POSED BY THE LAW ON PATIENT AUTONOMY AND ITS REFLECTION IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S DOCTRINE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 130-183

* Esta publicación forma parte de los proyectos "Socialización del cuidado de las personas mayores: un reto tras la Ley 8/2021(SOCUPER)" (PID2022-136264OB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE y "Plataformas digitales para la economía de cuidados (PLADECUIs)" (TED2021-129367B-I00), de la convocatoria de Proyectos de Transición Ecológica y Digital 2021, del Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado con Fondos Next Generation.

Mª Belén
ANDREU
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Ante la falta de adaptación de la legislación sanitaria y, en particular, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (LAP) a la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se plantea el papel que han de jugar en el ámbito sanitario los nuevos criterios contenidos en los arts. 249 y ss. del Código Civil. En este trabajo se contiene una propuesta de reforma de esta normativa, en concreto, de los arts. 3, 5 y 9 LAP. También se analizará cómo debe aplicarse, en tanto no se modifique, la regulación contenida en esta Ley. Dedicaremos una especial atención a los criterios de actuación del representante previstos en el art. 9.6 LAP, en la medida en que ésta ha sido la cuestión central resuelta por el TC en su sentencia 38/2023, a propósito de la constitucionalidad de las autorizaciones judiciales para la vacunación contra la COVID-19 de personas mayores institucionalizadas, sentencia que también será objeto de análisis en el trabajo.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; autonomía del paciente; Ley 8/2021; STC 38/2023; consentimiento informado; consentimiento por representación.

ABSTRACT: *Health legislation and, in particular, Law 41/2002, of 14 November, for the regulation of patient autonomy (LAP) has not been adapted to the reform carried out by Law 8/2021, of 2 June. For this reason, the role that the new criteria contained in articles 249 et seq. of the Civil Code should play in the field of healthcare is discussed. This paper contains a proposal for the reform of these regulation, specifically articles 3, 5 and 9 LAP. It will also discuss how this law should be implemented until such time as it is amended. Special attention will be paid to the criteria for action by the representative provided for in article 9.6 LAP, insofar as this has been the central issue resolved by the constitutional court (TC) in its judgement 38/2023, regarding the constitutionality of judicial authorisations for the vaccination of institutionalised elderly people against COVID-19, a ruling which will also be analysed in this paper.*

KEY WORDS: *Disability; patient autonomy: Law 8/2021; Constitutional Court Judgement 38/2023; informed consent; consent by representation.*

SUMARIO.- I. CENTRANDO EL TEMA: ¿QUÉ DICE EL ARTÍCULO 9 LAP Y POR QUÉ NO SE ACOMODA A LA LEY 8/2021?.- II. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LAP.- 1. Aspectos generales. 2. La prestación del consentimiento informado por las personas con discapacidad. 3. La representación de la persona con discapacidad en el ámbito sanitario. A) ¿En qué casos existirá una figura de apoyo con funciones representativas? B) ¿Y si no existe medida de apoyo con funciones representativas? C) ¿Qué papel le otorgamos al representante sanitario previsto en la LAP? D) Los criterios de actuación de la representación en el ámbito sanitario. 4. El derecho a la información asistencial. 5. Síntesis de la propuesta de reforma legislativa en materia de consentimiento informado. III. Y MIENTRAS NO SE MODIFICA LA LAP ¿QUÉ APLICAMOS?.- 1. Régimen transitorio de la Ley 8/2021. 2. Reinterpretación de la LAP conforme al régimen de la Ley 8/2021. A) La aplicación de los artículos 5 y 9 LAP. B) En particular, el artículo 9.6 LAP. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TC SOBRE VACUNACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 LAP.- 1. La doctrina sentada por el TC en las sentencias 38/2023 y 74/2023. 2. Revisión crítica de esta jurisprudencia: la falta de asunción plena por el TC del principio de autonomía.

Como bien sabemos, aunque la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica tiene una finalidad de reforma integral del ordenamiento en esta materia, dicha reforma se centró fundamentalmente en el ámbito jurídico-privado, dejando intactos otros sectores de nuestro ordenamiento[1]. La legislación sanitaria es, precisamente, uno de ellos. Esto ha hecho que, desde la aprobación de la Ley 8/2021, la doctrina haya debatido acerca de la vigencia de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), en particular, de lo previsto en su art. 9, y del papel que han de jugar los nuevos criterios contenidos en los arts. 249 y ss. del Código Civil (en adelante, CC).

En las siguientes páginas destacaremos, en primer lugar, por qué la LAP y, en especial, su art. 9 es incompatible con la reforma derivada de la Ley 8/2021. A la vista de esto, haremos una propuesta de reforma de esta normativa, en concreto, de los arts. 3, 5 y 9 LAP. Posteriormente, nos centraremos en evaluar cómo debe aplicarse, en tanto no se modifique, la regulación contenida en la LAP (principalmente arts. 5, 9.3 y 9.6). Le dedicaremos una especial atención a

1 Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el *mayor beneficio para la vida y salud del paciente* en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario", *InDret,* 2022, núm. 3, p. 79. Destaca González Carrasco, M.C.: "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 39, p. 221, que, más allá del art. 287 CC, la Ley 8/2021 deja sin resolver el problema de la inseguridad jurídica de los profesionales sanitarios ante los profundos cambios exigidos por el nuevo paradigma de apoyos a la capacidad de las personas con discapacidad.

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

este último aspecto (criterios de actuación del representante previstos en el art. 9.6 LAP), en la medida en que ésta ha sido la cuestión central resuelta por el TC en su reciente jurisprudencia de 2023, a propósito de la constitucionalidad de las autorizaciones judiciales para la vacunación contra la COVID-19 de personas mayores institucionalizadas, tema al que le dedicaremos el último apartado.

I. CENTRANDO EL TEMA: ¿QUÉ DICE EL ARTÍCULO 9 LAP Y POR QUÉ NO SE ACOMODA A LA LEY 8/2021?

Tal y como ha señalado la doctrina, y hemos puesto de relieve en trabajos anteriores[2], existe una incompatibilidad clara entre diversos preceptos de la LAP y la reforma operada por la Ley 8/2021 (y, en consecuencia, entre la LAP y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante, CDPD). En particular, esto se observa en el art. 9 LAP, que dedica gran parte de su contenido al consentimiento informado por representación, regulándolo conforme al modelo médico o rehabilitador de la discapacidad e incluyendo la sustitución en la toma de decisiones como regla general. En particular, nos interesan especialmente sus apartados 3, 5, 6 y 7.

El art. 9.3.a) LAP atiende al supuesto de persona que no sea capaz de tomar decisiones (a criterio del facultativo) o que su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Está previendo los casos de personas que, con anterioridad a la reforma de 2021, se consideraba que no tenían capacidad natural para prestar el consentimiento como consecuencia de una enfermedad mental, neurodegenerativa o de otro tipo (incapacidad natural o de hecho), pero que no habían sido objeto de un procedimiento de modificación judicial de la capacidad o que no podían serlo, al sufrir un trastorno de tipo transitorio, o bien personas que se encontraban de hecho en una situación de imposibilidad de prestar el consentimiento (en estado de inconsciencia; en coma, etc.). El art. 9.3.b) se refiere al caso de la persona con su capacidad modificada judicialmente.

Es evidente que, tras la reforma de 2021, este último supuesto deviene inaplicable, en la medida en que desaparece la modificación judicial de la capacidad (ello sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto del régimen transitorio para las instituciones de guarda existentes a la fecha de entrada en vigor de esta

2 Andreu Martínez, M.B.: "La aplicación de medidas de contención a personas con discapacidad en la Instrucción 1/2022 de la Fiscalía General del Estado", en AAVV: *Mujer, discapacidad y derecho* (dir. por en B. Verdera Izquierdo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 60 y ss.; Andreu Martínez, M.B.: "Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", en AAVV: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. García-Ripoll Montijano y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 92 y ss.

reforma)[3]. Por su parte, en los casos de incapacidad o imposibilidad de hecho a los que se refiere el apartado a), aplicar directamente el consentimiento por representación casa mal con los criterios imperantes tras la reforma, basados, como regla general, en que es la propia persona la que ejercita sus derechos, con los apoyos existentes en su caso y, solo de forma excepcional, tendrían cabida actuaciones representativas. Adicionalmente, este apartado a) remite la prestación del consentimiento a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, sin que exista referencia alguna a los apoyos que pueda tener el paciente; apoyos que, por otra parte, y como acabamos de mencionar, realizarían como regla general una función de asistencia y no de sustitución (arts. 249, 250.2 CC).

El art. 9.5 LAP remite para la prestación del consentimiento para los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción asistida a las reglas especiales contenidas en la normativa específica en esta materia. Esta normativa tampoco ha sido adaptada a la reforma operada por la Ley 8/2021, por lo que plantea los mismos problemas que el art. 9 LAP. Hasta febrero de 2023, este precepto también incluía un régimen especial de consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo. Actualmente se remite este tema a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que, incompresiblemente, no ha introducido ninguna regulación específica para las mujeres con discapacidad (a diferencia de las menores, a las que sí dedica un art., el 13 bis). El art. 13.1.c de LO 2/2010, al regular los requisitos comunes para la IVE, contiene una remisión a la LAP para la prestación del consentimiento por representación. Y en su párrafo segundo añade una remisión al art. 9.7 LAP para el caso de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica; remisión que es absolutamente insuficiente e, incluso, contraproducente, precisamente por la falta de adecuación de la LAP. La Ley orgánica 1/2013 de reforma de la Ley orgánica 2/2010 debería haber introducido un régimen especial para estos casos adaptado a los principios introducidos por la Ley 8/2021. En este sentido, la reinterpretación que propondremos más adelante para el art. 9 LAP deberá aplicarse también al ámbito del consentimiento para el aborto, por la remisión que a este precepto se realiza por la Ley orgánica 2/2010.

Por otra parte, una de las cuestiones más discutidas es la compatibilidad con la regulación establecida en el CC (especialmente con el art. 249) del criterio de actuación del representante legal conforme al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, contenido en el art. 9.6 LAP. Por su interés y dificultad, lo

3 Señala Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos médico-sanitarios por personas con discapacidad", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, p. 120, que la incoherencia legislativa que se contiene en el art. 9.3.b) LAP, aunque podría parecer inofensiva (al ser una de tantas referencias a una figura que ya no existe en nuestro ordenamiento), produce algunas dudas al interpretarse junto con otras normas.

trataremos específicamente en diversos apartados de este trabajo, incluido el que dedicaremos a los pronunciamientos del TC.

En cuanto al art. 9.7 LAP, este es el que menos problemas de compatibilidad plantea, aunque, en la medida en que se ha gestado en el viejo sistema, sigue estando impregnado del anterior paradigma. Señala este precepto que "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal". Es evidente que el representante legal (que, como ya hemos dicho, debería tener una intervención muy limitada conforme a la nueva regulación y no la general que deriva del art. 9 LAP) debe actuar siempre con respeto a la dignidad del paciente (criterio rector, por lo demás, de la CDPD, art. 3.a, y de la reforma operada en el CC, art. 249.1). Pero la referencia a que su actuación será adecuada a las circunstancias, proporcionada a las necesidades y siempre en favor del paciente es incompleta si no se tienen en cuenta también los criterios de actuación por los que deben regirse los apoyos contenidos en el CC (especialmente art. 249).

También señala este precepto que "El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario". Aunque *a priori* este inciso podría entenderse que responde a la nueva regulación, no deja de dar a entender una cierta participación secundaria de la persona con discapacidad que casa mal con el sistema instaurado en el CC en cumplimiento de lo dispuesto en la CDPD[4]. Tal y como se ha señalado en la doctrina, su participación debe ser activa[5].

Por último, acaba mencionando este apartado 7 que, en el caso de "persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento". Este inciso se introdujo precisamente por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD. Aun así, y tras la reforma de 2021, la mención a los apoyos debe incluir lo introducido por esta reforma, y estos deben ir dirigidos a que preste el consentimiento por sí misma. La palabra "favorecer" contenida en este último inciso puede estar en consonancia con lo dispuesto en el art. 249.2 CC, pero para cuando el apartado 9.3 LAP establezca que la regla general es la de prestación del consentimiento por la propia persona con discapacidad, no en el modelo médico que ahora recoge y

4 En similares términos se expresa el art. 6.3.II del Convenio de Oviedo, que tampoco responde a los postulados de la CDPD.

5 Señala Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 83, que, en el ámbito sanitario, debe garantizarse no solo la participación de la persona con discapacidad, sino la implicación en la adopción de decisiones que le afectan.

en el que parece restarse el protagonismo que la reforma de 2021 concede a la persona con discapacidad en la toma de decisiones sobre sus asuntos[6].

A la vista de lo anterior, y tal y como viene reclamando insistentemente la doctrina (en la cual nos incluimos)[7], es necesario abordar ya una reforma de la legislación sanitaria para acomodarla a los principios relativos al ejercicio de la capacidad contenidos en el CC. En las siguientes páginas esbozaremos una propuesta en este sentido. Pero, además, defendemos una profunda reinterpretación de la LAP para acomodarla plenamente a la Ley 8/2021, tema al que le dedicamos otros de los apartados de este trabajo. Hace ya más de dos años de la entrada en vigor del nuevo régimen, y el legislador no ha reformado la normativa sanitaria en este aspecto. Por ello, entendemos que no es posible seguir esperando a la reforma para impregnar la normativa sanitaria de los principios derivados de la Ley 8/2021. Esto mismo es lo que fue haciendo nuestro TS antes de 2021, reinterpretando nuestra normativa civil a la luz de la CDPD a lo largo de más de una década (desde la conocida sentencia de 29 abril 2009[8]).

II. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LAP.

1. Aspectos generales.

Los arts. 5 y 8 LAP parten de que es el propio paciente el que recibe la información asistencial y presta el consentimiento informado. Estas mismas reglas deben ser aplicables a las personas con discapacidad, conforme a lo dispuesto en

6 En este sentido también Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos", en AAVV: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. Arcos Vieira), Bosch, Madrid, 2022, p. 370.

7 Entre otros, García Rubio, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", F*amilia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Sepin, 2021, núm. 136, p. 46 y "La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *AFDUAM*, 2021, núm. 25, p. 100, quien recalca la urgencia de esta reforma, pues las decisiones en este ámbito se sitúan en el centro mismo de las relaciones jurídicas de naturaleza personal; Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 79; Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos", cit., pp. 120, 122; Andreu Martínez, M.B.: "Discapacidad y autonomía", cit., p. 95. Señala González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., p. 222, que ni la más intencionada de las interpretaciones puede ocultar que tanto la normativa estatal como la autonómica dictada en el ámbito del consentimiento informado en salud requieren una modificación formal que elimine del texto las actuales referencias a la incapacidad y a la modificación judicial de la capacidad.

8 STS 29 abril 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2362). *Vid*., sobre la reinterpretación de la normativa civil, entre otros, Guilarte Martín-Calero, C.: "La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361 y ss.; Andreu Martínez, M.B.: "La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la Convención de las ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos", en AAVV: *Protección civil y penal de los menores y de las persona mayores vulnerables en España* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y F. Legaz Cervantes), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 540 y ss.

el art. 25 CDPD y los criterios incorporados al CC tras la reforma de 2021. Ello conlleva la necesidad de reformar diversos artículos de la LAP.

En primer lugar, el art. 3 LAP, al definir el consentimiento informado, hace referencia a la conformidad del paciente "manifestada en el pleno uso de sus facultades". Esta mención conecta con el requisito de la plena capacidad de obrar[9], vigente en la anterior regulación de la capacidad en nuestro CC, más conocido como criterio de competencia en el ámbito sanitario y de la bioética. En la medida en que dicho inciso se vincula con un régimen ya derogado, debería desaparecer en una futura reforma, sin perjuicio de la regulación específica para menores y personas con discapacidad que se disponga al regular el consentimiento informado, que sería el lugar para precisar las condiciones para la prestación del consentimiento en estos casos[10].

Por otra parte, y como hemos señalado en el apartado anterior, no cabe aplicar tal cual el art. 9.3 LAP en su redacción actual. De cara a una futura reforma de este precepto debería eliminarse la referencia genérica al consentimiento por representación contenida en el título del art. 9 y en su apartado 3, para pasar a regularse por separado el consentimiento en el ámbito sanitario de los menores de edad y el de las personas mayores de edad con discapacidad. Esto, de hecho, es lo que se ha llevado a cabo en la reforma del CC operada por la Ley 8/2021, por lo que no debe extrañarnos esta clara separación entre el régimen de los menores y el de los mayores con discapacidad. Esto afecta igualmente a los criterios contenidos en los apartados 6 y 7 del art. 9, que podrán conservarse para el caso de consentimiento por representación de los menores de edad[11]. Sobre ellos volveremos después.

9 Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, se ha incorporado a nuestro ordenamiento el concepto de capacidad jurídica en sustitución del binomio capacidad jurídica/capacidad de obrar del anterior sistema. Sobre el tema *vid.*, entre otros, Gete-Alonso y Calera, M.C.: "Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad", en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, pp. 44 y ss., Barba, V.: "El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 40 y ss.

10 Como recuerda Guilarte Martín-Calero, C.: "Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil español", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. Álvarez Lata), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 68-69, las previsiones que fijen un estándar de capacidad requerido para la conclusión de un acto serian contrarias a la CDPD. El no establecer un estándar de capacidad in abstracto para la conclusión de determinados actos exige atender a la situación de cada persona in concreto, con el objetivo de favorecer la participación en el proceso con los correspondientes apoyos.

11 Por otra parte, hay que tener en cuenta que el actual art. 9.3.a) LAP incluye tanto supuestos de personas que no pueden prestar el consentimiento debido a lo que se consideraba "incapacidad natural", pero que no habían sido objeto, conforme al anterior régimen, de modificación judicial de su capacidad, como casos de imposibilidad de hecho de prestar el consentimiento (ej., persona en estado de inconsciencia). En este último supuesto, no estamos propiamente ante personas con discapacidad que puedan necesitar apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que dichos casos deberán ser contemplados en la futura reforma al margen de la regulación específica que se establezca para las personas con discapacidad adaptada a los nuevos principios derivados de la Ley 8/2021. De hecho, en esos casos, habría que atender a la voluntad

Centrándonos en el tema de las personas con discapacidad, entendemos que la distinción entre los supuestos a) y b) del art. 9.3 pierde todo su sentido, tal y como ya hemos advertido en el apartado anterior[12]. Por ello, la futura regulación debe obviar esta distinción y partir de una única regulación para las personas con discapacidad, que responda a los criterios del CC. Conforme a estos criterios, en dicha regulación se debería contener lo que sería la norma general (capacidad jurídica de la persona con discapacidad para prestar el consentimiento informado) y las situaciones excepcionales (la representación en este ámbito). Vamos a ver cada uno de estos supuestos por separado.

2. La prestación del consentimiento informado por las personas con discapacidad.

En efecto, en primer lugar, la regla general sería que la propia persona con discapacidad es la que presta el consentimiento informado en el ámbito sanitario, en su caso, con los apoyos de que disponga conforme a lo previsto en el CC. Esta remisión al CC nos permite aplicar al ámbito sanitario, en el caso de que sea necesario por existir o precisarse medida de apoyo, el nuevo régimen contenido en el mismo sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Aquí, de hecho, pueden darse distintas situaciones[13].

Una primera sería que el consentimiento pueda prestarse por la propia persona con discapacidad sin necesidad de apoyos. Este es el supuesto que a priori menos problemas plantea. No obstante, no hay que obviar, tal y como ha destacado la doctrina, que en estos casos el profesional sanitario tiene un papel importante en su labor de información y asesoramiento, pudiendo ser considerado, de hecho, como un apoyo institucional[14].

previamente manifestada por la persona o, en su defecto, a la intervención de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho a las que actualmente se refiere el art. 9.3.a LAP.

12 En cambio, González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., pp. 227-231, mantiene en su propuesta de modificación del art. 9.3 LAP los dos supuestos a) y b) convenientemente adaptados (en el primero, para cuando no sea posible determinar de ninguna manera la voluntad de la persona con discapacidad; y el segundo para cuando exista un apoyo representativo). También Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos", cit., p. 122 aboga por modificar el primer apartado del art. 9.3 para dejar clara la importancia de asegurarse de que el paciente no puede comprender la información previa y que la representación será solo la última alternativa; y el segundo, para sustituir la referencia a las sentencias de modificación de la capacidad por el título constitutivo de las medidas de apoyo. Nosotros entendemos que no basta con un simple "lavado de cara" en la futura regulación contenida en el art. 9 LAP y que no es relevante, por las razones expuestas, seguir manteniendo la distinción entre la existencia o no de medidas de apoyo con carácter representativo como algo significativo en el ámbito sanitario, una vez ha desaparecido el procedimiento de modificación judicial de la capacidad. A lo sumo, lo propuesto por estos autores serviría para una interpretación de la LAP en tanto en cuanto no se modifica.

13 Un análisis de los diferentes supuestos puede encontrarse en Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 86-95.

14 También lo califican como apoyo Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 87 y 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, p. 353.

Una segunda situación sería aquella en la que la persona con discapacidad necesita de apoyos para la prestación del consentimiento informado. A la vista de la regulación contenida en el CC, éste será normalmente el caso más frecuente en la práctica. Como sabemos, la regla general es que la medida de apoyo en el ejercicio de la capacidad tiene una función asistencial (y solo excepcionalmente representativa), debiendo respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (arts. 249, 250.2 CC). Por ello, los esfuerzos del personal sanitario y de la figura de apoyo deben ir dirigidos a que sea la propia persona con discapacidad la que preste por sí misma el consentimiento, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias (art. 249.2 CC).

Señala asimismo el art. 249.1 CC que las medidas de apoyo "tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales". La remisión que la futura regulación del consentimiento informado de las personas con discapacidad debe hacer a las medidas de apoyo contenidas en el CC, tal y como hemos propuesto, hace que estos criterios básicos deban aplicarse y, en consecuencia, deviene innecesaria para las personas con discapacidad una norma como el art. 9.7 LAP; precepto que debería desaparecer para estos casos o adaptarse a las previsiones del art. 249 CC si quiere mantenerse[15].

En cuanto a cuáles van a ser esas medidas de apoyo, habrá que estar al caso concreto. En el nuevo sistema, las medidas voluntarias son preferentes a las de origen legal o judicial (art. 249.1 CC)[16]. Por ello, habrá que atender, en primer lugar, a si existen medidas de apoyo voluntarias designadas por la propia persona con discapacidad en escritura pública, incluido el acuerdo de apoyos[17] (arts. 255, 256 y ss. CC), que incorporen la asistencia en el ámbito de la salud o, incluso, una autocuratela con facultades en este ámbito (art. 271.2 CC).

Junto a lo anterior, la legislación sanitaria prevé la posibilidad de otorgar documento de instrucciones previas, en el que uno de sus contenidos es precisamente la designación de "representante sanitario" (art. 11 LAP). Ahora bien, a día de hoy, las IIPP están configuradas para entrar en funcionamiento cuando la persona no pueda decidir por sí misma. Por ello, entendemos que el recurso a

15 Considera Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 87, al art. 9.7 LAP una norma con redacción muy avanzada. Es evidente que, de todos los apartados del art. 9 LAP, éste sería el "menos incompatible" con el nuevo régimen de la capacidad. No en vano, parte de su contenido deriva de una reforma para la adaptación a la CDPD. No obstante, y tal y como hemos señalado en el apartado anterior, aunque pudiéramos considerarla una norma bastante acorde con el nuevo régimen, debe también ser objeto de supresión o modificación por las razones expuestas.

16 Cfr., asimismo, STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276), FJ 3 apdo. 1, FJ 4 apdo. 1.

17 Sobre esta figura, *vid*., entre otros, Guilarte Martín-Calero, C.: "Las grandes", cit., pp. 66-68.

estas y, en consecuencia, a la figura del representante sanitario procederá en los casos de representación a los que nos referiremos más adelante.

En segundo lugar, puede existir una medida informal, como la guarda de hecho[18], que prestará asistencia a la persona en el proceso de otorgamiento de consentimiento informado. Esta asistencia suele ser muy habitual en temas cotidianos relacionados con el ámbito de la salud (ej., apoyo en la toma de medicación, seguimiento y citas médicas, etc.). En principio, la guarda de hecho está configurada como la medida de apoyo por excelencia en el nuevo régimen, debiendo ser la más habitual en la práctica (lo que responde también a una realidad social), puesto que a priori es preferente a las medidas judiciales, cuando aquella funcione correcta y eficazmente y sea suficiente para el apoyo que necesita la persona[19]. Es más, la guarda de hecho puede darse incluso aunque haya medidas de naturaleza voluntaria o judicial, cuando éstas no se estén aplicando eficazmente (arts. 250.4, 255.5, 263, 269.1 CC)[20]; o, sin más, puede que haya un diseño concurrencial de varias medidas de apoyo (ej., guarda con poderes preventivos para un ámbito restringido; guarda con nombramiento de defensor judicial para la realización de determinados actos, sin que esto suponga la extinción de tal guarda; o guarda con convenio de apoyos)[21]. En cualquier caso, no hay que perder

18 Señala López San Luis, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 81, respecto a la nueva regulación de la guarda y sus principales características, que se constituye como una verdadera medida de apoyo, en consonancia con la CDPD; se transforma en una figura estable; puede establecerse a pesar de la existencia de otra medida de apoyo, si ésta es ineficaz; puede tener carácter representativo, con autorización judicial; y se rige por los principios de necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

19 Cfr. STS 23 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291), en un caso en el que la persona conserva un cierto grado de autonomía y se considera suficiente para sus necesidades el apoyo prestado por su hijo como guardador de hecho, rechazándose el establecimiento de un apoyo formal solicitado por el Ministerio Fiscal. Falla el Tribunal que la persona "solo precisa de un apoyo asistencial en determinados aspectos patrimoniales y del ámbito de la salud que ya le estaría siendo prestado por su hijo Carlos Jesús de manera adecuada y eficaz (art. 263 CC)". *Vid.*, asimismo, López San Luis, R.: *La guarda*, cit., pp. 75-76. Señala esta autora que esto tiene reflejo en los tribunales de instancia, que resuelven juicios de modificación de la capacidad instados conforme a la legislación anterior, en los que se pedía el nombramiento de tutor; y en los que los tribunales están entendiendo que lo que procede es que continue ejercitando la guarda de hecho y no el nombramiento de un curador con facultades de representación. Ahora bien, como esta misma autora reconoce, y vamos a hacer referencia a continuación, no toda la jurisprudencia sigue esta línea, y se procede a la constitución de curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad. Puede consultarse también las orientaciones jurisprudenciales contradictorias en relación con esta cuestión en De Verda y Beamonte, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. Álvarez Lata), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 83-87.

20 Señala Leciñena Ibarra, A.: "Comentario a los artículos 263 a 267 del Código Civil", AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 648-650, la incorrección de la referencia contenida en el art. 249.1 CC a que las medidas de origen legal o judicial procederán en caso de insuficiencia de la voluntad de la persona, puesto que no es ésta, sino las medidas adoptadas, las que serán insuficientes. Por lo demás, entiende la autora que por fin se le ha reconocido a la guarda de hecho el merecido protagonismo que hasta ahora se le había negado, a pesar del papel preponderante que siempre ha ostentado en el tejido asistencial de nuestra sociedad. Se la ha elevado, así, a la categoría de medida de apoyo, poniendo en valor una institución que siempre ha servido de facto como soporte vital y jurídico de gran número de personas vulnerables.

21 Así lo destaca Leciñena Ibarra, A.: "Comentario a", cit., pp. 650, 651.

de vista que la última jurisprudencia del TS se decanta por una medida de apoyo formal (curatela representativa), en lugar de la guarda de hecho, al menos en los casos en que la persona requiera de una actuación representativa intensa o cotidiana[22]. Sobre esta cuestión volveremos después, al analizar la representación en el ámbito sanitario.

En la práctica, uno de los principales problemas con los que se encuentra la guarda de hecho es su acreditación, al tratarse de un apoyo informal que no requiere de nombramiento judicial[23]. En el ámbito sanitario, este problema se reduce, puesto que lo habitual es que la información la reciba también el apoyo que acompañe y asista a la persona con discapacidad en la prestación del consentimiento. Cosa distinta es cuando no se produce ese acompañamiento y pretenda, por ejemplo, obtener información sanitaria o cuando la persona con discapacidad se opone a la participación del guardador de hecho en estos asuntos. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, al tratar el derecho a la información asistencial.

Por último, puede darse el caso de que exista una medida formal de apoyo (ej. curatela) y que la autoridad judicial establezca, por ejemplo, la asistencia en el ámbito de la salud[24] (art. 269 CC; o incluso una curatela mixta, por ej., asistencial

22 Cfr. SSTS 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4212 y ECLI:ES:TS:2023:4129, respectivamente), que resuelven casos en que la persona carecía de autonomía y capacidad de decisión. Comenta estas sentencias Ruiz Alonso, G.A.: "La curatela representativa con guarda de hecho previa: problemas aplicativos", *Diario LA LEY*, 2023, núm. 10390, para quien "Tras estas resoluciones se impide a los juzgados de primera instancia y audiencias provinciales denegar de forma automática la solicitud de curatela si hay una guarda de hecho previa obligando a realizar un análisis de las circunstancias concretas de cada caso". Señala este autor que, de esta manera, el TS incide en una cuestión que estaba recibiendo diferentes respuestas por los tribunales de instancia, como era la interpretación de los arts. 250 y 255 CC. Ya que, para algunos (incluido el Ministerio Fiscal), debía acudirse a una interpretación literal (y, en consecuencia, restringida), de estos preceptos; mientras que, en otros casos, se hacía una interpretación más flexible que permitía, aunque existiera una guarda de hecho, nombrar otra medida de apoyo (como la curatela u otra) si era más beneficioso para la persona con discapacidad. Y ello por las dificultades que los guardadores de hecho se encuentran en la práctica a la hora de actuar con la administración o las entidades bancarias, ante la imposibilidad de acreditar sus funciones o por no disponer de facultades representativas. *Vid*., asimismo, sobre esta cuestión, De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 72-74 y "La guarda", cit., pp. 87-93.

23 Sobre la prueba de la figura del guardador *vid.* Leciñena Ibarra, A.: "Comentario a", cit., p. 659; De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales", cit., pp. 69-72; López San Luis, R.: *La guarda*, cit., pp. 97-101. *Vid*., asimismo, la Circular informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la Actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), que incorpora criterios para acreditar la guarda de hecho mediante acta de notoriedad; así como la declaración responsable del documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las Asociaciones bancarias, de julio de 2023. Analiza estos últimos Leciñena Ibarra, A.: "Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023", *Actualidad civil*, 2023, núm. 11.

24 *Vid.* Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario a los artículos 282 a 294 del Código Civil", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 801. Advierte esta misma autora ("La contribución", cit., pp. 374-375), que la asistencia en este ámbito es de difícil articulación práctica, pues el curador se limita a realizar una labor de fiscalización y control, aunque sí le otorga el acceso al historial y evolución clínica.

en el ámbito de la salud y representativa en ciertos ámbitos patrimoniales[25]). Esto último (el apoyo en el ámbito sanitario) suele ser, de hecho, un contenido habitual cuando se acuerda una medida formal de apoyo[26], si bien la jurisprudencia se está decantando más bien por curatelas representativas en lugar de asistenciales[27].

3. La representación de la persona con discapacidad en el ámbito sanitario.

La segunda situación que nos podemos encontrar y que, como hemos dicho, en principio debería tener carácter excepcional[28], sería aquella en la que, "pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona". En estos casos, la medida de apoyo podría incluir funciones representativas conforme al art. 249.3 CC. Por lo tanto, la nueva regulación que se contenga en la LAP para el consentimiento informado de las personas con discapacidad debe prever la posibilidad de que el consentimiento se preste por la medida de apoyo con facultades representativas (en este ámbito), tras la regla general del consentimiento de la persona con discapacidad a la que nos hemos referido en el apartado anterior.

A) ¿En qué casos existirá una figura de apoyo con funciones representativas?

El CC, como acabamos de señalar, prevé la posibilidad de que la figura de apoyo tenga en estos casos funciones representativas. Pero ¿cuándo ocurrirá esto? Pues bien, es posible que, dentro de la autonomía de la voluntad, la persona con discapacidad haya previsto estas funciones para las decisiones en el ámbito de la salud (con el alcance que disponga) en las figuras de apoyo voluntarias que haya establecido en escritura pública (arts. 255.2, 261 CC), incluida la autocuratela (art.

25 De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales", cit., pp. 91-92. Entre otras, acuerda una curatela mixtas la SAP de Cáceres de 16 febrero 2022 (ECLI:ES:APCC:2022:156), pero incluye el ámbito sanitario en la curatela representativa. La SAP de Badajoz de 7 febrero 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:227) distingue, en cambio, según la persona se encuentre en una situación en que su enfermedad esté compensada o descompensada, aplicando la curatela asistencial a la primera y la representativa a la segunda; por lo que las actuaciones en el ámbito sanitario contarán con un apoyo asistencial o representativo dependiendo de la situación descrita.

26 *Vid.* el análisis jurisprudencial que realiza Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 100 y ss. La autora pone, no obstante, de relieve que la jurisprudencia aplica la representación prevista en el art. 9.3 LAP, a pesar de tratarse de medida de apoyo asistencial.

27 Se observa también en la jurisprudencia una mayor tendencia al nombramiento de curatelas representativas (que incluyen siempre la representación para las actuaciones en el ámbito sanitario) y no tanto asistenciales, debido a la situación de la persona (enfermedades mentales o neurodegenerativas graves) que le impiden tomar decisiones por sí misma (*vid.*, por ej. en este sentido, la SAP de las Islas Baleares de 7 junio 2022, ECLI:ES:APIB:2022:1834; o la SAP de Alicante de 11 mayo 2023, ECLI:ES:APA:2023:1136). Si dicha situación no se da, se decantan por mantener la guarda de hecho, incluso revocando la curatela nombrada en primera instancia (*vid.*, por ej., la SAP de Cádiz de 17 junio 2022, ECLI:ES:APCA:2022:1636; AAP de Pontevedra de 29 marzo 2023, ECLI:ES:APPO:2023:726A; AAP de Ourense de 17 abril 2023, ECLI:ES:APOU:2023:208A; o la SAP de León de 28 julio 2023, ECLI:ES:APLE:2023:972). Se decanta por una curatela asistencial, en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y aplicada también al ámbito sanitario la SAP de Toledo de 14 marzo 2022 (ECLI:ES:APTO:2022:560).

28 Lamenta Guilarte Martín-Calero, C.: "Las grandes", cit., p. 61, la excesiva utilización por los tribunales de la curatela representativa, de lo que culpa, entre otros, a la exigua vacatio legis y a la DT 6ª de la Ley 8/2021.

271 CC). Como ya hemos indicado, éstas tendrán carácter preferente a otras medidas de apoyo.

En el caso de las medidas judiciales de apoyo, la resolución de constitución puede prever la inclusión de estas facultades representativas, por ejemplo, para la curatela, estableciéndose los actos para los que precisa dicha representación (arts. 269.3 y 4, 285-290 CC). Además, como ya se ha señalado, el art. 287.1º CC excluye al consentimiento informado sanitario de los actos para los que el curador representativo debe solicitar autorización judicial.

No obstante, las principales dudas se centran en la figura del guardador de hecho que, a priori, tiene carácter preferente a la curatela, si funciona eficazmente. ¿Puede existir un guardador con facultades representativas en el ámbito sanitario? El art. 264 CC prevé que, al guardador de hecho como medida de apoyo informal, también se le puedan otorgar judicialmente funciones representativas para uno o varios actos y, además, estará sujeto a los mismos requisitos en cuanto a la necesidad de autorización judicial (o excepción de contar con ella en el caso del consentimiento informado sanitario) previstos para la curatela representativa en el art. 287 CC. Ahora bien, ¿qué virtualidad práctica tiene esta previsión aplicada al guardador de hecho en el ámbito sanitario?

En el caso del curador con facultades representativas, como hemos dicho, se le pueden haber otorgado dichas facultades para la toma de decisiones en el ámbito de la salud (con exclusión de la necesidad de solicitar autorización judicial conforme al art. 287.1º CC). Pero el art. 264.1º CC no parece estar pensando en la posibilidad de otorgar al guardador representación para un determinado ámbito (como el sanitario, o ciertas actuaciones o aspectos relacionados con la salud y a futuro), sino para actos concretos[29]. Así interpretado, se reduce sensiblemente la existencia de un guardador de hecho con facultades representativas en este ámbito cuando la persona no pueda tomar decisiones por sí misma.

Podría pensarse, por ejemplo, en el supuesto de persona con discapacidad que pueda tomar decisiones para cuestiones menores sanitarias, pero no para intervenciones de gran calado, debiendo en estos casos el guardador de hecho solicitar la correspondiente autorización judicial para obtener la representación. Ahora bien, esto contrasta con lo dispuesto en el art. 287.1º CC (que, como hemos dicho, excluye la autorización judicial para el consentimiento informado) al que remite el art. 264.2 CC. Podría alegarse, como argumento a favor de la necesidad de autorización judicial, que en este caso nos encontramos ante un guardador sin facultades representativas que, precisamente por ello, la solicita

29 En este sentido, Leciñena Ibarra, A.: "Comentario a", cit., p. 663, quien entiende que, a la vista del precepto, no cabe autorización judicial de carácter general para el guardador. *Vid*., asimismo, García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 13; Díaz Pardo (2022), pp. 319-320.

para un determinado acto sanitario. Pero, en cualquier caso, no deja de resultar chocante con la regulación del curador representativo y, sobre todo, con la actual contenida en el art. 9.3.a LAP que, a falta de "representante legal" que pueda consentir por "representación" en estos casos, permite que el consentimiento lo presten las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (sin necesidad de autorización judicial de ningún tipo). Es decir, la regla hasta ahora imperante en el ámbito sanitario, precisamente por sus propias características de agilidad en la toma de decisiones, es que determinadas personas especialmente vinculadas al paciente que no puede prestar el consentimiento por sí mismo, puedan hacerlo por él sin necesidad de control judicial previo (a salvo lo dispuesto en el art. 9.6 LAP). A esta misma lógica responde el actual art. 287.1º CC[30].

De ahí la necesidad de mantener en la futura regulación del consentimiento informado una regla similar a la del actual art. 9.3.a), solo que incorporando a las medidas de apoyo informales, como la guarda de hecho. Es decir, en el ámbito sanitario no necesitamos de una medida de apoyo con facultades representativas para la adopción de decisiones en lugar del paciente. Si esta figura existe, con facultades de representación para actuaciones sanitarias, será a ella a la que se acudirá, pero otras medidas de apoyo o, en última instancia, los familiares, podrán otorgar el consentimiento en estos casos. Este aspecto lo tratamos precisamente en el siguiente apartado.

Adicionalmente a lo anterior, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TS está otorgando preferencia a la curatela representativa frente a la guarda de hecho precisamente en los casos en que la persona carece de autonomía y

30 Como señala González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., pp. 228, 246, el ámbito sanitario requiere de una especial agilidad en la toma de decisiones y la salvaguarda de la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios. De ahí que, para esta autora, el término representación a que se refiere el art. 9.3.a) LAP adquiera un sentido no técnico, sino de apoyo y sustitución en la expresión de lo que hubiera sido la voluntad del paciente, de haberla podido expresar. En este sentido, considera que no es aplicable a la actuación de las personas vinculadas al paciente lo dispuesto en el art. 264 CC, en relación con la obtención de autorización judicial para la actuación representativa del guardador de hecho, y que remite a lo dispuesto en el art. 287 CC en relación con los supuestos en los que se necesita autorización judicial (artículo que la excluye en los casos de consentimiento informado para el ámbito sanitario). En este sentido, también Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos", cit., p. 126, quien señala que los guardadores de hecho podrán prestar el consentimiento informado por representación sin necesidad de contar con autorización judicial; y Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 371. La complicación ínsita a este tema se pone también de relieve si analizamos el iter legislativo. En el anteproyecto, el art. 261.4 señalaba: "En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo". El art. 263.3 del proyecto de ley indicaba: "En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial a través del proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento"; y, por su parte, el art. 287.1 CC solo excepcionaba de la autorización judicial el tema del internamiento ("1º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento). Posteriormente, y dada la complejidad del tema y las implicaciones que tenía, esto se modificó en el trámite parlamentario y se dejó en la defectuosa remisión a la legislación específica para el consentimiento informado que actualmente se contiene en el art. 287.1 CC. Sobre este último aspecto, volveremos posteriormente a propósito del art. 9.6 LAP.

capacidad de decisión (SSTS 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre[31]). En estos supuestos, el TS está teniendo en cuenta las peticiones de los guardadores de hecho, que solicitan su nombramiento como curador representativo, ante la insuficiencia de la guarda de hecho para diversos actos de la vida cotidiana en los que deben representar a la persona con discapacidad. Un elemento que consideramos clave y que el TS está teniendo en cuenta para ello, es la necesidad de una representación de carácter amplio e intenso, y la imposibilidad de que esto se cubra con la solicitud de manera continuada por el guardador de hecho de autorizaciones judiciales con facultades representativas para ciertos actos (prevista en el art. 264.1 CC). En ambos casos resueltos en las sentencias mencionadas hay oposición del Ministerio Fiscal a la adopción de una curatela representativa, ante la suficiencia de la guarda de hecho. Considera el Fiscal que las dificultades prácticas alegadas por los guardadores por no contar con la representación no justifican la adopción de una medida de apoyo judicial. Y, además, considera no justificada una representación con carácter general y para actos futuros[32].

No lo entiende así, en cambio, el TS, para quien "si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho". Para el TS, del mismo modo que no es necesaria la constitución de una curatela cuando los apoyos que necesita una persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso muestran que es el mejor apoyo. De hecho, resalta que lo esencial es que se le preste el apoyo que precisa, y que el hecho de que se provea judicialmente no debe tener una connotación negativa. En este sentido, considera que la constitución de la curatela no es contraria a lo dispuesto en los arts. 255, 263, 268 y 269 CC.

En la segunda de las sentencias citada, el TS afirma que, a pesar de que el art. 264 permite otorgar funciones representativas al guardador de hecho: "cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y

31 SSTS 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4212 y ECLI:ES:TS:2023:4129, respectivamente).

32 En la primera de las sentencias mencionadas, el Fiscal señala que: "En el presente caso, no sería necesaria la curatela como medida de apoyo, ni sin justificación alguna, otorgar funciones representativas para todo acto en la esfera personal y patrimonial, no explicándose el motivo de la decisión de esta medida judicial de apoyo, en la que no se concreta los actos (se hace de forma genérica), ni da la más mínima explicación de por qué se atribuye facultades representativas, máxime cuando no existe una necesidad presente ni del guardador, ni del discapaz, sino que se confiere poderes representativos para posibles actos futuros, cuando dichas necesidades, de llegar a producirse, tiene su trámite en los artículos 287 del Código Civil, en relación con los artículos 61 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria". Las afirmaciones del Ministerio Fiscal coinciden en general con el espíritu de la reforma operada por la Ley 8/2021 (*vid.* García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 50, cuando señala que la "representación general es todavía más excepcional, hasta el punto de que debe ser considerada como la última ratio del sistema"; asimismo, De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales", cit., pp. 95-97). Otra cosa es que el TS, a la vista de las limitaciones detectadas en la práctica para la figura del guardador de hecho, se haya decantado por dar primacía a la figura del curador representativo al estilo del antiguo tutor.

es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial"[33]. En este sentido, rechaza también la limitación de la representación solicitada por el Fiscal solo al seguimiento y control de las cuentas corrientes y productos financieros, control de ingresos y gastos y los actos previstos en el art. 287 CC, pues el TS entiende que la enfermedad de la persona afecta también a la toma de decisiones en los ámbitos personal, cotidiano y sanitario.

A la vista de lo resuelto por el TS parece claro que, en los casos de personas que no puedan de ninguna manera tomar por sí mismas decisiones en el ámbito sanitario, lo más oportuno sería recurrir a una norma específica sanitaria, tal y como acabamos de comentar, que permita la actuación de la figura de apoyo en estos casos. Sobre esto vamos a incidir en el siguiente apartado. Todo ello sin perjuicio de que, ante la interpretación restrictiva de las facultades representativas del guardador previstas en el art. 264.1 CC, proceda promover un expediente para el nombramiento de curador representativo en aquellos casos en que dicho guardador vea dificultada su labor por requerírsele una importante actividad representativa que supera las previsiones del CC para esta figura.

B) ¿Y si no existe medida de apoyo con funciones representativa?

Junto a los supuestos en los que exista una figura de apoyo con facultades representativas para las actuaciones sanitarias, puede darse también el caso de que la persona con discapacidad no pueda de ninguna manera prestar por sí sola el consentimiento y no disponga de figura de apoyo o ésta no incluya dichas funciones representativas. No hay que olvidar, además, que las medidas de apoyo judiciales tienen, en principio, carácter subsidiario en la nueva regulación del CC, por lo que estos casos pueden presentársenos con carácter preferente[34]. En concreto, el primero de los supuestos indicados tendrá una menor incidencia en la práctica, puesto que lo normal será que la persona con discapacidad, sobre

33 Aunque el TS no lo señala expresamente en la sentencia, en la mente del juzgador seguramente ha estado las características del expediente de jurisdicción voluntaria para conceder autorización judicial al guardador de hecho, que incluye como mínimo entrevista con la persona con discapacidad (además de poder solicitar informe pericial o la comparecencia de otras personas que considere necesarias para otorgar la autorización en función del acto de que se trate, art. 52.3 Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria); lo que revela que no esté pensado para actuaciones que se deban llevar a cabo de manera reiterada y continua.

34 *Vid.* el orden en la prestación del consentimiento por sustitución que señala Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 369-371, y que responde a esta lógica, disponiendo, en primer lugar, la figura de apoyo voluntario, luego el guardador de hecho, después el curador y, por último, otros familiares o allegados.

todo en estos casos en los que de ninguna manera pueda la persona expresar su voluntad, deseos y preferencias, disponga al menos de un guardador de hecho.

En cambio, el segundo sí puede ser más habitual, puesto que es posible que en la constitución de la concreta medida de apoyo no se previeran estas facultades (porque la propia persona con discapacidad no lo dispuso en el titulo constitutivo de la medida de apoyo voluntaria o judicialmente no se estableció, porque la situación en la que se encontraba en aquel momento la persona con discapacidad no lo requería, arts. 255.2, 269.3, 271.1 CC). En el caso de que exista una medida de apoyo informal (como la guarda de hecho) va a ser la situación más habitual. Tal y como acabamos de comentar, al guardador no se le va a facultar, en virtud del art. 264.1 CC, para representar con carácter general a la persona con discapacidad en el ámbito sanitario. Por lo que tendremos sin más una guarda de hecho que presta su apoyo a la persona con discapacidad en dicho ámbito.

En estos casos, tal y como hemos comentado en el apartado anterior, con independencia de que pueda promoverse un expediente judicial de provisión de medidas de apoyo judicial cuando corresponda[35], la actuación en el ámbito sanitario requiere de una agilidad e inmediatez que precisa la actuación en nombre del paciente con discapacidad a pesar de no existir medida de apoyo con funciones representativas. La legislación sanitaria ha sido siempre consciente de esto y de ahí la previsión del art. 9.3.a) LAP, que precisamente prevé el consentimiento por las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, cuando el paciente carezca de "representante legal".

Por otra parte, y como también hemos señalado, la doctrina entiende aplicable el art. 287.1º CC (que exime al curador con funciones representativas de la necesidad de solicitar autorización judicial para el consentimiento informado sanitario) a los guardadores de hecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 264.2 CC[36].

En este sentido, en la regulación que se disponga para el consentimiento informado de la persona con discapacidad en la futura reforma de la LAP, además de contener la posibilidad de que la medida de apoyo con facultades

35 En este sentido, Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 88.

36 En realidad, el art. 264.2 CC, que remite al 287 CC, se refiere al guardador con facultades representativas, lo cual tiene su lógica, puesto que en el caso de que las medidas de apoyo cumplan una función únicamente asistencial y no representativa, la regla de la que parte el CC es que es la propia persona con discapacidad la que presta el consentimiento. De ahí la importancia de reformar la LAP e incluir una concreta norma para prever estos supuestos, como la que proponemos a continuación. Sobre la discusión acerca de si la remisión del art. 264.2 CC a la autorización judicial regulada en el art. 287 CC se aplica a cualquier guardador de hecho o solo al guardador con facultades representativas, *vid*. López San Luis, R.: *La guarda*, cit., pp. 85-88; Díaz Pardo, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 320-322.

representativas en el ámbito sanitario pueda prestar el consentimiento informado cuando el paciente no pueda de ninguna manera expresar su voluntad, deberá también prever la posibilidad en estos casos de que se preste el consentimiento, aunque no exista dicha figura de apoyo o no tenga funciones representativas.

Estas figuras de apoyo deben tener, por tanto, cabida en la futura regulación (que serán, por lo demás, quienes en la práctica mejor conocerán a la persona con discapacidad, puesto que son las que le han venido apoyando en decisiones de toda índole), frente a la regulación contenida en la actual LAP, que menciona únicamente a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. Esta remisión genérica de la LAP, aunque en la práctica da mucha flexibilidad para atender a los diferentes supuestos que se puedan plantear, también requiere de una cierta concreción, para evitar conflictos muy habituales en los que hay disparidad de criterios entre los familiares. De hecho, la normativa autonómica sanitaria ha venido a desarrollar en este punto lo dispuesto en el art. 9.3.a) LAP, previendo un orden de preferencia entre los familiares en el otorgamiento del "consentimiento por representación"[37].

En definitiva, en la futura reforma de la LAP debe preverse que, en los casos excepcionales en los que el paciente no pueda expresar su voluntad, será la medida de apoyo (voluntaria o la curatela adoptada judicialmente) a la que se haya conferido facultades representativas en el ámbito sanitario la que pueda otorgar el consentimiento. Si esta no existiera, podrá hacerlo la medida de apoyo formal (ej. curatela asistencial) o informal (guarda de hecho) que asista a la persona con discapacidad o, en su defecto, las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (respetándose en todo caso lo dispuesto en el art. 250.8 CC).

C) ¿Qué papel le otorgamos al representante sanitario previsto en la LAP?

Por último, podríamos plantearnos el papel que debe jugar en el sistema descrito el representante sanitario nombrado por el paciente en su documento de instrucciones previas (en adelante, IIPP) (por alguno de los mecanismos de otorgamiento de este documento previsto en la normativa sanitaria autonómica)[38]. Como hemos mencionado anteriormente, las IIPP están previstas para entrar en funcionamiento cuando el paciente no pueda expresar por sí mismo su voluntad. Por lo tanto, y como más adelante mencionaremos, podrá acudirse a ellas para conocer la voluntad de la persona con discapacidad como el primero de los elementos a tener en cuenta a la hora de prestar el consentimiento por

37 *Vid.*, por ejemplo, el art. 46.2.b de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia.

38 Señala García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 53, que en un sentido amplio las voluntades anticipadas deben ser consideradas como medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

representación. Pero queda la duda de saber, en el caso de que incorpore un representante sanitario, qué tipo de intervención tendría.

El art. 11 LAP le reserva funciones de interlocución con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento del documento de IIPP. Por lo tanto, a priori su función parece ser principalmente ejecutiva y no tanto decisoria. Aun así, el representante puede ser considerado como un auténtico apoyo en el ejercicio de esta actividad de carácter ejecutivo. En este sentido, cumpliría, como primera y más básica función, la de asegurar que el equipo médico conozca la existencia de IIPP, así como velar por su cumplimiento. Además, también ayudará en la interpretación de la voluntad del paciente contenida en dicho documento. El representante sanitario normalmente conocerá mejor que el equipo médico la propia trayectoria vital del paciente (por eso normalmente se le habrá designado como tal). Y, por ello, cumplirá una importante función a la hora de determinar qué es lo que ha querido decir y aclarar el contenido del documento a la vista de los valores del paciente[39]. Esta misión está además muy en sintonía con las previsiones del art. 249.3 CC, para los casos de actuación representativa de la figura de apoyo.

Pero también se ha defendido en la doctrina que la función del representante sanitario va más allá de las dos anteriores e incluye la posibilidad de tomar decisiones en este ámbito. Para ello, se pone en relación el art. 11 con el art. 9.3.a) LAP, interpretando que, en la referencia al representante legal que contiene este último precepto, hay que incluir al representante sanitario. De manera que éste prestaría el consentimiento por representación con prioridad a familiares y allegados[40].

Partiendo de lo anterior, podemos considerar que, si existe representante sanitario nombrado en documento de IIPP, habrá que tenerlo en cuenta en los casos en que el paciente no pueda de ninguna manera tomar decisiones en el ámbito sanitario, como una figura de apoyo que puede actuar con facultades representativa en estos casos. Esta realidad debería reflejarse también en la futura regulación que se contenga del consentimiento de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario en sustitución de la actual contenida en el art. 9 LAP (y modificar también en consecuencia las previsiones del art. 11 LAP).

En el caso de que existan otras figuras de apoyo, surgirá la cuestión problemática de su relación y coordinación con ellas. Si el documento de IIPP se otorgó con

39 Así lo señala Fernández Campos, J.A.: "Autonomía del paciente y representante sanitario", en AAVV: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral* (dir. por A.M. Marcos Del Cano), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 375-377.

40 *Vid.* Fernández Campos, J.A.: "Autonomía del", cit., pp. 377-379 y "Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas", en AAVV: *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España* (dir. por G. Spoto), Editum, Universidad de Murcia, 2013, pp. 227-228 (y doctrina allí citada).

posterioridad al nombramiento de otras figuras de apoyo voluntarias, podemos entender que existe una clara voluntad de la persona de reservar la actuación en el ámbito de la salud para el representante sanitario, modificando sus previsiones anteriores al respecto si las hubiera[41].

En el caso contrario, esto es, si el documento de IIPP se realizó antes del nombramiento de alguna figura de apoyo voluntaria prevista en el CC, habrá que estar a las circunstancias del supuesto en concreto y al tipo de nombramiento realizado, funciones atribuidas, etc. Por ejemplo, si se le han reservado a la nueva figura de apoyo solo funciones no relacionadas con el ámbito sanitario, podríamos entender que deja subsistente sus previsiones sobre representante sanitario contenidas en las IIPP (aunque lo ideal sería que a la hora de constituir una nueva figura de apoyo se tuviera en cuenta y se hiciera referencia a qué ocurre con lo dispuesto previamente para el ámbito sanitario). En cambio, si en la constitución de figura de apoyo voluntaria se incluyen las facultades y actuaciones previstas para el representante sanitario, podría entenderse que ha querido revocar o modificar las previsiones al respecto contenidas en las IIPP. Además, teniendo en cuenta que los apoyos voluntarios se constituyen en escritura pública, no deberían plantearse problemas respecto a la validez de la modificación o revocación llevada a cabo por ésta respecto de las previsiones contenidas en un documento de IIPP ya otorgado (y que cuenta con una regulación distinta en cada CCAA respecto de las formas de otorgamiento, modificación y revocación). En cualquier caso, esta modificación o revocación de lo previsto en el documento de IIPP respecto del representante sanitario debería notificarse al registro de IIPP, para que se tenga en cuenta por los operadores en el ámbito sanitario[42].

En el caso de medida de apoyo judicial, por ejemplo, constitución de una curatela, si ésta se nombra con posterioridad a la existencia de representante sanitario, esta circunstancia debería hacerse valer ante el juez para que, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 268.1 CC, cfr. mutatis mutandis art. 272 CC), se respete dicho nombramiento a la hora de determinar los actos para los que la persona necesita apoyo (art. 269.3, 4 y 5 CC). Más dificultades podemos encontrarnos en el caso de otorgamiento de IIPP con representante sanitario, disponiendo ya la persona con discapacidad de una medida formal de apoyo. Partimos de que esto podrá ocurrir en los casos

41 El problema que surge en estos casos deriva de que la figura de apoyo voluntaria prevista en el CC requiere nombramiento en escritura pública (art. 255.1 CC) y la legislación sanitaria autonómica permite otras formas, distintas de la escritura pública, para el otorgamiento de IIPP. En este sentido, estaríamos admitiendo que un documento correctamente otorgado conforme a la legislación sanitaria aplicable, pero que no necesariamente consta en escritura pública, modifique lo establecido en una previa escritura pública de constitución de medidas de apoyo voluntarias.

42 Lo mismo puede decirse respecto del otorgamiento en sí de escritura pública de constitución de apoyos, en la medida en que pueda incorporar IIPP sanitarias y/o representante sanitario. No hay que olvidar que en el ámbito sanitario es práctica extendida la consulta del registro de IIPP, por lo que ofrece enormes ventajas de inmediatez y eficacia.

generales de existencia de una medida formal de apoyo con funciones asistenciales (ya que si dispone de facultades representativas posiblemente estaremos en una situación en que la persona no esté en condiciones de otorgar ya IIPP).

Pues bien, aquí hay que tener en cuenta que a priori los momentos de actuación de ambas figuras pueden ser distintos, puesto que el representante sanitario entra en juego cuando la persona ya no puede prestar el consentimiento por sí misma. En este sentido, si existe una curatela asistencial a la que se le ha atribuido la asistencia en el ámbito sanitario puede desempeñarla, independientemente del otorgamiento de IIPP con representante sanitario. Para llegado el caso de que la persona no pueda prestar de ninguna manera el consentimiento, intervendría el representante sanitario en la medida en que el curador no tiene facultades representativas. Si se solicita el cambio a curador con facultades representativas, al igual que hemos señalado anteriormente, debería hacerse valer ante el juez la existencia de las IIPP con representante sanitario, para que pudieran tenerse en cuenta a la hora de determinar las facultades atribuidas al curador (art. 269.4 y 5 CC).

En cualquier caso, consideramos que, en la medida de lo posible, la interpretación debe ser pro mantenimiento de la figura del representante sanitario y sus funciones. Y ello por la importancia de respetar la voluntad de persona con discapacidad (que constituye uno de los principios rectores de la reforma de 2021) de querer que sea una determinada persona la que le apoye para las concretas cuestiones sanitarias. Además, hay que tener en cuenta que el hecho de tener una persona distinta para el apoyo y toma de decisiones en el ámbito sanitario puede tener justificación en la práctica. Es relativamente habitual que la persona quiera que un determinado familiar cercano (por ej., un hijo o hija) sea quien ejerza con carácter general de figura de apoyo y se ocupe de cuestiones cotidianas, pero no necesariamente quien tome determinadas decisiones en el ámbito sanitario, sobre todo aquellas más complicadas, para quien puede querer otra figura menos "implicada emocionalmente" o más cercana a su escala de valores.

Por lo demás, el representante sanitario que tome decisiones en el ámbito de la salud de la persona con discapacidad estará sujeto a los mismos principios que otras figuras de apoyo, contenidos principalmente por lo que hace a la actuación representativa en el art. 249.3 CC. En esta última cuestión nos vamos a detener precisamente en el apartado siguiente.

D) Los criterios de actuación de la representación en el ámbito sanitario.

Los criterios de actuación de la figura de apoyo con facultades representativas (en los casos, a priori excepcionales, en los que éste debe intervenir) o, a falta del anterior, de la persona que preste el consentimiento por la persona con

discapacidad imposibilitada de hacerlo por sí misma, deben ser los establecidos en el CC, en consonancia con la remisión que debe hacerse en el ámbito sanitario a la regulación civil de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica (en particular, en el art. 249 CC)[43]. Y la futura regulación del consentimiento en el ámbito sanitario así lo debe de reflejar.

Ello nos lleva, en primer lugar, al criterio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, como principio básico de la nueva regulación. En este caso, y al estar la persona imposibilitada para prestar el consentimiento por sí misma y, en consecuencia, para expresar su voluntad al respecto, debemos acudir a la voluntad expresada por anticipado. En el ámbito sanitario existe un mecanismo especialmente diseñado para ello, como son las IIPP. El art. 11.1 LAP las define como el documento en el que la persona manifiesta "anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo". Precepto que ha sido desarrollado por una amplísima legislación autonómica en la que se regula su contenido, otorgamiento, modificación, revocación e inscripción, entre otras cuestiones[44].

Pero hay otras vías que permiten dejar constancia de esta voluntad. Sin salir del ámbito sanitario, podemos observar que en los últimos tiempos ha tomado mucha fuerza la llamada planificación anticipada de decisiones (en adelante, PAD) o planificación compartida de la atención (en adelante, PCA). Se trata de un proceso voluntario de comunicación y deliberación entre una persona capaz y el personal sanitario con implicación en su atención, acerca de los valores, deseos y preferencias que quiere que se tengan en cuenta respecto a la atención sanitaria que recibirá como paciente, fundamentalmente en etapas de cronicidad avanzada y en los momentos finales de su vida. Debe quedar constancia amplia en la historia clínica del paciente. Estamos ante un proceso deliberativo, relacional y estructurado que facilita la reflexión y la comprensión de la vivencia de enfermedad y el cuidado y cuya finalidad es poder tomar decisiones sanitarias coherentes con los deseos del paciente cuando la persona pierde su capacidad de decidir temporal o permanentemente. Es un proceso en el que interviene la persona en fase de enfermedad, sus allegados y los profesionales que participan en el proceso asistencial, teniendo como fundamento ético la autonomía relacional y como

43 *Vid.* la extensa exposición que hace sobre este tema Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 95-100.

44 Para un análisis de esta legislación, *vid.* Noriega Rodríguez, L.: *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 25 y ss. Con posterioridad a 2019 se ha promulgado el Decreto 180/2021, de 5 de noviembre, de regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana.

propósito la promoción de la libertad de las personas, acompañándolas en un proceso de decisión que, con frecuencia, resulta complejo e incierto, especialmente en los escenarios de final de vida. El objetivo es la obtención de un plan con los pacientes que atraviesan por una trayectoria de enfermedad determinada para que, de acuerdo con los deseos y las expectativas de las personas atendidas, oriente las acciones de los profesionales involucrados[45].

Junto a lo anterior, la persona también puede haber dejado expresada su voluntad a través de los mecanismos regulados en el CC para acordar apoyos voluntarios, en particular, en un acuerdo de apoyos.

Cuando dicha voluntad no conste de forma anticipada, el criterio que se establece para las actuaciones representativas en el CC es el previsto en el art. 249.3 CC: "se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación"[46]. Por tanto, se debe actuar con pleno respeto al canon de la trayectoria vital[47], desechando la posibilidad de imponer el criterio propio que tenga la figura de apoyo[48].

A la hora de construir esta "voluntad hipotética", la figura de apoyo puede tener en cuenta las propias declaraciones contenidas en los documentos señalados anteriormente (IIPP, PAD, PCA). Es más, es uno de los contenidos deseables de las IIPP (huyendo de los modelos enlatados que se ofrecen en los registros de IIPP) y que le darían el auténtico valor y sentido a estas voluntades anticipadas. También

45 Sobre la PAD y PCA *vid.* Júdez Gutiérrez, FJ; Novoa, AJ; Gandía, M; Gil, J.: "Dime lo que escribes y te diré lo que valoras: nuevos contenidos 'rutinarios' en la historia clínica para abordar la atención al sufrimiento evitable e inevitable", Comunicación N.º 83 al *XV Congreso Nacional de Bioética*, Victoria-Gasteiz, 4 al 6 de noviembre de 2021.; Saralegui I, Lasmarías C, Júdez J, Pérez de Lucas N, Fernández J, Velasco T, et al.: "Claves en la planificación compartida de la atención. Del diálogo al documento", en AAVV: *Monografías SECPAL sobre Cronicidad Avanzada*. Madrid: Inspira Network, 2018, pp. 87-89; Poveda-Moral, S., Bosch-Alcaraz, A. & Falcó-Pegueroles, A.: "La planificación de decisiones anticipadas como estrategia preventiva de conflictos éticos en urgencias y emergencias durante y después de la COVID-19". *Revista de Bioética y Derecho*, 2020, núm. 50, pp. 189-203; Germán Diestre, O.: "Planificación de decisiones anticipadas. Un modelo de relación asistencial", en *Informaciones psiquiátricas*, 2017, núm. 228, pp. 41-53.

46 Señala García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., pp. 6-7 y "La reforma", cit., pp. 97-99, que en estos casos no hay una sustitución, ni un mero nuntius, sino que la figura de apoyo será un asistente-transmisor que participa de modo activo no solo en la interpretación de la declaración, sino también en su formación. Afirma, así, que, en estos casos, la declaración de voluntad es una creación conjunta de la persona con discapacidad y de la que presta el apoyo. Solo admite una representación heterónoma o sustitutiva cuando no pueda aplicarse el criterio del art. 249.3 CC.

47 Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario a", cit., p. 802. Hace mención Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 96, al art. 226-2.2 CCCat., más explícito, ya que junto a la trayectoria vital menciona las manifestaciones previas de voluntad en contextos similares o la información con la que cuentan las personas de confianza, junto con cualquier otra consideración pertinente para el caso.

48 Destaca Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 97, la posibilidad de abusos por parte de la medida de apoyo en la construcción de la voluntad de la persona con discapacidad, que deberán combatirse a través de las salvaguardas precisas y, en su caso, reconducir el mal ejercicio de las funciones a las causas de remoción (arts. 278, 297 CC). Destaca, asimismo, que, para evitar esos abusos, la Mental Capacity Act de 2005 remite en la construcción de la trayectoria vital, no solo a las preferencias de la persona con discapacidad, sino también al interés superior.

es una de las finalidades principales de la PAD o PCA, por lo que, si ésta no nos ha servido para conocer su voluntad "anticipada", seguramente sí lo será para conocer la "presunta". En este sentido, también podrían servir las declaraciones contenidas, por ejemplo, en un convenio de apoyos (art. 255 CC). De hecho, sería conveniente que estos contuvieran declaraciones tales como el tipo de vida que a la persona le gustaría llevar, sus valores o filosofía vital, etc., de manera que sirviera de guía en la actuación de la figura de apoyo (además del conocimiento personal y diario que ésta pueda tener).

No obstante, la cuestión más problemática es la relativa a la aplicación del criterio del "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" contenido en el actual art. 9.6 LAP. Aquí, a su vez, podemos plantear dos cuestiones: 1) si debe mantenerse en la futura reforma de la LAP este criterio y cuándo debe acudirse a él; 2) cómo aplicarlo en tanto en cuanto no se modifica la LAP. Sobre esta última cuestión volveremos más adelante.

Respecto a la primera, ciertamente, la pervivencia del criterio del interés superior tras la reforma de 2021 es una cuestión objeto de mucha polémica en la doctrina civil[49]. No obstante, el ámbito sanitario requiere de la toma de decisiones con agilidad y a veces en situaciones de urgencia, en las que ni siquiera es posible consultar a la autoridad judicial, y que demandan disponer de algún criterio de cierre del sistema. Entendemos así que en la futura reforma de la LAP podría incluirse, como último recurso, el criterio del interés objetivo de la persona con discapacidad en los casos en que no se haya podido determinar su voluntad hipotética (conforme al art. 249.3 CC)[50].

49 En contra de su mantenimiento, por todos, Gete-Alonso y Calera, M.C.: "Paternalismo y", cit., p. 48; García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 48, quien señala que dicho criterio se ha eliminado de la reforma de 2021, ya que se trata de una exigencia de la Observación General Primera del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2014, que se ha tratado de respetar en dicha reforma. Muy crítica, en cambio, con la Observación General, Pereña Vicente, M.: "Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021 de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 157, para quien no era necesario alinearse con ella, puesto que en lugar de interpretar la CDPD, impone un modelo que se aleja de la misma. Para esta autora (pp. 164 y ss.) el sistema instaurado es demasiado rígido y pasa, en un movimiento pendular, de extremo a extremo, de ignorar la voluntad de la persona a ignorar su mejor interés. Aun así, la autora defiende una interpretación que permita acudir, como criterio residual, al mejor interés de la persona. *Vid.* también a favor de acudir a este criterio, entre otros, Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 266-269; De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales", cit., p. 85-88 y (2022 b), pp. 99-101 (y doctrina allí citada); Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 98-100 (y doctrina allí citada). Como señala Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 381, las posturas son muy variadas en la doctrina, con matices en cada una de ellas. Así, entre considerarlo completamente desterrado del ordenamiento o negar esta posibilidad, cabe admitir que quepa como criterio subsidiario o como límite o moderador de la voluntad libremente manifestada por la persona, si esta puede generarle un grave perjuicio.

50 Parte de la doctrina acude como criterio de cierre al mejor interés de la persona con discapacidad. En este sentido, Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 98; Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 380 y ss.; Seoane, J. A., Álvarez Lata, N.: "El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 36, p. 171, para el ámbito de la

Ahora bien, lo que a nuestro entender no procede es mantener el actual criterio del "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" del art. 9.6 LAP. Esto es, identificar a priori el interés objetivo como el mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Esta identificación deriva de la reforma operada en la LAP en el año 2015 (por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Dicha reforma trae causa de los casos de rechazo al tratamiento (sobre todo a las trasfusiones sanguíneas), de la conocida STC 154/2002, de 18 de julio (en un caso de rechazo a transfusión sanguínea por menor testigo de Jehová, que finalmente falleció), y recoge igualmente los criterios sentados por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave (tal y como indica el Preámbulo de la Ley 26/2015)[51]. Por lo tanto, una de las finalidades principales del art. 9.6 LAP ha sido la de poner límites a los rechazos a tratamientos por parte de los representantes, cuando esto pudiera poner en peligro la vida del paciente (o directamente conllevar su muerte) o pusiera en riesgo su salud.

Por otra parte, y dejando a un lado la equiparación entre menores y personas con discapacidad del régimen establecido en el art. 9.6 LAP (y, en general, de la reforma operada por la LAP en 2015), también hay que tener en cuenta que, a diferencia del sistema que recoge el art. 9.6 LAP, en el que este principio está pensado para actuar como el criterio rector de toda actuación de quien tome

investigación biomédica. A favor, en cambio, de que se considere un criterio preferente, González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., pp. 232-235, 246, quien entiende que hay que mantener en la futura regulación el criterio de beneficencia del actual art. 9.6 LAP como límite al principio de autonomía; y Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos", cit., pp. 124-125. Por su parte, Torres Costas, M.E.: "La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9797, p. 10, considera que, tras las voluntades anticipadas (a través de documento de IIPP o verbalmente) y la voluntad hipotética del paciente, el tercer criterio sería, no el del mejor interés (que considera desterrado del actual sistema), sino atender al criterio objetivo de atención a la salud, vida y bienestar del paciente, según criterios médicos socialmente consolidados. Ciertamente tiene razón esta autora en buscar un criterio objetivo de cierre, como los relativos a la salud y bienestar del paciente (y que, en ciertos casos, no necesariamente supondrán mantenerlo con vida). Lo que ocurre es que en el ámbito sanitario remitir a criterios de atención a la salud y vida del paciente puede llevar a que, por inercia, se siga aplicando el del "mayor beneficio para la vida o salud", lo que consideramos inadecuado por las razones que vamos a exponer a continuación. Guilarte Martín-Calero, C.: "El principio de respeto a voluntad y preferencias versus el interés objetivo de las personas con discapacidad", en AAVV: *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. Castro-Girona Martínez, F. Cabello De Alba Jurado y C. Pérez Ramos), Vol. 2, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 364-367, con carácter general (no referido únicamente al ámbito sanitario) distingue, a la luz de la CDPD y su interpretación por el Comité, entre interés de la persona con discapacidad, interés objetivo e interés superior. Entiende esta autora que el interés de la persona con discapacidad consiste en el respeto de sus derechos, voluntad y preferencias, lo que excluye las decisiones de un tercero ajenas a este canon y, a diferencia de lo que ocurre con los menores, su interés no es superior, ya que en caso de conflicto con otros derechos no ha de considerarse prevalente. El interés objetivo será el adoptado por el intérprete según sus propias convicciones y solo podrá hacerlo en los casos en los que no pueda aplicarse el canon de la trayectoria vital.

51 De hecho, la reforma también modificó el art. 9.4.II LAP, para restringir la capacidad de decisión de los menores a partir de los 16 años en actuaciones de grave riesgo, que ahora pasan a consentir los representantes legales.

decisiones por otro en el ámbito sanitario (y, por tanto, como primer criterio, desechando tener en cuenta otros, como la voluntad presunta del paciente), en la futura reforma de la LAP proponemos que sea un criterio subsidiario. En este sentido, va a ser de aplicación a los casos difíciles y en teoría minoritarios (no resueltos conforme a los criterios prioritarios del art. 249 CC) que, precisamente por ello, requieren de una toma de decisión caso por caso, atendiendo a las peculiares circunstancias de cada uno, y no en una identificación previa por ley de en qué consiste ese interés.

Es cierto que, como regla general, en estos casos van a prevalecer los bienes relativos a la vida y salud, en cuanto bienes primarios de la persona. No obstante, la identificación legal y a priori del mayor interés con estos bienes puede resultar demasiado rígida, aun cuando dota de una mayor seguridad jurídica a la actuación del personal sanitario. Ya antes de la reforma de 2015 se había señalado que ni la vida ni la autonomía deberían gozar de un valor absoluto que justifique que una de ellas deba prevalecer necesariamente en cualquier circunstancia. La actitud que se debe tomar ante un rechazo a tratamiento no debería depender únicamente del valor que le otorguemos a priori a la vida o a la autonomía[52]. De ahí que se insista en la necesidad de atender a las circunstancias y razones que concurren en el caso concreto, para decidir qué representa el mejor interés.

4. El derecho a la información asistencial.

Todo consentimiento en el ámbito sanitario requiere para su validez que el paciente haya sido previamente informado acerca, como mínimo, de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias (arts. 2.2, 2.3, 3, 4, 8.1 LAP). Conforme al art. 5.1 LAP, el titular del derecho a la información asistencial es el paciente. Los apartados 2 y 3 de este precepto vendrían a regular cómo se presta esta información en los casos de "incapacidad". Estos supuestos se corresponderían a su vez con los relativos al consentimiento por sustitución del art. 9.3.a) y b) LAP.

En concreto, el art. 5.2 se refiera a los casos de "incapacidad", que habría que entender referido a los de modificación judicial de la capacidad del art. 9.3.b) LAP, en la medida en que impone la obligación de informar al representante legal, además de a la propia persona conforme a sus posibilidades de comprensión.

52 Para el caso de los menores, *vid*. Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *InDret*, 2015, núm. 3, pp. 30 y ss. Señala este autor que "la postura paternalista que se inclina por preservar en cualquier caso su vida, en contra de su voluntad si es preciso, y la postura autonomista que obliga a respetar la decisión del menor "maduro" en cualquier circunstancia, sin considerar lo graves que puedan ser sus consecuencias, constituyen actitudes dogmática y éticamente incorrectas (...). Cuando la decisión del menor no ponga en peligro bienes esenciales como su vida o su salud, o cuando seamos incapaces de apoyar con argumentos válidos desde una perspectiva imparcial y moralmente neutra una concepción del interés objetivo de un menor en particular, tendremos el deber de respetar su voluntad...".

Por su parte, el art. 5.3 hay que vincularlo a los supuestos del art. 9.3.a) LAP, pues admite en los casos en que el "estado físico o psíquico" de la persona no le permita comprender la información, ponerla en conocimiento de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Pues bien, como ya hemos analizado en las páginas anteriores, si con la reforma de 2021 pierde su sentido la distinción contenida en el art. 9.3 a) y b) LAP, lo mismo hay que decir de la que realiza el art. 5 en sus apartados 2 y 3. De ahí que la futura reforma de la LAP en materia de consentimiento informado deba también actualizar el régimen relativo al derecho a la información asistencial contenido en el art. 5.

Las líneas maestras de la nueva regulación deben ser las ya señaladas para la prestación del consentimiento. Esto es, como regla general debería ser la propia persona con discapacidad la titular del derecho y la que debe recibir la información asistencial, adaptada en su caso a sus necesidades de comprensión. Como bien ha insistido la doctrina, es importante para cualquier paciente, y más si cabe para las personas con discapacidad, que la información llegue a ser comprendida por la persona, como base fundamental para la toma de decisiones[53]. Por otra parte, en los casos a priori excepcionales en los que juegue la representación en el ámbito sanitario, debe autorizarse a recibir la información a la figura de apoyo con funciones representativas o, en defecto de esta, a la persona que preste el consentimiento en lugar del paciente (esto es, figura de apoyo informal o formal, voluntaria o judicial, con funciones asistenciales o, en defecto de esta, a la persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho).

Ahora bien, el principal escollo lo encontraremos en el primero de los supuestos, es decir, cuando es la propia persona con discapacidad la que presta el consentimiento y recibe la información, pero tiene establecidos o precisa apoyos para ello. Se plantea aquí en qué medida debe también informarse a la figura de apoyo (formal o informal) que realiza funciones asistenciales.

Es evidente que, para que la persona que presta el apoyo pueda desempeñar su función y ayudar a la persona con discapacidad en la comprensión de la actuación sanitaria, facilitando que pueda expresar por sí misma su voluntad y preferencias, necesita recibir igualmente información. En este sentido, lo normal será que también se le informe. De hecho, el art. 5.1 LAP ya prevé esta "normalidad", al señalar la posibilidad de informar a las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, pero solo en la medida que éste lo permita de manera expresa o tácita. La duda que surge entonces es si debe establecerse en la futura regulación

53 Por todos, Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 355. Como también destaca esta autora, el art. 9.7 LAP ya prevé la adaptación de la información en el caso de personas con discapacidad, aunque no sea este precepto la ubicación más adecuada para regular este tema.

la información a estos, independientemente de la voluntad o no conforme de la persona con discapacidad, y si la respuesta puede variar dependiendo del tipo de figura de apoyo de que se trate (formal o informal).

En la doctrina[54], se ha propuesto una nueva redacción para el art. 5.1 LAP que respondería a la que acabamos de describir como situación de normalidad: "El paciente será informado, incluso en el caso de que, a juicio del médico responsable, requiera de apoyos para el ejercicio de su capacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a la persona que, de hecho, o en virtud de acuerdo o curatela, representativa o no, lo acompañe ejerciendo el apoyo necesario"[55]. En principio, esta norma aclara que la información corresponde al paciente, con discapacidad o no, y establece como un "deber" el informar a la persona de apoyo (formal o informal). Una norma de este tipo facilita la práctica diaria de las actuaciones médicas. Ahora bien, a pesar de que se califique como deber y desaparezca la mención al consentimiento expreso o tácito del paciente, la referencia al acompañamiento conlleva en el fondo un consentimiento al menos tácito del paciente a que su figura de apoyo (que le acompaña) reciba también la información.

Por ello, no termina de solucionar los supuestos en los que no se produce dicho acompañamiento, ni aquellos otros en que se niegue a que su apoyo o sus familiares reciban información asistencial (incluso para el caso de estar en una situación en que no pueda prestar por sí misma el consentimiento y proceda, en consecuencia, que lo preste un tercero). Para resolver esta problemática hay que tener en cuenta, a nuestro entender, al menos los siguientes aspectos:

- La primacía del principio de autonomía, con su corolario en el criterio de la voluntad, deseos y preferencias, que incorpora la reforma de 2021. Este principio dificulta el establecimiento de una norma en el ámbito sanitario que permita informar en cualquier caso y a cualquier figura de apoyo sin contar con el consentimiento de la persona con discapacidad[56].

54 González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., p. 225.

55 Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 356, únicamente señala que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el art. 5.2 LAP debe reformularse para sustituir "representación legal" por figura de apoyo. Sobre la reinterpretación de la LAP antes de que llegue su reforma volveremos más adelante. González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., pp. 229-231, también propone incluir un aparado 2 en el art. 4 LAP en el siguiente sentido: "En caso de que el paciente con discapacidad requiera apoyo para el ejercicio de su capacidad, el profesional responsable de su asistencia lo informará de acuerdo con sus posibilidades de comprensión, y la persona que en cada caso ejerce el apoyo necesario, realizará un esfuerzo de información considerable para que aquel pueda expresar por si su propia voluntad, deseos y preferencias. En caso de que ello no sea posible, se estará a lo dispuesto en el art. 9.3.a)".

56 González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., p. 227, se refiere a esta negativa a que los familiares sean informados en el caso de que el paciente también haya renunciado a recibir información (art. 9.1 LAP) y a la situación de incertidumbre en la que estaría el profesional sanitario a la vista del nuevo paradigma regulatorio. No obstante, señala que "La cláusula general de salvaguarda de la salud del paciente que recoge el art. 9.1 LAP permite al profesional responsable del tratamiento obviar el rechazo al suministro de información expresado por aquel e informar a las personas que, de hecho o a través de alguna de

- Si nos encontramos ante una persona con discapacidad que puede prestar consentimiento en el ámbito sanitario asistido por su figura de apoyo y ésta pretende acceder o que se le facilite información sanitaria o la gestión de aspectos sanitarios (citas, medicación, etc.) de la persona con discapacidad sin acompañamiento de la misma, lo más oportuno en estos casos es recurrir al apoderamiento voluntario sanitario (que ya se ha puesto a disposición de los ciudadanos en muchos de nuestros sistemas de salud) o canalizar esta autorización a través de un acuerdo de apoyos (art. 255 CC). Si, en realidad, la persona no es capaz para actuar por sí misma en el ámbito sanitario, la autorización en estos casos derivaría más bien de la norma que permite recibir información a la persona (a la medida de apoyo formal o informal, o en última instancia, familiar) que actúe por la persona con discapacidad[57].

- Si la persona rechaza que se facilite información asistencial a la figura de apoyo o a los familiares, en realidad podríamos entender que nos encontramos con una persona que de facto rechaza disponer de apoyos para el ámbito sanitario. Para cuando la persona se encontrara en una situación en la que no fuera capaz de prestar consentimiento por sí mismo (por ej., cuando se producen ciertos episodios de crisis en casos de enfermedad mental), como ya vimos al hablar del consentimiento, debe existir la posibilidad de que lo preste los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente que, en este sentido, recibirán también la oportuna información asistencial. Ahora bien, probablemente es a estos mismos familiares a los que el paciente ha vetado que se les proporcione información, estando cuando lo hizo plenamente consciente y capacitado para adoptar decisiones por sí mismo. De ahí la dificultad de aplicar la solución prevista en la LAP en este caso. Esto nos lleva al polémico tema del nombramiento de apoyos sin la voluntad de la persona con discapacidad[58]. En este sentido, en la práctica, siguiendo la estela sentada

las fórmulas voluntarias o judiciales previstas por la Ley 8/2021, ejercen o están llamadas a ejercer las funciones de apoyo del paciente".

57 La STS 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129) pone de relieve las dificultades que en estos casos tienen los guardadores de hecho para recibir información y le concede (por estas y otras circunstancias) la curatela representativa también en el ámbito de la salud.

58 García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 5, destaca la omisión de esta cuestión tanto del proyecto de ley como del texto final aprobado y, aunque apoya el derecho a rechazar apoyos por parte de la persona con discapacidad, reconoce que existen argumentos en el texto legal para defender lo contrario (también en García Rubio, M. P.: "La reforma", cit., p. 90; y García Rubio, M.P. y Torres Costas, M. E.: "Comentario al artículo 249", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P: García Rubio y M.J. Moro Almaraz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 212-216). Destaca también esta omisión, por falta de consenso, Moro Almaraz, M. J.: "La tramitación legislativa de la ley 8/2021", *LA LEY Derecho de familia*, 2021, núm. 31, p. 7. Sobre el tema, antes de la reforma, *vid.* 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", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5; Legerén-Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 198-199.

por el TS[59], se ha acudido al nombramiento de una figura de apoyo que pueda ejercer funciones representativas para cuando la persona no esté en condiciones de adoptar decisiones por sí misma, y en este sentido, pueda recibir información y prestar el consentimiento. Este apoyo normalmente será nombrado judicialmente (curatela o, incluso, defensor judicial), puesto que, ante la negativa de la propia persona con discapacidad, será difícil que pueda resolverse a través de un acuerdo de apoyos.

- Con independencia de lo anterior, puede acudirse (y debe seguir vigente) una norma como el art. 9.2.b) LAP (aplicable, no olvidemos, a cualquier persona, con discapacidad o sin ella) y que permite actuar sin consentimiento de la persona en situaciones de riesgo inmediato y grave para la salud física o psíquica del paciente, consultando, cuando fuera posible, a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente. Cosa distinta es la pertinencia en este y otros preceptos de la LAP que remiten a los familiares en general y personas vinculadas de hecho al paciente, de que se haga expresa mención, como ya hemos indicado, a la persona de apoyo de la persona con discapacidad como preferente a la hora de adoptar decisiones o ser informada[60].

Por lo demás, la LAP regula dos supuestos en los que puede no informarse al paciente y que podrían ser aplicables, con las debidas precauciones, a la persona

59 STS de 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276). Como señala De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales", cit., p. 82, la doctrina sentada por esta sentencia es ampliamente seguida por la jurisprudencia de instancia. Por lo demás, este autor se muestra favorable a la adopción de apoyos sin contar con la voluntad de la persona con discapacidad. También en esta línea, entre otros, De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica?", *RCDI*, 2020, núm.780, pp. 2238 y ss.; Pereña Vicente, M.: "Una contribución", cit., p. 163 y "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. Álvarez Lata), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 137 y ss. Defiende el criterio sentando en esta sentencia Guilarte Martín-Calero, C.: "El principio", cit., pp. 372-373, 381 y ss. (con cita de la doctrina contraria a la misma) y (2022 b), pp. 37 y ss. Como indica la autora, una posición conciliadora con la Observación General nº 1 sería la de mantener que el juez solo puede constituir la curatela: a) si queda debidamente probado que con ello se conjura la influencia indebida y los abusos de que es víctima o puede llegar a serlo (cumpliendo así el Estado con su obligación prevista en la CDPD de prevenir abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas); b) o cuando la oposición a los apoyos deriva de una negación de la situación en la que se encuentra y las consecuencias perjudiciales que se derivan (con lo que el Estado cumpliría con su deber de proporcionar los apoyos necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica). Adicionalmente, como señala la autora, esta oposición de la persona a la adopción de apoyos no debe verse únicamente desde el prisma del principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, sino desde una ponderación de los distintos derechos en liza, que la CDPD también protege (como los regulados en los arts. 17, 19, 22 y 25); de manera que el acompañamiento en la toma de decisión garantiza la efectividad de tales derechos, comprometidos por la situación personal del demandado. Por otra parte, alerta esta autora ("Las grandes", cit., p. 41) que la imposición de la medida solo puede justificarse si con ella se busca establecer un mecanismo que facilite la colaboración, supervisión y adherencia de la persona a su autocuidado y autodeterminación; por lo que no puede adoptarse de forma paternalista para que decida por ella. En este sentido, entiende que, en situaciones de discapacidad psicosocial, la curatela debe ser asistencial. *Vid*., asimismo, los distintos criterios sobre el tema en Sancho Gargallo, I, Segarra Crespo, M.J., García Rubio, M.P., Cayo Pérez, L.: "¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?", en Calaza López y de Prada Rodríguez (coords.), *Actualidad civil*, 2023, núm. 3.

60 Entiende, en cambio, González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., p. 226, que se trata de una norma que no necesita reforma y que los familiares a los que se les informa, si las circunstancias lo permiten, no deben acreditar su condición de personas de apoyo; lo que concuerda, además, con el propio espíritu de la reforma de 2021, que da preferencia al apoyo de hecho frente a otras medidas que serían subsidiarias.

con discapacidad: el polémico supuesto de "privilegio terapéutico", regulado en el art. 5.4 LAP (que no deberá utilizarse para limitar la información precisamente por la situación de discapacidad); y el rechazo por el propio paciente a recibir información, previsto en el art. 9.1 LAP, al que podrá acudir la persona con discapacidad, con el apoyo que, en su caso, precise y sin que, igualmente, suponga de facto volver a la situación de no información a la persona por razón de su discapacidad.

5. Síntesis de la propuesta de reforma legislativa en materia de consentimiento informado.

Conforme a lo analizado en las páginas anteriores, podemos sintetizar los principales puntos que debe contener una futura reforma del consentimiento informado (en particular, de los arts. 5 y 9 LAP) de la siguiente manera:

1º) Debe eliminarse la referencia al consentimiento por representación en el título del art. 9 LAP, en la medida en que dicho precepto contenga la regulación del consentimiento informado de las personas con discapacidad.

2º) Se debe establecer una regulación específica del consentimiento informado de las personas con discapacidad (distinta de la regulación del consentimiento de los menores de edad) ya sea en el art. 9 LAP (con la salvedad hecha en el apartado anterior), ya en otro precepto (un nuevo art. 9 bis o en el art. 8).

3º) Esta regulación específica debe partir, en primer lugar y como regla general, de que es la propia persona con discapacidad la que presta el consentimiento informado, con los apoyos que, en su caso, precise, conforme a lo dispuesto en el CC.

4º) Cuando el paciente requiera apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la persona que preste el apoyo le asistirá para que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, haciendo todos los esfuerzos necesarios para que pueda entender la información asistencial, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. La medida de apoyo respetará la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

5º) En los casos excepcionales en los que no sea posible determinar la voluntad del paciente con discapacidad, será la medida de apoyo con funciones representativas en el ámbito sanitario la que otorgue el consentimiento. Si ésta no existiera, lo hará la medida de apoyo, formal o informal, de carácter asistencial o, en su defecto, las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

6º) Dentro de las figuras de apoyo con funciones representativas que pueden otorgar excepcionalmente el consentimiento en lugar del paciente con discapacidad hay que entender incluido al representante sanitario nombrado por el paciente en un documento de IIPP o voluntades anticipadas o en un acuerdo de apoyos.

Esta posibilidad debe estar prevista en la regulación específica del consentimiento informado de las personas con discapacidad (que se incluya, como hemos dicho, en el art. 8, en el 9 o en un nuevo 9.bis LAP), pero también deberían modificarse las previsiones sobre el representante sanitario contenidas en el actual art. 11 LAP.

7º) En los casos excepcionales en los que, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, otra persona preste el consentimiento, ésta deberá atenerse, en primer lugar, a la voluntad manifestada de forma anticipada por el paciente. Si la persona con discapacidad no hubiera expresado de forma anticipada su voluntad, deberá tenerse en cuenta su trayectoria vital, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Cuando lo anterior no fuera posible, se adoptará la medida que responda al interés objetivo de la persona con discapacidad, atendidas las circunstancias concretas del caso. No cabe que la persona que preste el consentimiento (o rechace una intervención) cuando la persona con discapacidad no pueda hacerlo por sí misma, lo haga ateniéndose a sus propios valores o creencias.

8º) La información asistencial se prestará a la persona con discapacidad de manera adaptada a sus capacidades de comprensión, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. Se informará, asimismo, a la figura de apoyo que asista a la persona con discapacidad en la toma de decisiones. En el caso de que la persona no pudiera prestar el consentimiento por sí misma, la información asistencial se facilitará a la figura de apoyo con facultades representativas o, en su defecto, al apoyo asistencial o persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho que deba prestar el consentimiento.

III. Y MIENTRAS NO SE MODIFICA LA LAP ¿QUÉ APLICAMOS?

En las páginas anteriores hemos esbozado una propuesta de modificación de la LAP en lo relativo al consentimiento informado de las personas con discapacidad. Pero el problema con el que nos encontramos actualmente es qué hacer y qué normativa aplicar en tanto no se modifica la LAP. Aquí, a su vez, podríamos diferenciar dos cuestiones. Por un lado, el régimen transitorio que establece la LAP y que resuelve, entre otros, cómo deben actuar las instituciones de guarda

nombradas con anterioridad a la reforma de 2021, en tanto no se revisan las sentencias en las que se acordaron. Por otro lado, y más allá de la revisión de las situaciones previas a la Ley 8/2021, se plantea para todos los supuestos y en tanto no se modifique la LAP, si debemos seguir aplicando ésta, el CC, o la primera reinterpretada conforme a los principios de la reforma de 2021. Vamos a analizar cada una de estas cuestiones a continuación.

1. Régimen transitorio de la Ley 8/2021.

De las disposiciones transitorias que se contienen en la Ley 8/2021, nos detendremos especialmente en la 1ª, 2ª y 5ª. En la 1ª se contiene la única previsión en que la nueva Ley elimina de forma inmediata aspectos acordados conforme al régimen anterior[61]. Se trata de las meras privaciones de derechos o de su ejercicio contenidas en las sentencias de modificación de la capacidad previas a la Ley 8/2021, y que quedan directamente sin efecto desde la entrada de vigor de la nueva Ley.

Por otra parte, y como no podía ser de otra manera, tratándose de una norma que impacta en los derechos humanos de las personas con discapacidad, el legislador ha pretendido que el nuevo régimen impregne desde su entrada en vigor el día a día de las personas con discapacidad. Esto se refleja en su DT 2ª (y también en la 6ª), que comienza declarando que: "Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor". Esto significa que principios como el de autonomía (aunque también los de necesidad o proporcionalidad), y su reflejo, entre otros, en los criterios contenidos en los arts. 249 y 250 CC, deben constituir la guía de actuación de las instituciones de guarda nombradas bajo el anterior régimen[62].

Adicionalmente, la DT 2ª especifica el régimen concreto a aplicar a estas instituciones de guarda. Así, y por lo que ahora nos interesa, los tutores se regirán por el de la curatela representativa (arts. 268 y ss., 282 y ss., en particular, 269 y 287 CC)[63]; y los que vinieran actuando como guardadores deben acomodar su

61 Domínguez Luelmo, A.: "Disposiciones transitorias", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 1484.

62 Expone los principios guía para las figuras de guarda ya existentes Heras Hernández, M.M.: "El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 421.

63 Lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina. *Vid.* Domínguez Luelmo, A.: "Disposiciones transitorias", cit., p. 1488; Heras Hernández, M.M.: "El régimen", cit., p. 422-423; Torres Costas, M.E.: "Comentario a la disposición transitoria segunda", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P: García Rubio y M.J. Moro Almaraz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, p. 1254.

actuación a la nueva regulación de la guarda de hecho (arts. 263 y ss. CC). La situación es, en cambio, distinta para los sujetos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, puesto que no se les asimila a ninguna de las nuevas figuras de apoyo a efectos de aplicar el nuevo régimen, y se les permite que sigan ejerciendo su cargo hasta que se revise su situación conforme a la DT 5ª. No se entiende muy bien esta distinción respecto de la situación de tutela, que también desaparece, y que se ha asimilado a la curatela representativa, lo que da lugar a que se aplique un régimen distinto a personas con discapacidad en función de cuál fuera su régimen de guarda previo[64].

Por lo demás, la DT 5ª prevé que estas medidas se revisen, bien a instancia de parte (en un plazo máximo de un año desde la petición), bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años. No obstante, el cumplimiento de estos plazos es muy dispar, dependiendo de los partidos judiciales. Teniendo en cuenta que en algunos es más que previsible que esta revisión se demore mucho más allá del plazo máximo concedido por la ley, cobra especial importancia la segunda de las cuestiones planteadas, esto es, cómo interpretar y aplicar la LAP, en concordancia con el nuevo régimen, en tanto en cuanto ésta no se modifica. Pasamos a desarrollar esta cuestión a continuación.

2. Reinterpretación de la LAP conforme al régimen de la Ley 8/2021.

Ante la falta de adaptación de la LAP y, especialmente de su art. 9, a la reforma de 2021, la doctrina se ha planteado si debe considerarse subsistente y aplicable en el ámbito sanitario esta ley (en cuanto norma especial) o ha de entenderse modificada o derogada por la Ley 8/2021 (en cuanto norma posterior)[65]. En este debate no se puede perder de vista que el art. 287.1 CC remite, en relación con el consentimiento informado en el ámbito de la salud, a la normativa preexistente (en la que hay que incluir a la LAP y normas autonómicas de desarrollo, entre otras). Esto, en principio, parecería dar a entender que debe aplicarse en bloque la normativa de la LAP en el estado actual, pero esta opción no es viable, tal y como ha quedado patente en las páginas anteriores. Por ello, la doctrina en su mayor parte se ha decantado por una interpretación conjunta que permita la aplicación

64 Recoge Torres Costas, M.E.: "Comentario a", cit., pp. 1255-1256, la propuesta, mucho más respetuosa con el espíritu de la reforma, hecha ante la Comisión General de Codificación por Escartín Ipiens, y que suponía equipararlos a un curador regido por las disposiciones del CC, con facultades asistenciales o representativas conforme a lo que se hubiera establecido en la sentencia de incapacitación. Para Heras Hernández, M.M.: "El régimen", cit., p. 428, lo previsto en la DT 2ª va en contra de la excepcionalidad en el establecimiento de apoyos basados en la representación. No obstante, señala la autora que, frente a su asimilación a un curador con facultades representativas, es mejor la solución legalmente acogida de mantenerles en el desempeño de sus funciones de acuerdo a los estrictos términos de la sentencia, lo que permite ajustarse mejor a las concretas circunstancias de la persona, no siendo adecuado ni aceptable sostener la aplicación, siquiera subsidiaria, de la patria potestad ordinaria.

65 Por todos, García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 2; Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 81.

de ambas normas, lo que conlleva una reinterpretación de la LAP a la luz de los dictados de la Convención[66].

Nosotros entendemos también que la balanza debe decantarse a favor de la aplicación de los principios contenidos en los arts. 249 y ss. del CC y, en consecuencia, por una interpretación de la LAP a la vista de la Ley 8/2021[67]. Así parece derivarse del profundo cambio de sistema que se quiere con la nueva regulación de la capacidad contenida en el CC, según señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, o de su régimen transitorio, que aboga en la medida de lo posible por la aplicación desde ya del nuevo régimen, según acabamos de ver[68].

Ahora bien, el verdadero problema reside en determinar cuánto se ve desplazada o reinterpretada la regulación de la LAP por los nuevos criterios del CC y, en consecuencia, qué es lo que procede aplicar de la normativa específica sanitaria y qué del nuevo sistema instaurado por la Ley 8/2021. Y es aquí donde encontramos las principales discrepancias en la interpretación de este precepto y donde vamos a encontrar problemas de aplicación de esta normativa en la práctica (entre otros, en las resoluciones judiciales).

En nuestro caso, defendemos una profunda reinterpretación de la LAP para acomodarla plenamente a la Ley 8/2021. Hace ya más de dos años de la entrada en vigor de esta reforma, y el legislador no ha reformado la normativa sanitaria en este aspecto. Seguir manteniendo la aplicabilidad del art. 9 LAP (entre otros), a veces con un simple "lavado de cara", está produciendo en la práctica perjuicios en el sentido de que las personas con discapacidad ven limitado el ejercicio de su capacidad jurídica en el ámbito sanitario conforme a un régimen ya eliminado de nuestro ordenamiento. Y esto tiene su reflejo en la práctica jurisprudencial, que no está haciendo una amplia reinterpretación a la hora de aplicar la LAP. Además,

66 González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., p. 223, aboga por un "esfuerzo de adecuación formal y material de la LAP a las previsiones de la Ley 8/2021", sin perjuicio de que haya que acometer la reforma de la LAP. En este sentido, también Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario a", cit., p. 801; Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 366; Alventosa Del Rio, J.: "El nuevo régimen legal de la curatela", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 209-210; y Palacios González, D.: "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica", en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, p. 429, entre otros. Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos", cit., p.128-129, señala que, gracias a la labor realizada por la doctrina, cabe que, de momento, puedan convivir ambas normas (LAP y Ley 8/2021), pero la LAP irá quedando cada vez más desfasada, hasta que llegue un punto en que no se pueda defender una interpretación que permita su convivencia con el nuevo régimen. Precisamente por esto defendemos en este trabajo desde ya una profunda reinterpretación de la LAP.

67 Ya lo defendimos en Andreu Martínez, M.B.: "La aplicación", cit., p. 60.

68 Señala Domínguez Luelmo, A.: "Disposiciones transitorias", cit., p. 1486, que el legislador ha optado por un sistema mixto en las DT 2ª y 5ª, estableciendo en la segunda dos tipos de situaciones: sistema de efecto inmediato de la nueva ley para los tutores, curadores (excepto de los declarados pródigos), defensores judiciales y guardadores de hecho; e irretroactividad de la nueva norma para la patria potestad prorrogada y rehabilitada y la curatela de los pródigos.

no puede servir de excusa para aplicar sin más la normativa sanitaria la remisión que realiza el art. 287.1 CC a la legislación específica en materia de consentimiento informado, puesto que, tal y como vamos a ver a continuación, esta previsión responde a una necesidad muy específica de excluir la intervención judicial para la autorización de actos sanitarios.

A) La aplicación de los artículos 5 y 9 LAP.

Empezando por el art. 9.3.b) LAP, a todas luces esta previsión deviene inaplicable con el nuevo régimen, al desaparecer los procedimientos de modificación de la capacidad[69]. Podría entenderse que sigue vigente para los ya acordados, en tanto no se revise la sentencia conforme a la DT 5ª Ley 8/2021; y, de hecho, así lo sugiera el TC en su reciente jurisprudencia de 2023 sobre vacunación de personas con discapacidad, que analizaremos en el siguiente apartado. Pero ni siquiera en estos casos puede entenderse aplicable tal cual dicho precepto, puesto que, como ya hemos mencionado en el apartado anterior, la DT 2ª establece que los cargos ya nombrados acomodarán su actuación a las disposiciones de la nueva Ley, pasando los tutores a estar regidos por el régimen de la curatela representativa. Por ello, entendemos que debería aplicarse el mismo régimen a los cargos ya nombrados y a las medidas de apoyo que se adopten con la nueva Ley. Solamente plantean dudas, tal y como hemos señalado en el apartado anterior, los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada, en la medida en que "pueden continuar ejerciéndola hasta que se produzca la revisión" prevista en la DT 5ª Ley 8/2021[70].

Cosa distinta es que, como hace parte de la doctrina, se reinterprete el art. 9.3.b) LAP para incluir ahí los supuestos de medidas de apoyo con facultades representativas (curador representativo, tutor conforme al anterior régimen hasta que se revise, apoyo voluntario al que se ha concedido facultades representativas)[71]. Se trata de una interpretación que permite salvar este apartado de momento y en tanto no se modifique la LAP. Pero, conforme a la reinterpretación de la LAP que defendemos, consideramos que no es necesario seguir acudiendo a este precepto, ya que todos los supuestos (que en principio debería ser excepcionales) en los que la persona con discapacidad no puede adoptar la decisión por sí misma, cabrían en el art. 9.3.a) LAP, con independencia del tipo de medida de apoyo de que disponga la persona.

69 Para Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., p. 91, este precepto debe considerarse derogado y vacío de contenido.

70 Señala Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos", cit., p. 121, que estos seguirán sujetos al consentimiento por representación.

71 *Vid.* González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., p. 231; Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 370, que incluye tanto la curatela asistencial como la representativa.

Centrándonos ahora en el supuesto de incapacidad natural, transitoria o de hecho regulado en el art. 9.3.a) LAP, evidentemente éste también requiere de una reinterpretación. En realidad, solo estaría respondiendo a los casos en que, conforme al nuevo régimen, no haya sido posible determinar la voluntad de la persona con discapacidad. A la hora de prestar el consentimiento, habría que dar entrada, con preferencia a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho que menciona el actual precepto, a la medida de apoyo con facultades representativas en este ámbito (o tutor del anterior régimen, al que se le aplica la curatela representativa) si existe, o a la medida de apoyo (formal o informal) de carácter asistencial de que dispusiera[72].

Por lo demás, el actual art. 9.3 no contempla expresamente los casos, que deberían ser los más habituales, en que es la propia persona con discapacidad, con el apoyo que precise, la que presta el consentimiento. Aquí habría que incluir aquellos en que la persona disponga de apoyos conforme al nuevo régimen, así como los ya existentes (curatela asistencial, guardad de hecho, etc.), que acomodarán su actuación a las nuevas coordenadas derivadas de la Ley 8/2021. Estos supuestos se enmarcarían, por lo demás, en la regla general de consentimiento informado del art. 8.

En relación con el derecho a la información asistencial, la persona con discapacidad debe ser la destinataria de dicha información, de modo adecuado a sus capacidades de comprensión, aplicando para ello lo previsto en los arts. 5.2 y 9.7 in fine LAP. También será informada la persona que preste el apoyo a la persona con discapacidad para la toma de decisiones en este ámbito conforme a lo dispuesto en el art. 5.1 LAP. En los casos, en principio excepcionales, en los que la persona no pueda prestar por sí misma el consentimiento, la medida de apoyo con facultades representativas en el ámbito sanitario deberá ser informada conforme a lo previsto en el art. 5.2 in fine LAP (reinterpretando la referencia que se contiene al "representante legal"); o, cuando ésta no exista, se informará a la medida de apoyo (formal o informal) y, en última instancia, a la persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho que preste el consentimiento (reinterpretando lo previsto en el art. 5.3 in fine)[73].

72 La STS 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129), aplica el art. 9.3.a) a un caso en que se concede curatela representativa que incluye lo relativo a la salud. Para el TS, ante la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud de la persona con discapacidad (trastorno neurocognitivo mayor derivado de un ictus) y su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, procede la representación concedida a la esposa curadora, que le permita tanto recibir información como tomar decisiones en el ámbito sanitario (aplicando el consentimiento por representación previsto en el art. 9.3.a LAP).

73 En la mencionada STS 1444/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129), el TS pone de relieve para justificar, entre otras consideraciones, la representación en el ámbito sanitario, las dificultades puestas de relieve por la guardadora de hecho sobre las ocasiones en las que se le ha limitado la información médica. Realmente, y a la vista de lo dispuesto en el art. 5.3 LAP, dichas restricciones no están justificadas cuando otra persona debe prestar el consentimiento por el paciente. Más bien las dificultades podrían estar referidas a peticiones de información médica, gestión de citas, pautas de medicación, etc., que el guardador

B) En particular, el artículo 9.6 LAP.

Una de las cuestiones más polémicas que plantea la falta de adaptación de la LAP a la reforma operada por la Ley 8/2021 es la relativa a los criterios de actuación en caso de representación. El art. 9.6 LAP acoge el principio de actuación del representante conforme al criterio del mayor beneficio para la vida o salud del paciente[74]. Ahora bien, la medida de apoyo con facultades representativas (y las antiguas tutelas, conforme a la DT 2ª Ley 8/2021) deben regirse por los principios de la nueva Ley, entre ellos, fundamentalmente por lo dispuesto en el art. 249.3 y 4 CC. Por tanto, la duda que surge es si procede aplicar con preferencia el criterio sentado en el art. 9.6 LAP (que se podría considerar subsistente por la remisión realizada por el art. 287.1 CC[75]). Y ello porque la aplicación de dicho precepto podría entrar en conflicto con lo dispuesto en el art. 249.3 CC, obligando al representante a consentir una actuación (a priori considerada acorde con el mayor beneficio para la vida o salud del paciente), cuando ésta no responde a las creencias, valores y trayectoria vital de la persona con discapacidad[76].

En este punto, la doctrina se encuentra dividida[77]. Nosotros entendemos que se debe dar primacía también en este aspecto a los criterios sentados en el art.

de hecho realiza en el día a día, sin acompañamiento normalmente de la persona con discapacidad, y que en buena medida derivan de la falta de acreditación de la figura del guardador de hecho.

74 Para Torres Costas, M.E.: "La vacunación", cit., p. 8, este criterio no puede equipararse al "mejor o superior interés objetivo" del paciente, sino con el principio del mejor interés subjetivo, es decir, con lo que el paciente decida o hubiera decidido qué es lo mejor para él. Recuerda la autora que, para la Observación General Primera del Comité sobre derechos de las personas con discapacidad, de 2014, el principio del mejor interés de la persona con discapacidad no es una salvaguarda (p. 6). En relación con este criterio, señala García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 48, que en la reforma se ha prescindido del criterio del "mejor interés" o "interés superior" como guía de actuación tanto para los poderes públicos como para los particulares que actúen como apoyo, en consonancia con lo exigido por la citada Observación General Primera.

75 Para Torres Costas, M.E.: "Comentario a", cit., p. 1251, el legislador mantiene expresamente toda la legislación relativa al consentimiento informado en materia de salud. *Vid.* también Prados García (2022), pp. 377 y ss. En la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad (apdo. 4.3), se indica que, sin perjuicio de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 249 CC, como parte del respeto su dignidad personal, se entiende subsistente el criterio del mayor beneficio para la vida o salud del paciente en virtud de la remisión expresa al consentimiento informado en el ámbito de la salud.

76 En este sentido, también Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 380 y ss. Señala esta autora en particular el conflicto con el art. 249.4 CC, que prevé que la autoridad judicial pueda adoptar las salvaguardas que estime oportunas para asegurar el ejercicio de las medidas de apoyo conforme a los criterios establecidos en este precepto y, en particular, al de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

77 Para Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario a", cit., pp. 802-803, las decisiones que adopte el curador en la esfera de la salud no requieren autorización judicial, pero sí están sometidas al control judicial las decisiones contrarias a la vida o salud de la persona sometida a curatela. En la misma línea, González Carrasco, M.C.: "La prestación", cit., pp. 232-235. Señala esta autora que el apartado 6 del art. 9 LAP debe seguir formando parte de la regulación legal del consentimiento informado a pesar del giro autonomista del nuevo paradigma en materia de capacidad. Y es que considera que, en el ámbito sanitario, deben existir límites específicos que maticen la primacía de la voluntad, deseos y preferencias y que obliguen al curador representativo a actuar en beneficio de la vida y de la salud de la persona con discapacidad (y a la revisión judicial de las decisiones tomadas por el curador que sean contrarias a la salud o vida del paciente). Para esta autora, la decisión del curador representativo es una decisión heterointegrada que ha dejado atrás el principio de autonomía y que, por lo tanto, no puede primar sobre el deber de los poderes públicos

249 CC. En este sentido, a falta de voluntad anticipada del paciente, habría que atender al canon de la trayectoria vital previsto en el art. 249.3 CC y, solo como último recurso, podríamos entender aplicable el criterio del art. 9.6 LAP[78].

Para llegar a esta interpretación consideramos esencial determinar cuál es la finalidad de la remisión contenida en el art. 287.1 CC (a lo dispuesto legalmente en materia de consentimiento informado en el ámbito de la salud), remisión que constituye el germen de los problemas de aplicación e interpretación de la LAP[79]. Como ya se ha puesto de relieve, la reforma operada por la Ley 8/2021 se limita fundamentalmente a los ámbitos civil y procesal y no entró a analizar su incidencia en otros, como por ejemplo, el sanitario. La redacción del precepto mantenida a lo largo de la tramitación parlamentaria (y en la que no se incluía dicha remisión a la legislación sanitaria) dejaba en el aire el espinoso tema de qué hacer con las actuaciones sanitarias y planteaba el problema de que fuera necesaria la solicitud de autorización judicial para actuaciones en el ámbito de la salud. Esto claramente no tenía mucho sentido, dada la agilidad que se requiere en la toma de decisiones en este ámbito y, además, habría colapsado los tribunales[80]. De ahí que en el último momento se introdujera la remisión a lo dispuesto en relación con el consentimiento informado en el ámbito de la salud[81], con la que entendemos que lo que se quería era básicamente dejar claro que para estas actuaciones no era necesaria la autorización judicial y podía bastar el consentimiento del representante[82].

Lo que ocurre es que los términos de la remisión son poco claros y pueden dar lugar a entender que puede seguir aplicándose sin más toda la regulación contenida en la LAP y, en concreto, en su art. 9 y los criterios que en él incluyen

de salvaguardar la vida e integridad física de las personas con discapacidad (arts. 17, 25 CDPD; art. 10 RDL 1/2013). Igualmente considera que, con la propia remisión que realiza el art. 287.1 CC a la normativa sanitaria, el legislador ha querido dejar subsistente las cautelas del art. 9.6 LAP. Coincide con esta autora Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos", cit., pp. 122-125, quien, tras poner de manifiesto el conflicto entre los arts. 249 CC y 9.6 LAP, considera que debe aplicarse este último en virtud del principio de especialidad. De distinto parecer es Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 380 y ss. y Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 93-94.

78 Como señala Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 384, hay una gran distancia entre que el criterio del mejor interés del art. 9.6 LAP sea el primer y único criterio a aplicar por el sustituto o que sea el criterio subsidiario. Para Torres Costas, M.E.: "La vacunación", cit., p. 10, tras las voluntades anticipadas (a través de documento de IIPP o verbalmente) y la voluntad hipotética del paciente, el tercer criterio sería, no el del mejor interés, sino atender al criterio objetivo de atención a la salud, vida y bienestar del paciente, según criterios médicos socialmente consolidados.

79 Ya nos expresamos en este sentido en Andreu Martínez, M.B.: "La aplicación", cit., pp. 65-66.

80 Señala ca Leciñena Ibarra, A.: "Comentario a", cit., p. 664-665, que de no haberse incluido esta salvedad en el art. 287.1º CC, habría supuesto una derogación tácita de la regulación del consentimiento informado en la LAP, además de convertir al "juez en supremo protagonista sanitario".

81 Munar Bernat, P.A.: "Comentario al artículo 287", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P: García Rubio y M.J. Moro Almaraz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, p. 435, recoge esta tramitación parlamentaria y la introducción de esta remisión en las enmiendas en el Senado, para evitar someter a autorización judicial cualquier actuación médica, "lo que no es así a día de hoy ni es deseable" y se trata de actos que no admiten demora.

82 De este mismo parecer es Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 382.

(que no responden al espíritu de la nueva reforma). Aunque esta última posibilidad (aplicación de los criterios previstos en el art. 9 y, en particular, apartado 6) podría derivarse de una interpretación meramente literal de la norma, entendemos que, tal y como hemos señalado, no responde a su finalidad, que es resolver un problema puntual de necesidad de autorización judicial para actuaciones en el ámbito de la salud. También podría argumentarse a favor de la vigencia del art. 9.6 LAP que, si se hubiera querido un régimen distinto al establecido en él, el propio CC podría haber dispuesto otra regla para el consentimiento informado en el ámbito sanitario. Pero, como hemos señalado, hay que tener en cuenta que la reforma se quiso limitar a los mencionados ámbitos civil y procesal, sin afectar a normativa distinta de ésta, por lo que no había lugar a establecer una regulación específica para el ámbito sanitario y la cuestión se resolvió mediante una defectuosa remisión legal de urgencia, que está provocando importantes problemas de interpretación y aplicación[83].

Estos problemas se han trasladado, como cabía esperar, a las resoluciones judiciales. A título de ejemplo, la STS de 23 enero 2023[84], al hacer revisión de la normativa aplicable a los casos de adopción de medidas de apoyo conforme al nuevo régimen, afirma que para los actos relativos a la salud sigue vigente la LAP, mencionando en particular el consentimiento por representación de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho del art. 9.3, el criterio del mayor beneficio para la vida y salud el paciente del apartado 6 y destacando especialmente el apartado 7. Ahora bien, en este caso el TS considera suficiente el mantenimiento del apoyo del guardador de hecho (sin necesidad de nombrar curatela representativa), ya que la persona conserva un cierto grado de autonomía, por lo que en este supuesto incluso la aplicación del art. 9.7 LAP debería adaptarse convenientemente[85].

83 Como señala Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., p. 383, si la reforma de la LAP es necesaria en relación con el consentimiento, en este punto en concreto resulta inaplazable, ya que de lo contrario conducirá a decisiones basadas en el criterio médico del art. 9.6 LAP e incluso a reiterar resoluciones como las que se han emitido en materia de vacunación, en las que se impone una vacunación forzosa. Incluso a la vista de los destinatarios de la norma (profesionales sanitarios, pacientes, familiares…), insiste la autora en la urgencia de la modificación, puesto que no cabe pedirles un conocimiento amplio del sistema de apoyos, ni que realicen una reinterpretación de la LAP. Como ahora vamos a ver a propósito de la jurisprudencia del TC, no le faltaba razón a la autora.

84 STS de 23 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291).

85 Se hace eco de estas afirmaciones, por ej., la SAP de Álava de 21 abril 2023 (ECLI:ES:APVI:2023:68A), que considera suficiente la guarda de hecho existente (e improcedente, en consecuencia, el nombramiento como curador) y recuerda, para reforzar la improcedencia de dicho nombramiento y las posibilidades que en la práctica tiene el guardador, la aplicación al ámbito sanitario de lo dispuesto en el art. 9 LAP, que el Tribunal Supremo ha considerado subsistente ("sin olvidar que el TS tiene resuelto a estos efectos que para los actos relativos a la salud , sigue vigente la regulación del art. 9 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y " debe tenerse en cuenta el esencial apartado 7 del mismo art. 9 "). Puede consultarse el análisis de la jurisprudencia menor que realiza Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada", cit., pp. 100 y ss., y en el que pone de relieve que el respeto al criterio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en general, cede en favor del mayor beneficio, considerándose aplicables sin más los arts. 9.3 y 9.6 LAP en la actuación en el ámbito sanitario de las nuevas figuras de apoyo, incluso cuando tienen carácter asistencial. Como señala la autora (p. 106), por más que la necesidad de tener en cuenta

Pero el ejemplo más claro lo vamos a ver en la reciente jurisprudencia del TC, acerca de la vacunación durante el COVID de personas con discapacidad, que pasamos a analizar[86].

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TC SOBRE VACUNACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 LAP.

1. La doctrina sentada por el TC en las sentencias 38/2023 y 74/2023.

El TC se ha pronunciado en dos sentencias del año 2023 (SSTC 38/2023, de 20 de abril[87] y 74/2023, de 19 de junio de 2023[88]) acerca de la constitucionalidad de la vacunación de personas con discapacidad (institucionalizadas) mediante autorización judicial, ante la negativa del representante o medida de apoyo a dicha vacunación. En ambos casos, se alegaba la posible vulneración de derechos fundamentales (en concreto, de los derechos a la integridad física, igualdad e intimidad, todos ellos en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, recogidos en los arts. 14, 15, 18 y 24.1 CE respectivamente) por parte de las resoluciones judiciales de instancia y

la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad parece haber calado en la doctrina y la jurisprudencia, el eje del debate parece haberse desplazado hacia los límites con los que puede topar dicho respeto; y, en ciertos supuestos, esta voluntad está siendo condicionada por el "mayor beneficio o interés de la persona con discapacidad". Por otra parte, Guilarte Martín-Calero, C.: "Las grandes", cit., pp. 41-42, critica la jurisprudencia que acude a una curatela representativa y alude al art. 9.2 LAP.

86 La doctrina ha puesto de relieve desde el primer momento la ignorancia de la CDPD por parte de los autos que autorizaban la vacunación. Entre otros, Torres Costas, M.E.: "La vacunación", cit., pp. 5 y ss., quien señala que las primeras resoluciones judiciales no mencionan ni una sola vez la CDPD, ni que se haya recabado información sobre la existencia de IIPP, ni tampoco que se haya intentado reconstruir la voluntad de los residentes. Para García Rubio, M. P.: "La reforma", cit., pp. 90-94, que analiza tres de las primeras resoluciones judiciales sobre vacunación, suponen una vulneración flagrante de los arts. 5, 12 y 25 CDPD, así como de la normativa vigente, que obliga a contar con la participación del paciente, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones. *Vid.* también, en similares términos Gil Membrado, C.: "Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 46 y ss.; Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 365-366, quien destaca que es ineludible tener en cuenta los cambios introducidos en el CC por la Ley 8/2021. Resalta esta última autora el Auto de la AP Valencia de 4 de junio de 2021, en el que se autoriza la vacunación de una persona con Síndrome de Down favorable a su vacunación, al contrario de su tutora. Como destaca la autora, a pesar de que en este caso la decisión correspondía a la propia paciente (que tenía capacidad para entender la información y consecuencias de la vacunación), la existencia de una sentencia de modificación de la capacidad arrastra a la Sala a que, en lugar de atender a la posible capacidad de la persona, acuda al consentimiento por representación del art. 9.6 LAP y tenga en cuenta la voluntad de la persona como una circunstancia más en el marco del art. 9.7 LAP. Realiza Delgado-Sáez, J.: "Consentimiento informado y personas con discapacidad. A propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación", *Revista de Derecho Privado*, 2023, núm. 2, pp. 15 y ss., un detallado análisis de las resoluciones judiciales en materia de vacunación (en las que, como señala la autora, ya sí se tuvo en cuenta si existían o no IIPP), pero que, aun así, el denominador común en todas, según esta autora, es la "insuficiente atención a la voluntad del paciente, a su trayectoria vital y a la existencia o no de instrucciones previas, puesto que, al final es el juez el que vacuna creyendo atender a lo que supone un mayor beneficio y protección para la persona con discapacidad". Y es que, en efecto, en todos los supuestos se ha autorizado la vacunación, ya fueran casos en los que es el apoyo el que se opone a la vacunación, ya la oposición proviniera de la propia persona con discapacidad, o casos en que la persona con discapacidad quiere vacunarse y se opone la provisión de apoyos; incluso la existencia de antecedentes de negativa de la persona a otras vacunaciones tampoco es un dato que los tribunales hayan valorado suficientemente.

87 STC 38/2023, de 20 de abril (BOE de 22 de mayo de 2023).

88 STC 74/2023, de 19 de junio de 2023 (BOE de 25 de julio de 2023).

apelación que autorizaron la administración de la vacuna frente a la COVID-19. En el primero de los supuestos, la negativa a la vacunación provenía del tutor (hijo) de una persona con una discapacidad (demencia severa derivada de la enfermedad de Alzheimer) que le impedía por sí sola consentir dicha actuación sanitaria. En el segundo, se trataba de una persona con deterioro cognitivo moderado de origen neurodegenerativo, con incapacidad para la toma de decisiones, proviniendo en este caso la negativa de su hija, guardadora de hecho.

Independientemente de encontrarnos en el primer caso con una medida de apoyo formal, como es la tutela (que el TC considera subsistente, en tanto no se revise, aunque sujeto al régimen de los curadores representativos, conforme a la DT 2ª Ley 8/2021) y en el segundo con un apoyo informal, como la guarda de hecho, el TC aplica la misma argumentación jurídica, remitiendo de hecho en la segunda de las sentencias a lo ya resuelto en la primera. Por ello, en las siguientes páginas, nos centraremos principalmente en los argumentos utilizados por el TC en la sentencia 38/2023, de 20 de abril[89].

El TC centra la posible vulneración en la lesión del derecho a la integridad física del art. 15 CE (desechando que pueda existir respecto de los restantes derechos fundamentales alegados) y, en este sentido, recuerda su doctrina acerca del significado constitucional de este derecho y de la importancia que para el mismo tiene en el ámbito sanitario el consentimiento informado (doctrina recogida fundamentalmente en la STC 37/2011, de 28 de marzo[90]). Inserta la vacunación, en cuanto acto médico, en dicha doctrina, por lo que su administración entraría dentro de las facultades de autodeterminación garantizadas por el derecho a la integridad personal del art. 15 CE. Desde aquí, analiza, conforme a su doctrina constitucional, los requisitos que debe cumplir una vacunación no consentida, en la medida en que puede suponer una injerencia en el derecho a la integridad personal: en particular, la existencia de una habilitación legal precisa y el respeto al principio de proporcionalidad.

El primero de los requisitos constituye uno de los elementos fundamentales en los que se basa el recurso de amparo, puesto que los recurrentes alegan como una de sus principales quejas la falta de cobertura legal, al ser la vacunación voluntaria en nuestro país (FJ 5). El TC considera que se trata ésta de una cuestión ligada a la especial trascendencia del recurso apreciada por el tribunal, pues no existe ningún pronunciamiento relativo a la vacunación como posible restricción de un

89 De hecho, la doctrina de esta sentencia es la que se está aplicando en las posteriores, tanto de menores de edad (a los que nos referiremos al final de este apartado), como de otras personas con discapacidad no institucionalizadas. Así, en la STC 163/2023, de 20 de noviembre de 2023 (BOE de 21 de diciembre de 2023), se aplica la doctrina de la STC 38/2023 a un caso de persona mayor de edad (23 años) con parálisis cerebral, ante la negativa de sus padres (tutores) a la vacunación.

90 STC 37/2011, de 28 de marzo (BOE de 28 de abril de 2011).

derecho fundamental. Aun así, y tras mencionar los posibles tratamientos jurídicos de la vacunación (sistema de obligatoriedad, voluntariedad, sistemas mixtos…) y el doble interés (individual y público) que satisface, realmente no entra a analizar la constitucionalidad de una eventual "cláusula de obligatoriedad", en la medida en que ésta no se ha visto plasmada en nuestro ordenamiento. De hecho, el TC señala que la ley habilitante de la injerencia es la LAP, que no impone una vacunación automática y necesaria al margen de la voluntad de la persona, sino que, partiendo de la centralidad del consentimiento informado, trata de resolver los concretos supuestos en que la persona no puede prestarlo por sí misma.

A partir de aquí, el TC se centra en analizar la LAP como norma habilitante, realizando algunas afirmaciones que contrastan con lo que hemos señalado anteriormente en este trabajo. En primer lugar, considera que en este caso la norma aplicable es el art. 9.3.b), esto es, consentimiento por representación en el caso de paciente con su capacidad modificada judicialmente. Como hemos señalado anteriormente, para el TC la tutela sigue vigente, aunque sometida al régimen de la curatela representativa. Ahora bien, como ya hemos puesto de relieve, en la medida de lo posible debería dejarse de aplicar el art. 9.3.b) LAP, por el riesgo a la inercia de seguir aplicando criterios ya obsoletos en nuestro ordenamiento tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. En cualquier caso, sea mediante una reinterpretación del art. 9.3.b), que es la que parece haber hecho el TC en el mejor de los casos, o del art. 9.3.a), que es la que proponíamos en las páginas anteriores, lo cierto es que, a efectos prácticos, el hijo disponía de facultades representativas en el ámbito sanitario[91]. Curiosamente, en la segunda de las sentencias que hemos mencionado sobre este tema (STC 74/2023, de 19 de junio de 2023), en la que la negativa provenía de la guardadora de hecho, el TC no entra en esta cuestión, aunque entendemos que en este caso habría que acudir al art. 9.3.a) LAP.

En segundo lugar, considera plenamente aplicable el art. 9.6 LAP. De hecho, esta es para el TC la norma habilitante de la injerencia, a la que caracteriza como una medida de carácter estrictamente tuitivo, que solo puede ser adoptada con una finalidad legítima, la protección del interés individual de la persona. Por lo tanto, este precepto solo contemplaría, de las dos dimensiones antes señaladas (la individual y la pública), la primera de ellas; y no permitiría al juez actuar, ni en contra de la voluntad válidamente manifestada de la persona, ni guiado por los intereses públicos o de terceros frente a los estrictamente individuales de la persona afectada.

91 Señala García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., pp. 8, 16, que la DT 2ª establece un régimen provisional, por el que las antiguas figuras tutelares deben ajustarse a la nueva Ley y, dentro de ella, a la medida a la que más se le aproxima, pero no implica ni una identificación, ni una conversión ex lege entre ellas.

Como podemos comprobar, el TC parte de la plena aplicabilidad del articulo 9 LAP, sin que se plantee hasta este momento la incidencia que puede tener la entrada en vigor del régimen instaurado por la Ley 8/2021. Esto lo hace al analizar el segundo de los requisitos señalados, esto es, los criterios de ponderación aplicables (en el FJ 6). Realiza aquí el TC una encomiable exposición de los fundamentos del nuevo régimen de la capacidad, destacando el carácter preferentemente asistencial de las medidas de apoyo, así como la voluntad de la persona con discapacidad como principio rector esencial de toda decisión "tuitiva" que se adopte en materia de discapacidad, tanto de la persona que presta el apoyo, como de la actuación del juez (arts. 249, 250.2 CC).

Es en este régimen en el que el TC considera que debe enmarcarse el art. 9.6 LAP. Y, en este sentido, entiende que el primer criterio de ponderación a tener en cuenta en la aplicación de dicho precepto es la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que dicha voluntad haya podido manifestarse. El TC menciona expresamente la posibilidad de que la voluntad se haya expresado de forma anticipada, a través de un documento de IIPP (art. 11 LAP) o de un acuerdo de apoyos (art. 255 CC).

A falta de este criterio (cuando no pueda operar la voluntad o esta pueda no ser suficiente), considera que la ley reserva a la medida de apoyo el papel de atender de modo imparcial el interés de la persona afectada, de acuerdo con criterios objetivos plenamente fiscalizables por el juez civil (en particular, menciona los recogidos en los arts. 9.6 y 9.7 LAP).

Este régimen jurídico conlleva, para el TC, dos consecuencias en la ponderación que debe hacerse en la aplicación del art. 9.6 LAP: 1) que la decisión que se adopte ha de atender únicamente al fin de protección de la persona con discapacidad, siendo irrelevantes tanto los intereses públicos o de terceros, como el particular ideario de la persona que presta el apoyo[92]; 2) la ponderación de beneficios y perjuicios debe adecuarse a dicho fin; por lo que la decisión de la medida de apoyo y del juez que la revisa deben basarse en argumentos que permitan considerar que el criterio adoptado es proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad, conforme a las circunstancias concurrentes.

A la vista de lo anterior, el TC desgrana por qué no puede considerarse vulnerado el derecho a la integridad personal en ninguno de los casos resueltos

92 Insistía ya en este aspecto, Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., 371-375, con análisis de las resoluciones judiciales que lo acogían y las que no. En esta misma línea también el comunicado conjunto de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Sección de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo y la Fiscal de Sala para la protección de las personas con discapacidad y mayores, de 24 de febrero de 2021, dictado ante la existencia de pronunciamientos judiciales que autorizaban, por el procedimiento previsto en el art. 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la administración de la vacuna contra la COVID-19 a personas residentes en centros de mayores (puede consultarse en: https://www.fiscal.es/documents/20142/95cd6c58-9e5a-b055-3f08-2b7989d36453).

por ambas sentencias, y que la segunda de ellas (STC 74/2023, de 19 de junio de 2023) resume pertinentemente: "(i) la decisión judicial se ha fundamentado en un informe médico sobre la incapacidad de la interesada para manifestar su voluntad acerca de la administración de la vacuna, sin que hubiera dejado tampoco, en anticipación de esa situación, instrucciones al respecto; (ii) la negativa de la demandante a la vacunación de su madre fue expresada de forma tajante, general e incondicionada, sin admitir, en modo alguno, cualquier posibilidad de rectificación en función de una mayor información que le pudiera ser aportada de conformidad con el derecho a un consentimiento informado; (iii) la decisión judicial no desbordó los límites de cobertura del precepto habilitante al establecerse como premisa de la ponderación la protección de la salud de la interesada; y (iv) los criterios de ponderación empleados en las resoluciones judiciales responden a la finalidad legítima de proteger los intereses de la persona vulnerable al incidirse en la fiabilidad de la vacuna vinculada a su aprobación por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios y su sometimiento a seguimiento permanente; la asimilación general de los márgenes de riesgo asociados a dicha vacuna a los habituales en cualquier otra vacuna recomendada por las autoridades sanitarias; la existencia de un contexto de riesgo cualificado para la salud de la interesada por razón de su avanzada edad; y la existencia de informes periciales que acreditaban la inexistencia de contraindicaciones específicas, lo que determinaba que fuera mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus que la de padecer algún efecto secundario de la administración de la vacuna"[93].

2. Revisión crítica de esta jurisprudencia: la falta de asunción plena por el TC del principio de autonomía.

Aunque el resultado al que llega el TC pudiera considerarse adecuado (constitucionalidad de las autorizaciones judiciales para vacunar), sin embargo, no

93 La doctrina ha venido criticando el automatismo en la aplicación del art. 9.6 LAP en los casos de autorización de la vacunación contra la COVID-19 por las resoluciones judiciales de instancia. *Vid.* Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de", cit., pp. 375-379. Señala la autora que, en general, los tribunales coinciden en sus razonamientos y conclusiones, acudiendo a criterios médicos, a la inexistencia de contraindicaciones o a algunos otros beneficios de la vacunación (ej., el contacto con los familiares). Destaca el escaso e, incluso, incoherente valor que se le da a la voluntad de la persona (por ej., la actitud de la persona frente a vacunaciones anteriores). Ello ha producido un efecto uniformador, habiéndose autorizado la vacunación en todos los casos, incluso de personas no incluidas en grupos de riesgo o con salud muy delicada. Destaca, además la autora que, aunque se razone en términos de salud individual, razones de protección de la salud colectiva también han tenido que ver, puesto que en todos los casos se trataba de personas institucionalizadas. Por su parte, Torres Costas, M.E.: "La vacunación", cit., pp. 13-14, a propósito del comentario a las primeras sentencias en la materia, ya predecía que las resoluciones judiciales que se fueran dictando irían todas en el mismo sentido, con el peligro que ello suponía. Entre estos peligros señalaba el de la perpetuación del modelo médico-paternalista; el que las resoluciones judiciales dejaban de ser un traje a medida, al impedir la negación de un consentimiento por representación basado en la manifestada o hipotética voluntad del paciente, al no realizarse el esfuerzo de indagación de dicha voluntad; y que, bajo la apariencia de la garantía de la protección objetiva del derecho a la salud, se impusiera una medida de forma coercitiva.

lo es tanto la argumentación, en la que se echa en falta la aplicación al ámbito sanitario de ciertos aspectos de la regulación civil relativos a las medidas de apoyo[94].

El TC expone detalladamente el impacto que el principio de autonomía y el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad tiene en la regulación contenida en el CC, en particular, en los arts. 249 y 250.2 CC. En este sentido, señala que la misión ordinaria de las medidas de apoyo es la de servir de auxilio a la formación y manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad, no sustituirla, debiendo éstas actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Hace referencia, igualmente, al carácter excepcional de las medidas de apoyo con funciones representativas. Y menciona expresamente que, en estos casos, debe atenderse al criterio contenido en el art. 249.3 CC (canon de la trayectoria vital de la persona con discapacidad), por lo que la persona de apoyo debe atender en estos casos a las convicciones o creencias de la persona con discapacidad y no a las suyas propias.

Ahora bien, a la hora de interpretar el art. 9.6 LAP a la vista de esta regulación, entiende que el primer criterio de ponderación que debe tenerse en cuenta es el de la voluntad de la persona con discapacidad (la que pueda expresar o la que haya manifestado de forma anticipada); y el segundo, el de atender de modo imparcial al interés de la persona afectada, de acuerdo con criterios puramente objetivos (entre los que estaría el previsto en el art. 9.6 LAP).

No obstante, olvida el TC, tras mencionar el criterio de la voluntad manifestada por el paciente, atender al criterio de la voluntad presunta del art. 249.3 CC, al que, por cierto, la propia sentencia se refiere, como acabamos de ver, al exponer el régimen del CC. En este sentido, si el TC considera relevante tener en cuenta de modo prioritario la voluntad de la persona con discapacidad, como principio rector de la nueva regulación civil de la capacidad, debería haber aplicado este régimen en su totalidad, incluida la obligación para la figura de apoyo (en primer lugar, y de la autoridad judicial al revisar esta decisión) de reconstruir en la medida de lo posible la voluntad de la persona con discapacidad, antes de acudir al criterio subsidiario del interés de la persona con discapacidad. En este sentido, el TC no obvia por completo la nueva regulación civil de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica (como sí ha hecho gran parte de la jurisprudencia de instancia en el tema de la vacunación por la COVID-19), pero tampoco llega a integrarlo plenamente.

Aunque el resultado al que hubiera llegado el TC pudiera ser el mismo acudiendo al criterio del art. 249.3 CC (antes de al interés de la persona con

94 De distinto parecer es Pallarés Neila, J.: "El derecho a la salud de las personas con discapacidad representadas legalmente. Comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril de 2023", *Actualidad Civil*, 2023, núm. 6, pp. 4-5, quien lo considera adecuado tanto en el fondo, como en la argumentación seguida por el TC, entendiendo que procede la aplicación del art. 9 LAP.

discapacidad), consideramos fundamental, como vía para realmente respetar los dictados de la CDPD y del CC, que se haga el esfuerzo de intentar reconstruir cuál habría sido esa voluntad. Pero en la sentencia ni siquiera se menciona esta cuestión. De hecho, no parece que haya sido un tema que se haya planteado en ninguna de las instancias previas. Ello no obsta a que el TC debería haberlo mencionado a la hora de establecer su doctrina sobre la aplicación del art. 9.6 LAP, sobre todo teniendo en cuenta que la sentencia se refiere en varias ocasiones a que la figura de apoyo no puede sustituir la voluntad de la persona con discapacidad por su criterio propio.

Creemos que el TC ha perdido la oportunidad de dejar clara la aplicabilidad del criterio previsto en el art. 249.3 CC al ámbito sanitario cuando afirma (en el FJ 7 apdo. b) que: "Como hemos señalado en el fundamento jurídico precedente, la misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a la «voluntad, deseos y preferencias de aquella». Más allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder, como ya se ha dicho, a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial".

Y es que, en estos casos, precisamente lo que se ha producido es un claro ejemplo de figura de apoyo que actúa contraviniendo lo dispuesto en el art. 249.3 CC, para imponer sus propias convicciones[95]. En cambio, el TC prefiere solventar la situación acudiendo al interés superior, conforme a criterios objetivos, que, en efecto, son plenamente fiscalizables por un tribunal de manera más cómoda que la voluntad presunta de la persona con discapacidad[96].

95 Así lo destaca también Torres Costas, M.E.: "La vacunación", cit., p. 12, para las primeras resoluciones judiciales emitidas en relación con la vacunación de personas mayores en centros residenciales.

96 En la STC 148/2023, de 6 de noviembre (BOE de 18 de diciembre de 2023), el TC resuelve un caso de vulneración, entre otros, del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, por ausencia de consentimiento informado para la vacunación de una menor de 11 años. En este supuesto, no había acuerdo entre los progenitores acerca de la vacunación, por lo que judicialmente se resolvió dicha discrepancia admitiéndose la solicitud del padre de autorización para realizar las gestiones necesarias para la vacunación de la hija contra la COVID-19, sin intervención de la madre. Aquí el TC, como no podía ser de otra manera, sí acude al interés superior del menor para la resolución del caso, por imposición de la Convención de los Derechos del Niño, plasmada, entre otros, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Y, además, el TC aclara que dicho interés superior no puede "determinarse de manera libre por los representantes legales y según su propio criterio, sino tomando en consideración los criterios legalmente establecidos en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 con carácter general, y en las leyes especiales que regulen de manera específica la materia a que se refiera la decisión; en concreto y en el caso que nos ocupa, los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002". Es evidente que, en este caso, procede la aplicación del art. 9.6 LAP. Lo que llama la atención es que finalmente para la vacunación de menores y mayores con discapacidad se esté acudiendo preferentemente al mismo criterio, lo que no viene si no a incidir en la poca adaptación del mismo al nuevo marco regulatorio del ejercicio de la capacidad de los mayores con discapacidad. *Vid.* sobre el mismo tema la SSTC 154/2023, 155/2023, 156/2023, 157/2023, 158/2023, 159/2023, 160/2023 y 162/2023, de 20 de noviembre de 2023 (BOE de 21 de diciembre de 2023). *Vid.*, asimismo, la 161/2023, de 20 de noviembre de 2023 (BOE de 21 de diciembre de 2023), aunque en este caso se rechaza el recurso por falta de agotamiento de la vía jurisdicción previa.

BIBLIOGRAFÍA

Alventosa Del Rio, J.: "El nuevo régimen legal de la curatela", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 145-226.

Andreu Martínez, M.B.: "Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", en AAVV: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. García-Ripoll Montijano y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 73-130.

Andreu Martínez, M.B.: "La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la Convención de las ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos", en AAVV: *Protección civil y penal de los menores y de las persona mayores vulnerables en España* (dir. por J.A. Cobacho Gómez y F. Legaz Cervantes), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 527-552.

Andreu Martínez, M.B.: "La aplicación de medidas de contención a personas con discapacidad en la Instrucción 1/2022 de la Fiscalía General del Estado", en AAVV: *Mujer, discapacidad y derecho* (dir. por en B. Verdera Izquierdo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 47-67.

Barba, V.: "El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-54.

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", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 71-120.

De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica?", *RCDI*, 2020, núm.780, pp. 2227-2268.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 56-106.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad*

y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica (coord. por N. Álvarez Lata), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 81-123.

Delgado-Sáez, J.: "Consentimiento informado y personas con discapacidad. A propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación", *Revista de Derecho Privado*, 2023, núm. 2, pp. 3-26.

Díaz Pardo, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 307-340.

Domínguez Luelmo, A.: "Disposiciones transitorias", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1483-1516.

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.

Elizari Urtasun, L.: "Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos", en AAVV: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. Arcos Vieira), Bosch, Madrid, 2022, pp. 347-387.

Fernández Campos, J.A.: "Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas", en AAVV: *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España* (dir. por G. Spoto), Editum, Universidad de Murcia, 2013, pp. 217-244.

Fernández Campos, J.A.: "Autonomía del paciente y representante sanitario", en AAVV: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral* (dir. por A.M. Marcos Del Cano), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 371-384.

García Rubio, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", F*amilia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Sepin, 2021, núm. 136, pp. 45-62.

García Rubio, M. P.: "La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *AFDUAM*, 2021, núm. 25, pp. 81-109.

García Rubio, M.P. y Torres Costas, M. E.: "Comentario al artículo 249", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P: García Rubio y M.J. Moro Almaraz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 207-219.

Garrido García, A.: "Prestación de consentimientos médico-sanitarios por personas con discapacidad", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, pp. 114-131.

Germán Diestre, O.: "Planificación de decisiones anticipadas. Un modelo de relación asistencial", en *Informaciones psiquiátricas*, 2017, núm. 228, pp. 41-53.

Gete-Alonso y Calera, M.C.: "Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad", en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, pp. 33-53.

Gil Membrado, C.: "Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 37-56.

González Carrasco, M.C.: "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 39, pp. 231-247.

Guilarte Martín-Calero, C.: "La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361-394.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario a los artículos 282 a 294 del Código Civil", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 767-831.

Guilarte Martín-Calero, C.: "El principio de respeto a voluntad y preferencias versus el interés objetivo de las personas con discapacidad", en AAVV: *La reforma*

de la discapacidad (coord. por A. Castro-Girona Martínez, F. Cabello De Alba Jurado y C. Pérez Ramos), Vol. 2, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 357-388.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil español", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. Álvarez Lata), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 21-80.

Heras Hernández, M.M.: "El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 407-446.

Júdez Gutiérrez, FJ; Novoa, AJ; Gandía, M; Gil, J.: "Dime lo que escribes y te diré lo que valoras: nuevos contenidos 'rutinarios' en la historia clínica para abordar la atención al sufrimiento evitable e inevitable", Comunicación N.º 83 al *XV Congreso Nacional de Bioética*, Victoria-Gasteiz, 4 al 6 de noviembre de 2021. Disponible en https://www.asociacionbioetica.com/uploads/files/83.pdf

Leciñena Ibarra, A.: "Comentario a los artículos 263 a 267 del Código Civil", AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 647-679.

Leciñena Ibarra, A.: "Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023", *Actualidad civil*, 2023, núm. 11, (LA LEY 12218/2023).

Legerén-Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212.

López San Luis, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AAVV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir.

por S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.253-270.

Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9851.

Moro Almaraz, M. J.: "La tramitación legislativa de la ley 8/2021", *LA LEY Derecho de familia*, 2021, núm. 31 (LA LEY 9528/2021).

Munar Bernat, P.A.: "Comentario al artículo 287", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P: García Rubio y M.J. Moro Almaraz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 433-442.

Noriega Rodríguez, L: *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2019.

Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *InDret*, 2015, núm. 3, 39 págs.

Palacios González, D.: "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica", en AAVV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, pp. 417-430.

Pallarés Neila, J.: "El ejercicio de la nueva curatela", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 257-279.

Pallarés Neila, J.: "El derecho a la salud de las personas con discapacidad representadas legalmente. Comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril de 2023", *Actualidad Civil*, 2023, núm. 6 (LA LEY 5460/2023).

Pereña Vicente, M.: "Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021 de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 155-184.

Pereña Vicente, M.: "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AAVV: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su*

capacidad jurídica (coord. por N. Álvarez Lata), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 125-159.

Poveda-Moral, S., Bosch-Alcaraz, A. & Falcó-Pegueroles, A.: "La planificación de decisiones anticipadas como estrategia preventiva de conflictos éticos en urgencias y emergencias durante y después de la COVID-19". *Revista de Bioética y Derecho*,2020, núm. 50, pp. 189-203.

Ruiz Alonso, G.A.: "La curatela representativa con guarda de hecho previa: problemas aplicativos", *Diario LA LEY*, 2023, núm. 10390.

Sancho Gargallo, I, Segarra Crespo, M.J., García Rubio, M.P., Cayo Pérez, L.: "¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?", en Calaza López y de Prada Rodríguez (coords.), *Actualidad civil*, 2023, núm. 3 (LA LEY 2163/2023).

Saralegui I, Lasmarías C, Júdez J, Pérez de Lucas N, Fernández J, Velasco T, et al.: "Claves en la planificación compartida de la atención. Del diálogo al documento", en AAVV: *Monografías SECPAL sobre Cronicidad Avanzada*. Madrid: Inspira Network, 2018, pp. 87-89.

Seoane, J. A., Álvarez Lata, N.: "El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 36, pp. 131-177.

Torrelles Torrea, E.: "La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el *mayor beneficio para la vida y salud del paciente* en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario", *InDret,* 2022, núm. 3, pp. 76-113.

Torres Costas, M.E.: "La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9797 (LA LEY 1575/2021).

Torres Costas, M.E.: "Comentario a la disposición transitoria segunda", en AAVV: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P: García Rubio y M.J. Moro Almaraz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 1253-1257.

FENOMENI MIGRATORI E TUTELA DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DAL D.L. N. 133/2023

MIGRATION PHENOMENA AND PROTECTION OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS IN LIGHT OF THE INNOVATIONS INTRODUCED BY THE LEGISLATIVE DECREE N. 133/2023

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 184-205

Filippo ROMEO

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Il saggio analizza il tema della tutela dei minori stranieri non accompagnati nel più ampio e complesso quadro dei fenomeni migratori. Muovendo dall'esame della legge n. 47/2017 si opera una riflessione sulle principali questioni che si pongono in relazione all'ingresso nel territorio italiano dei minori stranieri non accompagnati. In questo scenario si innesta il recentissimo d.l. n. 123/2023 che - ad una prima lettura - lascia trasparire alcune questioni problematiche rispetto alle misure di prima accoglienza e all'accertamento anagrafico.

PALABRAS CLAVE: Tutela del minore migrante; diritto all'unità familiare; ascolto del minore.

ABSTRACT: *The essay analyzes the topic of protection of unaccompanied foreign minors in the broader and more complex context of migratory phenomena. Starting from the examination of law no. 47/2017 a reflection is carried out on the main questions that arise in relation to the entry into Italian territory of unaccompanied foreign minors. The very recent legislative decree is inserted into this scenario. n. 123/2023 which - at first reading - reveals some problematic issues with respect to initial reception measures and demographic verification.*

KEY WORDS: *Protection of migrant minors; right to family unity; listening to the minor.*

SUMARIO.- I. IL DIRITTO E LO STRANIERO MINORE DI ETA': UNA PRIMA RIFLESSIONE.- II. LA TUTELA DEL MINORE MIGRANTE E LA SVOLTA SEGNATA DALLA LEGGE N. 47/2017.- III. LA LEGGE N. 47/2017. TRATTI SALIENTI: IL DIVIETO DI RESPINGIMENTO.- 1. L'ascolto del minore e la figura del mediatore culturale.- 2. Le indagini familiari e il diritto all'unita' familiare.- IV. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE: UN BILANCIO IN CHIAROSCURO.

I. IL DIRITTO E LO STRANIERO MINORE DI ETA': UNA PRIMA RIFLESSIONE.

L'endiadi diritto e straniero impone una preliminare considerazione. Ogni qual volta il diritto è stato chiamato a dettare regole destinate ad altri, è sempre emersa la relazione ostica fra lo straniero e la comunità di accoglienza[1]. Non è un caso che muovendo dal concetto filosofico di alterità il diritto ha misurato sé stesso e la sua capacità di esprimere un'idea di identità definendo pretese e tutelando interessi. Ma vi è di più: ha codificato l'identità di un gruppo differenziandola dal gruppo di estranei, privi dei cc.dd. marcatori di appartenenza[2].

L'idea di straniero, del resto, è sempre stata funzionale a rinsaldare l'idea di identità di un gruppo sociale e politico di appartenenza, creando un rapporto di contrapposizione (*rectius* alterità) con il gruppo di altri. Non è dato dubitare, infatti, che altro, straniero sono i nomi utilizzati per qualificare gli aspetti del mondo ancora non conosciuti. Invero, gli aspetti sconosciuti del mondo non si possono approcciare "senza munirsi di un cerimoniale che scandisca l'approccio all'alterità e alla sua decodificazione"[3]. Fondamentale, pertanto, risulta la promozione di una liturgia dell'incontro. Solo così si può provare a commutare il rischio dell'ignoto, dell'altro, in occasione di conoscenza reciproca, magari anche solo a scopo difensivo: non si può combattere contro chi non si conosce[4].

Le dinamiche sopra delineate - perpetuate quasi meccanicamente nelle politiche in tema di immigrazione, da sempre incentrate sul tema della sicurezza

1 Sul punto v. Cordiano, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1299.

2 A tal riguardo v. Sacco, R.: *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 62. Invero, all'emersione di parametri giuridici legittimanti trattamenti differenziati fra cittadini e stranieri si contrappone la proclamazione di un nucleo di diritti fondamentali incomprimibili in virtù del principio di eguaglianza sostanziale. Su tali profili spunti di sicuro rilievo si rinvengono in Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972, p. 294 ss.

3 Cfr. Ricca, M.: *Polifemo. La cecità dello straniero*, Torri del Vento, Palermo, 2011, p. 12. Vero è che l'altro può essere foriero di rischi ma può, altresì, generare opportunità e vantaggi e quindi rappresentare un valore.

4 In questi termini Ricca, M.: *Polifemo. La cecità dello straniero*, cit., p. 16 s. In argomento si rinvengono molteplici spunti di riflessione in Ricca, M.: *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

• Filippo Romeo
Ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Enna Kore. E-mail: filippo.romeo@unikore.it

dei cittadini e della tutela dell'ordine pubblico - si attenuano, quasi svaniscono rispetto ai minori stranieri accompagnati e non accompagnati[5].

Ciò premesso, occorre prendere atto che il fenomeno dei minori non cittadini è estremamente delicato e complesso[6]. Alla ricostruzione della disciplina stessa, frantumata e stratificata in vari interventi *multigovernance* e multilivello, si accompagna, infatti, un bagaglio giuridico-culturale di Carte internazionali e di principi universali - marcatamente incentrati su una sorta di giusnaturalismo dei diritti dei minori - proclamanti diritti e libertà fondamentali, non sempre dotati di effettività[7].

Peraltro, la complessità del tema è accentuata da una circostanza tutt'altro che irrilevante: i nuovi dispositivi normativi di tutela si innestano in un quadro giuridico di riferimento all'interno del quale operano istituti di protezione del minore non sempre adeguati e, soprattutto, pensati per i minori cittadini. Quanto evidenziato, inoltre, si scontra sul piano fattuale con una realtà multiforme e frammentata. Si

5 In ogni caso, come puntualmente osservato in dottrina, "la disciplina dell'immigrazione è tenuta ad esprimere un bilanciamento tra principi concorrenti: l'interesse statale del territorio, a sua volta collegato alla tutela dei beni costituzionalmente rilevanti quali l'ordine pubblico, la sicurezza, la sanità pubblica e i diritti fondamentali della persona umana, riconducibili allo status personae come situazione unitaria e complessa indipendente dalla cittadinanza" cfr. Carapezza Figlia, G.: "Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli, 2018, p. 206 s. L'A., al riguardo, ben sottolinea come si tratta di un concorso tra principi fondamentali che, per giungere a una soluzione adeguata, richiede un controllo di ragionevolezza sulla regola del caso concreto. In tale direzione v. anche le puntuali osservazioni di Lenti, L.: *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 349 dove si sottolinea l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela del minore e quelle di controllo dei flussi migratori. Sulla centralità del principio di ragionevolezza v. le considerazioni di Lipari, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 44.

6 Il fenomeno dei minori stranieri non accompagnati, peraltro, rappresenta una componente strutturale dei fenomeni migratori che continuano ad investire il nostro Paese. Si tratta, infatti, di ingressi che - sia pur con talune oscillazioni - rappresentano un dato significativo nelle rilevazioni della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, cui è stato attribuito il compito di monitorare la presenza sul territorio nazionale. In questa prospettiva, ben si comprende, l'esigenza di affrontare il fenomeno in una logica di vero e proprio sistema. In questa prospettiva Albano, F.: "Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza", *Minorigiustizia*, 2017, p. 61. Sul punto v. anche Giova, S.: "I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Napoli, 2018, p. 97-99; Cottatellucci, C.: "Nuovi cittadini, asilo e minori stranieri soli", *Minorigiustizia*, 2017, p. 13 s. Per una puntuale analisi statistica del fenomeno v. Bonifazi, C., Demurtas, P.: "I minori stranieri non accompagnati: dimensioni e caratteristiche nello scenario europeo e italiano", *Minorigiustizia*, 2017, p. 33 ss.

7 Ben sottolinea tali aspetti Cordiano, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 1300; Id.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità", in Cordiano, A., Senigaglia, R. (a cura di): *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022, p. 229. In argomento v. anche Pascucci, L.: "Diritto all'unità familiare dello straniero", *Fam. dir.*, 2011, p. 827 ss. Ben si comprende, pertanto, la circostanza in base alla quale la disciplina degli istituti relativi al minore straniero non accompagnato abbiano richiesto una sorta di adeguamento interpretativo. Tale operazione – come sottolineato da attenta dottrina - si è articolata attraverso "una rilettura sistematica, in grado di far penetrare all'interno della trama normativa, valori di primaria rilevanza non adeguatamente tutelati dalle scelte legislative" cfr. Carapezza Figlia, G.: "Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo", cit., p. 207. In questa direzione v. gli insegnamenti di Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 334, ove si osserva come la condizione del minore straniero non accompagnato rappresenta una sorta di osservatorio privilegiato della trasformazione dell'ermeneutica, in un'epoca giuridica, segnata dal costituzionalismo, ove la "funzione di controllo diviene componente strutturale dell'interpretazione".

delineano, infatti, prassi operative molto diversificate sul territorio e fortemente influenzate dalle risorse finanziarie degli enti locali competenti. Inoltre, le prassi operative risultano condizionate da una componente antropologica altamente eterogenea: non è dato dubitare che i minori non cittadini divergono fra loro per età, etnie, stili di vita familiari, educativi e religiosi. Fondamentale, pertanto, risulta l'idea del vedersi reciproco come traduzione degli schemi d'azione custoditi nella mente altrui[8].

Tale eterogeneità antropologica - alla base anche dei fenomeni migratori degli adulti - diviene un elemento fondamentale nella componente minorile in virtù delle necessità educative e delle esigenze evolutive degli stessi minori. Fondamentale, in quest'ottica, risulta l'esigenza di intervenire tempestivamente: il fattore tempo, nelle sue molteplici accezioni (*i.e.* tempo di vita, tempo del percorso della migrazione, tempo del radicamento sul territorio di accoglienza), acquisisce per il minore - come sottolineato da attenta dottrina - un ruolo essenziale, in grado di giocare la partita dell'inclusione in modo determinante. L'osservazione, peraltro, rileva in modo veramente pregnante con riferimento ai minori adulti per i quali è decisamente più complesso il processo di integrazione e che, per ovvie ragioni, sono maggiormente esposti a rischi socio-relazionali[9].

II. LA TUELA DEL MINORE MIGRANTE E LA SVOLTA SEGNATA DALLA LEGGE N. 47/2017.

Il c.d. giusnaturalismo dei diritti dei minori - le cui fondamenta poggiano su molteplici Carte internazionali - è stato determinante per fare emergere una stereotipizzazione positiva del minore straniero non accompagnato[10]. Quest'ultimo è sempre stato visto come un soggetto vulnerabile soprattutto nei casi in cui la migrazione ha determinato un precoce e traumatico svincolo dai legami familiari[11]. Non è un caso che la Risoluzione del Consiglio d'Europa del 26 giugno 1997 "Sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi" introduce un fondamentale principio di sussidiarietà in base al quale è lo Stato, l'autorità pubblica nelle sue

8 Per questa prospettiva ricostruttiva v. Ricca, M.: *Polifemo. La cecità dello straniero*, cit., p. 13, ove si sottolinea l'esigenza di varcare i confini ed entrare nei circuiti di senso elaborati da altri esseri viventi.

9 Cfr. Cordiano, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 1300. In tali casi risulta fondamentale trovare un punto di equilibrio tra le misure di sostegno e le misure di controllo.

10 Sul punto Cordiano, A.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità", cit. p. 229.

11 Sulla peculiare condizione di vulnerabilità dei minori stranieri non accompagnati v. Di Ruzza, C.: "I minori stranieri non accompagnati", L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, cit., p. 91; Giova, S.: "I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017", cit., p. 98; Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Jus civile*, 2017, p. 710; Tomai, G.: "Tutela del minore, Reg. di Dublino III e diritto all'unità familiare", *Minorigiustizia*, 2017, p. 118 s.

differenti articolazioni, a dover dare una risposta efficace rispetto ai diritti e alle istanze del minore[12].

In quest'ottica, a fronte di uno sviluppo esponenziale del fenomeno migratorio, la verifica di efficienza del sistema di tutela del minore migrante ha fatto registrare risultati sconfortanti. Solo negli ultimi anni si è cercato di costruire un sistema calibrato sul *best interest of the child* e sulla salvaguardia dell'unità familiare, ritenendo indispensabile - ove possibile - ricostruire quel sistema relazionale che si pone a garanzia del corretto sviluppo psicofisico del minore[13].

Il diritto all'unità familiare - sancito da diversi strumenti di diritto internazionale ed elevato nella legislazione interna a diritto di rango costituzionale - impone, già in occasione del c.d. primo contatto con il minore migrante, la verifica dell'esistenza di soggetti di riferimento adulti sul territorio di rifugio nonché la verifica della relazione di parentela con gli adulti indicati e ciò nell'ottica di mettere a punto un sistema di accoglienza maggiormente conforme al suo interesse. Ben si comprende, pertanto, come il tema dell'accoglienza sia strettamente connesso al tema della tutela del diritto all'unità familiare, sebbene il susseguirsi di interventi normativi non sempre abbia facilitato l'azione degli interpreti e degli operatori[14].

12 In questa direzione si colloca anche una recente Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dell'11 dicembre 2019. La Raccomandazione contiene principi fondamentali e linee guida per gli Stati e per i professionisti che operano nel sistema dell'accoglienza al fine di consentire una tutela effettiva dei minori stranieri non accompagnati e ciò al fine di favorire l'integrazione in ambito sociale, scolastico e lavorativo.

13 Sul punto Tomai, G.: "Tutela del minore, Reg. di Dublino III e diritto all'unità familiare", cit., p. 118 s.

14 Sottolinea puntualmente tale profilo Tomai, G.: "Tutela del minore", cit., p. 119. Si rileva, in particolare, come fino a qualche anno addietro, nel nostro ordinamento coesistevano molteplici norme, di rango diverso, che attribuivano a soggetti amministrativi e giurisdizionali competenze differenti ma sovente convergenti, in ordine alla tutela del minore straniero non accompagnato nonché alle attività preordinate e funzionali alla salvaguardia del diritto all'unità familiare. Con precipuo riferimento all'unità familiare, è da sottolineare che il d.l. 10 marzo 2023, n. 20, recante "Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare, convertito con modifiche in l. 5 maggio 2023, n. 5", (c.d. Decreto Cutro) ha abrogato il co. 1.1 dell'art. 19 del T.U. sull'immigrazione, nella parte in cui sanciva il divieto di respingimento o espulsione di un soggetto in caso di "fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare". L'art. 7, co. 2, del d.l. n. 20/2023 dispone che per le istanze presentate fino alla data di entrata in vigore del decreto, nonché nei casi in cui lo straniero abbia già ricevuto l'invito alla presentazione dell'istanza da parte della Questura, continua ad applicarsi la disciplina previgente. La Corte di Cassazione, con le ordinanze 28161 e 28162 del 6 ottobre 2023 (in *www.altalex.it*), seppur nell'ambito di questioni sottoposte alla disciplina previgente, ha chiarito, in relazione all'abrogazione della norma in commento, che "in ogni caso, il diritto al rispetto della vita privata e familiare non solo è rimasto in vita nell'art. 5, comma 6, TUI, ma continua ad essere tutelato dall'art. 8 CEDU e rientra in quel "catalogo aperto" dei diritti fondamentali (cfr. Cass. Sez. U., 24413/2021) connessi alla dignità della persona e al diritto di svolgere la propria personalità nelle formazioni sociali, tutelati dagli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., trovando dunque il suo fondamento in fonti sovraordinate rispetto alla legislazione ordinaria".

Il vero momento di svolta nella regolamentazione di questa delicata materia è ascrivibile al d.lgs. n. 142/2015[15] e, soprattutto, alla legge n. 47/2017[16] (c.d. legge Zampa). Il provvedimento da ultimo richiamato - marcando una chiara evoluzione rispetto al passato - affronta tutte le questioni che si pongono in relazione all'ingresso nel territorio italiano dei minori stranieri non accompagnati[17]. Al riguardo, non è dato dubitare che l'attenzione dedicata alle complesse procedure

15 D. lgs. n. 142 del 18 agosto 2015 "Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonchè della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale".

16 Legge n. 47 del 21 aprile 2017, n. 47 "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati". La c.d. legge Zampa - apprezzabile tentativo di dare una regolamentazione organica alla materia - si incentra sul divieto espresso di respingimento del minore straniero non accompagnato. Il provvedimento, anche in ragione delle dimensioni assunte dai fenomeni migratori, si pone l'obiettivo di apprestare strumenti idonei a fronteggiare una molteplicità di problemi complessi che spaziano dall'assistenza del minore al momento dello sbarco alla stabile integrazione nel paese di accoglienza. È opportuno in questa sede segnalare che, trascorsi oltre cinque anni dall'entrata in vigore della Legge Zampa, è stato pubblicato in Gazzetta, il 13 dicembre 2022, il d.P.R. 4 ottobre 2022, n. 191, "Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, in attuazione dell'articolo 22 della legge 7 aprile 2017, n. 47, recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati". In argomento v. Morozzo della Rocca, P.: "I diritti di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati durante e dopo la minore età", *Fam. dir.*, 2023, p. 170 ss. ove si illustrano puntualmente le novità riguardo ai titoli di soggiorno rilasciabili ai minori stranieri non accompagnati i quali sono ora suddivisi in permesso per minore età, permesso per motivi familiari e permesso per richiesta di asilo. Il permesso per minore età rappresenta il titolo autorizzatorio di più immediata fruibilità, essendo rilasciabile al minore straniero non accompagnato non appena sia stato "*rintracciato nel territorio nazionale*" (art. 10, legge n. 47/2017). Tale titolo autorizzatorio, tuttavia, in un secondo momento può essere sostituito in favore di uno degli altri due titoli di soggiorno sopra menzionati. Il rilascio del permesso per minore di età - come stabilito oggi dal d.P.R. n. 191/2022 - può prescindere dall'esibizione del passaporto o di altro documento equipollente quando il minore straniero non accompagnato non ne disponga. La medesima esenzione documentale vale anche per il minore straniero non accompagnato che richieda il permesso di soggiorno per motivi familiari. Sul quadro normativo in materia di permesso di soggiorno v. Cordiano, A.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità", cit. p. 233 ss.

17 La legge n. 47/2017 - come osservato in dottrina - sembra voler "dare effettività al principio espresso dall'art. 2 della nostra Costituzione, che pone la persona e la garanzia delle sue libertà al centro dell'ordinamento giuridico, quale valore massimo da realizzare" (cfr. Giova, S.: "I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017", cit., p. 99). Ciò premesso sarà importante verificare l'impatto che avrà sui minori stranieri non accompagnati la legge 1° dicembre 2018, n. 132 recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica".

di identificazione[18], alle misure di prima accoglienza[19] e alle misure di seconda accoglienza[20] mettono in luce un approccio volto a promuovere una più efficace e strutturata politica di accoglienza del minore straniero non accompagnato[21].

Questa strategia, tuttavia, rischia di essere in parte vanificata dalle disposizioni dettate dal recentissimo d.l. n. 133/2023[22], che presenta non pochi profili problematici. Invero, con riferimento all'accertamento dell'età anagrafica, l'art. 5

18 In caso di mancanza di documenti attestanti l'età dichiarata o di dubbi sulla veridicità degli stessi o delle dichiarazioni rilasciate, in base all'art. 5 della legge n. 47/2017, tutti gli accertamenti - da eseguirsi ad opera di personale specializzato e qualificato - devono essere improntati al consenso informato ed avvenire alla presenza del tutore, anche provvisorio. Inoltre, il provvedimento di attribuzione dell'età deve essere comunicato all'interessato ed all'esercente i poteri tutelari ed è impugnabile con reclamo. Infine, se a seguito degli accertamenti socio-sanitario permangono dubbi, la minore età è presunta, in virtù di un *favor minoris*. In questa direzione si segnala una pronuncia della Cassazione civile ove si precisa che "il margine di errore cristallizzato nell'accertamento sanitario non afferisce soltanto all'indagine medica ma guida, nei suoi esiti, anche l'accertamento demandato al giudice, correlandosi al primo l'affermazione della regola presuntiva per la quale, ove l'applicazione del margine di errore, in combinato con il range di età stimato dai sanitari, non consenta di addivenire con certezza alla determinazione dell'età, si presume nella persona esaminata quella minore" (cfr. Cass. 3 marzo 2020, n. 5936 in *www.ilquotidinaogiuridico.it*). Sulle peculiari finalità del procedimento di attribuzione dell'età ai minori stranieri non accompagnati si segnala altra sentenza della Cassazione civile ove si afferma che "l'attribuzione dell'età, nelle fattispecie in oggetto, non spiega efficacia solo ai fini dell'accesso al regime speciale di accoglienza previsto per i minori stranieri non accompagnati, ma è destinato a riverberare i suoi effetti anche in altri rami dell'ordinamento giuridico" (cfr. Cass. 9 marzo 2020, n. 6520, in *www.ilquotidinaogiuridico.it*). Sul tema dell'accertamento dell'età v. le riflessioni di Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 723 ss., e di Montaruli, V.: "La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra giurisdizione e amministrazione", G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 45 ss., ed ivi in particolare p. 54 ss. Si segnala altresì una recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 21 luglio 2022, Ricorso n. 5797/1 - *Darboe* e *Camara* c. *Italia*. Trattasi di sentenza di condanna dell'Italia a risarcire i danni non patrimoniali sofferti da un ragazzo straniero, giunto in Italia ancora minore e non accompagnato, per violazione dell'art. 8 Cedu ("Diritto alla vita privata e familiare"), stante l'assenza di garanzie minime nella procedura di determinazione dell'età; per violazione dell'art. 3 Cedu ("Trattamento inumano e degradante"), essendo il minore stato collocato, per oltre quattro mesi, in un centro di accoglienza per adulti in condizioni inadeguate; e per violazione dell'art. 13 Cedu ("Diritto ad un ricorso effettivo"), in combinato disposto con i richiamati artt. 3 e 8. Sul punto v. Cordiano, A.: "La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza", *Fam. dir.*, 2023, p. 197 ss.

19 L'art. 4 della legge n. 47/2017 prevede un primo inserimento dei minori in strutture di prima accoglienza a loro specificatamente destinate, dove devono permanere il tempo strettamente necessario, e comunque per non più di trenta giorni, dalla loro identificazione, che si deve concludere entro dieci giorni. La nuova previsione - apprezzabile sotto il profilo teorico - sconta, tuttavia, l'assenza di un sistema integrato di accoglienza, strutturato ed omogeneo sul territorio, che rende arduo il rispetto dei tempi sopra indicati.

20 Con riferimento alle misure di seconda accoglienza occorre segnalare che l'art. 7 della legge n. 47/2017, muovendo dalla condizione di maggiore vulnerabilità dei soggetti, dà facoltà agli enti locali di "promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari", individuando l'affidamento familiare quale soluzione di accoglienza prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza. In questa direzione Giova, S.: "I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017", cit., p. 107 s. ove si osserva come tale soluzione si inserisce nel vigente quadro normativo in materia di assistenza e protezione del minore.

21 In questa direzione Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 388. Invero, già all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 47/2017 - spesso anche a causa della neutralità finanziaria che premette soltanto interventi a "*costo zero*" - sono emerse alcune criticità che, in alcuni casi, non hanno consentito di dare risposte efficaci e soprattutto immediate. Peraltro, come segnalato da attenta dottrina (cfr. Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 710), la nuova disciplina pone al civilista "il problema del coordinamento con i principi e le categorie che sottendono la disciplina generale dei mezzi di protezione del fanciullo che versa in situazione di disagio".

22 D.l. 5 ottobre 2023, n. 133, recante "*Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale, nonché per il supporto alle politiche di sicurezza e la funzionalità del Ministero dell'interno*".

del richiamato decreto legge prevede che in caso di arrivi consistenti, multipli e ravvicinati, l'autorità di pubblica sicurezza possa disporre, nell'immediatezza, lo svolgimento di rilievi antropometrici o di altri accertamenti sanitari, anche radiografici, volti all'individuazione dell'età[23]. Si richiamano dunque strumenti - quale ad esempio l'esame radiografico - che ampia letteratura medica ha confermato essere inadeguati, in quanto aumentano il margine di errore della rilevazione dell'età[24]. Dello svolgimento di questi accertamenti deve essere data immediata comunicazione alla procura della Repubblica, che ne autorizza l'esecuzione in forma scritta o, "*nei casi di particolare urgenza*", oralmente. Ci si chiede, peraltro, quanto possa essere urgente procedere all'accertamento dell'età al punto da non poter aspettare l'autorizzazione in forma scritta.

Altro punto fortemente critico del d.l. n. 133/2023 è relativo all'accoglienza dei minori. Si prevede, infatti, che in presenza di arrivi consistenti e ravvicinati di minori non accompagnati, qualora l'accoglienza non possa essere assicurata dai comuni e in caso di temporanea indisponibilità di strutture ricettive temporanee, il prefetto possa disporre la provvisoria accoglienza del minore di età non inferiore a sedici anni in una sezione dedicata nei centri e strutture per adulti, per un periodo comunque non superiore a novanta giorni. Una misura, dunque, che va in netta controtendenza rispetto alla necessità di adottare provvedimenti adeguati a evitare la promiscuità di presenza di minori presso strutture dedicate agli adulti.

Nel nuovo sistema di accoglienza assume una peculiare valenza l'istituzione presso ogni Tribunale per i Minorenni[25] di un elenco di tutori volontari al quale

23 In particolare, l'art. 5 del d.l. n. 133/2023 ha modificato il d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, aggiungendo all'art. 19 bis il comma 6 ter, che prevede che "in deroga al comma 6, in caso di arrivi consistenti, multipli e ravvicinati, a seguito di attività di ricerca e soccorso in mare, di rintraccio alla frontiera o nelle zone di transito di cui all'articolo 28 bis, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, di rintraccio sul territorio nazionale a seguito di ingresso avvenuto eludendo i controlli di frontiera, l'autorità di pubblica sicurezza, nel procedere a rilievi dattiloscopici e fotografici, può disporre, nell'immediatezza, lo svolgimento di rilievi antropometrici o di altri accertamenti sanitari, anche radiografici, volti all'individuazione dell'età, dandone immediata comunicazione alla procura della Repubblica presso il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie che ne autorizza l'esecuzione in forma scritta. Nei casi di particolare urgenza, l'autorizzazione può essere data oralmente e successivamente confermata per iscritto. Il verbale delle attività compiute, contenente anche l'esito delle operazioni e l'indicazione del margine di errore, è notificato allo straniero e, contestualmente, all'esercente i poteri tutelari, ove nominato, ed è trasmesso alla procura della Repubblica presso il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie nelle quarantotto ore successive. Si applicano i commi 3-ter e 7, per quanto compatibili. Il predetto verbale può essere impugnato davanti al tribunale per la persona, la famiglia ed i minorenni entro 5 giorni dalla notifica, ai sensi degli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Quando è proposta istanza di sospensione, il giudice, in composizione monocratica, decide in via d'urgenza entro 5 giorni. Ogni procedimento amministrativo e penale conseguente all'identificazione come maggiorenne è sospeso fino alla decisione su tale istanza".

24 Sul punto, si rinvia alla "Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, elaborata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate" istituita con delibera della Camera dei deputati del 17 novembre 2014, modificata con delibera del 23 marzo 2016. La relazione è consultabile in *www.documenti.camera.it*.

25 È opportuno rilevare che il d.lgs. n. 149/2022 di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata ha previsto l'istituzione

possono iscriversi, previa selezione e formazione, privati cittadini disponibili ad assumere la tutela del minore straniero non accompagnato (art. 11, legge n. 47/2017)[26]. È questo un passaggio saliente attesa la funzione di grande rilevo che assume il tutore volontario (provvisorio o definitivo che sia) in tutte le fasi della presa in carico dei minori stranieri non accompagnati. Ma non solo. Il tutore volontario costituisce una figura di supporto indispensabile in tutte le attività finalizzate a garantire al minore straniero non accompagnato - nel quadro dei procedimenti giurisdizionali e amministrativi che lo riguardano - l'effettivo godimento dei diritti fondamentali all'assistenza sanitaria, all'istruzione, all'ascolto e all'assistenza legale[27].

III. LA LEGGE N. 47/2017. TRATTI SALIENTI: IL DIVIETO DI RESPINGIMENTO.

La legge n. 47/2017, fin dal primo articolo, garantisce l'equiparazione di trattamento dei minori stranieri non accompagnati con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea, in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità[28]. Si afferma, almeno in linea teorica, la tutela globale del minore non

del Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie. In particolare, il Tribunale sarà composto dalla sezione distrettuale e dalle sezioni circondariali: alla sezione distrettuale andranno attribuiti, tra l'altro, i procedimenti relativi alla materia dei minori stranieri non accompagnati (v. l'art. 50.5 del r.d. n. 12/1941). L'art. 50 del d.lgs. n. 149/2022, rubricato "norma di coordinamento", prevede che "a decorrere dalla data di efficacia delle disposizioni di cui alla sezione VII del capo IV, le parole "tribunale per i minorenni", ovunque presenti, in tutta la legislazione vigente, sono sostituite dalle parole "tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie".

26 Si mira ad un progetto di "cittadinanza attiva" a favore dei minori stranieri non accompagnati che tende a coinvolgere l'intera popolazione, favorendo così, su tutto il territorio nazionale, un percorso di integrazione e di accoglienza (sul punto v. Morozzo della Rocca, P.: "Tutela e curatela del minore", in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di): *Diritto civile minorile*, Esi, Napoli, 2022, p. 263 s.; Albano, F.: "La tutela dei minori stranieri", C. De Robbio (a cura di): *Stranieri e diritto*, Pacini, Pisa, 2018, p. 240, ove si sottolinea come attraverso l'art. 11 della legge n. 47/2017 si evita la cattiva prassi di un tutore che ha in carico decine di minori stranieri non accompagnati). V., inoltre, Long, J.: "La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati: punti di forza e criticità di un nuovo modello", *Minorigiustizia*, 2021, p. 181 ss. Sul tema dei tutori volontari, occorre inoltre segnalare la recente emanazione del d.m. Interno 8 agosto 2022, in tema di "Disciplina delle modalità dei rimborsi e degli interventi in favore dei tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati". Invero, la complessità della materia - accentuata dalla stratificazione normativa - induce a ritenere che sarebbe stata preferibile la figura dei tutori con preparazione giuridica. In ogni caso, occorre ricordare che la competenza alla nomina del tutore per i minori stranieri non accompagnati ricade, in via esclusiva, sul Tribunale per i Minorenni.

27 Il tutore volontario svolge un ruolo fondamentale nel tradurre sul piano concreto l'attenzione per la storia di ciascun minore in tutela, potendo contribuire in modo decisivo a trasformare i bisogni in diritti (per alcuni spunti di riflessione in argomento v. Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", cit., p. 398 ss.). Ciò premesso, occorre precisare che la figura del tutore volontario del minore straniero non accompagnato non rappresenta una novità assoluta rispetto alle singole realtà locali. Tuttavia, uno degli elementi di criticità che ha caratterizzato la "tutela volontaria" nella maggior parte delle regioni italiane è stata l'assenza di elenchi ufficiali da cui il giudice possa attingere per effettuare la nomina del tutore. Sottolinea tale criticità Albano, F.: "Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza", cit., p. 63 s.

28 I minori stranieri non accompagnati sono stati specificamente inclusi tra le "persone vulnerabili" dall'articolo 3 della direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 recante "norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare". Sulla direttiva in questione si è recentemente espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con decisione del 14 gennaio 2021, C-441/19 - TQ c. *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, statuendo che prima di adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, lo Stato membro interessato deve effettuare una valutazione approfondita della situazione di tale minore e accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia disponibile un'accoglienza adeguata. In particolare, non sono compatibili con il diritto UE né normative nazionali che prevedano un trattamento differenziato minori in base al solo criterio dell'età, né prassi che

accompagnato svincolata dall'appartenenza al territorio, ovvero riconosciuta senza il vincolo della cittadinanza.

Rispetto all'assetto previgente, notevole rilevanza assume l'art. 3 rubricato "*divieto di respingimento*"[29]. Si colma una lacuna legislativa del T.U. sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) e in particolare dell'art. 19, comma 1, il quale, disponendo che non si può né espellere né respingere lo straniero verso uno Stato in cui lo stesso possa essere oggetto di persecuzione, non includeva nel richiamato divieto di respingimento i minori non accompagnati, ora inclusi nel comma 1-*bis*, novellato dall'art. 3[30]. In particolare, il nuovo comma 1-*bis*, stabilendo che "in nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati", mette in primo piano la tutela del minore anche a discapito della sicurezza interna, in nome proprio del principio inviolabile della tutela della vita umana[31]. Non a caso il divieto di espulsione che può essere derogato solo per motivi di ordine pubblico

consentano di procrastinarne l'allontanamento fino al compimento dei diciotto anni. Sul punto, v. la nota a sentenza di Fratea, C.: "Rimpatrio del minore straniero non accompagnato: solo una lettura sistematica della Dir. CE 2008/115 assicura il rispetto del principio del superiore interesse del fanciullo", *Fam. dir.*, 2021, p. 569 ss.

29 Sull'importanza del divieto di respingimento v. le puntuali osservazioni di Cordiano, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 1304, laddove si rileva che l'art. 3 della legge n. 47/2017 amplia ed arricchisce il novero dei diritti fondamentali riconosciuti ai minori stranieri non accompagnati, affiancando al preesistente divieto di espulsione (art. 19, comma 1, T.U. dell'immigrazione) un nuovo divieto di respingimento alla frontiera. Sul punto v. anche In questa direzione v. anche Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", cit., p. 388 ove si sottolinea che la legge n. 47/2017 consacra in termini assoluti il principio di "*non-refoulement*" sancendo il divieto assoluto di respingimento alla frontiera; Di Ruzza, C.: "I minori stranieri non accompagnati", cit. p. 91 s.

30 Preme rilevare che l'art. 19 del T.U dell'immigrazione in commento è stato ulteriormente arricchito dall'art. 1, comma 1, lett. e), n. 1), d.l. n. 130/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 173/2020. In particolare, il co. 1.1. dell'art. 19 prevede che "Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine". Per una disamina approfondita dell'art. 19 T.U. immigrazione, v. le riflessioni di Favilli, C.: "L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento italiano", in G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 105 ss., nonché Baraldi, A.: "Il principio di non respingimento alla luce della riforma introdotta dal d.l. 130 del 2020 e della emergenza pandemica", G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 121 ss. Sul d.l. n. 130/2020 cfr. inoltre Contini, M.C.: "Le novità del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare", *Foro italiano*, 2020, nonché De Chiara, C.: "Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate", *www.questionegiustizia.it*, 2020.

31 Si afferma, a chiare lettere, la prevalenza della tutela del minore sull'interesse generale alla sicurezza alla frontiera. Peraltro, come già previsto dall'art. 37-*bis* della legge n. 184/1983, questi fanciulli, qualora il giudice minorile ne ravvisi i presupposti, possono essere destinatari di un provvedimento di affidamento o di adozione. Su tali profili Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 712.

è, a sua volta, adottabile a condizione che tale provvedimento non comporti "un rischio di danni gravi per il minore"[32].

Nella logica dell'accoglienza al minore devono essere garantiti tutti i mezzi di protezione gradualmente disposti dalla legge dello Stato italiano nel pieno rispetto della tutela del superiore interesse del minore[33]. In questa prospettiva, la gradualità delle tutele dei minori a rischio è "arbitrata" dal diritto del minorenne di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia o, se questo non è oggettivamente possibile, di un'altra famiglia che gli dovrà essere procurata[34]. È questo un diritto che, proprio in ragione del suo ruolo ordinante, assurge a principio, all'insegna del quale, deve individuarsi non solo lo strumento di tutela, ma anche - come giustamente sottolineato da attenta dottrina - la definizione del contenuto[35].

1. L'ascolto del minore e la figura del mediatore culturale.

Atteso che ogni forma di protezione finisce con l'incidere sulle relazioni primarie del minore, occorre valutare realisticamente tali legami: solo così si potrà individuare la soluzione più idonea a realizzare l'interesse fondamentale del minore sotteso al diritto di vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia.

Tuttavia, deve prendersi atto che i flussi migratori - oggi più che in passato - appaiono molto diversificati: sui barconi della speranza si registra la presenza non solo di grandi minori ma anche di bambini molto piccoli, abbandonati volontariamente dai genitori nella speranza che qualcuno possa garantire loro una vita migliore[36]. Sono queste le ipotesi - non fosse altro per la difficoltà (*rectius* impossibilità) di

32 Sulle ragioni di sicurezza interna non possono influire i principi vigenti in tema di superiore interesse del minore. Il minore potrà essere espulso solo in casi eccezionali: ad esempio, per motivi di terrorismo internazionale. In questo contesto, la richiesta (eccezionale) di espulsione dovrà essere fatta dalla Questura e rivolta al competente tribunale minorile, come disposto dal comma 4, dell'art. 31 T.U. dell'immigrazione, oggi integrato dalla precisazione secondo la quale il provvedimento di espulsione non deve comportare "un rischio di danni gravi per il minore" e l'obbligo per il Tribunale di decidere con tempestività e comunque non oltre trenta giorni. Su tali profili Del Guercio, A.: "I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati", *Minorigiustizia*, 2017, p. 138 ss.

33 Muovendo dal presupposto che occorre agire nel superiore interesse del minore, risulta fondamentale ridurre, per quanto possibile, il numero dei ricoveri dei minori stranieri non accompagnati nelle strutture di accoglienza, favorendo - nell'ottica di un autentico progetto di integrazione - gli affidamenti familiari. In questa direzione v. Di Ruzza, C.: "I minori stranieri non accompagnati", cit. p. 92 s. ove si sottolinea come l'accoglienza del minore in strutture deve essere intesa come "il primo passo verso un processo di integrazione, sociale e lavorativa, che deve portare – o, quantomeno, tendere - all'autonomia del minore". L'accoglienza, in buona sostanza, rappresenta la fase iniziale di un percorso finalizzato all'effettiva integrazione.

34 L'accompagnamento del minore straniero non accompagnato nel percorso di integrazione può essere garantito attraverso l'inserimento in una famiglia di affidatari.

35 Cfr. Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 713, ove si sottolinea l'esigenza di garantire una tutela quanto più possibile "aderente possibile alla singolare dimensione antropologica e relazionale dell'interessato".

36 In questa prospettiva v. Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive", cit., p. 716.

rintracciare i genitori o i parenti - in cui si configura generalmente una situazione di abbandono definitivo, che può condurre ad attivare una procedura di adozione. Rispetto ai grandi minori, viceversa, si configura generalmente una situazione fattuale di abbandono contingente, rispetto alla quale l'autorità giudiziaria minorile dovrà avviare una valutazione di diritto dell'abbandono medesimo[37] .

Con riguardo ai minori a rischio, stranieri e soli, la c.d. legge Zampa - come puntualmente riscontrato in dottrina - mette a punto una procedura volta a scrutare le peculiarità esistenziali di questi fanciulli e ciò al fine di realizzare il loro interesse ad essere destinatari di forme di protezione tempestive[38]. Non è dato dubitare, infatti, che questa situazione di abbandono contingente può portare il minore ad entrare in contatto con ambienti pericolosi, con pesanti ripercussioni sulla formazione e sulla sicurezza del fanciullo.

In questa logica assume prioritaria rilevanza l'art. 5 della legge n. 47/2017 che prevede l'inserimento dell'art. 19-*bis* nel d.lgs. n. 142/2015: in base al richiamato articolo nel momento in cui il minore straniero non accompagnato entra in contatto o viene segnalato all'autorità deve essere ascoltato[39]. Pertanto, il primo adempimento è il colloquio.

A tal riguardo, occorre evidenziare che il lemma colloquio, in materia minorile evoca la categoria dell'ascolto, il quale, già nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è riconosciuto come diritto fondamentale del minore, confermato poi dalle fonti multilivello. Del resto, lo stesso d.lgs. n. 142/2015, all'art. 18, comma 2, indica l'ascolto del minore come adempimento necessario per valutare il suo interesse, "tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale" e il comma 2-*ter*, introdotto dall'art. 15 della legge n. 47/2017 che conferma il diritto all'ascolto in tutti i procedimenti che riguardano il minore. Il colloquio, pertanto, così come prospettato dall'art. 19-*bis*, risulta strumento fondamentale per dare voce al minore nel momento in cui entra in contatto con l'autorità pubblica[40].

Il colloquio deve essere condotto dal personale qualificato della struttura di prima accoglienza ed in particolare da uno psicologo dell'età evolutiva, con

37 In particolare, occorrerà verificare la sussistenza di una rete di "relazioni primarie" nel territorio italiano e ciò al fine di appurare se lo stato di abbandono del minore abbia o meno il carattere della definitività.

38 Al riguardo v. Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive", cit., p. 716. Tutti gli adempimenti procedurali messi a punto dalla legge n. 47/2017 per tutelare il soggetto vulnerabile devono avvenire nel lasso di tempo più breve possibile: ogni irragionevole ritardo, infatti, potrebbe determinare un pregiudizio irreparabile per il minore interessato.

39 Sull'ascolto quale strumento di tutela del minore vulnerabile alla luce della legge n. 47/2017 v. Gambini, M.: "Il diritto all'ascolto del minore *vulnerabile*", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli, 2018, p. 143 ss.

40 Espletato il colloquio l'autorità pubblica potrà attivarsi in modo maggiormente conforme all'interesse del minore straniero non accompagnato.

il possibile ausilio delle istituzioni locali operanti nel settore minorile e con la partecipazione di un mediatore culturale[41]. Si attiva, pertanto, una procedura che esalta il senso del diritto all'ascolto del minore straniero non accompagnato e ne garantisce l'effettività grazie all'intervento delle professionalità sopra richiamate[42].

Risulta chiaro il senso dell'adempimento: fare emergere il vissuto, le circostanze del viaggio migratorio, la personalità nonché i bisogni di quel minorenne e ciò allo scopo di definire il suo interesse e disporre lo strumento di tutela che meglio lo possa realizzare. Si afferma, pertanto, una lettura di carattere esistenziale e relazionale, che penetra - come sottolineato da attenta dottrina - le "radici più profonde della persona, non soltanto di tipo familiare, ma pure socio-culturale"[43].

In questo percorso valutativo spicca la figura del mediatore culturale. Quest'ultimo - presente in tutte le trame della procedura diretta a proteggere il minore straniero non accompagnato - è preposto a realizzare l'inserimento del minore nella società, operando una sintesi tra il sistema culturale del Paese di provenienza e quello di approdo. Una sintesi che, a ben vedere, costituisce la premessa di senso dell'interesse del minore e dunque la cifra all'insegna della quale definire il contenuto dei suoi diritti fondamentali[44]. Attraverso il mediatore culturale il bambino avrà la possibilità di narrarsi, rendendo davvero possibile la comprensione della sua storia e delle sue aspirazioni, agevolando così l'individuazione della forma di protezione più idonea.

2. Le indagini familiari e il diritto all'unita' familiare.

Come già evidenziato, nella logica dell'accoglienza tracciata dalla legge n. 47/2017 assume un ruolo centrale il diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. In questa prospettiva assumono un ruolo fondamentale le indagini familiari. Al riguardo, l'art. 6 della Legge Zampa presenta una disciplina assimilabile, per grandi linee, a quella delineata dall'art. 19, comma 7, del d.lgs. n. 142/2015, il quale prevede che, al fine di garantire il diritto all'unità familiare del minore straniero non accompagnato, debbano essere avviate tutte le iniziative necessarie alla ricerca e all'individuazione dei suoi familiari.

41 La rete di competenze professionali chiamate ad intervenire in sede di colloquio evidenzia l'importanza che la legge attribuisce a questo momento.

42 In considerazione della parità di trattamento del minore straniero non accompagnato e del minore cittadino italiano o dell'Unione europea (art. 1, legge n. 47/2017), uno dei primi adempimenti della procedura deve riguardare l'accertamento della capacità di discernimento del bambino.

43 Cfr. Senigallia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 720 p. Sul tema dell'ascolto del minore straniero non accompagnato v. anche Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", cit., p. 401 s.

44 In questa direzione Senigallia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive", cit. p. 720. Spunti di sicuro interesse si rinvengono, altresì, in Cordiano, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", cit., p. 1300.

Il richiamato art. 6 attribuisce la competenza sulle indagini familiari nei riguardi del minore straniero non accompagnato richiedente asilo al Ministero dell'interno che, d'intesa con il Ministero della giustizia e con il Ministero degli affari esteri, svolgerà tutti gli accertamenti, avendo sempre riguardo al superiore interesse del minore. Le indagini familiari andranno svolte osservando l'obbligo dell'assoluta riservatezza e tutelando la sicurezza di tutti i soggetti coinvolti. Gli esiti delle indagini verranno comunicate al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale anche in via provvisoria[45].

Tra le novità introdotte dall'art. 6 occorre segnalare che la soluzione dell'affidamento del minore straniero non accompagnato ai familiari idonei a prendersi cura di lui deve essere preferita al collocamento in comunità. Il ricovero in una struttura di accoglienza, infatti, deve costituire una soluzione residuale. In tal senso, una significativa conferma si rinviene nel successivo art. 7 della Legge Zampa che - integrando l'art. 2, comma 1, della legge n. 184/1983 - introduce il comma 1-*bis* in base al quale si prevede che "gli enti locali possono promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari per favorire l'affidamento familiare dei minori stranieri non accompagnati, in via prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza"[46]. Ad ulteriore riprova di quanto affermato, l'art. 2 è stato recentemente arricchito, con l'introduzione del co. 3 *bis*, dall'art. 9, co. 1, della legge n. 107/2020, ove si prevede che "I provvedimenti adottati ai sensi dei commi 2 e 3 devono indicare espressamente le ragioni per le quali non si ritiene possibile la permanenza nel nucleo familiare originario e le ragioni per le quali non sia possibile procedere ad un affidamento ad una famiglia, fermo restando quanto disposto dall'articolo 4, comma 3".

In definitiva, dal combinato disposto delle previsioni appena richiamate emerge chiaramente che il miglior interesse del minore straniero non accompagnato passa attraverso l'inserimento in una comunità familiare[47]. Quest'ultima soluzione - espressamente prevista, come già evidenziato, dall'art. 2, comma 1-*bis*, legge

45 Rimane invariata la competenza della Direzione Generale dell'immigrazione in ordine alle indagini familiari a favore dei minori stranieri non richiedenti asilo, come già previsto dalla lett. f), comma 2, d.p.c.m. 535 del 1999.

46 L'art. 2 della legge n. 184/1983 ha subìto ulteriori integrazioni a seguito della recente Riforma del processo civile. Difatti, l'art. 28, comma 1, lett. a), nn. 1) e 2), del d.lgs. n. 149/2022 ha inserito i commi 1.1. e 2 *bis*, i quali rispettivamente dispongono che "Il minore non può essere affidato a parenti o affini entro il quarto grado di chi ha composto il collegio che ha adottato il provvedimento, del consulente tecnico d'ufficio e di coloro che hanno svolto le funzioni di assistente sociale nel medesimo procedimento" e che "Il minore non può essere inserito presso strutture o comunità pubbliche o private nelle quali rivestono cariche rappresentative, o partecipano alla gestione delle medesime strutture, o prestano a favore di esse attività professionale, anche a titolo gratuito, o fanno parte degli organi di società che le gestiscono, persone che sono parenti o affini entro il quarto grado, convivente, parte dell'unione civile o coniuge di chi ha composto il collegio che ha adottato il provvedimento, del consulente tecnico d'ufficio o di coloro che hanno svolto le funzioni di assistente sociale nel medesimo procedimento".

47 La comunità familiare deve preferibilmente individuarsi nella cerchia dei suoi parenti eventualmente rintracciati all'esito delle indagini familiari o, in subordine, mediante l'affidamento a persone idonee. Sul punto v. Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", cit., p. 403 s.

n. 184/1983 - deve essere letta in una prospettiva sistematica che tenga conto dell'intervento legislativo in materia di continuità affettiva dei minori in affido familiare. Tale norma, infatti, attribuisce rilievo ai "legami affettivi significativi" ed al "rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria". Detto scopo viene perseguito sia nell'ipotesi in cui all'affidamento segua l'adozione da parte di persone diverse dagli affidatari (art. 4, comma 5-*bis*, legge n. 184/1983, come introdotto dall'art. 1, legge n. 173/2015), sia qualora l'affidamento temporaneo venga seguito dal reinserimento del minore nella propria famiglia biologica. In entrambi i casi - come peraltro sottolineato in dottrina - assume rilevanza fondamentale l'esigenza di tutelare la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento, ove ciò corrisponda all'interesse del minore[48].

Il rimpatrio assistito e volontario - così come previsto dall'art. 8 della legge n. 47/2017 - viene adottato quando, sentiti il minore e il tutore e visti gli esiti delle indagini familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo e la relazione dei servizi sociali competenti circa la situazione del minore in Italia, esso corrisponda al suo superiore interesse. Al riguardo, il Tribunale per i Minorenni competente opera una valutazione nella quale - a conferma di quanto evidenziato in precedenza - assumono un peculiare rilievo le risultanze che emergono dall'ascolto del minore e del suo tutore, nonché i risultati delle indagini familiari svolte nel Paese di origine o in un Paese terzo e la relazione dei servizi sociali concernente la situazione del minore in Italia.

IV. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE: UN BILANCIO IN CHIAROSCURO.

Non è dato dubitare che in materia di tutela del minore straniero sono stati fatti numerosi passi avanti. Il giusnaturalismo dei diritti dei minori - sancito, come già ricordato, da diversi strumenti di diritto internazionale - si è arricchito, sul piano del diritto interno grazie anche alla c.d. Legge Zampa. Il provvedimento, come già evidenziato, affronta in modo organico e strutturato tutte le questioni inerenti all'ingresso nel territorio italiano del minore straniero non accompagnato.

Alcune misure di intervento, tuttavia, appaiono farraginose, rischiando di vanificare quella fondamentale esigenza di tempestività che sta alla base di ogni efficace politica di tutela del minore straniero. Al riguardo, basti pensare alla complessa procedura istituita dalla legge n. 47/2017 per determinare l'età del bambino ed ai tempi necessari per esperirla[49].

48 A tal riguardo v. Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato", cit., p. 403 ss.

49 Su tale aspetto v. Del Vecchio, I.: "L'effettività nella tutela del minore straniero non accompagnato tra interventi strutturali ed emergenziali: la legge Zampa e il caso della relocation", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli, 2018, p. 130. L'art. 19 *bis* del

Gli stessi tempi di ascolto - alla luce dell'evocata parità di trattamento del minore straniero non accompagnato con il minore cittadino italiano o dell'U.E. (art. 1 della legge n. 47/2017) - potrebbero non rivelarsi brevi: il colloquio con il minore (soprattutto se infradodicenne), infatti, impone tempi adeguati già con riferimento all'accertamento della capacità di discernimento.

Il vero *vulnus* della normativa in esame, tuttavia, risiede altrove. Così come già avvenuto in occasione di altri recenti interventi normativi che hanno avuto il merito di spingere il tema della vulnerabilità al centro del diritto che cambia, non come espressione di disuguaglianza, ma come criterio di inclusione sociale per superare le disuguaglianze e, al tempo stesso, per garantire piena dignità alla persona, la legge n. 47/2017 subordina l'attuazione dei diritti riconosciuti al minore alla circostanza che non derivino nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica[50]. È come affermare, da una parte, il riconoscimento di inviolabili diritti dell'individuo e, dall'altro indirettamente, il disconoscimento, per ragioni economiche. Peraltro, con non poco rammarico, occorre rilevare che le ricorrenti (e pur comprensibili) esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica finiscono con l'incidere negativamente - anche in questa circostanza - sulla piena realizzazione dei diritti umani e dei diritti fondamentali dei soggetti più deboli, rendendo difficilmente attuabili, rispetto ai minori stranieri non accompagnati, il soddisfacimento e l'effettivo godimento delle libertà proclamate dalla Carta costituzionale[51].

In questo scenario in chiaroscuro si è innestato il controverso d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 e la legge di conversione 1° dicembre 2018, n. 132 recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione,

d.lgs. n. 142/2015, a seguito delle modifiche introdotte *ex* art. 6 d.l. n. 133/2023 prevede che l'accertamento socio-sanitario dell'età debba essere effettuato dalle *équipe* multidisciplinari e multiprofessionali previste dall'Accordo sancito in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 9, co. 2, lett. c), del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, da costituirsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 133/2023, nonché che l'accertamento debba concludersi entro sessanta giorni.

50 Il comma 3 dell'art. 21 della legge n. 47/2017 statuisce "dall'attuazione della presente legge, a eccezione delle disposizioni di cui all'articolo 16 e all'articolo 17, comma 3, non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". Quanto alle risorse per l'accoglienza dei minori non accompagnati, occorre rilevare che l'art. 1, comma 181 e comma 182 della legge n. 190/2014, ha trasferito la gestione del Fondo per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati - attraverso il quale si provvede alla copertura dei costi sostenuti dagli enti locali - dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali al Ministero dell'Intero. Può essere qui interessante rilevare che, se negli ultimi anni, per far fronte alle crescenti esigente di accoglienza dei minori stranieri in relazione agli elevanti numeri di ingressi, la dotazione del Fondo è stata incrementata (v., sul punto, Camera dei deputati, Servizio Studi, XVIII legislatura, consultabile in *www.camera.it*), la legge di bilancio 2023 (legge n. 197/2022) sul capitolo di spesa 2353 "Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati" presenta una dotazione di euro 117.780.580 per l'anno 2023, 155.000.000 per l'anno 2024 e 121.700.000 per l'anno 2025, riducendola, quindi, di 11 milioni di euro nel 2024 e di 44,3 milioni di euro nel 2025 (cfr. il Dossier della XIX legislatura, Legge di Bilancio 2023 - Profili di interesse della Commissione Affari costituzionali A.C. 643-*bis*, in particolare p. 91).

51 Occorre rilevare che la legge prevede importanti novità sul piano strutturale e operativo di tutti gli organi che entrano in contatto con i minori stranieri non accompagnati incidendo - aspetto tutt'altro che irrilevante - su settori già fortemente carenti dal punto di vista delle risorse umane e finanziarie (cfr. Del Vecchio, I.: "L'effettività nella tutela del minore straniero non accompagnato tra interventi strutturali ed emergenziali: la legge Zampa e il caso della relocation", cit., p. 129). Conseguentemente la piena realizzazione del quadro prefigurato dalla legge n. 47/2017 resta rimesso allo sforzo delle singole amministrazioni.

sicurezza pubblica" che ha modificato profondamente il sistema di protezione internazionale, sia sul piano del riconoscimento delle domande che dell'accoglienza. Al riguardo, occorre rilevare che la richiamata normativa, pur non contenendo norme restrittive esplicitamente rivolte ai minori stranieri non accompagnati, in taluni casi, può impattare negativamente sul percorso di integrazione dei minori prossimi al compimento della maggiore età. Non si può sottacere, infatti, che prima dell'entrata in vigore del decreto sicurezza la maggior parte dei minori richiedenti asilo otteneva un permesso di soggiorno per motivi umanitari: pertanto, a seguito dell'abrogazione della c.d. protezione umanitaria, si è reso concreto il rischio per i minori richiedenti asilo di vedersi rigettata la domanda dalla Commissione territoriale. In caso di diniego prima del compimento della maggiore età, il minore potrà ottenere il permesso di soggiorno per minore età e - ove ne ricorrano i requisiti - potrà successivamente convertirlo in permesso per studio, lavoro o attesa occupazione. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di protezione internazionale dopo il compimento della maggiore età, appariva concreto il rischio per i neo-maggiorenni di non poter più regolarizzare la loro posizione. Nel tentativo di arginare il problema, il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 14, introdotto nel regolamento del T.U. sull'immigrazione dal d.p.r. n. 191/2022, prevede, in caso di diniego della protezione internazionale, che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo - rilasciato al minore straniero non accompagnato che nel frattempo sia divenuto maggiorenne - possa essere convertito in uno dei permessi indicati dall'art. 32 del T.U. sull'immigrazione[52]. Ad ogni modo, risulta molto importante valutare (*rectius* rivalutare) per ciascun minore straniero non accompagnato richiedente asilo se sussistono i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale o speciale (molto più restrittivi di quelli richiesti per il riconoscimento della protezione umanitaria, nonostante il recente ampliamento dei presupposti della protezione speciale) ovvero se sussistono i presupposti per la conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di studio o lavoro[53].

52 La novità legislativa appare apprezzabile: si colma un vuoto di tutela che, sino ad oggi, aveva indotto i minori stranieri non accompagnati più vicini alla maggiore età "a non chiedere l'asilo pur in presenza di biografie ipoteticamente eleggibili allo status per timore di ricevere un rifiuto dopo avere ormai compiuto la maggiore età, trovandosi così, senza più rimedio, privi di un titolo di soggiorno" (cfr. Morozzo della Rocca, P.: "I diritti di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati durante e dopo la minore età", cit., p. 172).

53 Nonostante l'incremento delle fattispecie di protezione speciale previsto dal novellato art. 19, del T.U. sull'immigrazione (sul punto, v. *retro* nota 30) permangono alcuni problemi. In particolare, preso atto che i minori stranieri non accompagnati presenti in Italia sono in prevalenza diciassettenni è possibile che molti di essi, al compimento della maggiore età, non abbiano raggiunto un livello di integrazione per beneficiare della protezione speciale. Su tali aspetti v. le riflessioni di Fiore, O., Reggio, S.: "L'accertamento dei fatti rilevanti nelle richieste di protezione internazionale avanzate da minori", in G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 73 ss., ed ivi in particolare p. 75.

BIBLIOGRAFIA

Albano, F.: "Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza", *Minorigiustizia*, 2017, p. 61 ss.

Albano, F.: "La tutela dei minori stranieri", C. De Robbio (a cura di): *Stranieri e diritto*, Pacini, Pisa, 2018, p. 240 ss.

Baraldi, A.: "Il principio di non respingimento alla luce della riforma introdotta dal d.l. 130 del 2020 e della emergenza pandemica", G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. p. 121 ss.

Bonifazi, C., Demurtas, P.: "I minori stranieri non accompagnati: dimensioni e caratteristiche nello scenario europeo e italiano", *Minorigiustizia*, 2017, p. 33 ss.

Carapezza Figlia, G.: "Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli, 2018, p. 206 ss.

Contini, M.C.: "Le novità del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare", *Foro italiano*, 2020.

Cordiano, A.: "La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza", *Fam. dir.*, 2023, p. 197 ss.

Cordiano, A.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità", in Cordiano, A., Senigaglia, R. (a cura di): *Diritto civile minorile*, Esi, Napoli, 2022, p. 229 ss.

Cordiano, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1299 ss.

Cottatellucci, C.: "Nuovi cittadini, asilo e minori stranieri soli", *Minorigiustizia*, 2017, p. 13 ss.

De Chiara, C.: "Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate", *www.questionegiustizia.it*, 2020.

Del Guercio, A.: "I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati", *Minorigiustizia*, 2017, p. 138 ss.

Del Vecchio, I.: "L'effettività nella tutela del minore straniero non accompagnato tra interventi strutturali ed emergenziali: la legge Zampa e il caso della relocation", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli, 2018, p. 130 ss.

Di Ruzza, C.: "I minori stranieri non accompagnati", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli, 2018, p. 91 ss.

Favilli, C.: "L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento italiano", in G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 105 ss.

Fiore, O., Reggio, S.: "L'accertamento dei fatti rilevanti nelle richieste di protezione internazionale avanzate da minori", in G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 73 ss.

Fratea, C.: "Rimpatrio del minore straniero non accompagnato: solo una lettura sistematica della Dir. CE 2008/115 assicura il rispetto del principio del superiore interesse del fanciullo", *Fam. dir.*, 2021, p. 569 ss.

Gambini, M.: "Il diritto all'ascolto del minore *vulnerabile*", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Esi, Napoli, 2018, p. 143 ss.

Giova, S.: "I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017", in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di): *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Napoli, 2018, p. 97 ss.

Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 388 ss.

Lenti, L.: *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2016.

Lipari, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

Long, J.: "La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati: punti di forza e criticità di un nuovo modello", *Minorigiustizia*, 2021, p. 181 ss.

Montaruli, V.: "La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra giurisdizione e amministrazione", G. Grasso, M. Betti (a cura di): *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 45 ss.

Morozzo della Rocca, P.: "I diritti di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati durante e dopo la minore età", *Fam. dir.*, 2023, p. 170 ss.

Morozzo della Rocca, P.: "Tutela e curatela del minore", in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di): *Diritto civile minorile*, Esi, Napoli, 2022, p. 263 ss.

Pascucci, L.: "Diritto all'unità familiare dello straniero", *Fam. dir.*, 2011, p. 827 ss.

Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 334 ss.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972.

Ricca, M.: *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

Ricca, M.: *Polifemo. La cecità dello straniero*, Torri del Vento, Palermo, 2011.

Sacco, R.: *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Jus civile*, 2017, p. 710 ss.

Tomai, G.: "Tutela del minore, Reg. di Dublino III e diritto all'unità familiare", *Minorigiustizia*, 2017, p. 118 ss.

SÍMBOLOS RELIGIOSOS Y ESCUELA PÚBLICA. LA RAZONABLE COMPOSICIÓN DE INTERESES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO

RELIGIOUS SYMBOLS AND PUBLIC SCHOOL. THE REASONABLE ACCOMMODATION OF THE ITALIAN COURT OF CASSATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 206-225

Valerio
ROTONDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Esta contribución pretende profundizar en los problemas relacionados con la exhibición de símbolos, con especial referencia a los relacionados con el crucifijo y su exhibición en las escuelas públicas.

PALABRAS CLAVE: Crucifijo; laicidad del estado; razonabilidad; inclusión.

ABSTRACT: *The aim of this contribution is to study in deep the problems connected to the use of symbols, with particular reference to those connected to the crucifix and its showing within public schools.*

KEY WORDS: *Crucifix; secularism of the state; reasonableness; inclusion.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: SÍMBOLOS Y CONFLICTOS.- II. CASO RECIENTE JUZGADO POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO SOBRE LA EXHIBICIÓN DEL CRUCIFIJO EN LA ESCUELA PÚBLICA.- III. LA EXPOSICIÓN DEL CRUCIFIJO Y EL PRINCIPIO DE LAICIDAD DEL ESTADO.- IV. EXPOSICIÓN DEL CRUCIFIJO Y *REASONABLE ACCOMODATION*.- V. CONCLUSIONES: EL PAPEL DEL INTÉRPRETE EN LA COMPOSICIÓN DE POTENCIALES CONFLICTOS RELACIONADOS CON LA HETEROGENEIDAD CULTURAL.

I. INTRODUCCIÓN: SÍMBOLOS Y CONFLICTOS.

Los problemas relacionados con el fenómeno religioso siguen ocupando la atención del jurista a pesar del proceso de secularización que ha afectado progresivamente al mundo contemporáneo a nivel cultural. Entre ellos, los relacionados con la exhibición de símbolos religiosos han llamado recientemente la atención del Tribunal de Casación italiano, en su máxima composición, en referencia a la colocación del crucifijo en el interior de las escuelas públicas[1].

Antes de continuar, creo que es útil aclarar qué se entiende por "símbolo" y por qué a menudo surgen conflictos debido a él.

Considerando las palabras del estudioso Carl Gustav Jung, se puede afirmar que "una imagen es simbólica cuando implica algo que está más allá de su significado obvio e inmediato"[2]. El símbolo combina "los elementos más diversos en una impresión unitaria"[3]. Muchas veces tiene la particularidad de, simultáneamente, sustituir el lenguaje[4] y comunicar las reglas que rigen los espacios[5] que los acogen[6].

A un nivel eminentemente práctico, la capacidad de dar voz "a través de una explicación silenciosa"[7] a un sentimiento idéntico entre quienes se reconocen en el símbolo tiene como consecuencia, en el contexto social actual (caracterizado por su heterogeneidad cultural multifacética y cambiante[8]), la continuación del

1 Cass., Sección. un., 9 de septiembre de 2021, n. 24414

2 Jung, C.G.: *L'uomo e i suoi simboli*, Milano, 2004, p. 5.

3 Bachofen, J.J.: *Versuch über die Graber symbolik der Alten*, Kroner, 1984, p. 52.

4 Eliade, M.: "Immages et symboles. Essais sur le symbolisme magico- religieux", *Rev. Science Rel.*, 1952, II, p. 197.

5 Brunelli, G.: "Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità", *en Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI* (coord. por A. Pace), Padova, 2008, p. 275 ss.

6 Labbè, Y.: *Le naed symbolique*, Paris, 1997, p. 12.

7 Arcopinto, A.: "Simboli religiosi, pubblicità e marketing", *en Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica* (coord. por A. Fuccillo), Napoli, 2017, p. 458.

8 Settis, S.: *Futuro del classico*, Torino, 2004, p. 5.

• Valerio Rotondo
Investigador postdoctoral de Derecho Privado, Universidad de Molise. Correo electrónico: valerio.rotondo@unimol.it

antagonismo perenne entre quienes se reconocen y no se reconocen en un símbolo dado, como participantes o no participantes de una misma creencia, pasión o fe[9].

De ello se deduce que cualquier debate sobre el tema del simbolismo sólo puede mantener como denominador común la cuestión inherente a la identidad, tanto colectiva como individual[10], y que corresponde al intérprete evaluar constantemente la razonable coexistencia en nuestra comunidad de las más variadas características identitarias.

Los símbolos religiosos, en particular, deben entenderse "como tipos de signos que representan un medio a través del cual se es capaz de crear una relación entre el individuo y la fe religiosa, convirtiéndose en testimonio directo de la propia pertenencia confesional"[11]. Se distinguen signos personales, expresión de una libre elección individual de la persona (pensemos, a modo de ejemplo, en el velo de la mujer islámica o en el turbante de los sikh) y signos colectivos. El crucifijo es uno de estos últimos.

II. CASO RECIENTE JUZGADO POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO SOBRE LA EXHIBICIÓN DEL CRUCIFIJO EN LA ESCUELA PÚBLICA.

El problema de la exhibición del crucifijo no es nuevo en la jurisprudencia italiana, pero retorna, en el reciente caso que nos ocupa, analizado de forma inédita. Se conocen casos en los que quien actuó fue un interventor electoral[12], un magistrado[13] o los padres, por cuenta propia y en interés de sus hijos menores[14].

La controversia que examina el Tribunal de Casación surge, sin embargo, a partir del expediente disciplinario impulsado por la Dirección Provincial de Educación contra un profesor de literatura en un instituto profesional público.

En particular, el profesor no respetó la orden del director de la escuela -que había aceptado la voluntad de la mayoría de los alumnos de la clase sobre el mantenimiento del crucifijo en el aula- e, invocando la protección de su libertad personal de enseñanza y de conciencia en materia religiosa, quitó el símbolo religioso del muro durante su hora de lección y lo reemplazó al final de la misma.

9 Lombardi Vallauri, L.: "Simboli e realizzazione", en *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale* (coord. por E. Dieni, A. Ferrari y V. Pacillo), Bologna, 2005, pp. 15-26.

10 Ferrari, S.: "Laicità dello Stato e pluralismo delle religioni", *Sociol. dir.*, 2006, p. 5 ss.

11 Fuccillo, A.: *Giustizia e religione*, I, Torino, 2011, p. 104.

12 Cass. pen., 1 de marzo 2000, n. 439.

13 Cass., 14 de marzo 2011, n. 5924.

14 Cass., Sez. un., ord., 10 de julio 2006 n. 15614

Por no haber respetado la orden dictada, que obligaba a todos los profesores a mantener el símbolo religioso en la pared, el profesor fue sometido a un procedimiento disciplinario y sancionado con suspensión de la docencia durante treinta días.

El docente apeló la orden de servicio del director y la medida disciplinaria de la dirección escolar, señalando, respecto de la primera, que era discriminatoria y, respecto de la segunda, su inconstitucionalidad.

Tanto en el procedimiento ante el Tribunal de Terni, como en el de Perugia, el profesor no vio estimadas sus pretensiones[15].

El proceso judicial llega así ante el Tribunal de Casación, en su máxima composición, tras la sentencia de (la Casación), en la que, habiéndose identificado una cuestión de particular relevancia, se remitió al Primer Presidente quien, a su vez, invocó la intervención de las Secciones Unidas, conforme art. 374, párrafo 2, c.p.c.

En particular, la cuestión examinada se refería a la compatibilidad entre la orden de exhibición del crucifijo, dada por el director de la escuela sobre la base de la resolución adoptada por la mayoría de la asamblea de estudiantes, y la libertad de conciencia y de enseñanza en materia religiosa del profesor.

La cuestión -se dice literalmente - se refiere, por tanto, "al equilibrio, en el contexto escolar, entre la libertad de enseñanza, entendida como autonomía didáctica y libre expresión del profesor, y el respeto a la conciencia civil y moral de los alumnos"[16] .

De ello se deduce que la cuestión subyacente se refiere al método de resolver un posible "conflicto" y a la posibilidad de hacer prevalecer una u otra libertad. En el caso que nos ocupa el conflicto involucra, por un lado, el derecho de los estudiantes, que se reconocen en el símbolo del crucifijo y han manifestado querer que permanezca colgado en la pared de su aula, y, por otro, la libertad del profesor, expresada en la resistencia a su exhibición.

III. LA EXPOSICIÓN DEL CRUCIFIJO Y EL PRINCIPIO DE LAICIDAD DEL ESTADO.

Antes de continuar, y para subrayar la importancia de la cuestión de la colocación del crucifijo en los espacios institucionales públicos, puede ser útil recordar, no

15 Trib. Terni, 29 de marzo 2013, n. 122 e App. Perugia, 19 de diciembre 2014, n. 165.

16 Cass., Sección. un., 9 de septiembre de 2021, n. 24414, cit.

sólo que los problemas que estamos discutiendo son objeto, en Italia, de una propuesta legislativa (la l. nº 387 de 2018, asignada a la 1ª Comisión de Asuntos Constitucionales, que contiene "Disposiciones relativas a la exhibición del Crucifijo en las escuelas y oficinas de la administración pública"), sino también, sobre todo, que este tema, en fases alternas, al menos cada veinte años, estimula la atención de la doctrina. que, con razón, lo ha definido como una "pequeña guerra"[17] regida por la intervención cíclica de la jurisprudencia -incluso supranacional[18]- pero cuya resolución está atada en un nudo gordiano, difícil de cortar .

La decisión de las Secciones Unidas de la Corte Suprema es interesante, no sólo por las cuestiones que en ella se abordan, sino más bien por el "expediente de resolución" utilizado para resolver la disputa (el llamado *reasonable accomodation*), que permite a la Corte superar la rígida alternativa binaria entre obligación y prohibición de exhibir el símbolo religioso[19].

Además, el recurso explícito, por parte del Tribunal Supremo, a los principios del ordenamiento jurídico y a su ponderación[20] para dirimir la cosa litigiosa[21], en ausencia de una disposición legislativa específica[22] -cuya presencia, en cualquier

17 Margiotta Broglio, F.: "Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea", *en Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato* (coord. por F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli y F. Onida), Bologna, 1997, p. 203.

18 Se remite a las dos sentencias del Tribunal de Estrasburgo. La de 2009, en la que la exhibición del crucifijo se consideró contraria al derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos según sus creencias religiosas, y la de la Gran Sala de 2011, que anuló esa decisión. Véase Corte edu, 3 de noviembre de 2009, n. 30814/06, Lautsi v. Italia; Corte edu, Gran Sala, 18 de marzo de 2011, n. 30814/06, Lautsi y otros v. Italia.

19 Brunelli, G.: "Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa", cit., p. 275 ss.

20 Una técnica que, como enseña magistralmente la doctrina, «consiste en hacer uso, de vez en cuando, adecuadamente a la cuestión que se decide, de una jerarquía razonable de intereses y valores, expresados por los principios fundamentales, en su inseparable coordinación (Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, II, Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, p. 399).

21 Sobre el valor normativo de los principios ver, para todos Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, II*, cit., p. 207; Id.: *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, p. 15; Id.: "Dogmatica giuridica e legalità costituzionale", *Ann. Sisdic*, 2019, 3, p. 2; Id.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *ivi*, 2017, 1, p 12 ss.; Id., "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 119; Id.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 132-134; Id.: *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, pp. 53 ss. e 80 ss.; Id.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss., aora en Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile,* Napoli, 1989, p. 3 ss.

22 Incluso en ausencia de un vacío legislativo, el intérprete debe, a nivel interpretativo, combinar razonablemente tanto las reglas como los principios (Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 128) que «se complementan» (Perlingieri, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", cit., p. 14).

caso, no habría desautorizado al intérprete de su papel[23] y, *a priori*, suficientemente concluyente del caso concreto[24]- confiere cierto interés al *decisum.*

Para comprender mejor la decisión que estamos analizando, conviene recordar que los problemas que plantea la exhibición del crucifijo en el espacio público están influidos, por un lado, por el principio de laicidad del Estado y, por otro, por la época, así como por el tipo de fuente, que organiza su publicación.

A nivel normativo, la obligación de exhibir el crucifijo en las aulas de las escuelas públicas no encuentra cobijo en una ley ordinaria. sino en el art. 118 r.d. 30 de abril de 1924, n. 965 y en el art. 119 r.d., 26 de abril de 1928, n. 1297.

El Tribunal Supremo, en lugar de considerar implícitamente que estas fuentes reguladoras secundarias preconstitucionales deben ser derogadas en virtud de la entrada en vigor de la Constitución republicana, encuentra en ellas la base normativa que justifica la exhibición del crucifijo en las aulas escolares. Mediante una interpretación conforme a los principios constitucionales de la legislación citada, el Tribunal, aprovechando el carácter pasivo del símbolo del crucifijo[25] y el principio de laicidad que, en Italia, se convierte en un principio fundamental (véanse los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 cost.[26]), admite la exhibición legítima y continua del símbolo religioso dentro de las escuelas públicas.

23 Hecho y norma son indisolublemente "objetos del conocimiento del jurista" (así Perlingieri, P.: *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 104). De otra manera, como ha señalado recientemente doctrina autorizada - en contraste con la posición de Bobbio, N.: "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", *Riv. Trim.*, 1950, p. 342 s. – «el discurso del jurista se resolvería en un discurso basado «en» palabras o grupos de palabras. [Efectivamente] el hecho, no sólo la palabra, es el objeto de la ciencia jurídica" (así Perlingieri, G.: Il diritto contro se stesso". Al margen de un libro reciente de Massimo La Torre", *Rass. dir .civ.,* 2022, p. 1174, nota 8, retomando la autorizada enseñanza de Perlingieri, P.: "Produzione scientifica", cit., p. 6).

24 Véase la enseñanza de Grossi, P.: *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 125, para el cual «el juez, mediante operaciones puramente valorativas, debe comprender el caso a resolver y adaptar la norma a la realidad de la vida, identificando la disciplina más adecuada» de modo que sea el intérprete quien, siempre, «en cumplimiento del principio de legalidad está llamado a identificar en cada momento histórico y en el contexto territorial particular cuál es el orden impuesto por el ordenamiento jurídico vigente en su unidad, para luego identificar, también a partir del análisis de los intereses implicado en el caso concreto, lo que a la luz de ese sistema dado y de ciertos valores, incluso partiendo de la mera letra de la ley o del caso abstracto y a menudo inadecuado, puede o no ser considerada la solución más razonable" (así Perlingieri, G.: *Profili applicativi*, cit., p. 132, pero véase también Id.: "Sul criterio di ragionevolezza", *Ann. Sisdic*, 2017, 1, p. 58 s.) haciendo así «un elección, un acto selectivo, una preferencia, una derrota de un interés o de un valor frente a otro" (literalmente Perlingieri, G.: "Il diritto contro se stesso", cit., p. 1174). No se trata, pues, de una operación aséptica, ni neutra ni exclusivamente lógica, sino más bien cultural. Recuerde el aporte de Ascarelli, T.: "Antígona e Porzia", *Riv. Ent. phil. dir.*, 1955, p. 756 ss., especificaciones p. 765, para el cual «la ley nunca es un hecho, sino una creación continua de la cual el intérprete es un continuo colaborador [...]. La relación entre la ley y su interpretación no es la que existe entre una realidad y su espejo, sino la que existe entre la semilla y la planta y por tanto la ley vive sólo de su interpretación y aplicación que por otra parte no es así, no es en modo alguno una simple declaración suya, sino una creación de derecho, caracterizada sin embargo por su continuidad con los datos de los que parte".

25 Corte edu, Grande camera, 18 de marzo 2011, n. 30814/06, Lautsi e altri c. Italia.

26 Tribunal Constitucional, 11 de abril 1989, n. 203, *Giur. cost.*, 1989, p. 890 ss.; Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 1990, n. 259, *Foro it.*, 1991, I, c. 3028 ss.; Tribunal Constitucional, 14 de enero de 1991, n. 13, *Dir. fam.*, 1991, p. 865 ss.; Tribunal Constitucional, 27 de abril de 1993, n. 195, *Foro it.*, 1995, I, c. 3114 ss.; Tribunal Constitucional, 5 de mayo de 1995, n. 149, *Giur. cost.*, 1995, p. 1241ss.; Tribunal Constitucional, 18 de octubre de 1995, n. 440, *Foro it.* 1996, I, c. 30 ss.; Tribunal Constitucional, 31 de mayo de 1996, n. 178, *ivi*, 1998, I, c. 3503 ss.; Tribunal Constitucional, 8 de octubre de 1996, n. 334, *Dir. fam.*, 1997, p. 451 ss.;

Precisamente, sobre la base de este principio -eminentemente preceptivo- que sitúa el pluralismo religioso como un aspecto de un pluralismo más amplio de valores - el Tribunal Supremo, en el caso que analizamos, sanciona simultáneamente, tanto la eliminación de la obligación de exhibir el crucifijo - que traería consigo la identificación de la estadidad con un credo específico[27]- así como la prohibición de su exhibición - que, en cambio, contrastaría con "la salvaguardia de la libertad de religión de todos, en un régimen de pluralismo confesional y cultural"[28].

La regulación reglamentaria, aunque preconstitucional (y ya no admisible en cuando a la obligación de exhibir el crucifijo) debe interpretarse "en el sentido de que debe ser observada cuando la comunidad escolar involucrada considera que la necesidad de exhibición del crucifijo en el aula es digna de protección, como cualquier otro símbolo de una creencia religiosa diferente que se pretende colocar, teniendo [así] en cuenta las necesidades derivadas de la implementación del principio de democracia (artículos 1, 2, 3 y 19 de la Constitución) destinado a prevalecer"[29].

El incumplimiento de una obligación que, por tanto, no se traduce necesariamente en su contrario, sino en una facultad atribuida a las formaciones sociales individuales, como son, precisamente, las comunidades escolares, de tomar decisiones -en el respeto y salvaguarda de las creencias de cada miembro de esa comunidad específica- respecto a la exhibición de símbolos religiosos[30].

Esta apertura debe ser bienvenida si se considera, no sólo que la identidad constitucional italiana no tolera imposiciones y límites, si no son indispensables para el desarrollo libre y pleno de la persona humana[31], sino que más bien protege la libertad y la pluralidad en los límites dentro de los cuales son funcionales; teniendo, además, en cuenta el actual contexto multiétnico y multireligioso que caracteriza nuestra época, que invita calurosamente al intérprete a compartir la enseñanza,

Tribunal Constitucional, 15 de julio de 1997, n. 235, *Foro it.*, 1998, I, c. 3503 ss.; Tribunal Constitucional, 14 de noviembre de 1997, n. 329, *Dir. fam.*, 1998, p. 849 ss.; Tribunal Constitucional, 20 de noviembre de 2000, n. 508, *ivi*, 2001, p. 489 ss.; Tribunal Constitucional, 9 de julio de 2002, n. 327, *ivi*, 2003, p. 904 ss.; Tribunal Constitucional, 15 de diciembre de 2004, n. 389, *Giur. cost.*, 2004, p. 4300 ss.; Tribunal Constitucional, 24 de marzo de 2016, n. 63, *Foro it.*, 2017, I, c. 1451 ss.; Tribunal Constitucional, 5 de diciembre de 2019, n. 254, *Giur. cost.*, 2019, p. 3131 ss.

27 Corte cost., 14 de noviembre 1997, n. 329, cit.

28 Sobre las conexiones entre secularismo y pluralismo entre las numerosas contribuciones, cf. Cardia, C.: "Stato Laico", *Enc. dir., XLIII*, Milano, 1990, p. 875 ss.; Rimoli, F.: "Laicità (const. dir.)", *Enc. jur. Treccani, XVIII*, Roma, 1995, p. 1 ss.; Mangiameli, S.: "La «laicità» del Estado entre la neutralización del factor religioso y el «pluralismo confesional y cultural»", *Dir. soc.*, 1997, p. 27 ss.

29 Malomo, A.: *Principio di eguaglianza e rapporti civili*, cit., p. 177.

30 Malomo, A.: *Principio di eguaglianza e rapporti civili*, cit., p. 178 ss.

31 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, III, Situazioni soggettive,* Napoli, 2020, p. 154; Id., *La personalità umana*, cit., p. 161 ss.

según la cual "la identidad cultural sólo puede concebirse como una pluralidad de perspectivas compatibles con el mantenimiento de la diversidad"[32].

Por tanto, la laicidad no debe confundirse con laicismo[33] o, incluso, con anarquía o nihilismo[34], indiferencia o extrañeza ante el fenómeno religioso, sino que debe entenderse en términos de equidistancia e imparcialidad[35] frente a él, conscientes de la relevancia que las diferentes condiciones religiosas asumen con referencia al estatus personal del individuo[36].

El principio de laicidad correctamente entendido, por tanto, "no niega ni ignora la contribución que los valores religiosos pueden aportar al crecimiento de la sociedad. Su objetivo es asegurar y mejorar el pluralismo de las elecciones personales en materia religiosa, así como garantizar la igual dignidad social y la igualdad de los ciudadanos"[37].

IV. EXHIBICIÓN DEL CRUCIFIJO Y *REASONABLE ACCOMODATION*.

Se ha constatado el valor cristiano del símbolo del crucifijo (dado su carácter esencialmente pasivo y más allá de la "polivalencia del significante"[38]); que su exposición coactiva no es compatible con el principio supremo de laicidad del Estado; que el mismo crucifijo no puede ser un identificador de la República Italiana (ya que la bandera según el art. 12 de la Constitución es el único símbolo mencionado en la Constitución[39]).

La decisión del Tribunal de Casación termina dando la respuesta a la pregunta planteada: ¿cuál es el método a seguir para resolver cualquier conflicto que implique, por un lado, el derecho de los alumnos a ver el crucifijo colgado en la pared de su aula y, por el otro, la libertad del profesor expresada en la resistencia a su colocación?

32 Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Dir. succ. fam*., 2017, p. 166.

33 Véanse las consideraciones de Doria, G.: "Il crocifisso nelle scuole pubbliche e lo «spazio di laicità»», cit., c. 277 para el cual «el deseo de expulsar, a priori y sin diálogo, de todos los contextos culturales latu sensu, cualquier elaboración que [...] parezca haber madurado o próxima a ambientes religiosos [...] no es laicidad sino laicismo».

34 V. Perlingieri, G.: "«Il diritto contro se stesso»", cit.

35 Corte cost., 7 de marzo 2017, n. 67, *Giur. cost*., 2017, p. 622.

36 *Asì* Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, III*, cit., p. 154.

37 Cass., Sez. un., 9 de septiembre 2021, n. 24414, cit.

38 Pasquali Cerioli, J.: "La mediazione laica sul crocifisso a scuola nel diritto vivente: da simbolo pubblico "del potere" a simbolo partecipato "della coscienza"", cit., p. 15

39 Corte cost., 4 de octubre 2018, n. 183, *Giur. cost.,* 2018, p. 2041 ss., con comentario de Salerno, G.M.: "La bandiera nazionale come simbolo dell'unità della Repubblica".

El Tribunal, evitando el riesgo de una posible eliminación de símbolos religiosos de las paredes de las aulas escolares -con el efecto de su consiguiente "desertificación cultural"- se inclina por su inclusión cuando su presencia no surge de una decisión vertical y/o unilateral, sino que es fruto de un "proceso dialéctico" que tuvo lugar en el seno de la comunidad escolar, "cuyo producto es el efecto de una elección [compartida] que viene desde abajo"[40].

Esta forma de proceder garantiza ajustes razonables[41] a posiciones posiblemente conflictivas. Desde esta perspectiva, el ajuste razonable, *melius*, según la razonabilidad, aparece a los ojos del intérprete como el topos de la comparación, del compartir, de la flexibilidad, del equilibrio, lejos de cualquier fundamentalismo, cuya lógica - retomando las palabras de los jueces - se funda "en el et-et" y no "sobre el aut-aut", fruto y expresión "del laicismo como método, método capaz de acercar a creyentes y no creyentes y de hacer convivir y dialogar las diferentes confesiones y convicciones mediante el rechazo a los cierres dogmáticos opuestos"[42].

Los argumentos expuestos llevan al Tribunal, en definitiva, a considerar que la circular emitida por el director de la escuela no se ajusta al "modelo y método de una comunidad de diálogo que busca en conjunto la composición de derechos iguales y opuestos, y no expresa una mediación o de compromiso"[43]. Y esto se debe a que el profesor -aunque disidente pero también miembro de la comunidad escolar- y sus creencias permanecieron ajenas al proceso deliberativo.

40 Cass., Sez. un., 9 de septiembre 2021, n. 24414, cit.

41 Técnica no desconocida para la doctrina (Cartabia, M.: "The Many and the Few: Clash of Values or Reasonable Accomodation?", *Am. Univ. Intern. Law Rev.*, 33, 4, 2018, p. 669-670; Ead.: "Il crocifisso e il calamaio", en *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (coord. por. R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi), Torino, 2004, p. 67; Weiler, J.H.H.: "Verso "Lautsi-bis"? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio", *Forum quad. cost.*, 2021, 2, p. 124 ss.; Ferrari, S.: "I simboli religiosi nello spazio pubblico", *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012, p. 317 ss.) cuya definición está contenida en el art. 2 de la Convenzione delle Nazioni Unite «Sui diritti delle persone con disabilità», del 13 de diciembre 2006, ratificado por Italia con la ley. 3 de marzo de 2008, n. 18 (sobre el cual véanse los argumentos de Barba, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con disabilità", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 419 ss.) y con la cual nos hacemos referencia a «alle modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

42 Cass., Sez. un., 9 de septiembre 2021, n. 24414, cit.

43 Cass., Sez. un., 9 de septiembre 2021, n. 24414, cit.

V. CONCLUSIONES: EL PAPEL DEL INTÉRPRETE EN LA COMPOSICIÓN DE POTENCIALES CONFLICTOS RELACIONADOS CON LA HETEROGENEIDAD CULTURAL.

Las reflexiones realizadas permiten subrayar la importancia que tiene para el intérprete pensar en los problemas que pueden surgir dentro de nuestra comunidad ante la multiculturalidad que caracteriza la actualidad[44].

El jurista, en particular, "intérprete atento de los tiempos, que sabe cumplir mejor su función cuanto mejor sabe percibir las necesidades humanas y traducirlas en fórmulas apropiadas para una convivencia ordenada"[45], tiene encomendada la responsabilidad de tener que representar y abordar técnicamente los problemas importados dentro del propio ordenamiento jurídico por la heterogeneidad cultural y religiosa que progresivamente informa a la comunidad a la que se pertenece[46], y que, a menudo, afectan a los derechos fundamentales de la persona.

Se le ha confiado la tarea de garantizar la coexistencia pacífica entre culturas mediante la búsqueda de instrumentos adecuados para componer las dinámicas desencadenadas en el cruce entre derecho, religiones y culturas[47], identificando reglas de compatibilidad[48] adecuadas, no sólo para reconciliar, de vez en cuando, las diferentes intereses involucrados[49], sino también para ser capaz de ayudar a allanar el camino de ese proyecto político que persiga la convivencia posible en la diversidad y, al mismo tiempo, promueva la integración respetando tanto la alteridad como las propias características identitarias[50].

Como ya se ha mencionado "la identidad cultural, en nuestra época, sólo puede concebirse como una pluralidad de perspectivas compatibles con el mantenimiento

44 Azzariti, G.: "Multiculturalismo e Costituzione", *federalismi.it*., 23 de diciembre 2015, p. 2.

45 Calamandrei, P.:, "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente", *Riv. dir. proc*., 1955, p. 253.

46 Similarmente, Anello, G.: "Libertà di religione, matrimonio islamico e "diritto alla famiglia"", *Rass. dir. civ*., 2000, p. 243.

47 Fuccillo, A. y Santoro, R.: *Diritto, Religioni, Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2017, p. I.

48 No se puede negar que el multiculturalismo que caracteriza a la sociedad actual representa un carácter destinado a influir cada vez más en la producción de reglas.

49 Sobre la necesidad de identificar la legislación más adecuada a las peculiaridades del caso concreto, compatible con los intereses y valores en juego y, en esta perspectiva, sobre el papel y la responsabilidad del intérprete Perlingieri, P.: "«Princípi generali» e «interpretazione integrativa» en las p, de Emilio Betti", *Rass. dir. civ*., 2019, p. 106 ss.; Id.: "La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati", *Ann. Sisdic*, 2018, 2, spec. p. 13; Id.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rass. dir. civ*., 2018, p. 594; Id.: "L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano", *ivi*, 2014, p. 406; Id.: "Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"", *ivi*, 2010, p. 9, sino ya Id.: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", *Dir. giur*., 1975, p. 826 ss. y Id.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ*., 1980, p. 95 ss.

50 Camassa, E.: "Multiculturalismo, comunità di vita e familiari e principio di differenziazione", en *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità, Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC* (coord. por. Perlingieri, P. y Giova, S.), Napoli, 2019, p. 147 ss.

de la diversidad"[51]. A nivel práctico, esta necesidad, en un ordenamiento jurídico donde la Constitución es un instrumento de integración y construcción del mayor pluralismo posible[52], está asegurada, para el intérprete, a nivel metodológico, por el uso del canon de razonabilidad[53], que, como "criterio de medida flexible, capaz de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y los múltiples intereses en competencia, respetando el principio de legalidad, contribuye a identificar, en el momento de la aplicación, la solución, entre las abstractamente posibles», que se ajuste sobre todo a la lógica general del sistema y a sus valores normativos"[54].

En la resolución de conflictos, seguir la perspectiva indicada supone practicar "una hermenéutica axiológica adecuadamente diferenciada"[55], que, en un Estado cada vez más multicultural y multireligioso, conduce inevitablemente a la búsqueda de un "derecho flexible que tenga en cuenta que las decisiones deben ser inspiradas respetando razonablemente las libertades reconocidas y el consiguiente principio de diferenciación"[56]. Sí, como no ha dejado de señalar la doctrina más sensible, cuando la convivencia entre culturas implica opciones existenciales diferentes, el sistema debe ser inclusivo y, por tanto, capaz de adaptarse a situaciones, culturas y necesidades concretas de las personas[57].

Este modo de proceder requiere, sin embargo, que el intérprete posea una apertura intelectual que se vea empujada a identificar la tolerancia y la flexibilidad como piedras angulares del encuentro identitario[58] para contribuir a la eliminación de obstáculos, más o menos engorrosos[59], en los caminos que conducen a la construcción de una sociedad sólida y multicultural[60], en la firme convicción de que "cuanto más eficiente sea el derecho, más correspondencia habrá entre él y las necesidades que la realidad social va proponiendo"[61].

51 Perlingieri, P.: "Libertà religiosa", cit., p. 166.

52 Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 300.

53 Se consulten las reflexiones de Perlingieri, G.: "Sul criterio di ragionevolezza", *Ann. Sisdic*, 2017, 1, p. 34 s.; Id.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 717 ss., más extensamente el concepto de «ragionevolezza», Id.: *Profili applicativi*, cit.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, cit., pp. 398-406; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 154; ID.: "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, II, p. 163.

54 Perlingieri, G.: "Sul criterio di ragionevolezza", cit., p. 34 s.

55 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, III, cit., p. 186*

56 Perlingieri, P.: "Libertà religiosa", cit., p. 165.

57 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 160.

58 Esta es la perspectiva compartida por Aveta, R.: *Diritto diseguale e prassi multiculturale. Analisi comparativa in tema di discriminazione ed etnicizzazione*, Napoli, 2010, p. 9.

59 El pensamiento se dirige inevitablemente a la eliminación de "los obstáculos económicos y sociales que, al limitar efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". " a que se refiere el artículo 3, párrafo 2, de la Constitución.

60 Zagrebelsky, G.: *La virtú del dubbio*, Roma-Bari, 2007, p. 116.

61 Asì Ferri, G.B.: Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970, p. 65. Sobre el papel al que está llamado el jurista frente a las "instancias" producidas por la evolución de la sociedad Lucarelli,

Este enfoque obliga inevitablemente -*melius* obliga- al intérprete a abandonar cualquier solución basada en el argumento mayoritario[62] y a escapar, al mismo tiempo, de cualquier genuflexión respecto al sentido social[63], al sentimiento común[64] o, peor aún, a la aceptabilidad o no de la solución a proponer, que no haría más que introducir elementos de incertidumbre y arbitrariedad en la evaluación[65]. Por lo tanto, ninguno de los "criterios" que acabamos de exponer debe constituir nunca una justificación en la resolución de conflictos[66].

Los fundamentos axiológicos de nuestro sistema jurídico excluyen, estrictamente, cualquier pretensión de "soberanía subjetiva"[67] que presagia exclusivamente una potencial "tiranía de grupo".

Estos argumentos son aún más válidos cuando hablamos en general de libertades fundamentales[68] - históricamente afirmadas como "derechos de las minorías contra las mayorías, de quienes son numérica, social o económicamente más débiles o sin poder contra el poder de la mayoría"[69] - pero, más concretamente, de la religión, éste es el ámbito donde - en una sociedad como la nuestra, donde existe una "costumbre"[70], el abandono del criterio cuantitativo y la necesidad de

F.: *Lo specchio, l'immagine, il diritto*, Napoli, 2008, p. 2; Pugliatti, S.: *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978, p. 335.

62 Morelli, A. y Porciello, A.: "Verità, potere e simboli religiosi", *forumcostituzionale.it*, 2007, p. 15.

63 Lipari, N.: *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 27.

64 Piraino, F.: "Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1355.

65 Perlingieri, G.: "«Il diritto contro se stesso». En el margen de un libro reciente de Massimo La Torre", cit., p. 1190; Id.: ""La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo giuridico inclusivo» ed «esclusivo». Leggendo Wil J. Waluchow", *Ann. Sisdic*, 2020, 5, p. 90; Id.: "Legge, giudizio e diritto civile", *ivi*, 2018, 2, spec. p. 86; Id.: *Profili applicativi*, cit., p. 22 ss.

66 Conviene recordar aquí, para completar, que tanto el llamado criterio tan cuantitativo como el llamado sociológico - del catolicismo como religión mayoritaria (ver al respecto Baldassarre, S.: "Brevi considerazioni a margine della proposta di legge n. 387 del 2018 "Disposizioni concernenti l'esposizione del Crocifisso nelle scuole e nelle pubbliche amministrazioni"", *statoechiese.it*., 2019, p. 8) – han sido, en el pasado y en varias ocasiones, invocadas por el Juez de Derecho en sus decisiones (ver Tribunal Constitucional, 17 de diciembre de 1958, n. 79, *cortecostituzionale.it.*; Tribunal Constitucional, 31 de mayo de 1965, n 39, en el mismo, donde leemos que «La igual protección de la libertad de religiones, como protección de las manifestaciones individuales o asociadas de la fe religiosa, no excluye que el ordenamiento jurídico pueda considerar la diversas confesiones, en relación con su diferente relevancia en la comunidad estatal. […] Así lo confirma la propia Constitución, que, como es bien sabido, atribuye una posición particular a la religión católica. […] En particular, la igualdad de derechos a la libertad, reconocida a todas las confesiones religiosas, no significa el derecho a igual protección penal, ya que esta última puede disponerse no sólo para proteger la libertad de cada confesión, sino también para proteger los sentimientos religiosos de la mayoría de los ciudadanos, siempre que no hay limitación de esa libertad. A la mayor amplitud e intensidad de la protección que el ordenamiento jurídico italiano garantiza a la religión católica corresponde a la mayor amplitud e intensidad de las reacciones sociales, por ser la religión profesada por la mayoría de los italianos"; Tribunal Constitucional, 14 de febrero de 1973, n. 14, ibid), aunque luego fueron progresivamente desechados y reemplazados (Tribunal Constitucional, 18 de octubre de 1995, n. 440).

67 Casuscelli, G.: "Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"", *olir.it, julio*, 2005, p. 6.

68 Jemolo, A.C.: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1975, p. 170.

69 Colaianni, N.: "Simboli religiosi e processo di mediazione", *Statoechiese.it*, 2014, 1, p. 9.

70 Jemolo, A.C.: *I problemi pratici della libertà*, 2a ed., Milano, 1972, p. 144 s.

una protección igual de cada individuo que se identifica con una fe se imponen categóricamente a nivel metodológico[71].

71 Corte cost., 18 de octubre 1995, n. 440, en *Foro it.*, 1996, I, c. 30.

BIBLIOGRAFÍA

ANELLO, G.: "Libertà di religione, matrimonio islamico e "diritto alla famiglia"", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 243.

ARCOPINTO, A.: "Simboli religiosi, pubblicità e marketing", *en Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica* (coord. por A. Fuccillo), Napoli, 2017, p. 458.

ASCARELLI, T.: "Antígona e Porzia", *Riv. Ent. phil. dir.*, 1955, p. 756 ss.

AVETA, R.: *Diritto diseguale e prassi multiculturale. Analisi comparativa in tema di discriminazione ed etnicizzazione*, Napoli, 2010, p. 9.

AZZARITI, G.: "Multiculturalismo e Costituzione", *federalismi.it.*, 23 de diciembre 2015, p. 2.

BACHOFEN, J.J.*: Versuch úber die Graber symbolik der Alten*, Kroner, 1984, p. 52.

BALDASSARRE, S.: "Brevi considerazioni a margine della proposta di legge n. 387 del 2018 "Disposizioni concernenti l'esposizione del Crocifisso nelle scuole e nelle pubbliche amministrazioni"", *statoechiese.it.*, 2019, p. 8.

BARBA, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con disabilità", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 419 ss.

BOBBIO, N.: "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", *Riv. Trim.*, 1950, p. 342 s.

BRUNELLI, G.: "Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità", *en Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI* (coord. por A. Pace), Padova, 2008, p. 275 ss.

CALAMANDREI, P.:, "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente", *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 253.

CAMASSA, E.: "Multiculturalismo, comunità di vita e familiari e principio di differenziazione", en *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità, Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC* (coord. por. PERLINGIERI, P. y GIOVA, S.), Napoli, 2019, p. 147 ss.

CARDIA, C.: "Stato Laico", *Enc. dir., XLIII*, Milano, 1990, p. 875 ss.

CARTABIA, M.: "Il crocifisso e il calamaio", en *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (coord. por. R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi), Torino, 2004, p. 67.

Cartabia, M.: "The Many and the Few: Clash of Values or Reasonable Accomodation?", *Am. Univ. Intern. Law Rev.*, 33, 4, 2018, p. 669-670.

Casuscelli, G.: "Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e "regola della precauzione"", *olir.it, julio*, 2005, p. 6.

Colaianni, N.: "Simboli religiosi e processo di mediazione", *Statoechiese.it*, 2014, 1, p. 9.

Eliade, M.: "Immages et symboles. Essais sur le symbolisme magico- religieux", *Rev. Science Rel.*, 1952, II, p. 197.

Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 300.

Ferrari, S.: "I simboli religiosi nello spazio pubblico", *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012, p. 317 ss.

Ferrari, S.: "Laicità dello Stato e pluralismo delle religioni", *Sociol. dir.*, 2006, p. 5 ss.

Ferri, G.B.: Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970, p. 65.

Fuccillo, A. y Santoro, R.: *Diritto, Religioni, Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2017, p. I.

Fuccillo, A.: *Giustizia e religione*, I, Torino, 2011, p. 104.

Grossi, P.: *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 125.

Jemolo, A.C.: *I problemi pratici della libertà*, 2a ed., Milano, 1972, p. 144 s.

Jemolo, A.C.: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1975, p. 170.

Jung, C.G.: *L'uomo e i suoi simboli*, Milano, 2004, p. 5.

Labbè, Y.*: Le naed symbolique*, Paris, 1997, p. 12.

Lipari, N.: *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 27.

Lombardi Vallauri, L.: "Simboli e realizzazione", en *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale* (coord. por E. Dieni, A. Ferrari y V. Pacillo), Bologna, 2005, pp. 15-26.

LUCARELLI, F.: *Lo specchio, l'immagine, il diritto*, Napoli, 2008, p. 2.

MALOMO, A.: *Principio di eguaglianza e rapporti civili. Aspetti problematici e attuativi*, Napoli, 2022.

MANGIAMELI, S.: "La «laicità» del Estado entre la neutralización del factor religioso y el «pluralismo confesional y cultural»", *Dir. soc.*, 1997, p. 27 ss.

MARGIOTTA BROGLIO, F.: "Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea", *en Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato* (coord. por F. MARGIOTTA BROGLIO,

C. MIRABELLI y F. ONIDA), Bologna, 1997, p. 203.

MORELLI, A. y PORCIELLO, A.: "Verità, potere e simboli religiosi", *forumcostituzionale.it*, 2007, p. 15.

PERLINGIERI, G.: "Sul criterio di ragionevolezza", *Ann. Sisdic*, 2017, 1, p. 58 s.

PERLINGIERI, G.: "La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo giuridico inclusivo» ed «esclusivo». Leggendo Wil J. Waluchow", *Ann. Sisdic*, 2020, 5, p. 90.

PERLINGIERI, G.: "Legge, giudizio e diritto civile", *ivi*, 2018, 2, spec. p. 86.

PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 717 ss.

PERLINGIERI, G.: Il diritto contro se stesso". Al margen de un libro reciente de Massimo La Torre", *Rass. dir .civ.,* 2022, p. 1174.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civil*e, Napoli, 2015, p. 128.

PERLINGIERI, P.: "«Princípi generali» e «interpretazione integrativa» en las p, de Emilio Betti", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 106 ss.

PERLINGIERI, P.: "Dogmatica giuridica e legalità costituzionale", *Ann. Sisdic*, 2019, 3, p. 2.

PERLINGIERI, P.: "Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"", *Rass. dir. civ*, 2010, p. 9.

PERLINGIERI, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *ivi*, 2017, 1, p 12 ss.

Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 119.

Perlingieri, P.: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.

Perlingieri, P.: "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, II, p. 163.

Perlingieri, P.: "L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 406.

Perlingieri, P.: "La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati", *Ann. Sisdic*, 2018, 2, p. 13.

Perlingieri, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 594.

Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 166.

Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.

Perlingieri, P.: *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, pp. 53 ss. e 80 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, p. 399.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti,* III, *Situazioni soggettive,* Napoli, 2020, p. 154.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 132-134.

Perlingieri, P.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile,* Napoli, 1989, p. 3 ss.

Piraino, F.: "Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1355.

Pugliatti, S.: *Grammatica* e *Diritto*, Milano, 1978, p. 335.

Rimoli, F.: "Laicità (const. dir.)", *Enc. jur. Treccani, XVIII*, Roma, 1995, p. 1 ss.

Salerno, G.M.: "La bandiera nazionale come simbolo dell'unità della Repubblica", *Giur. cost.,* 2018, p. 2041 ss.

Settis, S.: *Futuro del classico*, Torino, 2004, p. 5.

Weiler, J.H.H.: "Verso "Lautsi-bis"? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio", *Forum quad. cost.*, 2021, 2, p. 124 ss.

Zagrebelsky, G.: *La virtú del dubbio*, Roma-Bari, 2007, p. 116.

INDICE DE SENTENCIAS

Corte edu, 3 de noviembre de 2009, n. 30814/06, Lautsi v. Italia;

Corte edu, Gran Sala, 18 de marzo de 2011, n. 30814/06, Lautsi y otros v. Italia.

Tribunal Constitucional, 17 de diciembre de 1958, n. 79

Tribunal Constitucional, 31 de mayo de 1965, n 39

Tribunal Constitucional, 14 de febrero de 1973, n. 14

Tribunal Constitucional, 11 de abril 1989, n. 203

Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 1990, n. 259

Tribunal Constitucional, 14 de enero de 1991, n. 13

Tribunal Constitucional, 27 de abril de 1993, n. 195

Tribunal Constitucional, 5 de mayo de 1995, n. 149

Tribunal Constitucional, 18 de octubre de 1995, n. 440

Tribunal Constitucional, 31 de mayo de 1996, n. 178

Tribunal Constitucional, 8 de octubre de 1996, n. 334

Tribunal Constitucional, 15 de julio de 1997, n. 235

Tribunal Constitucional, 14 de noviembre de 1997, n. 329

Tribunal Constitucional, 20 de noviembre de 2000, n. 508

Tribunal Constitucional, 9 de julio de 2002, n. 327

Tribunal Constitucional, 15 de diciembre de 2004, n. 389

Tribunal Constitucional, 24 de marzo de 2016, n. 63

Tribunal Constitucional, 7 de marzo 2017, n. 67

Tribunal Constitucional , 4 de octubre 2018, n. 183

Tribunal Constitucional, 5 de diciembre de 2019, n. 254

Tribunal de Casaciòn, Secciòn Un., 9 de septiembre de 2021, n. 24414

Tribunal de Casaciòn penal, 1 de marzo 2000, n. 439.

Tribunal de Casaciòn, Secciòn un., ord., 10 de julio 2006 n. 15614

Tribunal de Casaciòn, 14 de marzo 2011, n. 5924.

Tribunal de Terni, 29 de marzo 2013, n. 122

Tribunal App. Perugia, 19 de diciembre 2014, n. 165

LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL: ESTADO DE LA CUESTIÓN

ACKNOWLEDGMENTS OF COMPLACENCY IN SPANISH LAW: STATE OF THE ART

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 226-267

Ana Silvia
GALLO VÉLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La STS 15 julio 2016 ha sentado doctrina jurisprudencial con relación a los llamados reconocimientos de complacencia mediante argumentos claros y ordenados, aunque no por ello incontrovertibles. Esta doctrina se ha visto reafirmada por la posterior STS 28 noviembre 2016. Como consecuencia de ello, las Audiencias Provinciales han resuelto los casos que han conocido conforme a este fallo. Sin embargo, la doctrina especializada se ha manifestado, desde diferentes perspectivas, con relación a tres ejes cruciales que resuelve el fallo en esta materia: el primero, la defensa de la validez del reconocimiento de complacencia; el segundo la ratificación de la legitimación del autor de este reconocimiento para entablar la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre del reconocido; finalmente, sobre la acción de impugnación que procede cuando el reconocedor contrae matrimonio con la madre del reconocido, recordando la diferencia que se presenta en los términos de caducidad, en consideración a la clase de filiación: matrimonial o no matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Reconocimientos de complacencia; reconocimiento de la filiación; impugnación de la filiación; impugnación del reconocimiento.

ABSTRACT: *SSC 15 July 2016 has established jurisprudential doctrine in relation to the so-called recognitions of complacency by means of clear and orderly arguments, although not for this reason indisputable. This doctrine has been reaffirmed by the subsequent SSC 713/2016, of November 28. As a result, the Provincial Courts have resolved the cases they have known in accordance with this ruling. However, the specialized doctrine has manifested from different perspectives, in relation to three crucial axes that the ruling resolves in this matter: the first, the defense of the validity of the recognition of complacency; the second, the ratification of the legitimacy of the author of this recognition to file the action to challenge the paternity based on the fact of not being the father of the acknowledged; finally, on the action of challenge that follows when the acknowledger marries the mother of the acknowledged, recalling the difference that arises in the terms of expiration regarding the type of filiation: marital or nonmarital.*

KEY WORDS: *Acknowledgment of paternity; challenge of filiation; challenge of paternity; challenge of acknowledgment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 494/2016, DE 15 DE JULIO: HECHOS Y DOCTRINA.- III. DECISIONES EN ALGUNAS AUDIENCIAS PROVINCIALES POSTERIORES A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2016.- IV. LA INSCRIPCIÓN DE LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA ANTE EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL, POSTERIORES A LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE ESTUDIO.- V. LAS REACCIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO A LA SENTENCIA QUE SE COMENTA. VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Los avances de la ciencia y las transformaciones de la sociedad han permitido que la relación de filiación surja no únicamente de la relación sexual entre un hombre y una mujer o de un vínculo civil por adopción; también mediante las técnicas de reproducción humana asistida, de ahora en adelante TRHA, es posible establecer una filiación jurídica sin que exista el nexo biológico. Ahora bien, una vez determinada legalmente la relación paterno/materno filial, ni el verdadero padre biológico, ni tampoco el padre por adopción, ni el marido que dio el consentimiento para la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes, podrán destruir, desde el punto de vista jurídico, ese vínculo filial. Lo anterior se sintetiza en un principio en materia de filiación de conformidad con el cual: "Las filiaciones jurídicas no biológicas son irrevocables". Sin embargo, en el derecho común español si un varón reconoce a un niño como hijo suyo, por complacer a la madre del reconocido, a sabiendas de que no lo es desde el punto de vista de la biología, determinando jurídicamente una filiación falaz, ese mismo padre podrá destruir ese vínculo, dentro de unos plazos legalmente establecidos, mediante una acción de impugnación de la paternidad cuando ya no desee más ejercer ese papel de padre porque se rompió la relación amorosa que tenía con la madre del hijo reconocido. Y podrá destruir ese nexo filial con fundamento, justamente, en la ausencia de vínculo biológico pese a que el reconocimiento, en cuanto acto jurídico de determinación de la filiación, es esencialmente irrevocable.

Lo anterior ocurre por las imperfecciones del sistema jurídico de filiación y por la interpretación de la jurisprudencia española de las normas que lo regulan. La especial trascendencia que representa en la persona la relación con su padre y con su madre, lazo que constituye el núcleo esencial para el desenvolvimiento del ser humano en las relaciones familiares, laborales y sociales, amerita realizar una investigación sobre el estado de la cuestión de los reconocimientos de complacencia en el ámbito jurisprudencial y doctrinal español, tras la STS 15

• Ana Silvia Gallo Vélez
Profesora de tiempo completo, Área de Derecho Privado, Escuela de Derecho - Universidad EAFIT, Colombia.
Correo electrónico: agallov@eafit.edu.co

julio 2016[1] en la que, de nuevo, la jurisprudencia se enfrenta a la problemática que envuelven los reconocimientos de complacencia cuando el propio autor del reconocimiento promueve la acción de impugnación de la filiación, normalmente porque ha terminado la relación afectiva que tenía con la madre del hijo que reconoció. Es importante advertir que algunos de los argumentos de esta sentencia fueron transcritos literalmente, meses más tarde, en la STS 28 noviembre 2016[2] en un caso similar, como se verá más adelante.

Para desarrollar esta investigación se describe: en un primer momento y de manera muy breve los hechos de la STS 15 julio 2016[3], los fallos de primera y de segunda instancia, los motivos que llevaron a promover la casación y la decisión final. De igual manera, se perfilan los hechos de la STS 28 noviembre 2016[4], con las remisiones que hace a la STS 15 julio 2016[5]. En un segundo momento, se examinará lo que han resuelto las Audiencias Provinciales con posterioridad a esta sentencia, frente a la impugnación de los reconocimientos de complacencia cuando la acción la entabla el propio reconocedor. En un tercer momento, se referirá el concepto que mantiene en sus resoluciones la Dirección General de Registros y Notariado, (DGRN), ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) frente a las solicitudes de inscripción de reconocimientos de la paternidad cuando haya datos significativos y concluyentes de los que se pueda deducir que ese reconocimiento no se ajusta a la veracidad biológica, con un breve comentario de la doctrina sobre esta cuestión. Posteriormente, se describirán los aspectos centrales del fallo del Tribunal Supremo en la sentencia objeto de este estudio y se evidenciará cómo esta sentencia y la que se expidió poco tiempo después (STS 28 noviembre 2016[6]), han generado, de nuevo, reacciones en la doctrina especializada la cual se ha manifestado con diferentes argumentos, en pro y en contra, frente a casi todas las consideraciones del fallo. Finalmente se dejarán sentadas ciertas reflexiones. Todo lo anterior se realizará mediante una investigación de tipo teórico, en la que se llevará a cabo, en una inicial aproximación, un proceso descriptivo y sistematizador de sentencias[7] y de algunos comentarios de la doctrina especializada española tras la expedición de la STS 15 julio 2016[8], para posteriormente ascender mediante un método hermenéutico, a un análisis crítico, sobre el estado de la cuestión en el derecho común español de los reconocimientos de complacencia y la posibilidad de su impugnación por el propio autor del reconocimiento.

1 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).
2 STS 28 noviembre 2016 (Roj: 5222/2016).
3 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).
4 STS 28 noviembre 2016 (Roj: 5222/2016).
5 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).
6 STS 28 noviembre 2016 (Roj: 5222/2016).
7 Courtis, C.: *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, p. 117.
8 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 494/2016, DE 15 DE JULIO: HECHOS Y DOCTRINA.

Dª. Rosalía, madre soltera de una hija (Carlota), no reconocida por su padre biológico, contrajo matrimonio con D. Obdulio el 8 de septiembre de 2007. El 12 de noviembre de 2009, D. Obdulio reconoció a Carlota como hija suya ante el encargado del Registro Civil, sabiendo que no era el padre, con el consentimiento de la madre de la niña. Aproximadamente un año después, los cónyuges se separaron de hecho y posteriormente Dª. Rosalía inició el proceso de divorcio. Transcurridos dos años y cuatro meses, contados desde el momento en que se efectuó el reconocimiento, D. Obdulio interpuso demanda en la que solicitó que se declarara la nulidad del reconocimiento con fundamento en la falta de objeto, por la inexistencia del nexo biológico entre el reconocedor y la hija reconocida y, como consecuencia de ello, pidió la rectificación de la inscripción registral de la paternidad. Dª. Rosalía contestó la demanda admitiendo que D. Obdulio no era el padre biológico de Carlota, alegó la inexistencia de un vicio en el consentimiento en el reconocedor, defendió la validez del reconocimiento y citó el art. 136 CC., para indicar que conforme esta norma la acción de impugnación de la paternidad matrimonial ya había caducado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con base en la caducidad de la acción de impugnación, advirtiendo que ya había transcurrido el plazo de un año que recoge el art. 136 CC. D. Obdulio recurre la sentencia de primera instancia alegando que el art. 140 CC., aplica para aquellos supuestos en los que el reconocido nace antes de la celebración del matrimonio celebrado entre el reconocedor y la madre biológica, y que, conforme esta norma, el plazo de caducidad era de 4 años. Este fallo fue confirmado por la Audiencia Provincial de Málaga, salvo lo concerniente a las costas, indicando que cuando el reconocimiento se efectuaba dentro del matrimonio, éste atribuía a la filiación el carácter de matrimonial, y advirtiendo que, por lo tanto, la norma aplicable era el art. 136 CC. El demandante interpuso recurso de casación donde denunció infracción por aplicación indebida de dicho art. 136 CC., y por inaplicación del art. 140 CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, ratificando doctrina jurisprudencial en algunas cuestiones que suscitan los reconocimientos de complacencia cuando su autor entabla la acción de impugnación de la filiación por no ser el verdadero padre biológico, y, en otras, ha fijado doctrina con fundamento en una serie de argumentos que serán descritos en su oportunidad, con las reacciones que ellos generaron en la doctrina especializada.

Poco tiempo después, se expidió la STS 28 noviembre 2016[9], que resolvió también sobre un supuesto en el que el autor del reconocimiento de complacencia: D. Teófilo, presentó demanda solicitando se declarara la nulidad de la paternidad. De los hechos descritos en la sentencia consta que el demandante tenía una

9 STS 28 noviembre 2016 (Roj: 5222/2016).

relación estable no matrimonial con D.ª Erika y fruto de dicha unión nació un hijo en el año 2012. Meses más tarde, el día 27 de noviembre de 2012, Don Teófilo reconoció a Carla, hija de la demandada, nacida en el 2010, con previo conocimiento de la inexistencia del nexo biológico con la reconocida y, según sus propias declaraciones, efectuó el reconocimiento "porque ella decía que no sabía quién era su padre"[10]. Entre los meses agosto/septiembre de 2013, la relación entre D. Teófilo y D.ª Erika se terminó, y el actor procede a demandar la nulidad de la paternidad. La demandada: (D.ª Erika), madre de la menor reconocida: (Carla), contestó a la demanda solicitando se desestimara en su integridad. El juzgado de Primera Instancia resolvió a favor del demandante y declaró la nulidad del reconocimiento efectuado por D. Teófilo, refiriendo, como doctrina jurisprudencial, la STS 4 julio 2011[11], que, de igual manera, había resuelto un supuesto en el que el propio autor del reconocimiento de complacencia había ejercitado la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, citando en su decisión, el art. 140 CC., e indicando que aún no habían transcurrido los 4 años que establece esta norma como plazo de caducidad para entablar dicha acción. Frente a ello, D.ª Erica apeló, y en segunda instancia, la SAP Valencia, 24 septiembre 2015[12] estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda con fundamento en que el reconocimiento de complacencia no se podía impugnar porque ello implicaba desconocer el carácter indisponible del estado civil (arts. 748 y 751 Ley de Enjuiciamiento Civil), el carácter irrevocable del reconocimiento (art. 741 CC.) y de la adopción (art. 180.1 CC.), agregando que también se desconocía el carácter inimpugnable de la filiación que se establece mediante las técnicas de reproducción humana asistida (art. 8.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo, de ahora en adelante LTRHA), advirtiendo que tanto la irrevocabilidad de la adopción como la inimpugnabilidad de la filiación derivada de estas técnicas era aplicable al reconocimiento el cual no podía dejarse sin efecto por la sola decisión unilateral del reconocedor. La Audiencia indicó que la anulación del reconocimiento no se podía fundamentar en el art. 39.2 C.E., porque el principio de libre investigación de la paternidad que contenía esta norma sólo tenía razón de ser si con él se protegía el interés superior del menor. Agrega, además, que sería ir contra los actos propios invocar una circunstancia que el actor ya conocía al momento de efectuar el reconocimiento de la menor. Por último, D. Teófilo, presentó el recurso de casación alegando infracción por inaplicación del art. 140 CC, e infracción por interpretación errónea del art. 39.2 C.E., citando doctrina jurisprudencial para argumentar sus motivos de Casación. La decisión del T.S., en esta sentencia se apoyó, fundamentalmente, en la STS 15 julio 2016[13], estimando el recurso de casación interpuesto por D.

10 SAP Valencia, 24 septiembre 2015 (Roj: 4116/2015).

11 STS 4 julio 2011(Roj: 5546/2011).

12 SAP Valencia, 24 septiembre 2015 (Roj: 4116/2015).

13 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

Teófilo y confirmando con su fallo, la sentencia dictada en primera instancia sobre impugnación de la paternidad.

A continuación, se referirán algunas sentencias de las Audiencias Provinciales posteriores al fallo en estudio, con el fin de examinar lo que han decidido con relación a la impugnación de los reconocimientos de complacencia cuando la acción la ejercita el propio reconocedor, no sin antes advertir que, en su gran mayoría, se toma como punto de referencia dicha sentencia.

1. En la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Zaragoza, de 30 mayo 2017[14], no se admite la impugnación de la filiación matrimonial, por caducidad de la acción conforme el art. 136 CC.

Por su parte, la SAP Murcia, 13 febrero 2020[15] admite la impugnación de filiación matrimonial porque no había caducado la acción, conforme el art. 136 CC.

Lo paradójico que resulta de lo anterior es que, si la filiación se hubiera establecido mediante las TRHA, tratándose de una impugnación de filiación matrimonial, el marido que dio el consentimiento para la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes no hubiera podido ejercitar la acción de impugnación de la filiación porque la expresamente se lo prohíbe en su art. 8.1. LTRHA. Sin embargo, tal como ocurrió en las dos sentencias mencionadas, si la filiación se determina por reconocimiento de complacencia, pese a que también hay un consentimiento expreso del marido para establecer la filiación, sí puede ser impugnada, siempre y cuando entable dicha acción dentro de los plazos de caducidad que regula el art. 136 CC.

2. En las siguientes sentencias no se admite la impugnación de filiación no matrimonial con posesión de estado, por caducidad de la acción conforme el art. 140 CC.

A) SAP Coruña, 10 junio 2019[16].

B) SAP Palma de Mallorca, 27 marzo 2017[17].

C) SAP Huelva, 27 febrero 2019[18]. De los hechos descritos, resulta dudosa la inexistencia de posesión de estado. Sin embargo, no se admite la impugnación por caducidad.

14 SAP Zaragoza, 30 mayo 2017 (Roj: 1646/2017).

15 SAP Murcia, 13 febrero 2020 (Roj:195/2020).

16 SAP Coruña, 10 junio 2019 (Roj: 1410/2019).

17 SAP Palma de Mallorca, 27 marzo 2017 (Roj: 517/2017).

18 SAP Huelva, 27 febrero 2019 (Roj: 193/2019).

D) SAP Valencia, 20 enero 2020[19]. Esta sentencia no menciona la STS 15 julio 2016[20] , pero tampoco admite su impugnación conforme el art. 140.II CC.

3. En la SAP Zamora, 20 septiembre 2019[21], el autor del reconocimiento falaz impugna la filiación no matrimonial. Este fallo no hace alusión a la STS 15 julio 2016[22], pero concluye que, al no existir posesión de estado, el artículo aplicable era el 140.I CC., advirtiendo que la acción no había caducado y por lo tanto sí podía impugnarse.

Es diferente la interpretación que le dio la SAP Pontevedra, 27 marzo 2019[23] a un caso similar al considerar: por un lado, que la STS 15 julio 2016[24], no había fijado doctrina cuando se trata de resolver la impugnación de una filiación no matrimonial sin posesión de estado y, por otro lado, que el art. 140 CC., no regulaba la situación específica de los reconocimientos de complacencia. Para esta Audiencia, es inaceptable desde consideraciones de orden público dejar al capricho de la voluntad del reconocedor la determinación de la filiación y permitir su impugnación por el propio reconocedor; agrega que ello resulta incompatible con las exigencias de certeza y seguridad jurídica que envuelven todas las relaciones del estado civil. Sin embargo, concluye que la acción de impugnación de los reconocimientos de complacencia en sede de filiación no matrimonial, con o sin posesión de estado, está sujeta a la caducidad que trae dicho art. 140 CC. En sentido similar con algunas modificaciones: SAP Palmas de Gran Canaria (Las), 28 febrero 2018[25], expresamente indica con relación a la caducidad de la acción que regula el art. 140 CC. "sin que el hecho de que no exista posesión de estado determine la imprescriptibilidad de la acción".

Merece la pena ahora mencionar la SAP Palma de Mallorca, 19 junio 2019[26], que admite la impugnación de una filiación no matrimonial sin posesión de estado. El hijo había sido concebido por fecundación *in vitro* y el demandante lo había reconocido por complacencia. Se admite su impugnación porque el reconocedor no contrajo matrimonio con la madre del reconocido y tampoco dio su consentimiento para la realización de las TRHA. En sentido similar con algunas variaciones es la SAP Palmas de Gran Canaria (Las), 10 abril 2019[27].

19 SAP Valencia, 20 enero 2020 (Roj: 170/2020).

20 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

21 SAP Zamora, 20 septiembre 2019 (Roj: 429/2019).

22 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

23 SAP Pontevedra, 27 marzo 2019 (Roj: 821/2019).

24 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

25 SAP Palmas de Gran Canaria (Las), 28 febrero 2018 (Roj: 303/2018).

26 SAP Palma de Mallorca, 19 junio 2019 (Roj:1476/2019).

27 SAP Palmas de Gran Canaria (Las), 10 abril 2019 (Roj: 2643/2019).

IV. LAS INSCRIPCIONES DE LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA ANTE EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL, POSTERIORES A LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE ESTUDIO.

Uno de los aspectos centrales del fallo del TS de la sentencia en estudio, que desembocó en varias reacciones de la doctrina, como se verá más adelante, fue afirmar que, aunque el encargado del Registro Civil cuente con datos significativos y casi incuestionables de los que se pueda deducir la ausencia de verdad biológica en el reconocimiento, no debe negar su inscripción en el correspondiente Registro Civil. Con razón Martínez de Aguirre Aldaz advierte que esta afirmación genera más desconfianza: por un lado, porque el garante de la legalidad y de velar por la correspondencia entre la realidad y el registro es justamente el encargado del Registro Civil (art. 26 LRC) y, por otro lado, porque para lograr lo anterior debe considerar los hechos conforme las declaraciones y los documentos que se presenten (art. 27 LRC); concluye el autor que la DGRN (ahora DGSJFP) puede negar la inscripción[28]. Para Barber Cárcamo "una cosa es negar que la nulidad sea la sanción adecuada al reconocimiento inveraz a sabiendas, y otra asumir que el sistema no pueda defenderse cuando lo detecta en el momento de su inscripción". Por ello comparte la opinión de la DGRN/DGSJFP en cuanto se debe negar la inscripción de los reconocimientos de complacencia[29].

Para verificar lo que ha venido ocurriendo en la DGRN/DGSJFP con relación a la inscripción de los reconocimientos de complacencia con posterioridad a la sentencia del TS en estudio, se hizo un rastreo en algunas de sus Resoluciones y en todas las examinadas, que se relacionan con este tema, se encontró que la DGRN/DGSJFP mantiene la misma posición que sostenía antes de la expedición de la sentencia: si bien las simples dudas o sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad biológica no son suficientes para negar la inscripción del reconocimiento, el encargado sí debe denegar cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduzca, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento; en otras palabras, cuando no haya datos en el expediente que permitan excluir de manera absoluta la veracidad del reconocimiento efectuado no puede negarse a la inscripción. Con este argumento, en algunas resoluciones se ha permitido la inscripción, como ocurrió por ejemplo en las Resoluciones 16 de mayo de 2019 (18.a), 15 de octubre de 2019 (5.a),16 de marzo de 2018 (27.a); en cambio, en otras se deniega, lo propio ocurrió en la Resolución de 24 de enero de 2017 (9.a).

28 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de complacencia: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016 (494/2016)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y mercantil* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, 2016, p. 354.

29 Barber Cárcamo, R.: "La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación", *Revista Derecho Privado*, 2017, núm. 101º, p. 16.

V. LAS REACCIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 494/2016, DE 15 DE JULIO.

Reconociendo la ordenación y claridad en la exposición de la STS 15 julio 2016[30] al abordar de manera exhaustiva, aunque cuestionable en algunos extremos, los temas jurídicos más problemáticos que ha suscitado el reconocimiento de complacencia cuando su autor entabla la acción de impugnación de la paternidad, en este apartado se analizarán, en el orden de los ejes temáticos que expone esta sentencia, las diferentes posiciones de la doctrina especializada expresadas con posterioridad a este fallo con el fin de verificar sus efectos. En este orden de ideas se examinará, en primer lugar, la reacción de la doctrina frente a la afirmación de la validez del reconocimiento de complacencia. En segundo lugar, se referirán algunas manifestaciones en cuanto a la legitimación del autor del reconocimiento falaz para promover la acción de impugnación de la paternidad con base en la inexistencia del nexo biológico con el reconocido. Finalmente se examinarán ciertos puntos de vista con relación a la diferencia en los términos de caducidad y en el *dies a quo* que fija esta sentencia, en consideración a la existencia o no de matrimonio entre el autor del reconocimiento y la madre del reconocido.

1. ¿Nulidad o validez de los reconocimientos de complacencia?

Declara el Tribunal Supremo que estos reconocimientos no son nulos por ser de complacencia; en otras palabras, afirma su validez. Para la Alta Corporación en la STS 15 julio 2016[31]: "No cabe negar, por esta razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica"[32]. De esta forma, fija doctrina jurisprudencial de manera expresa en esta sentencia, sobre un tema crucial en el que había titubeado, pero ahora sobre la base de unos argumentos contundentes, pero con una consecuencia capital en materia de mecanismos de determinación de la filiación. Como dice Barber Cárcamo se está convirtiendo "la mera voluntad en un título de determinación de la filiación contra el principio básico del sistema de filiación biológica, basado en la verdad"[33], por ello cree que constituyen un fraude de ley, como se verá más adelante. En este sentido, advierte Goñi Huarte que los reconocimientos de complacencia no deberían ser un mecanismo de determinación de la filiación, porque en ellos se prescinde de la

30 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

31 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

32 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

33 Barber Cárcamo, R., *La impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia. Comentario a la sentencia STS 15 de julio 2016 (pleno): impugnación de la paternidad matrimonial por quien la reconoció previamente.* Comunicación personal, fecha de documento adjunto en correo, denominado "COMENTARIO A LA STS 15 JULIO 2016": junio, 03 de 2022, p. 8.

veracidad biológica, pero se apoyan en una verdad sociológica en la que se valora especialmente el comportamiento social y afectivo[34]. Comportamiento que, no en pocas ocasiones, se modifica por los inevitables cambios en las relaciones de pareja que repercuten directamente en la determinación de esa filiación.

Siguiendo a Sanciñena Asurmendi, de los 7 argumentos que expone la sentencia para fijar esta doctrina, los tres primeros tienen como objetivo declarar la validez de estos reconocimientos y los otros 4 tienen como finalidad negar la eventual solicitud de que se declare su nulidad[35]. Para seguir este orden, a continuación, veremos estos 3 primeros argumentos unificando los comentarios de la doctrina con relación al primero y al segundo, por su similitud. Los comentarios del tercero se perfilan seguidamente, pero de manera separada.

A) La correspondencia con la realidad biológica no es un requisito estructural para la validez del reconocimiento. El Código Civil no contempla una acción de anulación frente a la ausencia del nexo biológico y, según el propio Tribunal Supremo, parece que el art. 138 CC., excluye toda acción de anulación del reconocimiento por esta causa, salvo la que recoge el art. 141 CC., que hace referencia a los vicios del consentimiento.

B) Los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los artículos 121-126 CC., no pretenden que aquel se corresponda con la verdad biológica porque esa falta de correspondencia no implica que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o del incapaz que se reconoce. Tampoco en el apartado 1 del art. 26 LJV, establece como requisito para la validez del reconocimiento la correspondencia con la verdad biológica. Expone el Tribunal Supremo que si el Juez llega a la convicción de que el reconocimiento que recoge el art. 121 CC., no se corresponde con la realidad biológica, no debe negar su aprobación, sino que deberá cerciorarse de que el reconocedor incapaz conoce la falta de correspondencia y que, no obstante, sostiene su intención de efectuar el reconocimiento, poseyendo suficiente capacidad para querer y comprender los efectos jurídicos del reconocimiento de complacencia.

Las posiciones en la doctrina en cuanto al requisito de la verdad biológica como presupuesto en el reconocimiento no han sido unánimes. Veamos.

Álvarez Escudero indica que, en cuanto a los requisitos de validez del reconocimiento, no se exige la correspondencia de este con la verdad biológica,

34 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento de complacencia y la protección del menor", en AA.VV.: *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales* (dir. por M. Angustias Martos Calabrús), Comares, Madrid, 2018, p. 17.

35 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia. Comentario a la STS de 15 de julio de 2016 (RJ 2016, 3196)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2017, núm. 104º, p. 65.

pero en el ámbito de la familia el ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene límites como la dignidad humana, el interés superior del menor y la estabilidad e indisponibilidad del estado civil[36]. Quesada González indica que los artículos 120-126 CC., no exigen como requisito de validez del reconocimiento que el reconocedor sea el verdadero padre biológico, ni tampoco la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria exige la correspondencia con la veracidad biológica cuando regula la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial pues expresamente establece que es suficiente la verosimilitud en la relación. Agrega que al momento de hacer la inscripción no se exige el resultado positivo de la prueba de ADN[37]; pero como advierte Sanciñena Asurmendi "una cosa es que para el reconocimiento no se exija probar la veracidad de la paternidad, y otra que no se requiera la verdad biológica, de manera que se inscriban reconocimientos que se saben inexactos"[38].

Para Barber Cárcamo, la veracidad no es un requisito del reconocimiento, no forma parte de sus elementos estructurales. Por lo tanto, si falta, podrá impugnarse la filiación determinada como inexacta mediante la acción *stricto sensu* cuyo objeto es la relación de filiación y no el título. Afirma que comprender esto ha generado una inseguridad jurídica en cuanto a la posibilidad de impugnar los reconocimientos de complacencia; en su opinión, este argumento lo confirma el art. 138.II CC, porque remite la impugnación de la paternidad por causas distintas al vicio en el consentimiento, a las normas que se encuentran en esa sección[39]. Pero, a su vez, esta misma autora advierte que "...la relación biológica es un presupuesto del reconocimiento, una presunción ligada a la habitualidad, aunque no un elemento esencial de dicho acto"[40]. En su opinión, con los reconocimientos de complacencia "sí se persigue un fin si no prohibido, sí contrario al ordenamiento jurídico"[41].

Si bien el Código Civil español no dice nada en cuanto a la exigencia de la correspondencia con la veracidad biológica, para Romero Coloma "...no parece cuestionable la legitimidad del deseo de que el reconocimiento suponga una declaración veraz.". En la actualidad, la autonomía de la voluntad ha puesto en

36 Álvarez Escudero, R.: "El derecho a la identidad de los niños", en AA.VV.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia* (dir. por J. Solé Resine), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 186 ss.

37 Quesada González, M.C.: "Los retos actuales de la impugnación de la filiación", en AA.VV.: *Retos actuales de la filiación* (coord. por R. Barber Cárcamo), Tecnos, La Rioja, 2018, pp. 168 y 169.

38 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de", cit., p. 66.

39 Barber Cárcamo, R., *141. La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.* Comunicación personal, fecha de documento adjunto en correo, denominado: "141", 03 de junio de 2022, pp. 3 y 4.

40 Barber Cárcamo, R.: "La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación", *Revista Derecho Privado*, 2017, núm. 101°, p. 14.

41 Barber Cárcamo, R., *La impugnación,* cit., p. 8.

un segundo plano al principio de veracidad biológica, pero, en su opinión, que comparto, no debemos olvidar que la filiación por naturaleza no es una creación artificial, sino la expresión, desde el punto de vista jurídico, de una realidad que se constata mediante un mecanismo que la ley considera idóneo y suficiente para la determinación de la filiación, con un efecto social y jurídico trascendente[42].

Martínez de Aguirre Aldaz parte por recordar que el reconocimiento se sitúa dentro de la filiación por naturaleza, más concretamente en la no matrimonial, lo que significa que tiene como presupuesto institucional (*aunque no como requisito legal*) no únicamente el convencimiento por parte del reconocedor de que biológicamente el reconocido es su hijo (por ello es una declaración de ciencia -de la convicción- no de voluntad), sino también la presunción legal de que ese convencimiento se corresponde con la verdad. Agrega que por ello se permite entablar la acción de impugnación de esa filiación, incluso por el propio autor del reconocimiento, demostrando la ausencia del nexo biológico con el reconocido; y de igual forma, se permite impugnar el reconocimiento por error cuando se ha presentado una discordancia entre la convicción del autor del reconocimiento de ser el padre del reconocido y la veracidad biológica de dicha relación[43]. Finalmente, el autor cita el art. 26.1 LJV, que establece: "El juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello… (a) la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma….", para indicar que esta norma liga con claridad el reconocimiento a la "veracidad del acto y a la verosimilitud de la relación de procreación" advirtiendo de lo poco convincente que resulta el intento de desarticular esta regla por la sentencia que se comenta[44].

Verdera Server, tras reconocer que la finalidad que llevó pronunciar esta sentencia por el TS es razonable, se cuestiona si no ha ido demasiado lejos con esa justificación cuando afirma que el reconocimiento no requiere la correspondencia con la veracidad biológica. Para este autor, con esta afirmación "se despoja al reconocimiento de cualquier otro sentido que no sea el de una mera afirmación de paternidad, con independencia de la verdad biológica". Por ello se pregunta: si el reconocimiento no requiere como requisito estructural para su validez la veracidad biológica ¿por qué admitir su impugnación con base en los artículos 136-140 CC., cuando no se dé la correspondencia con esa veracidad biológica?[45]

De lo expuesto hasta este momento es posible afirmar que una vez cumplidos los requisitos legales del reconocimiento opera la presunción legal de veracidad

42 Romero Coloma, A.M.: "Los reconocimientos de complacencia en el derecho español", *Revista Jurídica del Notariado*, 2016, núm. 99°, p.196.

43 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 352.

44 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 352.

45 Verdera Server, R.: "Ser padre", *Derecho Privado y Constitución*, 2016, núm. 30°, p. 95.

o de paternidad; y es justamente con base en dicha presunción que se permite construir esa relación filial.

Frente a las razones que da el Alto Tribunal para justificar la validez del reconocimiento de complacencia, debo dejar sentadas unas preguntas: ¿cuál es el mensaje que se envía a quienes desean establecer un vínculo jurídico de filiación con quien no se tiene el nexo biológico? Este mensaje conduce a otra pregunta: ¿hasta qué punto el reconocedor de complacencia, sin tener en consideración si es persona capaz o incapaz, conoce y quiere que se produzcan los efectos de establecer una filiación sobre la base de la falsedad, conociendo, a su vez, que esa relación filial y sus efectos los puede terminar, justamente, por la falta de correspondencia con la realidad?

C) Tomando como referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo 2005[46], y otras sentencias del propio TS que indican que las exigencias del principio de veracidad biológica pueden y deben enlazarse con las que imponen otros principios como el de seguridad jurídica en las relaciones familiares y las que surgen de la estabilidad de los estados civiles, en especial, en interés de los menores de edad (arts. 9.3, 39.3, 39.4 C.E), afirma el TS que en la filiación por naturaleza, la Constitución no impone la prevalencia de la verdad biológica sobre la realidad jurídica y concluye que los reconocimientos de complacencia son válidos.

Sin embargo, este mismo argumento sirve para fundamentar la negación de dicha calificación de validez. Así, para Goñi Huarte es cierto que el Código no establece como requisito que el reconocimiento se corresponda con la verdad biológica[47] y siguiendo la sentencia del TS que examinamos, indica que tampoco la Constitución impone que la filiación se establezca sobre la realidad biológica, pero recuerda que la misma Constitución "sí proclama el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos" (art. 39.2 C.E) y de igual manera cita el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPJM), según el cual, en todas las medidas que se adopten debe primar el interés superior del menor[48]. En sentido parecido Quesada González recuerda que el principio de veracidad biológica debe atemperarse con otros principios como el de seguridad jurídica en

46 STC 138/2005, de 26 de mayo (ECLI:ES:TC:2005:138).

47 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., p. 5. En sentido similar con algunas modificaciones: Berrocal Lanzarot, A.I.: "La determinación de la filiación por reconocimiento. Su eventual impugnación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015, núm. 750°, pp. 2246-2247 y Corvo López, F.: "Reflexiones en torno a la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimiento de complacencia a la vista de la jurisprudencia del TS", *Aranzadi civil-mercantil*, 2017, núm. 1°, p. 37.

48 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., p. 5.

las relaciones familiares, el de estabilidad del estado civil y en especial el del interés del hijo[49].

Retomando a Goñi Huarte, indica que: "Nuestro derecho permite que puedan llevarse a cabo reconocimientos de complacencia, porque como ha señalado el Tribunal Supremo la regulación no exige que el reconocimiento se adecue a la verdad biológica. Pero esto no significa que todos los reconocimientos de complacencia deban ser válidos. Sólo será válido el reconocimiento si se ha realizado valorando primordialmente el interés superior del menor". La propia autora concluye que el reconocimiento de complacencia no deberá ser un medio de determinación de la filiación[50].

El ordenamiento jurídico español parte del principio de veracidad biológica, pero como bien advierte Castillo Martínez "dicho principio no es de carácter absoluto y ha evolucionado hacia un concepto más social y afectivo, debiendo prevalecer siempre el interés del menor"[51].

En sentido similar, Verdera Izquierdo afirma: "Nos debemos cuestionar la facilidad con la que el Ordenamiento Jurídico permite modificar la autonomía de la voluntad a sabiendas de la existencia de menores implicados, cuando se están tratando cuestiones de estado civil y, por tanto, ajenas a la autonomía de la voluntad. Yendo tal actuación en contra de la protección integral de los hijos (art. 39 CE). Y, del interés superior del menor que, en este caso, colisiona con la autonomía de la voluntad del reconocedor al que se le otorga mayor relevancia, en contra de los postulados legales[52] (art. 2.4 LOPJM)". Según el propio autor, con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y teniendo en cuenta los efectos paterno/filiales que surgen de estos reconocimientos se debe dar estabilidad y permanencia a los estados civiles, especialmente al que surge de la relación de filiación "no condicionado a los cambios sentimentales de 'unos progenitores' que nos sitúan ante revocaciones voluntariosas, volubles y pueriles" (arts., 9.3, 39.3, 39.4 C.E)[53]. Para concluir los comentarios sobre este argumento, cabe citar a Romero Coloma, quien considera que la importancia de la veracidad biológica debe suponer alguna consecuencia en el reconocimiento, de

49 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., p. 168.

50 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., pp. 16 y 17.

51 Castillo Martínez, C.: "Nuevos patrones de familia y desvinculación de la verdad biológica en la determinación de la filiación hacia una reformulación del estatuto del "concepturus. A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 y la admisión, no tan velada, de los reconocimientos de complacencia", *Revista Jurídica del Notariado*, 2017, núm. 104º, p. 286.

52 Verdera Izquierdo, B.: "Relevancia de la autonomía de la voluntad de la progenitora en los reconocimientos de complacencia", en AA.VV.: *Mujer, maternidad y Derecho* (dir. por M. Paz García Rubio), lo Blanch, Santiago de Compostela, 2019, p. 599.

53 Verdera Izquierdo, B.: "Relevancia de", cit., p. 599.

tal manera que su validez está condicionada por la correspondencia entre el hecho que se declara y la realidad biológica[54].

De lo expuesto hasta el momento cabe preguntarse: ¿a qué tipo de filiación hace referencia la afirmación de considerar la validez en los reconocimientos de complacencia, teniendo en cuenta que el propio reconocedor, sabrá que, si efectúa el reconocimiento para complacer a la madre, podrá impugnar esa paternidad dentro de los plazos establecidos? ¿Cuál es la estabilidad en el estado civil que se está amparando con esta doctrina y cuál es el interés que se está protegiendo en realidad: el del hijo o el del reconocedor de complacencia? Como corolario, es preciso indicar que en materia de filiación no aplica la verdad biológica, a toda costa, porque el ordenamiento jurídico reconoce supuestos en los que no se da la correspondencia con la realidad y, no obstante, se determina la filiación. Sin embargo, sí debe aplicar una misma regla para todas las filiaciones jurídicas que carezcan de ese vínculo biológico, con previo conocimiento de ello por parte del promotor de la determinación de la filiación; regla que se concreta en la imposibilidad de entablar alguna acción que destruya el vínculo filial establecido por el propio autor, como se verá más adelante.

Como consecuencia de estos tres argumentos que presenta el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, seguidamente expone 4 razones por las cuales considera que se debe negar la solicitud de que se declare la nulidad radical de este reconocimiento. Veamoslas en su orden, con algunos comentarios en la doctrina:

A) Para el TS, afirmar la nulidad por falta de objeto sin ningún fundamento legal, es admitir que el reconocimiento de complacencia es una confesión de la realidad o la convicción del reconocedor de que el reconocido es, en efecto, su hijo desde el punto de vista de la biología.

Frente a este argumento, y en concreto, con relación a la naturaleza jurídica del reconocimiento, la doctrina tampoco se ha puesto de acuerdo. Veamos:

En opinión de Martínez de Aguirre Aldaz, afirmar que el reconocimiento, es más "una declaración de voluntad ('quiero ser padre') que una declaración de ciencia ('creo que soy el padre y por eso lo reconozco') ... desnaturaliza el reconocimiento y su ubicación en el sistema legal de la filiación diseñado por el CC., y afecta también a la propia configuración de dicho sistema"[55]. Muñoz de Dios Sáez indica que el reconocimiento de complacencia no es un verdadero reconocimiento porque se basa en la mentira acerca de un hecho biológico, por

54 Romero Coloma, A.M.: "Los reconocimientos", cit., p. 196.

55 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 351.

ello es una declaración de voluntad; a diferencia de lo que ocurre con el verdadero reconocimiento porque "...supone una confesión o declaración de ciencia sobre un dato fáctico…"[56].

En oposición a lo anterior, algunos autores consideran que el reconocimiento es una declaración de voluntad. Así, Verdera Izquierdo dice que es un acto de compromiso que se deriva de una declaración de voluntad de donde subyace la perpetuidad y permanencia de ese compromiso con relación a todo lo que se deriva de una relación de filiación[57]. En sentido similar, con algunas variaciones, es la opinión de Corvo López para quien el reconocimiento es una declaración de voluntad por medio de la cual se determina la relación de filiación, desde el punto de vista formal[58]. A su vez, para Rodríguez Cachón también lo es por varias razones, entre otras, porque cuando el art. 141 CC., regula la impugnación del reconocimiento está pensando en los vicios de esa voluntad lo cual afecta la validez del reconocimiento, aunque exista la correspondencia con la realidad; de igual manera, porque la aprobación judicial que se requiere en el reconocimiento que efectúan los incapaces y menores tiene como finalidad valorar la correcta formación de la voluntad en ellos, es decir, si tienen consciencia sobre los efectos que surgen del reconocimiento pero no comprobar la correspondencia con la realidad[59].

Pero el problema de la relación biológica no es un problema de voluntad sino un problema de veracidad (existe o no). Si bien el reconocimiento es un acto voluntario puesto que no es una obligación jurídica realizarlo (el sujeto da a conocer un hecho biológico que ya existe, de manera libre y voluntaria), esa voluntad no es la que construye la relación biológica de filiación; esta existe desde antes de la declaración (por ello es una declaración de ciencia), a diferencia de lo que sucede con las declaraciones de voluntad que sí crean el vínculo filial, tal como ocurre en la adopción y en la filiación que surge de la práctica de las TRHA[60].

B) El TS en esta sentencia tampoco admite la nulidad por ilicitud de la causa o motivo que lleva al reconocedor a efectuar estos reconocimientos en el sentido de considerar que lo que se pretende es establecer una filiación jurídica sin nexo biológico al margen de las normas que regulan la adopción, porque el autor del reconocimiento no pretende establecer una filiación adoptiva; por ello, para el TS,

56 Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento de complacencia ante notario", *Revista de Derecho Civil*, 2017, núm. 4º, p. 246.

57 Verdera Izquierdo, B.: "Relevancia de", cit., p. 598.

58 Corvo López, F.: "Reflexiones en", cit., p. 50.

59 Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia", en AA.VV.: *Derecho de familia: Nuevos retos y realidades* (dir. por M. De Peralta y Carrasco), Dykinson, Madrid, 2016, p. 320.

60 Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común Español*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 60 y 61.

su motivación no es contraria a la ley. Tampoco la considera contraria al orden público porque el legislador español permite con gran amplitud las TRHA con gametos o preembriones de donantes (LTRHA). Ni tampoco contraria a la moral porque no ve reproche social en ellos, afirmando que cumplen una función que "se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos" cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura, destacando la frecuencia con que se vienen presentando estos reconocimientos.

Quesada González asevera que no se debe afirmar que los reconocimientos de complacencia persiguen un resultado contrario al ordenamiento jurídico. Para esta autora, pese a considerar que sí eluden la aplicación de las normas que regulan la adopción, aun siendo irregulares, son realizados en interés del hijo y el reconocedor asume ser el padre con todos los efectos que ello conlleva[61].

Es diferente la posición de Verdera Izquierdo que indica que la sentencia que se comenta, en su fundamentación, se aparta de las exigencias de orden público[62], entendido este, (con Rivero Hernández[63]), como un sistema de valores superiores y reglas básicas del Ordenamiento en el momento que está siendo contemplado. Para Blandino Garrido este argumento del TS se cae por su propio peso; indudablemente el reconocedor no quiere establecer una filiación adoptiva sino eludir las normas que regulan la adopción[64].

Este tema será tratado con mayor profundidad en el apartado 5.2. cuando se aborde, de manera integrada, la cuestión de la irrevocabilidad del reconocimiento, la acción de impugnación entablada por el propio reconocedor de complacencia y la violación al principio de conformidad con el cual las filiaciones jurídicas no biológicas no se pueden impugnar.

C) La nulidad con base en el art. 6.4 CC., (fraude objetivo de las normas sobre la adopción) también es rechazada por el TS cuando advierte que no encuentra soporte en esta norma porque la sanción que trae no es la nulidad, agregando que con este reconocimiento no se establece una filiación adoptiva ni una filiación por naturaleza que no se pueda impugnar por falta del nexo biológico entre reconocedor y reconocido.

Barber Cárcamo, tras indicar que no considera que estos reconocimientos sean contrarios a las buenas costumbres, ni a la moral, ni al orden público, ni a

61 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., pp. 164 y 165.

62 Verdera Izquierdo, B.: "Relevancia de", cit., p. 598.

63 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)", *Anuario de derecho civil*, 2005, núm. 58°, p. 1054.

64 Blandino Garrido, M.A.: "La impugnación de los reconocimientos de complacencia", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13°, pp. 594, 595.

una ley imperativa advierte que sí son hechos en fraude de ley porque soslayan la determinación de la filiación a partir del dato biológico; por ello considera que sí son contrarios al ordenamiento jurídico[65].

Es claro, como bien lo indica Martínez de Aguirre Aldaz que el reconocimiento no puede, nunca, determinar una filiación adoptiva pero lo que se pretende, tanto en la adopción como en el reconocimiento, es que nazca legalmente la relación filial. Con razón, indica que extraer los reconocimientos de complacencia de las patologías (legales) del sistema jurídico de filiación "...para introducirlos en el ámbito de la normalidad (legal) de la filiación…" es perturbador[66]. En los reconocimientos de complacencia sí se presenta no uno, sino dos fraudes de ley, tal y como se expondrá en el apartado 5.2. numeral 6.

D) Finalmente advierte el Tribunal Supremo que si se admitiera la tesis de la nulidad serían inaceptables las consecuencias de ello, teniendo en cuenta que esta acción es imprescriptible y que podría ser ejercitada por cualquier persona que tuviere un interés legítimo y directo en ello.

Otro punto de tensión que han suscitado estos reconocimientos es la viabilidad, o no, de aplicar la acción de nulidad, por los efectos que surgen de ella; y con razón. La doctrina se encuentra dividida frente a esta cuestión. Veamos primero quienes defienden su aplicación:

Blandino Garrido afirma que el reconocedor de complacencia efectúa una declaración de voluntad siendo consciente de su falsedad; dicho acto es nulo de pleno derecho porque viola el principio constitucional del art. 39.2 C.E., que recoge el principio de veracidad el cual se encuentra ligado a la dignidad de la persona, se opone al principio de libre investigación de la paternidad y agrega que también lo es porque se opone al régimen de filiación[67]. En sentido similar, con algunas variaciones, Romero Coloma afirma la nulidad de pleno derecho en estos reconocimientos por la contravención de normas imperativas, recordando que el propio TS los ha considerado como actos *contra legem* ya que solo cabe reconocer al propio hijo[68]; sin embargo, concluye que negar la nulidad para estos reconocimientos: "…permite excluir la arbitrariedad de los reconocimientos que pretenden, de forma intempestiva, al en su día reconocedor de un hijo dejar de ser 'padre', a veces con el único propósito o finalidad de eludir las consecuencias

65 Barber Cárcamo, R., *La impugnación,* cit., p. 5.

66 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., pp. 353, 354.

67 Blandino Garrido, M.A.: "La impugnación", cit., p. 597.

68 Romero Coloma, A.M.: "Los reconocimientos", cit., p. 197.

patrimoniales que conlleva la crisis de pareja"[69]. También defiende la nulidad de los reconocimientos de complacencia Muñoz de Dios Sáez[70].

Veamos ahora algunos argumentos de quienes consideran que no debe aplicar la acción de nulidad.

Martínez de Aguirre Aldaz comparte el contenido de la sentencia en el sentido de entender que estos reconocimientos no son nulos por ser de complacencia, además, por las consecuencias perturbadoras que tendría admitir la nulidad, pero advierte que se aparta de algunos de los argumentos que expone el TS para fundamentar su doctrina[71]. Similar es la opinión de Barber Cárcamo al indicar que la razón fundamental de la sentencia para negar la nulidad en estos reconocimientos, la cual comparte, es evitar las consecuencias de la imprescriptibilidad de la acción y la amplia legitimación para entablarla. Afirma que no se puede impedir impugnar la filiación con fundamento en el conocimiento por parte del reconocedor de la falta de veracidad en la relación porque ello implicaría "...otorgar prevalencia a una declaración de voluntad en un ámbito a ella vedado"[72], pese a que, en mi opinión, cuando aquel entabla la acción de impugnación *stricto sensu*, en efecto, está alegando su propia torpeza y está actuando en contra de su previa voluntad. Retomando a Barber Cárcamo, considera que no cabe más remedio que admitir su impugnación mediante la acción impugnatoria *stricto sensu* que recogen los artículos 136-140 CC., agregando que el TS prefiere "...reconducir la filiación biológica al principio de veracidad, dentro de sus límites, frente a admitir un juego de la voluntad absolutamente contrario a su sistema"[73].

2. ¿Puede o no el reconocedor de complacencia ejercitar la acción de impugnación de la paternidad con fundamento en no ser el padre biológico del reconocido, provocando la ineficacia del reconocimiento?

El TS en el fundamento de Derecho Segundo de la STS 15 julio 2016[74], tomando como punto de partida la negativa a considerar que estos reconocimientos son nulos por ser de complacencia, y previo a dar respuesta al interrogante de este apartado, recuerda la diferencia que existe entre las acciones que pretenden impugnar el reconocimiento, en cuanto título de determinación de la filiación, atacando su validez por la existencia de un vicio en el consentimiento mediante la acción declarativa negativa regulada en los artículos 138-141 CC., de las acciones de impugnación de la paternidad que se establece legalmente por reconocimiento

69 Romero Coloma, A.M.: "Los reconocimientos", cit., p. 200.

70 Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento", cit., p. 247.

71 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 351.

72 Barber Cárcamo, R.: "La incidencia", cit., p. 16.

73 Barber Cárcamo, R.: "La incidencia", cit., p. 16.

74 STS 15 julio 2016 (Roj: 3192/2016).

basada en otras causas, entre ellas, la inexistencia de nexo biológico, mediante la llamada acción de impugnación en estricto sentido recogida en el mismo art. 138 CC., y entre otras remisiones, también la contenida en el art. 136 CC., y cuyo efecto, si prosperan, será generar la ineficacia sobrevenida del reconocimiento.

Precisado lo anterior, y ya para dar respuesta al interrogante, recuerda que la STS 4 julio 2011[75] había fijado doctrina sobre esta cuestión, reconociendo legitimación al reconocedor de complacencia para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad basado en el hecho de no ser el padre biológico del hijo que reconoció (aunque en aquel caso se trataba de una impugnación de filiación no matrimonial) y advierte que mantiene el criterio adoptado en dicha sentencia, fijando doctrina jurisprudencial en otro aspecto bien problemático en materia de estos reconocimientos, agregando: por un lado, que si la acción de impugnación prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz; y por otro lado, que si la paternidad que se determina mediante el reconocimiento es matrimonial la acción será la prevista en el art. 136 CC., y si es no matrimonial con posesión de estado será la que recoge el art. 140 CC.

Las razones por las cuales la fija, las desarrolla en el fundamento de Derecho número Cuarto de la sentencia objeto de este estudio, advirtiendo que dicha doctrina jurisprudencial no es impuesta por el principio constitucional de veracidad biológica. Veamos esos argumentos:

A) Carece de base legal en las normas que regulan la filiación privar al autor del reconocimiento de complacencia de entablar la acción de impugnación fundada en el hecho de no ser el padre biológico. Para el TS, ni el art. 136 CC., priva al marido de la madre de la posibilidad de entablar la acción en los supuestos de los arts. 117-118 CC., cuando ha efectuado el reconocimiento de la paternidad o ha consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, teniendo conocimiento de no ser el padre del hijo que tuvo su mujer; ni el art. 140 CC., priva al propio reconocedor de la posibilidad de entablar dicha acción, estando convencido de no ser el padre del hijo que reconoció.

Barber Cárcamo considera que el quid de la decisión del TS en la sentencia que se comenta radica en la pregunta: ¿qué es más acorde con el ordenamiento, admitir la acción de impugnación por la improcedencia de la aplicación de las doctrinas (actos propios, regla *nemo auditur*) a una materia que es indisponible, o excluirla con el fin de impedir otro ejercicio de la voluntad en un ámbito en el que no se admite? La propia autora, reconociendo la dificultad en la respuesta, advierte que el Alto Tribunal prefiere dar prioridad al principio de verdad biológica en este

75 STS 4 julio 2011(Roj: 5546/2011).

caso por considerarla un mal menor[76]. Sobre este aspecto ya se había mencionado la opinión de esta autora en el apartado 5.1 numeral 4, cuando se examinó la posibilidad o no de entablar la acción de nulidad. Quesada González advierte que hay que comprender lo difícil que resulta para el TS negar legitimación al reconocedor, en ciertos casos, teniendo en cuenta que ninguna norma legal se lo impide[77].

Sin embargo, es diferente la opinión de Paniza Fullana que considera que hay ciertos supuestos en los que el ordenamiento jurídico reconoce que la filiación no se corresponde con la realidad, como ocurre con la adopción y con la que se determina mediante las TRHA, pero advierte que es distinto emplear esa falta de correspondencia, justamente, para impugnar un reconocimiento que se realiza conociendo, desde el mismo momento en que se efectúa, la falta de nexo biológico. Por ello se pregunta si no debería aplicarse el principio de verdad biológica en todos los supuestos[78].

Blandino Garrido refuta todas las razones que expone el TS en el fundamento de Derecho número Cuarto de la sentencia y, en concreto, con relación a este primer argumento afirma que la sentencia parte de un presupuesto erróneo pues en los artículos 117-118 CC., que se regulan los reconocimientos tácitos, la filiación se determina por ministerio de la ley, de tal manera que si el marido, por actos positivos, da a entender que él es el padre, lo que se impugna no será el reconocimiento sino la filiación porque dicho reconocimiento no fue el título por medio del cual se estableció esa relación filial. Y en cuanto al art. 140 CC., afirma que esta norma regula la legitimación y los plazos para la impugnación de la filiación (no del reconocimiento en cuanto acto jurídico) y advierte que, si bien es cierto que no priva, tampoco concede legitimación al que reconoce por complacencia[79].

Rodríguez Cachón niega la posibilidad de la impugnación de estos reconocimientos arguyendo dos razones: la primera, por tratarse de una declaración de voluntad, cuyos argumentos que soportan esta afirmación fueron plasmados en párrafos anteriores. Con base en ello indica que si se admite su impugnación se infringe la doctrina de los actos propios: el reconocedor no puede entablar la acción con base en la inexistencia del nexo biológico que desde el inicio conocía, porque la causa real de esa impugnación no es la falta de correspondencia entre la realidad biológica y la legal sino un cambio de voluntad; se conculca el principio de indisponibilidad del estado civil pudiendo ello perturbar el libre desarrollo de la personalidad del hijo. La segunda razón que expone es que "...el ordenamiento

76 Barber Cárcamo, R., *La impugnación,* cit., p. 8.

77 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., p. 166.

78 Paniza Fullana, A.: "Acción de impugnación de la filiación en caso de reconocimiento de complacencia", *Revista Aranzadi civil-mercantil*, 2016, núm. 9°, p. 135.

79 Blandino Garrido, M.A.: "La impugnación", cit., p. 601.

jurídico acepta, sin rubor alguno, la determinación de una relación de filiación por naturaleza entre personas sin vínculo biológico"; citando varios ejemplos de ello[80].

Goñi Huarte realiza un análisis para verificar si con la incorrecta aplicación de los artículos 136-140 CC., a la impugnación de estos reconocimientos se está en realidad protegiendo el interés superior del menor llegando a la conclusión de que las consecuencias de dicha impugnación, tanto personales como patrimoniales, son perjudiciales para el menor[81].

Verdera Server, haciendo referencia a las normas que contemplan las diferentes vías de impugnación de la paternidad, considera que el legislador no ha aprovechado la oportunidad para reflexionar sobre el alcance de estas vías y haciendo referencia específica al art. 141 CC., advierte que aún no se ha resuelto el problema de los reconocimientos de complacencia, y agrega: "… se discute si recurrir a la impugnación por falta de paternidad biológica constituye una regla adecuada. El Tribunal Supremo no ha esgrimido las posibilidades que le ofrece en este ámbito ni la regla que prohíbe proceder contra los actos propios ni la cobertura que el art. 7. CC supone para evitar esas impugnaciones de paternidad"[82].

La doctrina sentada en esta cuestión por la sentencia no convence tampoco a Martínez de Aguirre Aldaz, aunque advierte de la matización que generan los plazos de caducidad previstos para las acciones de impugnación. En su opinión, que se comparte, en algunos de los argumentos se denota cierta contradicción con los principios que parece defender el propio TS[83]. En sus propias palabras: "Algo (mucho) chirría jurídicamente, en ese resultado, que permite desligarse de la paternidad con la misma facilidad con la que permitió establecerla, de forma que es la voluntad del reconocedor, usando las reglas del reconocimiento, la que permitió establecer legalmente la paternidad, y es su voluntad, aprovechando ahora las reglas sobre impugnación, la que permite hacerla desaparecer"[84].

Los artículos 138-141 CC., hacen referencia a la impugnación de la filiación por vicios del consentimiento. La remisión que hace el art. 138 CC., a las normas de esa sección cuando dice: la impugnación "por otras causas", ha de entenderse referida a las situaciones en las que la filiación se determina por presunción de paternidad, pero no por reconocimiento de complacencia. La norma da a entender que la única vía posible que vio el legislador de impugnar el reconocimiento fue cuando se presentare un vicio en el consentimiento y, en tal caso, lo que se

80 Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica", cit., p. 319.

81 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., p. 11.

82 Verdera Server, R.: *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 253, 254.

83 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 356.

84 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 357.

impugna es el título en cuanto tal, no la veracidad de la filiación; pero esta norma no hace referencia a admitir la impugnación de un reconocimiento en el que no hay error en el reconocedor. Es diferente lo que ocurre en el art. 140 CC., en el que sí se impugna la filiación y no el reconocimiento, justamente porque ya este tiene una norma que permite impugnar: art. 141 CC. Acoger los artículos 136-140 CC., para permitir al reconocedor de complacencia impugnar la filiación que estableció a sabiendas de la falsedad, va en contravía de las normas que regulan la determinación y la impugnación de la filiación. Tal vez el legislador de la época no previó la posibilidad de impugnar por el reconocedor de complacencia al amparo de estas normas.

Con razón advierte Sanciñena Asurmendi que ojalá la nueva redacción del art. 138 CC., dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, genere un cambio en la interpretación de esta norma, que impida la impugnación de la paternidad determinada por estos reconocimientos[85].

B) Los plazos de caducidad establecidos por el legislador en los artículos 136-140 CC., fueron fijados atendiendo las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil, en especial, en interés del hijo que se reconoce, sea o no de complacencia. Por ello, para el TS, estos artículos no merecen ningún reproche constitucional.

Para Blandino Garrido, la defensa de los plazos de caducidad con base en la protección de estos principios no aplica para los reconocimientos que están sustentados en el engaño y en la mentira de quien reconoce; no debe admitirse a este su legitimación para impugnar[86].

Goñi Huarte parte por analizar la doctrina fijada por el TS en la sentencia objeto de este estudio, con el fin de observar si en realidad en ella se está protegiendo el interés del menor y recuerda que es éste, el interés que debe ampararse en materia de filiación, de manera esencial, como derecho sustantivo. Considera que, para el Alto Tribunal, el interés superior del menor ha sido valorado porque se han establecido unos plazos de caducidad en las acciones de impugnación de la filiación, pero advierte que estos plazos no siempre garantizan la protección integral del menor[87]. La misma autora cita algunos autores, entre otros, a Rivero Hernandez[88], que recuerda los efectos que surgen de dicha impugnación, no sólo patrimoniales sino también de tipo personal, dentro de los que vale destacar la afectación de su

85 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de", cit., p. 70.

86 Blandino Garrido, M.A.: "La impugnación", cit., p. 602.

87 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., pp. 4 y 14.

88 Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos", cit., p. 1059.

propia identidad, con el fin de concluir, con respecto a la pregunta con respecto a si la impugnación de estos reconocimientos respeta ese interés superior, que se debe prohibir su impugnación[89]. Vale preguntarse con Paniza Fullana, "¿Son suficientes los plazos de caducidad como garantía para la protección de interés del menor en estos casos?"[90]. En su opinión, hay supuestos en los que pese a la no coincidencia con la verdad biológica el ordenamiento jurídico reconoce como mecanismos para determinar la filiación; pero es distinto cuando quien efectuó el reconocimiento a sabiendas de la falsedad, impugna la filiación con base, justamente, en esa misma falsedad. "Si se opta por la verdad biológica, ¿no debería aplicarse en todo caso?"[91].

C) El Tribunal Supremo considera que la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no vale para impedir el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad al reconocedor de complacencia porque no estamos frente a uno de conveniencia.

La distinción entre los reconocimientos de complacencia y los de conveniencia para negar la calificación de ser los primeros, también, actos en fraude de ley no debe servir porque, en realidad, lo son, aunque sus fines sean distintos. Son fraude a las normas que regulan la adopción, defraudan la filiación en general. Por ello, sí parece razonable aplicar la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* Rechazar la aplicación de esta doctrina y de la indisponibilidad del estado civil, como explica Martínez de Aguirre Aldaz, es contradictorio: considerar estos reconocimientos como algo que hace parte de la normalidad (no como una patología) y posteriormente permitir su impugnación con base en la falta de correspondencia con la realidad biológica, aunque sea dentro de unos plazos relativamente breves[92].

D) Afirma que la doctrina de los actos propios recogida en el art. 7.1 CC., tampoco se puede invocar para impedir dicha impugnación recordando que las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC.).

La posición de la doctrina está dividida con relación a aplicar la regla *venire contra factum proprium* para impedir la impugnación de los reconocimientos de complacencia. Así, para Muñoz de Dios Sáez no se puede invocar esta regla (art. 7.1 CC.) porque se trata del estado civil del reconocido, el cual es de orden público e indisponible. (art. 1814 CC.)[93]. Sin embargo, hay quienes piensan lo contrario. Veamos.

89 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., pp. 16, 17.

90 Paniza Fullana, A.: "Acción de", cit., p. 134.

91 Paniza Fullana, A.: "Acción de", cit., p. 135.

92 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., pp. 356-358.

93 Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento", cit., p. 249.

Llama la atención en la sentencia que se comenta el hecho de que para el TS lo que no ha sido impedimento para determinar la filiación sirva después para justificar lo contrario; por ello, Paniza Fullana invita a replantear los conceptos sobre la seguridad jurídica, la indisponibilidad del estado civil y el interés superior del menor en estas cuestiones[94]. En sentido similar con algunas variaciones Martínez de Aguirre Aldaz[95]. Por su parte, Rodríguez Cachón considera que aceptar la impugnación de los reconocimientos de complacencia sobre la base de la falta de correspondencia con la realidad biológica, supone, desde el punto de vista material, una violación a la doctrina de los actos propios, a la indisponibilidad del estado civil lo cual puede desembocar no sólo en la afectación del libre desarrollo de la personalidad del reconocido sino también en el quebrantamiento al interés superior del menor y al de seguridad jurídica[96]. Agrega que también desde el punto de vista formal se presenta un abuso del derecho y "una flagrante incoherencia de nuestro sistema de filiación por naturaleza"[97].

Es verdad que los asuntos relacionados con el estado civil son de orden público e indisponibles, pero nada impide privar al reconocedor de complacencia de ejercitar la acción de impugnación si se quiere priorizar el interés del hijo[98]. En sentido similar con algunos aportes diferentes, es la opinión de Blandino Garrido cuando indica que el régimen jurídico de la filiación es indisponible, por lo que el reconocedor no puede disponer de la filiación ni para declararla ficticiamente ni para destruirla cuando ya no quiere seguir siendo más padre del reconocido porque la autonomía de la voluntad está limitada Por ello el reconocedor de complacencia que pretende luego impugnar el acto de reconocimiento con base en la inexistencia del nexo biológico, está yendo contra sus propios actos[99]. Sanciñena Asurmendi se plantea: si no aplica la doctrina de los actos propios porque las cuestiones de estado civil son de orden público e indisponibles ¿porque entonces se permite impugnar al reconocedor?[100] El estado civil es indisponible pero tanto en el momento constitutivo como en el impugnativo[101].

E) El reconocimiento es irrevocable, lo que implica que el reconocedor no se puede retractar para hacerlo ineficaz. Para el TS no es correcto calificar como una revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, sea o no de complacencia, cuando prospera la acción de impugnación entablada por el propio reconocedor, por inexistencia del vínculo biológico entre el reconocedor y el reconocido.

94 Paniza Fullana, A.: "Acción de", cit., p. 128.

95 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 359.

96 Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica", cit., p. 321.

97 Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica", cit., p. 324.

98 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., p. 171.

99 Blandino Garrido, M.A.: "La impugnación", cit., p. 602.

100 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de", cit., p. 70.

101 Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos*, cit., p. 383.

Comparte la posición del Alto Tribunal Barber Cárcamo al indicar que no considera coherente negarle al reconocedor de complacencia legitimación para impugnar con fundamento en la irrevocabilidad del reconocimiento al no ser las normas que regulan la filiación las que se han intentado eludir; advierte que ésta no es la filiación que se establece mediante estos reconocimientos[102]. En sentido similar, pero con unos matices importantes es la opinión de Muñoz de Dios Sáez; comparte la posición de la sentencia en cuanto que no es correcto calificar la ineficacia sobrevenida del reconocimiento como revocación cuando prospera la acción de impugnación; en su opinión, la verdadera revocación es un acto contrario a un acto válido y el reconocimiento de complacencia no lo es. Sin embargo, advierte que el TS se contradice porque, por un lado, considera válido el reconocimiento, con lo cual, está admitiendo una "adopción irregular", y por otro lado, permite "al adoptante" impugnar la filiación con base en la inexistencia del nexo biológico; de tal manera, "...el TS ampara el RdeC para entrar a la filiación, como si de una adopción se tratase, pero para salir de la apariencia de filiación creada trata al RdeC como al reconocimiento inexacto de filiación. Le falta coherencia al Alto Tribunal y sólo es congruente en que facilita tanto la entrada como la salida a la filiación del RdeC"[103].

Veamos ahora otros autores que tienen otras perspectivas.

Para Quesada González en la sentencia de 2016 se admite que los reconocimientos de complacencia cumplen una función similar a la adopción. Recuerda que tanto el reconocimiento como la adopción son irrevocables porque determinan la filiación advirtiendo que "el fin de sus efectos no puede depender de la mera voluntad de su autor (reconocedor y adoptante) al tratarse de una cuestión de orden público, por la indisponibilidad del estado civil"[104]. Para esta autora: la irrevocabilidad de la adopción implica que no se puede dejar sin efectos de ninguna manera, ni mediante la declaración extrajudicial, ni entablando una acción judicial en la que se demuestre la inexistencia de vínculo biológico entre adoptante y adoptado; salvo el hipotético caso que trae la ley para que se declare su extinción vía judicial (art. 180 CC.). Considera que debe negarse legitimación al reconocedor de complacencia, justamente, porque el reconocimiento es irrevocable; concederla, "supone convertir el reconocimiento en revocable mediante el ejercicio de una acción judicial"[105]. No comparten la postura del Alto Tribunal porque el resultado es el mismo: la ineficacia sobrevenida del reconocimiento (como expresamente lo dice la sentencia), bien que se trate de una declaración de retractación o de haber

102 Barber Cárcamo, R., *La impugnación,* cit., p. 8.

103 Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento", cit., p. 249.

104 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., pp. 170-172.

105 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., p. 170.

prosperado una acción de impugnación de la paternidad[106]. En sentido similar con algunos matices Sanciñena Asurmendi[107].

Se podría desestimar la impugnación del art. 140 CC., en virtud de la irrevocabilidad del reconocimiento porque atenta contra la seguridad del estado civil de la persona y por su carácter de indisponible[108].

Permitir esta maniobra legal que admite que la voluntad del autor del reconocimiento sirva para determinar la filiación y también para posteriormente impugnarla, es consentir que el reconocedor de complacencia logre un efecto parecido al de la revocación, aunque técnicamente no lo sea, ya que el resultado es el mismo. Dicho de otra manera: cuando aquel entabla la acción de impugnación sabe que triunfará si lo hace dentro de los plazos legalmente establecidos; y triunfará porque sabe a ciencia cierta y a priori, que no es el padre del reconocido[109].

F) Para el Tribunal Supremo la prohibición que establece la LTRHA de impugnar la filiación que se determina mediante las técnicas de reproducción asistida tiene su fundamento en el consentimiento que da el marido para la fecundación de su mujer, con contribución de donante, en tanto que en los reconocimientos de complacencia el reconocedor no interviene en la decisión de la madre de engendrar al hijo que aquél reconoce.

Comparte este argumento del Tribunal Supremo, Muñoz de Dios Sáez[110]. Sin embargo, hay quienes piensan diferente, como se expone a continuación.

A Quesada González no le convence esta afirmación para justificar el trato jurídico tan diferente que se da a la filiación que se establece mediante las TRHA y la que surge de estos reconocimientos. En su opinión, lo decisivo para atribuir la paternidad al marido que consiente en la fecundación asistida con material genético de donante, es justamente el consentimiento que presta para la realización de esta técnica "con el fin de asumir la paternidad, de la misma manera que decisiva es la voluntad del reconocedor de complacencia de querer ser jurídicamente el padre del reconocido". Esta autora recuerda que el art. 8.1 LTRHA impide impugnar al marido y a la mujer que presten su consentimiento para la realización de las TRHA[111].

106 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., pp. 170-172.

107 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de", cit., pp. 68ss.

108 Verdera Izquierdo, B.: "Relevancia de", cit., p. 597.

109 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., pp. 357 y 358. Véase en este sentido: Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos*, cit., pp. 209ss.

110 Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento", cit., p. 250.

111 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., pp. 171 y 172.

Paniza Fullana considera que si se traslada el art. 8.1 LTRHA a los reconocimientos de complacencia lo primero que debe preguntarse, es: si el reconocimiento es una declaración de voluntad, salvo los casos de afectación del consentimiento por algún vicio, ¿cabe la revocación de la misma si además no han cambiado las circunstancias? ¿no se está desvirtuando la naturaleza jurídica del reconocimiento?[112]. Para esta autora, la LTRHA salva, desde el principio, la imposibilidad de impugnar por la falta de veracidad, pero el TS en las últimas sentencias está permitiendo la impugnación de la paternidad que se estableció a sabiendas de la falta de nexo biológico. Por ello, la misma autora indica que no debería permitirse la impugnación posterior al mismo hecho[113].

En el mismo sentido se ha afirmado que la filiación que se determina conforme el art. 8.1 LTRHA es legalmente una filiación por naturaleza; en este orden de ideas, el hombre que da su consentimiento para que su mujer sea fecundada con contribución de donante, en efecto, no puede desligarse de sus obligaciones paterno/filiales alegando la falta de correspondencia genética con la criatura que nació[114]. Por ello Rodríguez Cachón se pregunta: "¿cómo podemos seguir permitiendo que un sujeto se inhiba de las obligaciones que asumió para con un menor por no ser el padre biológico de la criatura si fue consciente desde el inicio de tal situación y la aceptó libre y conscientemente, si otro padre en una idéntica situación -aceptación de la paternidad legal de una criatura traída al mundo mediante las TRHA sin ser su padre genético- no puede desdecirse de su consentimiento?"[115].

Similares ideas con algunos matices tiene Díaz Martínez. En su opinión, se pueden comparar estas dos clases de filiaciones porque en ambas se asume una paternidad a sabiendas de la inexistencia del vínculo biológico, pero, en los dos casos, es una filiación que se desea, tanto desde el punto de vista social como jurídico, advirtiendo que la LTRHA sí establece la prohibición de impugnar la filiación, por el valor especial que se le da al consentimiento en la filiación que se determina mediante estas técnicas[116].

De lo expuesto hasta este momento vale ahora preguntarnos ¿cuál es el carácter simbólico de las maniobras de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de ciertos preceptos normativos a estos reconocimientos de complacencia?

112 Paniza Fullana, A.: *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 66.

113 Paniza Fullana, A.: "Acción de", cit., pp. 132ss.

114 Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica", cit., pp. 322 y 323.

115 Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica", cit., p. 322. En sentido similar con algunos matices Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., p. 11.

116 Díaz Martínez, A.: "Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de acciones de filiación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, núm. 4º, pp. 112 y 113. En sentido similar con algunos matices Blandino Garrido, M.A.: "La impugnación", cit., p. 603.

¿Podríamos afirmar, como advierte Barber Cárcamo, que el TS prefirió darle prioridad al principio de veracidad, en la filiación biológica, frente a permitir un juego de la voluntad que resulta contrario totalmente con el sistema de filiación?[117]. Una respuesta afirmativa conduciría a entender que de esta manera se impide aplicar la acción de nulidad a estos reconocimientos por las graves consecuencias que esta acción genera[118].

Sin embargo, me queda por extraer una conclusión de un alcance considerable: es claro que los reconocimientos de complacencia son una fisura del sistema jurídico de filiación y más que una fisura, una patología que requiere ser atendida por el legislador, en la que deberá valorarse un punto esencial a destacar: la problemática de la supremacía del interés superior del hijo frente al interés del progenitor/ reconocedor, relación que se ha venido invirtiendo en los últimos tiempos. La complejidad y la repercusión de la decisión que se adopte en una materia tan sensible como es la filiación es trascendental por los intereses tan delicados que están en juego, en especial, por tocar aspectos relacionados con la formación de la personalidad y la identidad de la persona.

La anterior conclusión nos pone en vías de comprender la importancia de preguntarnos, de nuevo, si con la legitimación que se da el propio reconocedor de complacencia para ejercitar la acción de impugnación ¿no estaríamos violando el principio en materia de filiación de conformidad con el cual las filiaciones jurídicas no biológicas no se pueden revocar?

Es claro que cuando se impugnan los reconocimientos de complacencia se configuran dos fraudes de ley: el primero porque se crea "una filiación no biológica sin cumplir con las vías legales establecidas para ello, como son las normas que regulan la adopción"[119] y el segundo, se concreta en la defraudación al "... principio en materia de filiación de conformidad con el cual "las filiaciones que se construyen voluntariamente sin base biológica y con conocimiento de ello no se puede revocar"[120], teniendo en cuenta que la sanción a los actos que se realizan en fraude de ley es la aplicación de la norma que se defrauda. Vale recordar que si bien impugnación y revocación, desde el punto de vista técnico, son dos conceptos distintos, los efectos que generan son idénticos. Ahora bien, para evitar que se produzca este segundo fraude se debe impedir al reconocedor de complacencia y a la madre del reconocido ejercitar la acción de impugnación sin que ello implique

117 Barber Cárcamo, R.: "La incidencia", cit., p. 16.

118 Barber Cárcamo, R., *La impugnación,* cit., p. 5.

119 Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos,* cit., p.182.

120 Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos,* cit., p.182.

convalidar en forma definitiva el primero, ya que el hijo reconocido sí podría entablar dicha acción[121].

Sanciñena Asurmendi destaca que los reconocimientos de complacencia también constituyen un fraude documental y al derecho penal por alteración de la paternidad, artículos 220-221 Cp.; fraude a las normas de nacionalidad, permisos de residencia y ciertos beneficios sociales[122].

G) Finalmente expone el TS en la sentencia objeto de este trabajo que "no parece justa una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar" indicando que, con los breves plazos de caducidad establecidos en las normas, se están conjugando adecuadamente los intereses que están en juego, advirtiendo lo moderada que resulta esta solución.

Estos argumentos carecen de estricto carácter jurídico para Sanciñena Asurmendi[123] y como dice Gete-Alonso Calera la conducta del reconocedor de complacencia es reprochable desde el punto de vista ético, y más que tenga amparo legal con impunidad casi absoluta. Para esta autora, incluso, se puede pedir indemnización de los daños generados por el rompimiento de la relación filial porque hubo un ejercicio abusivo de la acción; en su opinión, sí es verdad que el reconocedor hace uso de una acción que le corresponde, pero está generando unos efectos en el reconocido que no tiene por qué soportar, por ello hay un ejercicio extralimitado del derecho[124]. Puede que el reconocedor de complacencia tenga buenas intenciones al momento en que efectúa el reconocimiento, pero ello no justifica que se infrinja el ordenamiento jurídico, máxime teniendo en cuenta, según la práctica judicial, que cuando termina la relación sentimental con la madre del reconocido es cuando probablemente querrá también terminar la relación filial para desligarse de las obligaciones económicas que la paternidad conlleva. Paniza Fullana, nos recuerda que en la STS 4 julio 2011[125], el TS reconoció que la conducta de quien efectúa un reconocimiento de complacencia y después se retracta, merece la reprobación social; aunque desde el punto de vista jurídico el argumento del Alto Tribunal es diferente[126].

121 Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos,* cit., pp. 174 ss. En este mismo sentido con algunas variaciones es la opinión de Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., pp. 354, 358 y 359; Paniza Fullana, A.: *Realidad biológica*, cit., p. 69; Corvo López, F.: "Reflexiones en", cit., p. 51; Romero Coloma, A.M.: "Los reconocimientos", cit., p. 200.

122 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de", cit., p. 67.

123 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de", cit., p. 70.

124 Del Carmen Gete-Alonso Calera, M.C.: "Derecho y corrupción con perspectiva de género. Elusión y desistimiento legal de la paternidad: Corruptelas del sistema", en AA.VV.: *Derecho, historia y corrupción con perspectiva de género* (coord. por M.J. Espuny Tomás), Dykinson, Madrid, 2021, p. 214.

125 STS 4 julio 2011(Roj: 5546/2011).

126 Paniza Fullana, A.: *Realidad biológica,* cit., p. 65.

En sentencias como la que es objeto de este estudio, como bien advierte Sanciñena Asurmendi, el TS deja visualizar lo poco convencido que está de admitir la impugnación de la paternidad cuando estamos frente a este reconocimiento al utilizar los mismos argumentos que sirven para defender su irrevocabilidad, pero dando un giro hacia la protección del propio reconocedor[127].

Cuando se permite la impugnación de estos reconocimientos falaces se está permitiendo impugnar con fundamento, justamente, en el "deseo contrario" que llevó al reconocedor a determinar la filiación. En otras palabras, cuando el reconocedor efectuó voluntariamente el reconocimiento lo hizo porque "quería ser el padre del reconocido", aun sabiendo que no era el verdadero progenitor; y en sede ya de destrucción del vínculo filial, la verdadera razón que lo lleva a impugnar es "no querer ser más el padre del hijo que reconoció"; y para que prospere la acción bastará ejercitarla dentro de determinados plazos para evitar una caducidad de la misma.

Manipular las cuestiones de la identidad para intentar cerrar una fisura del sistema jurídico de filiación es poner en peligro derechos fundamentales, en especial el interés superior del menor, teniendo en cuenta que se crea un vínculo jurídico que va a impactar no únicamente sobre la propia identidad del hijo reconocido sino también en el propio reconocedor y en la madre del reconocido, quedando todos inmersos en una nueva relación de padre-madre-hijo, generando una serie de derechos y obligaciones de carácter recíproco, haciendo nacer ciertos derechos que luego se verán quebrantados porque el propio sistema no ha puesto límites a la autonomía privada, ni en sede de determinación de la filiación por reconocimiento, ni en el ámbito de su impugnación. Como indica Verdera Izquierdo, la declaración de voluntad está creando una relación de filiación que envuelve una serie de obligaciones y responsabilidades asumidas en forma voluntaria por el propio autor del reconocimiento "y, en muchas ocasiones, ignoradas por el reconocedor quién ante la falta de amor, adversidades o cambio de parecer impugna dicho reconocimiento"[128].

Vale la pena traer a colación las palabras de Álvarez Escudero cuando dice que debe considerarse el interés superior del niño: "y su derecho a ser oído, conforme su autonomía progresiva, de otra manera la protección preferente de los derechos de los niños cederían ante las prerrogativas de los adultos, quienes son los que han decidido voluntaria y conscientemente asumir la paternidad de un niño que después quieran romper cuando se presente una crisis con la pareja"[129].

127 Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de", cit., p. 70.

128 Verdera Izquierdo, B.: "Relevancia de", cit., p. 591. El autor cita a De Castro Y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12, que recuerda que la autonomía privada comporta la libertad y los derechos del individuo, pero también envuelve la idea de comprometerse y de vincularse con la voluntad que se emite.

129 Álvarez Escudero, R.: "El derecho", cit., pp. 188 y 189.

Este autor considera que la jurisprudencia deberá analizar caso por caso para valorar la vinculación afectiva o la propia identidad del niño.

Como dice Gete-Alonso Calera "no es proporcionado que, por un mero acto de voluntad basado en la mentira y después impugnado, se permita a alguien manejar, a su antojo, algo tan serio y trascendente como la relación de filiación.". Para esta autora, debe existir algún mecanismo que disminuya o limite las consecuencias perjudiciales que se generan para la parte menos fuerte de la relación[130].

3. ¿Filiación matrimonial o no matrimonial, cuando el reconocedor contrae matrimonio con la madre del reconocido con posterioridad a su nacimiento?

En el Fundamento de Derecho Segundo, numeral 2, de la sentencia considerada y previo a dar respuesta a este planteamiento, advierte el TS que las diferencias de régimen jurídico establecidos por el legislador para la impugnación de la paternidad en consideración a la existencia o no de matrimonio entre el reconocedor y la madre del reconocido, no constituyen violación al art. 14 C.E.

En el numeral 3 del mismo Fundamento de Derecho, tras referir algunas sentencias del propio TS, se identifica la necesidad de fijar doctrina con relación a la normativa aplicable para la impugnación del reconocimiento que se efectúa antes de la celebración del matrimonio entre el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido, y la norma que debe aplicarse cuando se reconoce la paternidad después de dicha celebración.

Tras varios pronunciamientos en los que el propio TS había fallado de manera diferente en aquellos supuestos en los que el autor del reconocimiento contrae matrimonio con la madre del reconocido, antes o después de la celebración, en esta sentencia fija doctrina jurisprudencial en el Fundamento de Derecho Quinto, señalando que, para este supuesto, la acción de impugnación de la paternidad será la que contempla el art. 136 CC., que establece un año de caducidad, sin tener en consideración si el reconocimiento se ha efectuado antes o después de la celebración del matrimonio, a menos que al momento de contraer dicho matrimonio hubiere caducado la acción que recoge el art. 140 CC., prevista para los supuestos en los que el reconocedor no ha contraído matrimonio con la madre del reconocido que establece cuatro años para promoverla, porque, en tal caso, la celebración del matrimonio no abrirá un nuevo plazo para tal efecto. Los argumentos que sustentan esta decisión son los que siguen –las reacciones en la doctrina frente a esta cuestión se expondrán de manera unificada al finalizar los argumentos del fallo–:

130 Del Carmen Gete-Alonso Calera, M.C.: "Derecho y", cit., p. 214.

A) El art. 119 CC., procura fortalecer jurídicamente la protección de la filiación que se torna en matrimonial, haciendo más difícil su impugnación mediante plazos cortos de caducidad de la acción.

B) Aclara que la expresión "progenitores" del art. 119 CC., no está haciendo expresa referencia al "padre" y a la "madre" biológicos sino a los legales; es decir, a los que determinaron legalmente la filiación. Agrega que quizás porque la filiación se puede también determinar con posterioridad a la celebración del matrimonio es la razón por la cual el legislador empleó dicha expresión.

C) Contrasta el art. 235-7 del Código Civil de Cataluña que sujeta la impugnación de la filiación sobrevenida matrimonial a las normas que regulan la filiación no matrimonial para advertir la diferencia que existe con el régimen que contempla el derecho común español.

D) Cuando la determinación de la filiación se ha establecido mediante el reconocimiento de la paternidad, antes o después de la celebración del matrimonio, la consecuencia es que la filiación adquiere el carácter de matrimonial para todos los efectos jurídicos, desde la fecha misma de su celebración, sin que sea relevante el orden temporal en que se haya producido el reconocimiento y el matrimonio.

Sin embargo, sí establece el TS una variante en cuanto al *dies a quo* del plazo de caducidad para entablar la acción de impugnación, en consideración al momento en que se realiza el reconocimiento: si es después de la celebración del matrimonio el plazo comenzará a contarse desde el día en que se perfecciona el reconocimiento; si este se efectúa antes del matrimonio dicho *dies a quo* se contará desde la fecha de su celebración, salvo, como ya se ha indicado, que el reconocedor estuviere en el supuesto que contempla el art. 140 CC., y ya hubiera caducado la acción de impugnación de la paternidad no matrimonial que recoge esta norma que prevé un plazo de 4 años porque, en tal supuesto, la sola celebración del matrimonio no abrirá un nuevo plazo para impugnar; es decir, ya no tendrá aplicación el art. 136 CC.

E) Finalmente indica el TS que no encuentra razón para negar la aplicación de todo lo expuesto a los reconocimientos de complacencia.

Veamos la reacción de la doctrina frente a estos argumentos expuestos por el Alto Tribunal.

Conforme el principio de igualdad no existe ninguna justificación que soporte el diferente régimen jurídico que aplica en cuanto a los plazos establecidos para la impugnación de los reconocimientos de complacencia en consideración a la existencia o no de matrimonio entre el autor del reconocimiento y la madre del

reconocido. Por ello se propone: o regular de manera unificada esta cuestión o, en el mejor de los casos, establecer un régimen distinto para estos reconocimientos porque no se está protegiendo el interés superior del hijo[131].

Corvo López observa "una falta de rigor mayúscula en la sentencia", porque si bien el régimen de impugnación es distinto tratándose de filiación matrimonial o no matrimonial, hay sentencias en las que se prescinde de lo dispuesto en el art. 119 CC., y en lugar de aplicar el art. 136 CC., se aplica el art. 140 CC., destacando que esta cuestión no es insignificante porque el éxito de la acción dependerá de la aplicación de uno u otro artículo[132]. Para constatar esta afirmación, hace un recuento de varias sentencias que han fallado sobre el tema de diferentes maneras. Para esta autora, es muy discutible que cuando el reconocimiento se efectúa antes, y al momento de la celebración del matrimonio no han transcurrido los 4 años de caducidad que trae el art. 140 CC, el reconocedor disponga, "en todo caso", del plazo de un año para entablar la acción. Si por ejemplo, al momento de la celebración del matrimonio no habían transcurrido los 4 años pero sí habían pasado ya tres años y medio desde el momento en que efectuó el reconocimiento, según esta doctrina del TS, el matrimonio en este supuesto, sí abrirá un nuevo plazo de un año para impugnar, contado desde la celebración del matrimonio, lo que significa que el reconocedor tendrá en total 4 años y medio para el ejercicio de la acción, pese a que esto fue justamente lo que quiso evitar la sentencia del TS al negar la posibilidad de entablar la acción al reconocedor que le hubiere caducado la acción del art. 140 CC, cuando contrajo matrimonio con la madre del hijo que reconoció. Por ello recomienda que el legislador realice una matización del art. 136 CC[133].

Frente a las posturas anteriores, algunos autores como Martínez de Aguirre Aldaz piensan diferente: la doctrina sentada por el TS sobre este asunto es correcta, advirtiendo que, con ella, por un lado, se confirma lo que había fijado en algunas sentencias y, por otro lado, se corrigen otras que habían aplicado de manera indebida el art. 140 CC., tratándose de filiación matrimonial sobrevenida. Sin embargo, para este autor, no acierta el TS cuando establece dos momentos distintos para el *dies a quo* del plazo de caducidad, en consideración al momento en que se celebra el matrimonio: antes o después del reconocimiento. En aplicación del art 136 CC., el *dies a quo* debería ser el mismo para ambos supuestos: el momento en que se inscribe el reconocimiento en el Registro Civil, sin tener en cuenta cuál fue el título por medio del cual se determinó la filiación; no es lógico que pueda disponer de un plazo mayor para ejercitar la acción de impugnación por

131 Quesada González, M.C.: "Los retos", cit., pp. 161-163.

132 Corvo López, F.: "Reflexiones en", cit., p. 46.

133 Corvo López, F.: "Reflexiones en", cit., p. 49.

el hecho de haber contraído matrimonio con la madre[134]. En opinión de Barber Cárcamo, también aplica como *dies a quo* dicha inscripción para el art. 140 CC., dada la posesión de estado; en sus propias palabras: "La celebración del matrimonio es un dato irrelevante a efectos del cómputo del plazo, de manera que no hay ninguna razón para defender que si se contrae una vez caducado el plazo del art. 140 CC., surja para el autor del reconocimiento una nueva acción para impugnar la filiación"[135]. Este comentario tiene una contribución capital teniendo en cuenta, como advierte Goñi Huarte, que en los últimos años han aumentado, de manera considerable, el número de parejas de hecho que son quienes emplean, en mayor medida, este mecanismo de determinación de la filiación, pues en los matrimonios, en la generalidad de los casos, la paternidad se determina por presunción[136]. Por ello creo que, en decisiones posteriores, deberá el Alto Tribunal sopesar mejor los intereses que están en juego y reflexionar, con mayor profundidad, sobre esta diferencia en los plazos de caducidad en consideración a la existencia o no de matrimonio entre los padres del hijo que se reconoce por complacencia.

Sentado lo anterior, debo dejar planteadas otras preguntas: ¿se está en realidad conjugando adecuadamente los intereses en juego con estos hipotéticos "breves" plazos de caducidad? ¿Pesa más tolerar los caprichosos cambios de opinión o de amor en el autor del reconocimiento de complacencia y el derecho que tiene de reconstruir su vida afectiva y familiar, que los delicados derechos fundamentales del hijo, que nacen de las relaciones filiales, relacionados estrechamente con su propia identidad, con la estructura de su personalidad y con su estabilidad emocional, familiar y social? Tratar de soslayar el interés superior del hijo con los argumentos que expone el TS es reafirmar que es el interés del progenitor el que está primando en estas decisiones.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

1. La exigencia de la veracidad en el reconocimiento sí es un presupuesto de este. Como mecanismo de determinación de la filiación, si cumple con los requisitos exigidos por la ley, la presunción legal de veracidad en la declaración, o presunción de paternidad, despliega toda su eficacia porque es ella, justamente, la que permite establecer dicha filiación.

2. Calificar los reconocimientos de complacencia como actos jurídicos válidos es desnaturalizar los efectos propios del reconocimiento como acto jurídico que determina la filiación porque el autor sabrá, a priori, que podrá destruir dicho vínculo, aunque sea dentro de unos plazos limitados. Ello es inviable en la filiación

134 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de", cit., p. 360.

135 Barber Cárcamo, R., *La impugnación,* cit., p. 9.

136 Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento", cit., p. 4.

por naturaleza a menos que exista un vicio que haya afectado el consentimiento, bien al momento de efectuar el reconocimiento, o bien, cuando la filiación es matrimonial y se establece por presunción.

3. El problema de la relación biológica en la filiación no es un problema de voluntad sino un problema de veracidad (existe o no). La voluntad no es la que edifica la relación; esta existe desde antes de la declaración, siendo diferente lo que ocurre en la adopción y en la filiación que se establece mediante las TRHA, que sí crean el vínculo a partir de la voluntad.

4. Los reconocimientos de complacencia son una patología del sistema jurídico de filiación que merece atención por parte del legislador, el cual deberá valorar las consecuencias que van a generar las decisiones que se tomen, teniendo en cuenta que la relación paterno/materno filial es la que finalmente estructura la esencia de la personalidad del ser humano. Esta valoración deberá hacerse recordando que en materia de filiación hay un principio de conformidad con el cual las filiaciones jurídicas no biológicas no se pueden revocar, ni debería poderse impugnar por los efectos tan similares que en uno y en otro caso se generan.

5. Permitir la impugnación de los reconocimientos de complacencia es permitir que se configuren no uno, sino dos fraudes de ley: violación a las normas que regulan la adopción como mecanismo establecido para crear filiaciones jurídicas sin base biológica y violación al principio que rige en materia de filiacion según el cual: "las filiaciones que se construyen voluntariamente sin base biológica y con conocimiento de ello no se puede revocar"[137].

6. En los argumentos del TS en la sentencia que se comenta se está dando prevalencia a la protección de los derechos del reconocedor falaz, olvidando que son los derechos del reconocido los que deberían prevalecer porque él fue ajeno a la voluntad de aquel.

7. Sobre la base de estos argumentos vale la pena preguntarse: por un lado, si en realidad el reconocedor de complacencia quiere asumir su función de padre ¿por qué no recurre a la filiación adoptiva con el reconocido que le dará estabilidad en esa relación por la imposibilidad que envuelve destruir ese vínculo filial? Y por otro lado, teniendo en cuenta que la filiación jurídica que se establece mediante las TPHA tampoco tiene como base el vínculo biológico y, al igual que la adopción, no es posible entablar la impugnación ni se puede revocar, ¿en realidad podemos afirmar que estos reconocimientos no contrarían la ley, ni tampoco el orden público, ni menos la moral teniendo en cuenta que el propio reconocedor sabe,

137 Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos*, cit., p. 182.

que puede destruir ese vínculo de la misma manera como lo estableció? ¿Cuál es el alcance de las normas que regulan la determinación de la filiación?

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Escudero, R.: "El derecho a la identidad de los niños", en AA.VV.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia* (dir. por J. Solé Resine), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 181-196.

Barber Cárcamo, R.: "La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación", *Revista Derecho Privado*, 2017, núm. 101º, pp. 3-22.

Barber Cárcamo, R., *141 La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.* Comunicación personal, fecha de documento adjunto en correo, denominado: "141", 03 de junio de 2022.

Barber Cárcamo, R.: *La impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia. Comentario a la sentencia STS 15 de julio 2016 (pleno): impugnación de la paternidad matrimonial por quien la reconoció previamente.* Comunicación personal, fecha de documento adjunto en correo denominado: "COMENTARIO A LA STS 15 JULIO 2016", 03 de junio de 2022.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "La determinación de la filiación por reconocimiento. Su eventual impugnación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015, núm. 750º, pp. 2235-2265.

Blandino Garrido, M.A.: "La impugnación de los reconocimientos de complacencia", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13º, pp. 578-617.

Corvo López, F.: "Reflexiones en torno a la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimiento de complacencia a la vista de la jurisprudencia del TS", *Aranzadi civil-mercantil*, 2017, núm. 1º, pp. 29-60.

Courtis, C.: *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006.

De Castro Y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

Del Carmen Gete-Alonso Calera, M.C.: "Derecho y corrupción con perspectiva de género. Elusión y desistimiento legal de la paternidad: Corruptelas del sistema", en AA.VV.: *Derecho, historia y corrupción con perspectiva de género* (coord. por M.J. Espuny Tomás), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 203-218.

Del Carmen Castillo Martínez, C.: "Nuevos patrones de familia y desvinculación de la verdad biológica en la determinación de la filiación hacia una reformulación del estatuto del "concepturus". A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 y la admisión, no tan velada, de los reconocimientos de complacencia", *Revista Jurídica del Notariado*, 2017, núm. 104º, pp. 277-316.

Díaz Martínez, A.: "Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de acciones de filiación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, núm. 4º, pp. 99-114.

Gallo Vélez, A.S.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común Español*, Dykinson, Madrid, 2017.

Goñi Huarte, E.: "El reconocimiento de complacencia y la protección del menor", en AA.VV.: *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales* (dir. por M. Angustias Martos Calabrús), Comares, Madrid, 2018, pp. 3-18.

Martínez De Aguirre Aldaz, C.: "Reconocimiento de complacencia: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016 (494/2016)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y mercantil* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 347-362.

Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El reconocimiento de complacencia ante notario", *Revista de Derecho Civil*, 2017, núm. 4º, pp. 237-264.

Paniza Fullana, A.: *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Paniza Fullana, A.: "Acción de impugnación de la filiación en caso de reconocimiento de complacencia", *Revista Aranzadi civil-mercantil*, 2016, núm. 9º, pp. 127-135.

Quesada González, M.C.: "Los retos actuales de la impugnación de la filiación", en AA.VV.: *Retos actuales de la filiación* (coord. por R. Barber Cárcamo), Tecnos, La Rioja, 2018, pp. 119-183.

Rivero Hernández, F.: "Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)", *Anuario de derecho civil*, 2005, núm. 58º, pp. 1049-1114.

Rodríguez Cachón, T.: "Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia", en AA.VV.: *Derecho de familia: Nuevos retos y realidades* (dir. por M. De Peralta y Carrasco), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 317-325.

Romero Coloma, A.M.: "Los reconocimientos de complacencia en el derecho español", *Revista Jurídica del Notariado*, 2016, núm. 99º, pp. 192-212.

Sanciñena Asurmendi, C.: "Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia. Comentario a la STS de 15 de julio de 2016 (RJ 2016, 3196)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2017, núm. 104º, pp. 49-73.

Verdera Izquierdo, B.: "Relevancia de la autonomía de la voluntad de la progenitora en los reconocimientos de complacencia", en AA.VV.: *Mujer, maternidad y Derecho* (dir. por M. Paz García Rubio), lo Blanch, Santiago de Compostela, 2019, pp. 589-609.

Verdera Server, R.: *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Verdera Server, R.: "Ser padre", *Derecho Privado y Constitución*, 2016, núm. 30º, pp. 75-126.

"QUESTIONI" IN TEMA DI COMUNIONE LEGALE E PARTECIPAZIONI SOCIETARIE

"QUESTIONS" ON MATRIMONIAL REGIME AND COMPANY SHARES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 268-299

Alessandro
SEMPRINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Il saggio riflette sulla vexata quaestio del regime giuridico applicabile alla partecipazione sociale acquistata da un coniuge in comunione legale dei beni, nell'ottica di chiarire se questa sia destinata ad entrare in comunione immediata ai sensi dell'art. 177 cod. civ. oppure in comunione differita o de residuo ai sensi dell'art. 178 cod. civ. Nell'assenza di un chiaro dato normativo sul punto, l'autore ragiona sulla interpretazione preferibile e, in ottica de iure condendo, propone una ricostruzione fondata su un più equo bilanciamento tra i principi costituzionali posti a tutela della famiglia e della libertà di iniziativa economica; da ultimo, infine, vengono effettuate specifiche riflessioni su alcuni eventi potenzialmente "modificativi" e/o "estintivi" del regime individuato.

PALABRAS CLAVE: Regime patrimoniale della famiglia; comunione legale dei beni; comunione legale differita; comunione de residuo; partecipazioni sociali; partecipazioni societarie; scioglimento della comunione de residuo; trasformazione societaria.

ABSTRACT: *The essay analyses the legal regime applicable to the company share acquired by a spouse in joint ownership of assets, in order to clarify whether it becomes immediate co-ownership pursuant to art. 177 of the Civil Code or de residuo co-ownership pursuant to art. 178 of the Civil Code. In the absence of a clear rule, the author reflects on the preferable interpretation and, from a de iure condendo point of view, proposes a reconstruction based on a fairer balance between the constitutional principles protecting the family and the freedom of economic initiative; lastly, specific in-depth studies are made on certain potentially 'modifying' and/or 'extinguishing' events of the identified legal regime.*

KEY WORDS: *Family property regime; matrimonial regime; spouse's co-ownership; company shares; dissolution of family property regime; company transformation.*

SUMARIO.- I. PREMESSA. – II. L'ACQUISTO DI PARTECIPAZIONI SOCIALI AD OPERA DEL CONIUGE IN COMUNIONE LEGALE: LA *VEXATA QUAESTIO*. LACUNA LEGISLATIVA E MATRICI COSTITUZIONALI. – III. GLI ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI. LA (ISOLATA) TESI LETTERALE. – IV. (*SEGUE*) L'IMPOSTAZIONE RADICALE E LA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. – V. (*SEGUE*) LA RICOSTRUZIONE "INTERMEDIA" E I VARI CRITERI DISCRIMINANTI. – VI. SULL'OPPORTUNITÀ DI ADOTTARE UN APPROCCIO PRAGMATICO. L'APPLICAZIONE DELL'ART. 178 COD. CIV., IN OTTICA *DE IURE CONDENDO*, ALL'ACQUISTO DI TUTTE LE TIPOLOGIE DI PARTECIPAZIONE SOCIALE. – VII. GLI EVENTI "MODIFICATIVI/ESTINTIVI" E I POTENZIALI RIFLESSI SUL REGIME GIURIDICO DELLA QUOTA DEL CONIUGE. – VIII. "PRIMO EVENTO": LA TRASFORMAZIONE SOCIETARIA PROGRESSIVA ED IL SUO POTENZIALE IMPATTO SUL REGIME DI COMUNIONE LEGALE. – IX. "SECONDO EVENTO": LO SCIOGLIMENTO DELLA COMUNIONE *DE RESIDUO* E IL DIBATTITO SULLA NATURA DEI DIRITTI SPETTANTI AL CONIUGE NON IMPRENDITORE. L'APPROCCIO INTERPRETATIVO ACCOLTO DALLE SEZIONI UNITE N. 15889/2022. – X. (*SEGUE*) RILIEVI CRITICI E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA.

Nei sistemi di *civil law*, il metodo "deduttivo" (con predeterminazione della norma scritta, da applicare al caso specifico)[1] continua ad essere spesso associato al principio di certezza del diritto, quale *modus operandi* in grado di soddisfare *ex ante* gli interrogativi e le incertezze dei privati. È dimostrato, d'altro canto, quanto ciò costituisca una mera utopia: anche nei modelli fondati sulla norma scritta, infatti, seppur in misura differente da quelli di *common law*, il "diritto" è frutto dell'operato congiunto di più formanti, i quali adeguano costantemente il significato delle disposizioni alla mutata realtà sociale[2]; giocoforza, non potrà aversi certezza sulla base della mera disposizione scritta, la quale dovrà invece essere sempre interpretata nel panorama giuridico vigente. In alcune situazioni, peraltro, i formanti (diversi da quello legislativo) si occupano proprio di colmare le lacune normative ravvisabili nel sistema, fornendo una regolamentazione giuridica a fattispecie non disciplinate dalla legge: stupisce però che, nell'ordinamento italiano, siffatta attività integrativa continui ad operare anche in contesti ordinari e molto frequenti, come in materia di regime patrimoniale della famiglia, e precisamente nella comunione legale dei beni. Si fa riferimento, segnatamente, alla lacuna ravvisabile nella disciplina giuridica degli acquisti di partecipazioni sociali – di società di persone o di capitali – ad opera di un coniuge in comunione legale dei beni, non

1 In contrapposizione al metodo "induttivo" dei modelli di *common law*; cfr. Zweigert, K. e Kotz, H.: *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali* (versione it.), Giuffré, Milano, 1998, pp. 317 ss.

2 Per interessanti letture sul superamento del positivismo giuridico, si rinvia a Marinelli, F.: *L'impressionismo giuridico. Artisti e giuristi nella Francia dell'Ottocento*, Pacini giuridica, 2022; Viola, F.: *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 2021.

• Alessandro Semprini
Alessandro Semprini, ricercatore universitario dell'Università degli Studi di Milano Bicocca. E-mail: alessandro.semprini@unimib.it

risultando chiaro se debba operare la comunione legale immediata, quella differita o *de residuo*, oppure l'esclusione *ex* art. 179 cod. civ.

Il tema, infatti, non è regolato da alcuna disposizione del Codice civile, ed è inutile negarlo, si tratta di lacuna inaspettata[3]. Sia perché, a partire dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, la comunione legale è divenuta il regime patrimoniale legale di tutti i rapporti coniugali (salvo differente scelta effettuata dai nubendi), risultando dunque molto diffusa nelle famiglie italiane; sia perché, alla luce dell'impetuoso sviluppo economico degli ultimi cinquant'anni, la titolarità di partecipazioni societarie ad opera di uno od entrambi i coniugi è divenuta situazione tutt'altro che rara. È sì vero che, in ambito familiare, siamo di fronte ad una inversione di tendenza, vista la sempre più frequente scelta di non "giuridicizzare" il rapporto coniugale, utilizzando modelli più *liberi* (come la convivenza di fatto, rispetto alla quale, comunque, potrà egualmente scegliersi il regime di comunione legale, per mezzo della stipula di un contratto di convivenza[4]). Ciononostante, il paradigma "comunione legale/partecipazioni sociali" risulta ampiamente diffuso nella regolamentazione delle relazioni di coppia italiane.

Obiettivo della presente indagine, pertanto, è chiarire il regime giuridico applicabile alla partecipazione societaria acquistata dal coniuge in comunione legale[5] e, segnatamente, se questa sia oggetto di comunione legale immediata (ai sensi dell'art. 177 cod. civ.), di comunione legale differita (di cui agli artt. 177 lett. b e c e 178 cod. civ.), oppure se possa ritenersi bene personale (ai sensi dell'art. 179 cod. civ.). L'analisi non potrà che iniziare dal dato normativo vigente, e dalle matrici costituzionali sottese alle scelte legislative: queste, in breve, forniranno l'approccio interpretativo da utilizzare nell'attività ermeneutica in oggetto. Sicché, una volta analizzati gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, verrà avanzata una proposta interpretativa, con correlati rilievi in ottica *de iure condendo*.

3 Sul punto, Russo, E.: *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, artt. 177-179, *Il codice civile commentato* diretto da P. Schlesinger, Giuffré, Milano, 1999, pp. 277-278, giustifica tale lacuna in ragione dell'atteggiamento culturale del legislatore, il quale ha tentato di imporre "i propri modelli, anzicché regolare "i fatti" propri di una società ad impronta capitalistica"; la conseguenza è che "[c]i si trova di fronte, dunque, ad una "vistosa carenza" di regolamentazione, riguardante (i criteri di ripartizione di) quelle forme di ricchezza che sono proprie di una economia capitalistica: titoli di credito, buoni del tesoro, valori mobiliari, partecipazioni societarie, azioni". Al riguardo, ovvero sull'inadeguatezza delle disposizioni di legge dedicate alla comunione legale dei beni, cfr. Schlesinger, P.: *Sub art. 177*, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia,* Cedam, Milano, 1992, pp. 376 ss.; Tanzi, M.: "Comunione legale e partecipazioni a società lucrative", in AA.VV.: *La comunione legale* (a cura di C.M. Bianca), vol. I, Giuffré, Milano, 1989, pp. 305 ss.

4 Su alcuni profili applicativi del contratto di convivenza (ovvero sulla regolamentazione di alcuni aspetti connessi alla crisi del rapporto di coppia), si consenta il rinvio a Semprini, A.: "Gli accordi in vista della crisi della convivenza", *Familia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n. 5, 2019, pp. 597-616. Si evoca, infatti, una sorta di rivincita del regime di comunione legale nelle nuove famiglie, ovvero nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto; cfr. Albanese, A.: "La rivincita della comunione legale nelle nuove famiglie", *Corr. giur.*, n. 6, 2019, pp. 799-816.

5 Quanto invece agli effetti riconducibili all'aumento gratuito del capitale sociale di una società occorrono differenti riflessioni; con riferimento all'aumento gratuito in una società di persone, si veda Cass., 2 febbraio 2009, n. 2569, con nota di Cennerzzo, S.: "L'aumento del capitale sociale delle società di persone attraverso l'imputazione di utili: natura giuridica ed effetti sul regime patrimoniale dei coniugi", *Giur. comm.*, n. 3, 2010, pp. 411 ss.

Successivamente, si effettueranno brevi riflessioni conclusive sul profilo "dinamico" della questione, ovvero sulle conseguenze giuridiche di alcuni eventi modificativi e/o estintivi (modificativi del tipo sociale oppure estintivi della comunione legale). Precisamente, ci si soffermerà sui potenziali riflessi giuridici (sul regime della partecipazione sociale) derivanti: (*a*) dalla trasformazione societaria "progressiva" (precisando se questa possa essere fatta rientrare nella nozione di "acquisto" di cui all'art. 177 cod. civ., con conseguente modifica del regime normativo della partecipazione); (*b*) dallo scioglimento della comunione legale (per causa differente dalla morte di un coniuge), con il fine di chiarire la natura (personale o reale) dei diritti spettanti al coniuge a titolo di comunione *de residuo*. Con riferimento a tale ultimo profilo, si evidenzierà quanto recentemente sostenuto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 15889/2022.

In conclusione, ed in chiave riassuntiva, con il presente contributo si mira a partecipare al dibattito giuridico delle "idee" sul rapporto tra comunione legale e partecipazioni societarie, nell'ottica di risolvere le citate incertezze interpretative, e con l'obiettivo di tratteggiare – anche mediante alcuni spunti *de iure condendo* – un assetto chiaro ed efficiente.

II. L'ACQUISTO DI PARTECIPAZIONI SOCIALI AD OPERA DEL CONIUGE IN COMUNIONE LEGALE: LA *VEXATA QUAESTIO*. LACUNA LEGISLATIVA E MATRICI COSTITUZIONALI.

L'acquisto di quote o partecipazioni societarie da parte del soggetto coniugato in regime di comunione legale dei beni continua a suscitare grandi incertezze[6]; non foss'altro per i rilevanti effetti sull'esercizio dei diritti sociali (amministrativi e patrimoniali) e per le conseguenze sulla liquidazione successiva alla crisi della famiglia. In entrambi i casi, d'altronde, il ritenere la partecipazione entrata (immediatamente oppure in via differita) nella comunione legale determina varie conseguenze operative. Come anticipato in premessa, però, il dato rilevante da cui l'analisi deve iniziare è proprio quello dell'assenza di chiarezza legislativa sul punto, stante il fatto che le norme dedicate al regime di comunione legale dei beni (artt. 177 e seguenti del Codice civile) non si occupano minimamente dell'acquisto delle partecipazioni sociali o della costituzione di imprese collettive. Rispettivamente (e limitandosi alle disposizioni di interesse): (*i*) l'art. 177 cod. civ., alla lettera *a*), sancisce in modo generico l'entrata in comunione legale immediata di tutti gli

6 Cfr. Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi), vol. I, Cedam, Padova, 1977, p. 377; Busani, A.: "Comunione legale dei beni, partecipazioni al capitale di società e strumenti finanziari", *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2002, pp. 335-336; Scotti, R.: "L'acquisto di partecipazioni sociali in regime di comunione legale", *Notariato*, 2009, pp. 443 ss.; Pisani Massamormile, A.: "Comunione coniugale fra coniugi e società di persone", in AA.VV.: *Famiglia e circolazione giuridica* (a cura di Fuccillo), Ipsoa, Milano, 1997, p. 215; Piscitello, P.: *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote, Modelli legali ed autonomia statutaria*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 123.

acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ed alla lettera *d*), ritiene oggetto della comunione immediata solamente le aziende "gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio" (e non le quote relative all'impresa collettiva); (*ii*) l'art. 178 cod. civ. si occupa dei soli "beni" destinati all'esercizio dell'impresa di un coniuge costituita dopo il matrimonio, considerandoli oggetto della comunione solo se residuino al momento del suo scioglimento; (*iii*) l'art. 179 cod. civ., infine, qualifica come personali i beni utili all'esercizio della professione del coniuge, con l'eccezione di quelli destinati alla conduzione di un'azienda (ricompresa nella comunione) costituita dopo il matrimonio. "Azienda", "impresa", "professione": tutti concetti strettamente correlati all'attività societaria, ma ciascuno di essi portatore di specifici aspetti disciplinari. Nessuna traccia, invece, di riferimenti normativi alle quote o partecipazioni sociali[7], oppure alla impresa collettiva alla quale queste farebbero riferimento.

In ragione di tale mancata precisazione, sono sorte numerose impostazioni interpretative, volte a dare un significato alle citate norme; si precisa, al contempo, che tutti i ragionamenti sul punto sono profondamente influenzati dal tipo di società presa in esame[8], vista la differente ricostruzione della natura giuridica delle relative quote di partecipazione[9].

Invero, nell'ottica di chiarire il regime giuridico e amministrativo della quota acquistata da un (solo) coniuge in comunione legale[10], risulta determinante anche comprendere le matrici costituzionali ravvisabili in tale contesto (le quali possono

7 Sulla volontaria omissione ad opera del legislatore (per consentire il libero apprezzamento dei casi concreti), v. Masucci, C.: *Comunione legale e partecipazioni sociali*, Esi, Napoli, 2000, pp. 18 ss.; sulla involontaria lacuna, cfr. Trinchillo, C.: "Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni", *Riv. not.*, 2002, pp. 861 ss.; Scotti, R.: "L'acquisto di partecipazioni", cit., pp. 443 ss.

8 D'altronde, "la immedesimazione della partecipazione sociale con l'attività del coniuge, è completa quando la struttura societaria è elementare; diventa più tenue quando la struttura societaria è più complessa, perché in tal caso la partecipazione societaria non richiede necessariamente l'attività del soggetto, e si prospetta come un bene a sé stante, man mano che aumenta l'autonomia patrimoniale della società, o si perviene addirittura alla sua personificazione. La problematica delle partecipazioni societarie si modifica, infatti, nella misura in cui la partecipazione societaria può – progressivamente – essere vista come una *res* (incorporale o corporale nel caso dei titoli azionari)" (così Russo, E.: *L'oggetto della comunione*, cit., p. 290).

9 Quanto alla natura giuridica delle quote di partecipazione, si è talvolta fatto riferimento ad un credito (tra gli altri, Stolfi, G.: "Una questione sull'art. 670 cod. proc. civ.", *Banca, borsa, tit. cred.*, vol. I, 1954, p. 845; Rivolta, G.C.M.: "Partecipazione sociale e rapporti obbligatori", *Riv. dir. comm.*, vol. I, 1962, pp. 357 ss.; nella giurisprudenza, v. Cass. 28 febbraio 1964, n. 454, *Giust. civ.*, I, 1964, p. 754), altre volte ad un diritto reale (considerando il socio quale contitolare del patrimonio sociale; cfr. Costi, R. e Di Chio, G.: "Società in generale, Società di persone, Associazione in partecipazione", in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Bigiavi, Utet, Torino, 1991, p. 114; Greco, P.: *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 107 ss.), oppure come bene immateriale (v. Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2007, pp. 198 ss.; Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 372; nella giurisprudenza, da ultima, Cass., 6 marzo 2019, n. 6459, *www.dejure.it*). Di converso, però, ove si facesse riferimento ad una quota di società di persone, l'orientamento prevalente vi individua una posizione contrattuale, in ragione dell'unanimità richiesta per le modifiche e del particolare rilievo della persona del socio (per tutti, Cottino, G. e Weigmann, R.: *Società di persone*, *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. III, Cedam, Padova, 2004, pp. 26 ss.).

10 Infatti, con riferimento all'acquisto o alla costituzione di una quota di partecipazione ad opera di entrambi i coniugi, non potrà che operare la comunione legale immediata, con gestione congiunta della quota e dei relativi diritti sociali ed amministrativi (ovviamente, previa adeguata iscrizione all'eventuale libro soci).

fornire una evidente "spinta" interpretativa in un senso o nell'altro). Ebbene, in materia, sono tra loro confliggenti alcuni principi costituzionali: da un lato quello posto a tutela della famiglia, ai sensi degli artt. 29 e seguenti Cost.; dall'altro lato, quello posto a tutela della libertà di iniziativa economica[11], ai sensi dell'art. 41 Cost. In ossequio al primo, si potrebbe sostenere che, in ragione della comunione di vita spirituale e patrimoniale sorta con la famiglia e con il suo regime patrimoniale legale, non potrebbero escludersi da una gestione comune le partecipazioni sociali acquistate durante il matrimonio; in esecuzione del secondo, invece, si potrebbe al contrario ritenere che debba essere tutelata in maniera preminente l'iniziativa economica, anche nel corso del matrimonio, per evitare di arrecare pregiudizi all'esercizio dell'impresa, minandone la stabilità e la sua stessa sopravvivenza. Sicché, il contemperamento tra i contrapposti principi costituzionali, non essendo stato effettuato dal legislatore, spetterà all'interprete; più precisamente, nell'ottica di colmare la citata lacuna, spetterà a quest'ultimo comprendere quale sia la più adeguata lettura delle norme vigenti nello spettro del dato costituzionale.

III. GLI ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI. LA (ISOLATA) TESI LETTERALE.

È ben chiaro, alla luce di quanto precisato, che ciascuna ricostruzione dovrà essere finalizzata al raggiungimento di un adeguato bilanciamento tra i valori succitati, nell'ottica di soddisfare, in misura più o meno rilevante, i relativi principi costituzionali ai quali questi fanno riferimento; si potrebbe sostenere, giocoforza, che dovrà preferirsi l'impostazione interpretativa conforme a Costituzione, che rispetti coerentemente i principi costituzionali coinvolti nell'assetto in discussione.

Innanzitutto, occorre menzionare una prima ricostruzione, isolata, ed estrema nei suoi assunti: secondo questa, nessuna partecipazione sociale dovrebbe essere oggetto della comunione legale dei beni (con applicazione dell'art. 179 cod. civ.). Dirimente, in questo senso, sarebbe l'assenza di un dato letterale che richiami esattamente le varie quote sociali. Deve però rilevarsi, al contempo, che nessuna norme in materia di comunione legale specifica i beni rientranti nel regime patrimoniale legale (ad eccezione dell'universalità di beni riconducibile all'azienda). Inoltre, si rileva ancora che non potrebbero entrare in ogni caso nella comunione legale i diritti di credito correlati alla quota di partecipazione (aderendo all'impostazione che li esclude dall'art. 177 cod. civ.). In termini più

11 Sul rapporto tra le due matrici costituzionali, in sede di valutazione del rapporto tra comunione legale e partecipazioni sociali, cfr. Trinchillo, C.: "Partecipazioni sociali", cit., pp. 851-852; Rosapepe, R.: "Impresa coniugale, società tra coniugi in regime di comunione legale, acquisto di partecipazioni sociali", *Riv. not.*, 1981, p. 226; Campobasso, G.F.: "Comunione legale e partecipazioni in società di capitali", *Famiglia e circolazione giuridica*, 1997, pp. 179 ss. Sulla tematica in generale, v. Armanno, M.: "Partecipazione in società di coniugi in regime di comunione", *Vita not.*, 1976, pp. 593 ss.; Baralis, G.: "Comunione coniugale legale e titolarità di partecipazioni sociali", *Riv. not.*, 1977, pp. 307 ss.; Finocchiaro, G.: *Commento sistematico della legge 19 maggio 1975 n. 151*, vol. I, Giuffré, Milano, 1984, pp. 907 ss.; Mazzone, I.: "Comunione legale e partecipazioni sociali", *Contratto e impresa*, n. 1, 1996, pp. 48 ss.

precisi, la ricostruzione in discussione fonda le proprie conclusioni, *in primis*, sulla qualificazione della quota di partecipazione sociale (non come bene in senso tecnico-giuridico ma) come diritto di credito, ed *in secundis*, sull'adesione alla lettura secondo cui l'art. 177 cod. civ. avrebbe ad oggetto l'acquisto di soli diritti reali su beni[12]. Da ciò conseguirebbe che nessuna partecipazione societaria potrebbe in ogni caso essere oggetto di comunione legale.

Tale ricostruzione, invero, risulta isolata in dottrina e giurisprudenza[13], e può ritenersi ad oggi superata: le critiche principali alla sopra descritta impostazione muovono dai ragionamenti sulla natura giuridica della partecipazione sociale, la quale viene sovente considerata come bene immateriale oppure come diritto reale su una *res*[14].

IV. (*SEGUE*) L'IMPOSTAZIONE RADICALE E LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.

L'accoglimento di differenti qualificazioni della partecipazione sociale, così, finisce per condurre ad esiti interpretativi totalmente differenti. In ottica esattamente opposta, viene infatti sostenuto (da parte di chi qualifica la partecipazione sociale come bene immateriale) che debbano essere oggetto di comunione legale

12 Si precisa, a ben vedere, che sul punto si contrappongono tre diverse posizioni: una prima del tutto contraria alla caduta in comunione dei crediti; una seconda, invece, favorevole alla loro ricomprensione dell'interno del perimetro dell'art. 177 cod. civ.; una terza, infine, che ammette la caduta dei soli crediti che presentino un carattere "finale", ovvero che assumano la veste di mero investimento (con esclusione dei crediti, per così dire "strumentali" per l'acquisto di diritti reali). Per un orientamento bibliografico preliminare sul tema, tra gli altri, v. Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, cit., pp. 374 ss.; Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol. IV, Cedam, Padova, 1999, pp. 99 ss.; Gabrielli, G.: voce "Regime patrimoniale della famiglia", *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 347; Bianca, C.M.: *La famiglia. Le successioni*, *Diritto civile*, vol. II, Giuffré, Milano, 1981, pp. 71 ss.; Oberto, G.: "La comunione legale tra coniugi", in *Storia, natura, ratio e oggetto. Comunione* de residuo e *beni personali*, vol. I, *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Giuffré, Milano, 2010, pp. 525 ss.; Oppo, G.: "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1976, pp. 110 ss.; Busnelli, F.D.: "La *comunione legale* nel diritto di famiglia riformato", *Riv. not.*, vol. I, 1976, pp. 42 ss. In senso favorevole ad un approccio che distingua la disciplina giuridica sulla base della natura del credito, tra le altre, Cass. 15 gennaio 2009, *Fam. e dir.*, 2009, pp. 571 ss.; Cass. 26 luglio 2011, n. 16305, *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 869 ss.; Cass. 15 giugno 2012, n. 9845, *Fam. e dir.*, 2013, pp. 5 ss.,

13 Cfr. Comporti, M.: "Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale", *Riv. not.*, 1979, pp. 42 ss.; Maccarone, "Considerazioni e spunti sulla riforma del diritto di famiglia", *Bancaria*, 1975, p. 923; Pino, A.: *Il diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1984, pp. 117 ss.; Di Transo, G.: *Comunione legale*, Edizione giuridiche Simone, Napoli, 1992, pp. 15 ss. Nella giurisprudenza, v. Cass., 11 settembre 1991, n. 9513, *Dir. giur.*, 1992, pp. 624 ss. Di recente, in dottrina, seppur con argomenti differenti, v. Trimarchi, G.A.M.: *Le imprese dei coniugi*, *Tratt. dir. civ. del Cnn*, Esi, Napoli, 2009, pp. 197 ss.

14 D'altronde, quanto meno con riferimento alle partecipazioni in società di capitali, "il diffuso orientamento incline ad ammettere l'automatica caduta in comunione immediata delle partecipazioni societarie a responsabilità limitata (azioni, quote di s.r.l., partecipazione dell'accomodante nella s.a.s.) appare confortato, da un lato, dalla attitudine delle stesse ad essere pensate in sede di circolazione come *res*, il loro trasferimento non comportando una modifica del contratto sociale, e, dall'altro, dalla loro idoneità ad integrare l'oggetto di situazioni di contitolarità, come desumibile dagli artt. 2347 e 2468, comma quinto, c.c."; così Oberto, G.: "La comunione legale", cit., pp. 562-563. Cfr. Rimini, C.: *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Cedam, Padova, 2001, pp. 166 ss.; Di Sapio, A.: "La partecipazione a società lucrative del coniuge in comunione di beni: individuazione di un paradigma alternativo", *Dir. fam.*, vol. II, 2000, pp. 314 ss.

immediata tutte le partecipazioni sociali acquistate in costanza di matrimonio, sia che si tratti di società di persone, sia che si tratti di società di capitali (non si confonda, peraltro, tale approccio, con la differente questione della legittimazione del socio e del suo coniuge nei confronti della società, la quale è rimessa alla iscrizione al libro soci).

La citata impostazione (che sancisce la ricomprensione nella comunione legale immediata di tutte le partecipazioni sociali), invero, vede un sostegno abbastanza ampio[15], soprattutto nella giurisprudenza. Al riguardo, infatti, in aggiunta ad alcune pronunce di merito[16], è particolarmente interessante menzionare alcuni recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, nei quali, senza particolari approfondimenti, si afferma debba esservi caduta immediata in comunione legale sia delle partecipazioni sociali di società di persone sia delle partecipazioni di società di capitali. Sono in particolare due pronunce a ribadire tali conclusioni. La prima[17] giustifica tali risultati sulla base del fatto che la quota sociale integrerebbe un bene mobile immateriale da ricomprendersi (come tutti gli altri beni) nel regime di comunione legale immediata di cui all'art. 177 comma 1 lett. a) cod. civ.[18]. La seconda, ancor più recente, precisa invece che "[…] i titoli di partecipazione azionaria acquistati, in costanza di matrimonio, da uno solo dei coniugi ed allo stesso intestati, sono suscettibili di essere compresi nel regime della comunione legale contemplata dall'art. 177 c.c., comma 1, lett. a) […] e […] anche la partecipazione di uno dei coniugi ad una società di persone, e ai successivi aumenti di capitale, rientra tra gli acquisti che, a norma dell'art. 177 c.c., lett. a), costituiscono oggetto della comunione legale tra i coniugi, anche se effettuati durante il matrimonio ad opera di uno solo di essi […]"[19]. Per quanto non si tratti di pronunce che analizzano la questione *ex professo*, non può negarsi il loro impatto nel contesto vigente; queste, infatti, finiscono per avvalorare una impostazione radicale che ammette

15 Cfr. Giacobbe, G.: "L'attività notarile di fronte alla nuova legge sul diritto di famiglia", *Riv. not.*, 1975, pp. 834 ss.; Gatti, L. e Scardaccione, G.: "Titolarità delle partecipazioni sociali in regime di comunione legale dei beni", *Vita not.*, 1978, pp. 259 ss.

16 Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Ragusa, 5 settembre 2000, in *Notariato*, 2002, pp. 302 ss., con nota di Sassoli, C.: "Nell'ipotesi in cui un solo coniuge (in comunione legale) si renda acquirente di partecipazioni sociali in società personali, l'acquisizione delle partecipazioni non può farsi rientrare nell'attività personale dell'acquirente e rappresenta una forma di investimento e di acquisto di un bene (la quota sociale, appunto) che a nessun titolo può ritenersi escluso da quelli ricadenti nella comunione legale stante l'assenza di tale, espressa, esclusione per legge". V. anche Trib. Salerno, 16 febbraio 2007, *Società*, 2007, p. 719, con nota di Di Bitonto, C.

17 Cass., 2 febbraio 2009, n. 2569, cit.

18 Seppur con riferimento ai titoli azionali, v. inoltre Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, *Nuova giur. civ. comm.*, vol. 1, 1995, pp. 551 ss. (con nota di Regine, F.), la quale afferma la caduta in comunione immediata delle azioni societarie, precisando che "anche se esse non sono meri titoli di credito, ma titoli di partecipazione, l'aspetto patrimoniale è assolutamente prevalente rispetto ai diritti e agli obblighi connessi con lo status di socio in essi incorporato". V. Cass., 27 maggio 1999, n. 5172, *Dir. prat. trib.*, 2000, p. 1095, con nota di De Piaggi, F. Si veda poi Cass., 23 settembre 1997, n. 9355, *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, n. 624, con nota di Alleva, F., pronunciatasi però in merito alla caduta in comunione legale (quali incrementi patrimoniali di cui all'art. 177, lett. a, cod. civ.) delle azioni sottoscritte in sede di aumento del capitale sociale da parte di uno dei coniugi con i proventi della sua attività lavorativa.

19 Così, Cass., 18 settembre 2014, n. 19689, *www.dejure.it*.

la caduta in comunione legale immediata di tutte le partecipazioni sociali, sia di società di capitali, sia di società di persone[20].

Contro tale impostazione, ad ogni modo, sono parimenti numerosi i rilievi critici, con particolare riferimento all'entrata in comunione immediata degli acquisti di partecipazioni sociali di società di persone (o della stessa costituzione di società di persone). In particolare, può evidenziarsi che: (*i*) non sembra possibile ammettere la responsabilità illimitata (con correlato rischio di fallimento) per il coniuge del socio che non abbia manifestato un suo espresso consenso; (*ii*) occorre far sì che l'imprenditore sia posto nella condizione di svolgere la propria attività d'impresa, senza intralci e condizionamenti derivanti dalle regole sull'amministrazione di cui agli artt. 180 ss. cod. civ.; (*iii*) non sembra ragionevole ritenere che, per gli atti dispositivi (di cessione) delle quote sociali di società di persone, sia necessario anche il consenso del coniuge del socio, in ragione dell'*intuitus personae* che connota il relativo contratto di società. Inoltre – in aggiunta all'inadeguatezza di una soluzione fondata su una titolarità meramente *inter partes* (visto il comune *modus operandi* di non procedere alla formale intestazione di fronte alla società dell'altro coniuge)[21] – può rilevarsi che se la *ratio* dell'art. 178 cod. civ. è quella di "garantire al singolo coniuge, illimitatamente responsabile, la piena disponibilità dei beni destinati all'esercizio di una impresa, senza il rischio che eventuali diritti dell'altro coniuge su quei beni vincolino la libertà del primo nella guida dell'attività intrapresa"[22], allora dovrà applicarsi il medesimo principio anche alle imprese collettive, non potendo ammettersi una disciplina differente in ragione della presenza di più soggetti partecipanti. D'altronde, ove così non fosse, si finirebbe per riconoscere una regolamentazione differenziata tra i depositi bancari, i titoli di credito, i contratti sui derivati – tutti esclusi dalla comunione – e le azioni, da ritenersi invece ricomprese nella comunione[23].

20 Quanto alle partecipazioni in società a responsabilità limitata, generalmente si effettuavano discorsi differenti (rispetto alle azioni), stante la ricostruzione della loro natura giuridica quale "posizione contrattuale" (al riguardo, v. Cass., 1° febbraio 1996, n. 875, *Fam. dir.*, 1996, p. 543). Alla luce però del processo di dematerializzazione anche dei titoli azionari, non sembra più possibile effettuare tali distinzioni qualificatorie. Sulla caduta in comunione immediata della quota di partecipazione di società a responsabilità limitata, tra la altre, si vedano Trib. Napoli, 21 settembre 1995, *Giur. comm.*, vol. II, 1997, p. 319, con nota di Piscitello, P.; Trib. Milano, 19 marzo 2007, *Giur. it.*, 2008, p. 925, con nota di Luoni, S.; Trib. Catania, 17 luglio 2007, *Notariato*, 2008, p. 661; Trib. Roma, 31 ottobre 2007, *Giur. it.*, 2008, p. 1704, con nota di Luoni, S. e Cavanna, M.

21 Si tratta, in verità, di soluzione accolta sovente nella dottrina (cfr. Gabrielli, G.: *Comunione coniugale ed investimento in titoli*, Giuffré, Milano, 1979, pp. 50 ss.; Nuzzo, M.: *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Giuffré, Milano, 1984, pp. 79 ss.; Campobasso, G.F.: "Comunione legale", cit., p. 475, secondo il quale "la presunzione di appartenenza al patrimonio comune delle partecipazioni acquistate in regime di comunione legale non impone né consente alla società di procedere alla cointestazione indipendentemente dall'iniziativa e dal consenso tanto dell'acquirente quanto del coniuge, ai quali soli è riconosciuta la facoltà di dare rilevanza esterna ad un acquisto che di per sé è destinato ad operare solo *inter partes*"; la citata scissione nella titolarità della partecipazione (di entrambi i coniugi) rispetto all'esercizio dei diritti sociali, ove rimessa alla volontà dei coniugi, però, potrebbe essere utilizzata strumentalmente da questi ultimi, nell'ottica di frodare i creditori.

22 In questi termini, Schlesinger, P.: *Sub art. 177*, cit., p. 377.

23 Cfr. Spitali, E.: "L'oggetto della comunione legale", in AA.VV.: *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), vol. 3, *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Giuffré, Milano, 2012, p. 182.

V. (*SEGUE*) LA RICOSTRUZIONE "INTERMEDIA" E I VARI CRITERI DISCRIMINANTI.

È chiaro, a questo punto, che le due ricostruzioni sopra descritte si pongono ai due "estremi ermeneutici" (l'una in ottica di "chiusura", l'altra di "apertura"), determinando alcuni evidenti pregiudizi, rispettivamente, alla tutela della famiglia, da un lato, e alla libertà di iniziativa economica, dall'altro; non sembra questo l'approccio opportuno in un contesto di tal fatta. Al contrario, dovrebbe preferirsi una lettura "intermedia", che si fondi su un più adeguato contemperamento tra gli interessi in gioco. A questo riguardo – e qui sta l'auspicio interpretativo – occorrerebbe valorizzare maggiormente l'art. 178 cod. civ.[24], il quale, pur facendo riferimento ai soli beni destinati all'impresa (individuale) di uno dei coniugi, sembrerebbe potersi collocare in una posizione intermedia, garantendo sì la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore (il quale conserva il pieno controllo della sua attività), ma al contempo tutelando la famiglia, nel momento in cui venga effettivamente sciolta la comunione legale dei beni[25].

Favorevole ad un approccio "intermedio" è la tesi prevalente in dottrina, la quale distingue l'entrata in comunione immediata o in comunione differita (o *de residuo*) sulla base di una serie di criteri.

Secondo la lettura tradizionale – accolta anche da parte della giurisprudenza di merito[26] e da una recente pronuncia della Corte di Cassazione[27] (la quale, seppur *obiter dictum*, ha sancito l'applicazione della comunione *de residuo* relativamente a partecipazioni sociali in società di persone) – il criterio discriminante sarebbe

24 La cui qualificazione come comunione *de residuo* finisce invero per confondere le idee, stante il fatto che non si tratta di un istituto autonomo e separato dalla comunione legale (come da taluno ritenuto), quanto di distinzione che attiene al mero momento di operatività del regime patrimoniale di comunione legale.

25 Per una ulteriore ricostruzione *radicale,* si rinvia a Detti, M.: "Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi", *Riv. not*., 1980, pp. 1207 ss., secondo cui non si applicherebbe la comunione legale immediata all'acquisto di partecipazioni di società di capitale, le quali dovrebbero essere fatte rientrare all'interno del concetto di "attività separata" menzionata dalla lett. c) dell'art. 177 cod. civ. (parimenti, dovrebbe esservi comunione *de residuo* anche per l'acquisto di partecipazione di società di persone).

26 Sul punto, v. Trib. Grosseto, 28 ottobre 2016, n. 835, il quale precisa che la quota societaria del coniuge non cadrebbe nella comunione legale ai sensi dell'art. 177, comma 1, lett. a) c.c., ma in quella *de residuo* di cui all'art. 178 c.c., talché quanto potrebbe essere acquistato, allo scioglimento della comunione, dal coniuge non socio, sarebbe solamente un credito alla eventuale e futura liquidazione della quota societaria.

27 V. Cass., 20 marzo 2013, n. 6876, cit., la quale, chiamata a pronunciarsi sulle modalità della comunione *de residuo*, con riferimento ad un caso che ha ad oggetto una partecipazione in s.n.c., ha chiarito (in maniera invero poco chiara) che "nella fattispecie considerata nell'art. 178 c.c., sebbene il coniuge non destini dei beni "all'esercizio dell'impresa", ma all'acquisto di una partecipazione in una società e sarà quest'ultima (e non il singolo coniuge) ad esercitare l'impresa, la dottrina prevalente, evidenziando l'identità di *ratio*, condivisibilmente ritiene che la quota societaria del coniuge non cada in comunione legale ex art. 177, lett. a), c.c., ma appunto in quella *ex* art. 178 c.c.". Da questo assunto, parte della dottrina (tra gli altri, Falconi, A.: "Società di persone, diritti di credito e comunione legale", *Fam. dir.*, n. 7, 2013, pp. 659 ss.) ha evidenziato il ribaltamento di prospettiva rispetto alla precedente giurisprudenza di legittimità. Il contenuto della pronuncia citata (Cass., n. 6876/2013) è stato richiamato, senza alcuna presa di posizione, dalla ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, 19 ottobre 2021, n. 28872, *www.dejure.it*, sulla natura giuridica della comunione *de residuo*.

dato dall'assunzione o meno della responsabilità illimitata[28] da parte del titolare della quota sociale. In termini più precisi, si ritiene che le partecipazioni che determinino l'assunzione di responsabilità limitata debbano entrare in comunione legale immediata, mentre le partecipazioni che determinino invece l'assunzione di responsabilità illimitata dovranno ritenersi in comunione differita. D'altronde, nelle società di persone è particolarmente forte la connotazione personalistica, cosicché ogni modifica della compagine sociale richiederà il consenso unanime dei soci: proprio per tale motivo, è opportuno ritenere applicabile a queste ultime la comunione legale differita; solo in tal modo, infatti, si potrà evitare che debba essere richiesto siffatto consenso anche al coniuge del socio, nonché che quest'ultimo possa essere soggetto al fallimento senza che abbia manifestato il proprio consenso.

Anche il criterio discriminante segnalato, fondato sulla responsabilità patrimoniale del coniuge, però, è stato aspramente criticato in dottrina, poiché si fonderebbe sul discutibile legame tra responsabilità illimitata e attività di impresa[29] (mai menzionato dal legislatore), e perché l'art. 178 cod. civ. non sembrerebbe in alcun modo finalizzato a tutelare l'altro coniuge dalla responsabilità illimitata

28 Cfr. Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, cit., p. 377; Oberto, G.: "La comunione legale", cit., pp. 561 ss.; Scotti, R.: *Il sistema degli acquisti nella comunione legale e le partecipazioni* sociali, Esi, Napoli, 2014, pp. 157 ss.; Baralis, G.: *Comunione coniugale*, cit., p. 301; Campobasso, G.F.: "Comunione legale", cit., pp. 458 ss.; Falconi, A.: "Società di persone", cit., pp. 667-668; Piscitello, P.: *Società di persone*, cit., p. 180; Inzitari, B.: "Impresa e società nella comunione legale familiare", *Contr. impr.*, 1986, pp. 87 ss.; Gabrielli, G.: *Comunione coniugale*, cit., p. 30; Bianca, C.M., *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 80. Nella giurisprudenza, Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, *Società*, 1995, p. 499, con nota di Montesano, A.; Cass., 23 settembre 1997, n. 9355, *Vita not.*, 1999, p. 610, con nota di Ruotolo, A.: *Comunione legale e proventi dell'attività separata dei coniugi*; Cass. 24 febbraio 2001, n. 2736, *Riv. not.*, 2001, p. 1452, con nota di Coco, L.: *Comunione legale e redditi di partecipazione societaria*, la quale, *obiter dictum*, stabiliva la caduta in comunione immediata di una quota di s.a.s. di socio accomandante ("In tema di imposte sui redditi, i redditi di partecipazione societaria (nella specie, di una s.a.s.) di un coniuge, rientrando tra i frutti civili di "beni" oggetto di comunione legale, vanno imputati, in applicazione dell'art. 4 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, a ciascuno dei coniugi per metà del loro netto ammontare); Cass., 15 aprile 2002, n. 5420, *Mass. giust. civ.*, 2002, p. 649; Trib. Napoli, 31 marzo 2004, *Giur. comm.*, 2006, vol. II, p. 751, con nota di Fusco, E.; Trib. Catania, 17 luglio 2007 ("Gli acquisti di partecipazioni in società in nome collettivo sono soggetti alla comunione "de residuo" ex art. 178 c.c., mentre gli acquisti di quote di s.r.l. cadono in comunione immediata ex art. 177, comma 1, lett. a), c.c."), *Vita not.*, p. 1221 e *Notariato*, 2008, pp. 661 ss., con nota di Lucattelli, E.: "Trasformazione in società di persone e incidenza della comunione legale sulla titolarità delle quote"; Trib. Milano, 26 settembre 1994, n. 8779, *Fam. dir.*, 1995, p. 52, con nota di Schlesinger, P., secondo cui "la dottrina ha […] evidenziato come non possano essere accomunati sotto la medesima disciplina l'acquisto, da parte di uno dei coniugi, di un pacchetto azionario e quello di una partecipazione ad una società di persone che di per sé comporti l'assunzione della qualità di imprenditore: se nel primo caso, infatti, rispetto allo *status* di socio è prevalente l'aspetto patrimoniale corrispondente alla titolarità delle azioni, nel secondo l'assunzione di una responsabilità illimitata nella società, strettamente connessa alla qualità imprenditoriale dell'operazione, comporta che l'acquisizione della quota sociale non possa ricondursi all'ipotesi normativa degli "acquisti" contemplati dall'art. 177, lett. a). (...) Per aversi applicazione dell'art. 178 c.c. è sufficiente riscontrare la gestione di un'impresa da parte di un coniuge, da solo ovvero in una unione con altri, con assunzione diretta della responsabilità, quale in effetti si verifica nella ipotesi di società di persone: (...) con la conseguenza che l'applicabilità del disposto normativo di cui all'art. 178 comporterà la ricorrenza della c.d. communio de residuo". V. infine Cass., 20 marzo 2013, n. 6876 (commentata da Falconi, A.: "Società di persone", cit., p. 659), sulla quale ci si soffermerà nel successivo paragrafo.

29 Cfr. Balestra, L.: "Attività di impresa e rapporti familiari", in AA.VV.: *Tratt. teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Cedam, Padova, 2008, pp. 80 ss.

(quanto invece a proteggere la libertà nello svolgimento dell'attività di impresa[30]). Sicché, si è rilevato, non potrebbe ritenersi "[…] fondato un preteso argomento sistematico per cui la comunione legale sarebbe sempre limitata agli acquisti insuscettibili di conseguenze negative: se così fosse, non dovrebbero cadere in comunione nemmeno gli acquisti di diritti reali su immobili, dato che possono esporre ad obblighi anche pesanti (ad esempio tributari, o per spese condominiali […])"[31].

Si è così da taluno proposto di giustificare un approccio differenziato sul base del disposto dell'art. 179, lett. *c*) cod. civ., sul presupposto che dovrebbero considerarsi personali (e quindi escluse dal regime di comunione legale) quelle partecipazioni la cui circolazione richiederebbe il consenso di altri soci[32] (risultando giocoforza rilevanti eventuali clausole limitative delle partecipazioni sociali). Sul punto, deve però rilevarsi che la lett. *c*) dell'art. 179 cod. civ. evoca una "stretta personalità" del bene, legata al proprio uso[33], che la differenzia dal criterio sopra enunciato.

Sulla base di tali assunti, inoltre, si è recentemente prospettato un criterio più "articolato"[34], che distingue l'entrata in comunione immediata o differita sulla base della "destinazione" della quota: ove questa sia acquisita quale mero investimento, allora vi sarà entrata immediata nella comunione legale dei beni ai sensi dell'art. 177 cod. civ.; ove invece la quota sia costituita o acquistata quale mezzo per svolgere la relativa attività di impresa, allora dovrà ritenersi applicabile l'art. 178 cod. civ. e la comunione differita. In quest'ottica potrebbe ammettersi l'applicazione della comunione *de residuo* anche ad alcuni casi di partecipazioni

30 Cfr. Costi, R.: "Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia", *Quaderni di Giur. comm.*, Giuffré, Milano, 1976, pp. 17 ss.; Balestra, L.: "Attività di impresa", cit., p. 82.

31 In questi termini, Spitali, E.: "L'oggetto della comunione", cit., p. 184.

32 Cfr. Ambrosini, R.: "Quota di società cooperativa edilizia e comunione legale", *Corr. giur.*, 1996, pp. 392 ss.

33 Cfr. Oberto, G.: "La comunione legale", cit., p. 573.

34 Cfr. Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. I, *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffré, Milano, 1979, p. 138; Trinchillo, C.: "Partecipazioni sociali", cit., pp. 871 ss.; Tanzi, M.: "Azioni e diritto di famiglia", in AA.VV.: *Trattato delle società per azioni* (diretto da Colombo e Portale), Torino, 1991, pp. 537 ss.; Balestra, L.: "Attività di impresa", cit., pp. 80 ss.; Fusaro, A.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* dir. da Galgano, Cedam, Bologna, 1990, pp. 309 ss.; Spitali, E.: "L'oggetto della comunione", cit., pp. 184-185; Capecchi, M.: "L'oggetto della comunione legale", in AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia – Trattato* diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna, 2008, vol. II, pp. 375 ss.; Di Sapio, A.: "La partecipazione a società", cit., pp. 311 ss.; Buonocore, V.: "Comunione legale tra i coniugi e partecipazione a società per azioni e a società cooperative", *Riv. not.*, 1977, p. 1142. Nella giurisprudenza, v. Cass., 8 maggio 1996, n. 4273, *Notariato*, vol. I, 1997, pp. 27 ss.; Trib. Cassino, 1° settembre 1998, *Notariato*, 1999, p. 335, con nota di Zappone, D.; Trib. Tivoli, 3 ottobre 2008, *www.dejure.it*; Trib. Roma, 18 febbraio 1994 (*Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 543, con nota di Maggiolo, M., *Fam. dir.*, 1995, pp. 53 ss., con nota di Schlesinger, P.) secondo cui "aderendo alle osservazioni di un'attenta dottrina, appare decisiva non tanto la natura della responsabilità limitata od illimitata del socio titolare della quota sociale, quanto piuttosto le caratteristiche dell'impegno economico che accompagna l'acquisto del bene o diritto; cioè, essenziale è valutare la destinazione della partecipazione, ovverosia il fatto che essa costituisca o meno uno strumento dell'attività professionale del coniuge acquirente".

sociali di s.p.a. oppure di s.r.l., laddove a queste si ricolleghi l'attività imprenditoriale del socio (es. partecipazione di controllo)[35].

Al riguardo, peraltro, deve segnalarsi che anche il criterio da ultimo esposto non sarebbe esente da critiche[36]: una sua applicazione, infatti, determinerebbe ampie incertezze ricostruttive, richiedendo una valutazione in concreto, caso per caso, sulla destinazione della partecipazione acquistata[37]. Le incertezze che ne possono derivare sono facilmente intuibili, anche nei confronti dei creditori dei singoli coniugi, i quali non potrebbero teoricamente mai essere certi di poter fare affidamento sulla garanzia dell'intera partecipazione oppure solamente sulla sua metà (in ragione della sua entrata in comunione immediata)[38]. Ebbene, tale valutazione potrà essere effettuata solo in sede giudiziale, o al momento dello scioglimento della comunione legale (altro momento di grande conflittualità), con le intuibili conseguenze sul principio di certezza del diritto e sull'affidamento dei terzi. Per quanto quindi, in astratto, il criterio da ultimo descritto sembrerebbe associarsi correttamente alle *ration*es giustificatrici delle norme, è la sua applicazione in concreto a non poter soddisfare interpreti ed operatori[39].

35 In breve, dovrebbe indagarsi "se l'acquisto della partecipazione rappresenti lo strumento per l'esercizio di un'attività d'impresa o, invece, intenda soddisfare una mera finalità d'investimento. Di modo che, se deve ammettersi che l'acquisto di una quota di una società di persone è, almeno in linea di principio, destinato a consentire l'espletamento, sia pure per il tramite della società, di un'attività d'impresa, non può escludersi che l'acquisto di una quota di S.r.l. o di azioni, così come può accadere nelle S.p.A. a ristretta base azionaria, sia del pari caratterizzato da tali finalità" (Balestra, L.: "Attività d'impresa", cit., pp. 83 ss.).

36 Si è evidenziato che, così facendo, si darebbe rilevanza ai motivi dell'acquisto, generalmente irrilevanti per il diritto, dipendendo da essi l'entrata o meno in comunione della quota di partecipazione. Cfr. Campobasso, G.F.: "Comunione legale", cit., p. 464. V. inoltre Oberto, G.: "La comunione legale", cit., p. 569, il quale ritiene il criterio della destinazione della quota "arbitrario di fronte al silenzio della legge, e di ambigua applicazione".

37 Sul punto, Schlesinger, P.: "Acquisto di quote di società da parte di coniugi in regime di comunione legale", *Fam. dir.*, n. 1, 1995, pp. 52-53, rileva che "l'interprete deve privilegiare - di fronte ai casi dubbi - la soluzione che consente di diminuire i costi della incertezza e del conseguente rischio di incremento della litigiosità. Orbene, distinguere tra società di persone e di capitali, tra responsabilità personali limitate ed illimitate, è cosa molto agevole, idonea a troncare in radice ogni impulso alle contestazioni; laddove complessi distinguo tra "destinazioni" e "ruoli" assegnati dall'acquirente o dagli acquirenti ad una partecipazione sociale (non sempre, ovviamente, accertabili agevolmente, anche a causa di zone di ambiguità per gli stessi protagonisti, oltre che di eventuali contrastanti atteggiamenti tra di loro) non possono non destare preoccupazioni in ordine alla linearità dei risultati cui potrebbero condurre". D'altronde "[l]'inadeguatezza della soluzione in esame, in relazione all'esigenza di certezza del diritto, si evidenzia, infatti, non solo per la circostanza per cui essa imporrebbe di operare un giudizio caso per caso, ma anche considerando che, di fatto, la valutazione sulla destinazione della partecipazione sociale verrebbe rimessa al singolo coniuge, in contraddizione con lo spirito della disciplina sulla comunione" (in questi termini, Falconi, A.: "Società di persone", cit., p. 667; cfr. anche Scotti, R.: "L'acquisto di partecipazioni", cit., pp. 450 ss.; Zappone, D.: "Sull'acquisto in comunione legale delle partecipazioni azionarie nelle banche popolari", *Notariato*, 1999, pp. 335 ss.).

38 In termini più precisi, come potranno i creditori dell'imprenditore essere sicuri di essere garantiti dalla sua intera quota di partecipazione? Ed al contempo, i creditori del coniuge dell'imprenditore come potranno essere certi che potrà esser parte della loro garanzia la metà della quota di partecipazione entrata in comunione?

39 In sostanza, l'acquisto di una quota di partecipazione di una s.r.l. o di un pacchetto azionario non potrà escludere "[…] di per sé l'immedesimazione con l'attività del soggetto, potendo benissimo l'acquisto essere compiuto per esercitare l'attività di impresa che costituisce l'oggetto sociale". Così Russo, E.: *L'oggetto della comunione*, cit., pp. 292 ss., il quale, infine, giustifica l'entrata in comunione *de residuo* della partecipazione sociale *dissociata* dalla attività d'impresa, quale "bene strumentale all'esercizio della attività (della professione) potendosi richiamare l'applicazione dell'art. 179 lett. *d*). Infatti […] il coniuge può esplicare la propria attività separata mediante partecipazioni sociali, conseguendo il reddito (i proventi)

D'altronde, può aggiungersi, l'accertamento della presenza di un'attività di impresa è oggi sempre più difficile, vista la sempre più ampia diffusione di: (*i*) quote di partecipazione di s.r.l. connotate da svariati "diritti particolari" di carattere amministrativo, ai sensi dell'art. 2468 cod. civ.; (*ii*) partecipazioni azionarie appartenenti ad una "categoria speciale", connotata da peculiari diritti amministrativi[40] (rispetto ai quali deve segnalarsi il recente superamento del divieto di voto plurimo, di cui all'art. 2351 cod. civ.)[41]; (*iii*) quote di partecipazione di s.r.l.-pmi, appartenenti ad una speciale categoria di quote, ed al contempo portatrici di diritti particolari spettanti al loro titolare (in ossequio alle recenti massime del Consiglio notarile di Milano[42]). Mediante tali conformazioni dei diritti sociali, comprendere se la partecipazione sia o meno riproduttiva di una attività di impresa risulta tutt'altro che agevole, con la conseguenza di rendere difficilmente attuabile il sopra proposto criterio discriminante (della "destinazione della quota").

VI. SULL'OPPORTUNITÀ DI ADOTTARE UN APPROCCIO PRAGMATICO. L'APPLICAZIONE DELL'ART. 178 COD. CIV., IN OTTICA *DE IURE CONDENDO*, ALL'ACQUISTO DI TUTTE LE TIPOLOGIE DI PARTECIPAZIONE SOCIALE.

Nell'incertezza del quadro normativo vigente, e vista la presenza di orientamenti contrastanti anche nella giurisprudenza di legittimità, sembra opportuno adottare un approccio "pragmatico" ed al contempo rispettoso delle esigenze dei contraenti e dei terzi. Tra le varie impostazioni, tutte potenzialmente invocabili in ragione della lacuna normativa esistente sul punto, sembra preferibile accogliere quella che determini un equo contemperamento tra i succitati principi costituzionali. Ebbene, *prima facie*, in una logica "conservativa", sembrerebbe ancora oggi doversi preferire la ricostruzione tradizionale (citata poco sopra), secondo cui dovrà sì distinguersi l'applicazione alla quota della comunione legale immediata o differita

di tali partecipazioni sociali, alienandole o acquistandole. In tutti i casi esposti non si vede perché questa "professione" debba essere penalizzata rispetto ad altre, con l'ingresso in comunione dei beni strumentali mediante i quali la "professione" viene esercitata: le partecipazioni societarie" (con il medesimo argomento l'a. contesta l'entrata in comunione legale delle azioni, poiché, altrimenti, verrebbe ad esempio messa in discussione l'attività dell'operatore professionale in borsa, ecc.; *ivi,* p. 295).

40 Si segnalano, ad esempio, particolari limitazioni al diritto di voto (v. V. massima H.B.5, "Clausole limitative del diritto di voto", settembre 2004 e massima H.B.30, "Limitazioni al diritto di voto ex art. 2351, comma 3, c.c.", settembre 2007, entrambe emesse dal Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie) oppure diritti di voto determinante per l'approvazione di determinate delibere (tra le altre, v. massima 73 Consiglio Notarile di Milano del 22 novembre 2005, in consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-società/73.aspx).

41 Si veda il nuovo articolo 2351, comma 4, cod. civ., come modificato dal d.l. 24 giugno 2014 n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 116. Per alcune applicazioni della nuova norma, si vedano le massime 46/2014, 47/2014, 48/2014 del Consiglio Notarile di Firenze (https://www.consiglionotarilefirenze.it/index.php/orientamenti/societa-di-capitali/azioni-e-quote.html). In dottrina, v. Abbadessa, P.: "Le azioni a voto plurimo: profili di disciplina", in AA.VV.: *Impresa e mercato. Studi dedicati a M. Libertini*, Milano, 2015, pp. 10 ss.; Busani, A. e Sagliocca, M.: "Le azioni non si contano, ma si *pesano*: superato il principio one share one vote con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato", *Società,* n. 10, 2014, pp. 1048 ss.

42 Precisamente, le massime 171-179 emesse dal Consiglio Notarile di Milano, in data 27 novembre 2018 (consiglionotarilemilano.it/notai/massime-commissione-societa.aspx).

sulla base del tipo di società di cui si acquista la partecipazione, ma in forza di criteri conoscibili *ex ante*, legati all'assunzione di responsabilità illimitata; sicché, si applicherà la comunione legale immediata con riferimento alle partecipazioni che determinano l'assunzione di responsabilità limitata (quota dell'accomandante nella s.a.s. e quote di società di capitali, ad eccezione della quota dell'accomandatario nella s.a.p.a.) e la comunione legale differita o *de residuo* a quelle che determinano l'assunzione di responsabilità illimitata (quota dell'accomandatario nella s.a.p.a. e quote di società di persone, con l'eccezione della quota dell'accomandante nella s.a.s.).

Superando però l'approccio tradizionale ora indicato, ci si potrebbe spingere nell'avanzare una tesi radicale ed al contempo "pragmatica", che valorizzi adeguatamente la tutela della famiglia e la libertà di iniziativa economica: si tratta di quella impostazione che ritenga operante in ogni caso – ovvero con riguardo a partecipazioni sociali di qualsiasi tipo sociale – la comunione *de residuo*. In breve, interpretando estensivamente l'art. 178 cod. civ. in una logica di contemperamento dei principi costituzionali ora indicati, si potrebbe prospettare l'applicazione di tale disposizione a tutte le partecipazioni sociali acquistate dopo il matrimonio da un coniuge in comunione legale dei beni: solo in tal modo sembrerebbe potersi tutelare il coniuge del titolare della partecipazione, garantendo al contempo all'imprenditore la facoltà di continuare a svolgere la propria attività d'impresa (o al socio l'esercizio dei diritti sociali, patrimoniali ed amministrativi) senza intralci e condizionamenti dettati dalle regole sull'amministrazione di cui agli artt. 180 ss. cod. civ. È difficile negare, d'altro canto, come tali risultati possano essere più agevolmente ottenuti mediante un intervento *de iure condendo*[43], con il quale predeterminare, in chiave normativa, l'operatività della comunione *de residuo* in tutti i casi in cui un coniuge in comunione legale acquisti un qualsiasi tipo di partecipazione sociale.

D'altronde, molte delle norme dedicate alla famiglia (anche alla luce della riforma del 1975) continuano a rispondere ad assetti sociali e culturali parzialmente superati (o in via di superamento): un esempio di ciò può individuarsi proprio nella disciplina della comunione legale dei beni, regime patrimoniale "legale" della famiglia, il quale si preoccupa di produrre l'effetto legale di entrata nel patrimonio comune di tutti i beni acquistati nel corso del matrimonio a prescindere dalla provenienza della provvista, così proteggendo dal punto di vista patrimoniale il coniuge "casalingo". Ebbene, siffatto assetto normativo, fondato su un modello di nucleo familiare caratterizzato da una rigida determinazione dei ruoli tra coniugi (in cui solo uno di essi risulta occupato lavorativamente, mentre l'altro è dedito esclusivamente alla gestione della famiglia), sembra essere in via di superamento

43 Stante il fatto che, *de iure condito*, potrebbe non essere agevole colmare in questo modo la lacuna normativa esistente sul punto (superando le altre posizioni interpretative).

in numerosi Paesi europei: la conseguenza è che, una volta modificatosi l'assetto di interessi sottostante, occorrerebbe forse ripensare anche le norme ad esso dedicate. In altri termini, in un mutato assetto sociale nel quale entrambi i coniugi partecipano alla gestione familiare ed alla produzione di reddito, anche le disposizioni normative dedicate al regime patrimoniale meritano di essere rivisitate (nello spettro delle nuove dinamiche sociali).

Questo non significa, sia chiaro, che il coniuge debole (dal punto di vista economico) non debba essere tutelato; ove un coniuge sacrifichi le proprie prospettive di lavoro per dedicarsi alla famiglia, sono a dir poco necessarie disposizioni a sua tutela. Parimenti, si condivide appieno il nuovo corso della giurisprudenza di legittimità sull'assegno di divorzio[44], volto a perequare gli squilibri patrimoniali tra *ex* coniugi, attribuendo un sempre più forte rilievo ai sacrifici lavorativi e/o alla valorizzazione dell'eventuale apporto dato alla formazione della ricchezza dell'altro.

La proposta di applicare la comunione *de residuo* a tutti gli acquisti di quote di partecipazione in società di persone o di capitali, di converso, si giustifica nell'ottica di preservare la ricchezza imprenditoriale dalle sempre più frequenti crisi coniugali: su questa scia si colloca anche la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 15889 del 17 maggio 2022), la quale aderisce alla tesi della natura creditizia dei diritti spettanti al coniuge dell'imprenditore a titolo di comunione *de residuo* (ai sensi dell'art. 178 cod. civ.) proprio per tutelare le ragioni dell'impresa (sul disposto della citata pronuncia, ad ogni modo, ci si soffermerà di seguito).

In conclusione, a prescindere dalla soluzione interpretativa preferita, un intervento del legislatore su questo tema, nell'ottica di fornire chiarezza a contraenti ed operatori giuridici, non sembra oggi più rinviabile.

VII. GLI EVENTI "MODIFICATIVI/ESTINTIVI" E I POTENZIALI RIFLESSI SUL REGIME GIURIDICO DELLA QUOTA DEL CONIUGE.

Chiarito quanto sopra sul regime coniugale delle partecipazioni sociali, può completarsi il discorso con alcuni ragionamenti sui profili "evolutivi" dell'assetto individuato, ovvero sulla sua fase dinamica; segnatamente, appare interessante analizzare le conseguenze di alcuni eventi potenzialmente "modificativi" e/o "estintivi" del regime patrimoniale dei coniugi.

Iniziando dai primi, ovvero dagli eventi (asseritamente) "modificativi" di siffatto regime, di particolare interesse sembra essere la trasformazione societaria "progressiva", da società di persone in società di capitali: su di questa si porrà

44 A partire dalla nota pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 18287, dell'11 luglio 2018.

particolare attenzione. In quest'ottica, ci si domanderà se la trasformazione di una società di persone in un tipo sociale dotato di autonomia patrimoniale perfetta (società di capitali) – con l'effetto che il socio, ed il suo coniuge, non rischieranno più di essere chiamati a rispondere solidalmente con l'intero loro patrimonio dei debiti sociali – sia in grado di condurre ad un mutamento nel regime giuridico operante sulla quota (da comunione *de residuo* a comunione legale immediata).

Quanto invece ai profili "estintivi" della comunione legale, tralasciando il tema della "morte" del titolare della partecipazione sociale – il quale evocherebbe complessi dibattiti sulla continuazione degli eredi in società[45] e sulla validità di clausole di continuazione e/o consolidazione – ci si soffermerà brevemente sulle conseguenze dello scioglimento del regime di comunione legale, con specifico riferimento a quei beni che siano oggetto di comunione *de residuo*, nell'ottica di comprendere la natura dei diritti spettanti al coniuge non imprenditore. Sul punto, come detto poco sopra, si è recentemente espressa la giurisprudenza di legittimità, la quale sarà oggetto di alcune riflessioni nell'ultimo paragrafo.

VIII. "PRIMO EVENTO": LA TRASFORMAZIONE SOCIETARIA *PROGRESSIVA* ED IL SUO POTENZIALE IMPATTO SUL REGIME DI COMUNIONE LEGALE.

Il primo profilo, come anticipato, attiene agli effetti della trasformazione progressiva: in breve, ipotizzando l'acquisto di una quota di società di persone ricompreso nel perimetro operativo dell'art. 178 cod. civ. (in linea con l'orientamento tradizionale e prevalente, sopra esposto), ci si chiede se a seguito di trasformazione della società in nome collettivo in società a responsabilità limitata si verifichi qualche modifica sul regime giuridico della partecipazione sociale, con eventuale sua ricomprensione nella comunione legale immediata ai sensi dell'art. 177 cod. civ. D'altronde, nella logica dell'impostazione tradizionale, verrebbero meno le giustificazioni razionali alla mancata entrata in comunione immediata della quota, non essendo più presenti i rischi derivanti dall'autonomia patrimoniale imperfetta dell'ente.

Anche su questo punto, però, non vi è unanimità di opinioni in dottrina[46]. Una prima tesi, fondata sul *favor communionis*, afferma che in caso di trasformazione

45 Continuazione disciplinata, in generale, dagli artt. 2284 cod. civ., per le società in nome collettivo (ma richiamato dagli altri tipi sociali di società di persone), e dagli artt. 2355-*bis* e 2469 cod. civ. per s.r.l. e s.p.a.

46 Più in generale, si segnala il dibattito sulle conseguenze – sul regime patrimoniale delle quote di partecipazione – di alcuni eventi, tra cui ad esempio la cessazione dell'attività di impresa (cfr. Auletta, T.: "La comunione legale", in AA.VV.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi* (a cura di T. Auletta), vol. IV, III, *Tratt. di diritto privato* diretto da Bessone, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 132 ss.): secondo parte degli interpreti (cfr. Corsi, F.: *Il regime patrimoniale*, cit., p. 127 ss.; Russo, E.: *L'oggetto della comunione*, cit., pp. 120 ss.), in caso di mutamento della destinazione della quota, il regime patrimoniale non cambierebbe, dovendo in tal senso salvaguardarsi la libertà del coniuge di interrompere e riprendere l'attività; secondo altri (v. Saltarelli, S.: "Comunione legale tra coniugi e partecipazioni sociali", *Riv. not.*, n. 4, 2019, pp. 720-721) il mutamento di titolarità potrebbe operare solo in favore della comunione immediata; secondo altri ancora (cfr. Jannarelli,

(progressiva), da società di persone in società di capitali, e quindi passando da una società nella quale vige il regime di responsabilità illimitata ad una società nella quale vi è responsabilità limitata per tutti i soci, dovrà applicarsi l'art. 177 lett. a), con ricomprensione delle nuove quote sociali di società a responsabilità limitata nella comunione legale immediata[47]. Di questo avviso è anche la giurisprudenza di merito pronunciatasi sul punto[48]: secondo una pronuncia, muovendo da un'interpretazione costituzionalmente orientata, la trasformazione dovrebbe ritenersi ricompresa nella nozione lata di "acquisto" ai sensi dell'art. 177 cod. civ., con la conseguenza che la nuova partecipazione di s.r.l. dovrebbe mutare regime

A.: "Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia", *Foro it.*, vol. V, 1977, pp. 266 ss.; Auletta, T.: "Impresa e azienda coniugale", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, pp. 452 ss.), invece, vi potrebbe essere sempre mutamento di regime, sia quando l'attività cessi, sia quando essa ricominci, purché l'acquisto dei beni sia avvenuto originariamente con risorse della comunione *de residuo*.

47 Di tale avviso, nella dottrina, espressamente, Krogh, M.: "Gli acquisti del coniuge imprenditore in regime di comunione legale dei beni", in AA.VV.: *Scritti in onore di Guido Capozzi*, t. I, vol. 2, 1992, pp. 735 ss. e Oberto, G.: "La comunione legale", cit., p. 580, il quale afferma che "[…] proprio la diversa responsabilità del coniuge-socio nelle due ipotesi convince della soluzione per cui la trasformazione di una società di persone in società di capitali, eliminando l'ostacolo costituito dalla riferibilità della partecipazione all'art. 178 c.c., consente al principio generale della comunione immediata di tornare ad operare". Inoltre, Ferrari, A.: "Trasformazione societaria progressiva, clausole statutarie limitative della circolazione e comunione legale", *Fam. dir.*, n. 7, 2010, pp. 749-750, rileva che "[è] vero che non si ha un acquisto nel senso di incremento del patrimonio del coniuge socio, tuttavia all'interno di tale patrimonio si ha una modifica qualitativa della quale non si può non tener conto; trattasi di un'evoluzione che può essere avvicinata, più che ad una accessione, ad uno scambio di partecipazione *ex* 178 con partecipazione *ex* 177, ove non c'è possibilità che la partecipazione resti nella cornice normativa della comunione de residuo data l'ormai assodata inapplicabilità dell'art. 179 c.c. alle fattispecie *ex* art. 178 c.c.". L'a. da ultimo citato (a p. 751), inoltre, riflette su una potenziale distinzione tra "[…] ipotesi in cui il coniuge socio vota a favore della trasformazione, con correlativo passaggio dal perimetro applicativo dell'art. 178 c.c. a quello dell'art. 177 c.c., ed ipotesi in cui non concorre a formare la volontà sociale, nelle quali si resterebbe nell'alveo dell'art. 178 c.c.; tale distinzione se da un lato è apprezzabile in quanto ricerca a fondamento del mutamento applicativo una qualche volontà del coniuge socio, dall'altro lascia un facile strumento nelle mani di un solo coniuge utilizzabile per evitare la caduta in comunione immediata di beni di grande valore economico, in contrasto con la *ratio* della riforma del diritto di famiglia". Applicano le medesime logiche, seppur a casi differenti, altri autori: cfr. Trinchillo, C.: "Partecipazioni sociali", cit., pp. 894-895, in relazione al passaggio da socio accomandatario a socio accomandante; Saccà, E. e Mollura, T.: *Impresa collettiva societaria e comunione legale tra coniugi*, Milano, 1981, pp. 210 ss. e Gabrielli, G.: *Comunione coniugale*, cit., pp. 46 ss., con riferimento alla conversione di obbligazioni in azioni; Tanzi, M.: "Azioni e diritto", cit., pp. 537 ss., in tema di fusione.

48 V. Trib. Catania 17 luglio 2007 (*Riv. Not.*, 2008, 1394, *Vita Not.*, 2007, p. 1221, e *Notariato*, 2008, pp. 661 ss., con nota di Lucattelli, E.: "Trasformazione in società", cit.), secondo cui "per quanto in linea di principio sia condivisibile la tesi della non caduta in comunione immediata (ma solo *de residuo*) degli acquisti di quote di società di persone, non convince, invece, l'affermata esenzione della caduta in comunione della quota di una s.r.l. quando la stessa è frutto della trasformazione di una preesistente s.n.c. La soluzione della questione muove dall'individuazione del significato da attribuire al termine "acquisti" dettato dall'art. 177, lett. a, c.c. Il termine "acquisti" può leggersi in senso restrittivo (o dinamico), facendovi rientrare solo quei beni acquisiti tramite un negozio traslativo ovvero in senso ampio (o statico), considerando, cioè, tali tutti i beni che in qualche modo vengano acquisiti al patrimonio di uno dei coniugi (e che ovviamente non trovino nella legge stessa esenzione dalla caduta in comunione). È conclusione generalmente condivisa (e condivisibile) quella secondo cui il regime patrimoniale della comunione legale risponde al principio (di rilevanza costituzionale) dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed è stato, da attenta dottrina, osservato che "quando il conflitto si crea tra il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e tutela della proprietà intesa come situazione statica concernente il mero regime di appartenenza del bene, prevale, nel conflitto, il principio di eguaglianza: si costituisce perciò un regime di vera e propria comunione". Muovendo da un'interpretazione, necessariamente orientata dai principi costituzionali, e sposando, dunque, l'interpretazione data dell'art. 177, lett. a, c.c., occorre concludere che la trasformazione di una s.n.c. in una s.r.l. comporta l'acquisizione al patrimonio di uno dei coniugi di una quota di società di capitali (quale che sia la natura giuridica che le si attribuisce) e che la stessa, non sussistendo più l'ostacolo legato al tipo sociale (si è in precedenza ricordato che con riferimento alle società personali appare - in linea di principio - condivisibile la conclusione che riconduce alla comunione de residuo la partecipazione separata del coniuge), cade in comunione immediata".

e considerarsi in comunione legale immediata tra i coniugi. D'altronde, si è detto, l'alternativa è di fornire ai contraenti un facile strumento di elusione delle norme sulla comunione legale immediata[49].

In verità, gli argomenti avanzati da siffatta ricostruzione non sembrano così convincenti. In primo luogo, deve rilevarsi l'abuso della formula della "interpretazione costituzionalmente orientata": è innegabile che le norme debbano essere lette ed interpretate alla luce dei valori costituzionali; in assenza però di veri e propri precetti direttamente applicabili[50], ed in presenza invece di più principi costituzionali tra loro confliggenti (come detto, la tutela della famiglia, l'eguaglianza tra i coniugi, da un lato, la tutela della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica, dall'altro), occorre effettuare ragionamenti differenti, nell'ottica di interpretare le norme in conformità sì alla Costituzione[51] ma contemperandone i relativi principi[52]. In altri termini, come già segnalato nelle riflessioni effettuate nei precedenti paragrafi, in presenza di valori costituzionali in conflitto tra loro occorrerà preferire l'interpretazione delle norme che tenga conto (quantomeno parzialmente) di ciascuno dei relativi principi.

In secondo luogo, non si può invocare l'applicazione di determinati effetti (nel caso di specie, un mutamento di regime patrimoniale della quota di partecipazione) sulla base di possibili abusi ad opera dei contraenti: laddove questi si verifichino – ovvero nel caso in cui vi sia una preordinazione dei soci nella costituzione di una società di persone, per evitare l'applicazione dell'art. 177 cod. civ., per poi procedere ad una trasformazione "progressiva", che consenta il mantenimento del medesimo regime di comunione legale differita – opereranno i normali rimedi previsti dalla legge (es. frode alla legge), con i quali smascherare eventuali operazioni abusive.

In conclusione, gli argomenti citati non sembrano convincenti. Di converso, sembra preferibile aderire alla tesi contrapposta, secondo cui non dovrebbe esservi alcun mutamento del regime giuridico applicabile[53], in ragione del principio

49 Argomenta in questo senso, Ferrari, A.: "Trasformazione societaria", cit., p. 750 ("La tesi contraria finisce per creare uno strumento di facile elusione che permetterebbe la sottrazione di grandi ricchezze al regime della comunione immediata: basterebbe infatti che un coniuge partecipi alla costituzione di una s.n.c., subitamente trasformata in una s.r.l., magari ancor prima che la società operi sul mercato, per impedire l'applicazione dell'art. 177 lett. a) c.c. e lasciare unicamente al coniuge-socio la piena e libera disponibilità giuridico economica di tali beni sino allo scioglimento della comunione legale").

50 Sul punto, si vedano le riflessioni di D'amico, G.: "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)", *Giust. civ.*, n. 3, 2016, pp. 443-508.

51 Sulla rilettura del diritto privato alla luce del dettato Costituzionale, per tutti, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 4° ed., Esi, Napoli, 2020, *passim*.

52 Sulla interpretazione conforme a Costituzione, v. Luciani, M.: voce "Interpretazione conforme a Costituzione", *Enc. giur.*, Annali IX, 2016, pp. 391-476.

53 Cfr. De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Giuffré, Milano, 2002, pp. 519 ss.; Fessia, F.P.: "Azioni e partecipazioni sociali: fra donazioni (in)dirette e comunione legale dei coniugi", *Giur. it.*, 2009, pp. 1372 ss.; Spitali, E.: "L'oggetto della comunione", cit., pp. 180-181; Lucattelli, E.:

di continuità dei rapporti giuridici nella trasformazione, di cui all'art. 2498 cod. civ.: in altri termini, considerando la trasformazione una vicenda meramente modificativa-evolutiva (e non estintivo-traslativa)[54], non potrà ravvisarsi alcun "acquisto" valevole ai sensi dell'art. 177 cod. civ. Seppur infatti la concezione di "acquisto", ai sensi della disposizione da ultimo citata, sia generalmente interpretata in senso ampio[55], è difficile negare come la trasformazione in oggetto non determini alcun incremento del patrimonio nel corso del matrimonio, né circolazione della ricchezza, integrando solamente una modifica statutaria dell'ente; la conseguenza dell'assenza di un effetto circolatorio, così, sarebbe il mantenimento dello stesso regime giuridico preesistente (comunione *de residuo*) per la quota della società trasformata[56].

Ragionamenti analoghi, ad opera della giurisprudenza di legittimità, possono trovarsi in tema di "beni personali" (di cui all'art. 179 cod. civ.), rispetto ai quali, in caso di vicende modificative (come la trasformazione, la fusione o la scissione[57]), si è ritenuta non necessaria la dichiarazione del coniuge ai sensi dell'art. 179 lett. f) cod. civ., non potendo in concreto ravvisarsi alcun acquisto[58].

In conclusione, sembra preferibile aderire alla lettura secondo cui la trasformazione "progressiva", da società di persone a società di capitali, con acquisizione dell'autonomia patrimoniale perfetta in capo all'ente, non sia in grado

"Trasformazione in società", cit., pp. 666-667, la quale rileva che "[l]a natura dell'atto di trasformazione, così come ricostruita dalla Cassazione, costituisce, dunque, il principale argomento per negare che tale procedimento dia luogo ad alcun effetto circolatorio e traslativo sia dei beni facenti parte del patrimonio della società e sia delle partecipazioni stesse alla società, intese quali "beni" suscettibili di essere ricompresi nella comunione legale e conseguentemente ad alcun "acquisto" ai sensi di quanto disposto dall'art. 177, comma 1, lett. a), c.c.". Cfr. Cavanna, M.: "Partecipazione associata di persone e comunione legale", *Giur. it.*, 2009, pp. 1176 ss. Sulla non modifica del regime patrimoniale della partecipazione, sulla base di eventi che determinano un mutamento di responsabilità del titolare di partecipazioni, v. Campobasso, G.F.: "Comunione legale", cit., pp. 185 ss., il quale argomenta (negando gli effetti di caduta della quota nella comunione legale immediata) con riferimento ai casi in cui il socio di spa (unico azionista) assuma responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (ai sensi dell'art. 2325, co. 2, cod. civ.), all'analogo socio di s.r.l. (ai sensi dell'art. 2462, co. 2, cod. civ.), nonché al caso di socio di s.a.s. che si inserisca indebitamente nell'amministrazione della società, venendo chiamato a rispondere illimitatamente delle obbligazioni sociali (ai sensi dell'art. 2320 cod. civ.).

54 Tra le altre, nella giurisprudenza, v. Cass., 7 maggio 2013, n. 10598, *Società*, n. 7, 2013, p. 856; Cass., S.U., 31 ottobre 2007, n. 23019, *Giust. civ.*, vol. 1, 2007, p. 2680.

55 Sul concetto di acquisti ai sensi dell'art. 177 cod. civ., *ex plurimis*, Corsi , F.: *Il regime patrimoniale*, cit., pp. 83 ss.; Oberto, G.: "La comunione legale", cit., pp. 405 ss.; Schlesinger, P.: *Sub art. 177*, cit., pp. 69 ss.; Russo, E.: *L'oggetto della comunione*, cit., pp. 89 ss.; Spitali, E.: "L'oggetto della comunione", cit., p. 113; Auletta, T.: "La comunione legale", cit., pp. 39 ss.; Paladini, M.: "sub Artt. 177-189 c.c.", in AA.VV.: *Artt. 177-343ter* (a cura di L. Balestra), vol. I, *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Utet, Milano, 2010, pp. 1 ss.; Comporti, M.: "Gli acquisti dei coniugi", cit., pp. 51 ss.; Tanzi, M.: "Comunione legale", cit., pp. 310 ss.

56 Qualche dubbio in più potrebbe sorgere nella fattispecie inversa, ovvero nel caso in cui la società a responsabilità limitata (la cui quota sia entrata in comunione legale immediata) venga trasformata in società di persone: in quel caso, la "continuità dei rapporti giuridici", connessa alla trasformazione, potrebbe ritenersi non sufficiente ad imporre gli effetti della responsabilità illimitata in capo all'altro coniuge (dovendo, di converso, ritenersi necessario il suo consenso).

57 V. Cass., 16 febbraio 1993, n. 1921, *Foro it.*, vol. I, 1994, c. 1896 ss.; Cass., 11giugno 1991, n. 6622, *Giur. it.*, vol. I, 1992, pp. 108 ss.; Trib. Napoli, 9 marzo 1994, *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1, 1994, pp. 770 ss.

58 Cfr. De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale*, cit., pp. 519 ss.; Lucattelli, E.: "Trasformazione in società", cit., p. 666.

di determinare un mutamento nel regime giuridico della quota di partecipazione, rimanendo questa nella titolarità del coniuge imprenditore ai sensi dell'art. 178 cod. civ. (in comunione *de residuo*).

IX. "SECONDO EVENTO": LO SCIOGLIMENTO DELLA COMUNIONE *DE RESIDUO* E IL DIBATTITO SULLA NATURA DEI DIRITTI SPETTANTI AL CONIUGE NON IMPRENDITORE. L'APPROCCIO INTERPRETATIVO ACCOLTO DALLE SEZIONI UNITE N. 15889/2022.

Esclusi i citati effetti "modificativi" all'evento trasformativo dell'ente, può a questo punto analizzarsi un evento "estintivo" del regime patrimoniale dei coniugi e precisamente le sue conseguenze: si fa riferimento, in particolare, allo scioglimento della comunione legale, ed alla determinazione della natura dei diritti spettanti a titolo di comunione *de residuo* al coniuge non imprenditore. Si tratta, d'altronde, di tematica strettamente collegata alle riflessioni effettuate in questa sede, proprio perché operante in tutte le situazioni in cui uno dei coniugi si trovi ad essere titolare di una partecipazione sociale in comunione legale differita. Sicché, tale approfondimento può risultare opportuno nell'ottica di chiarire se, una volta sopraggiunta la crisi coniugale, il coniuge non imprenditore abbia diritto ad una quota in natura dell'azienda o della partecipazione sociale[59] oppure al valore corrispondente alla metà di essa.

Il tema è ampiamente dibattuto nella dottrina e nella giurisprudenza, con vari orientamenti interpretativi ravvisabili. In questa sede, però, ci si limiterà ad evidenziare quanto è stato affermato dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[60]: come si vedrà di seguito, infatti, l'approccio adottato da quest'ultima, volto a bilanciare i vari principi costituzionali in gioco (tutela della famiglia, ai sensi dell'art. 29 Cost.; pari uguaglianza dei cittadini, *ex* art. 3 Cost.; libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost.; remunerazione del lavoro, ai sensi dell'art. 35 Cost.), è particolarmente utile anche in relazione ai ragionamenti effettuati nella prima parte del saggio, potendo fungere da criterio ispiratore per chiarire se l'acquisto di partecipazioni sociali di un coniuge in regime in comunione legale debba essere ritenersi ricompreso nell'art. 177 cod. civ. (comunione immediata) oppure nell'art. 178 cod. civ. (comunione differita).

Sicché, entrando nel merito della questione, con la pronuncia in commento la Suprema Corte ha chiarito uno dei punti ancora controversi nella interpretazione

59 Nel rispetto, ovviamente, del quadro normativo o pattizio in materia di trasferimento *mortis causa* della partecipazione sociale.

60 Cass., Sez. Un., n. 15889/2022, *www.dejure.it*.

della disciplina applicabile alla comunione legale[61]. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, n. 28872, del 19 ottobre 2021, infatti, evidenziava la perdurante incertezza sulla natura giuridica dei diritti spettanti al coniuge non imprenditore a titolo di comunione *de residuo*, ed il relativo contrasto sorto nella interpretazione delle norme vigenti[62]. Si rilevava, in breve, l'irrisolto dibattito sul fatto che, allo scioglimento della comunione, al coniuge non imprenditore spettasse la metà della titolarità dei beni residui (a titolo di comunione *de residuo*) oppure la metà del valore di questi. Quanto alla prima ricostruzione (tesi favorevole alla natura reale dei diritti), accolta da qualche pronuncia di legittimità[63] e da parte della dottrina[64], il principale argomento avanzato è quello correlato al tenore letterale delle norme[65], non sussistendo alcun riferimento ad una asserita natura creditizia dei diritti[66]: da ciò, ne deriverebbe il riconoscimento di un diritto sui "beni destinati all'esercizio dell'impresa" e "sugli incrementi dell'impresa". Quanto invece alla seconda ricostruzione (tesi del diritto di credito), accolta anch'essa da parte della giurisprudenza[67] e della dottrina[68], sono più ragioni di sostanza a giustificare l'individuazione di meri diritti di credito; precisamente, sarebbero determinanti le irragionevoli conseguenze della tesi contrapposta (la quale determinerebbe il sorgere di una contitolarità sui beni proprio nel momento in cui vi sarebbe

61 Perplessità interpretative, anche in questo caso, a dir poco sorprendenti, visto il decorso di oltre quarant'anni dalla entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia di cui alla legge n. 151/1975.

62 Più precisamente, si è chiarito che, "[a]lla stregua del complessivo quadro problematico esposto, della indubbia rilevanza della questione (anche sul piano delle conseguenze pratiche derivanti dall'adesione all'una o all'altra tesi), sulla quale non vi è uniformità di opinioni dottrinali, e dell'assenza di una precedente presa di posizione diretta, effettiva e consapevole da parte della giurisprudenza di questa Corte, ritiene il collegio che sussistano pienamente le condizioni per sottoporre la risoluzione della stessa involta dal primo motivo del ricorso, da intendersi come una questione di massima di particolare importanza ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, alle Sezioni unite" (Cass., 19 ottobre 2021, n. 28872, cit.).

63 In termini ambigui, *obiter dictum*, e sempre in assenza di un'approfondita analisi della questione, si vedano Cass., n. 2680/2000; Cass., n. 7060/2004; Cass., 16 luglio 2008, n. 19567, *Giust. civ. Mass*., 2008, p. 1923; Cass., 3 luglio 2015, n. 13760 (*Giur. it*., maggio 2016, pp. 1102 ss., con nota di Piemontese, M.: "Attività bancarie e comunione *de residuo*"), la quale richiama Cass., 23 febbraio 2011, n. 4393, *Notariato*, 4, 2011, p. 382.

64 Tra gli altri, con alcune distinzioni, v. Oppo, G.: "Diritto di famiglia e diritto dell'impresa", *Riv. dir. civ*., vol. I, 1977, p. 372; Detti, M., "Oggetto, natura", cit., pp. 1173 ss.; Gabrielli, G.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Giuffré, Trieste, 1979, p. 107; Prosperi, F.: *Sulla natura della comunione legale*, Esi, Napoli, 1983, pp. 151 ss.; Auletta, T.: "La comunione legale", cit., pp. 112 ss.; Benanti, C.: "Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita", *Familia*, n. 6, 2005, pp. 1076 ss.

65 Si fa riferimento, principalmente: agli artt. 177, lettere b) e c) cod. civ. ("Costituiscono oggetto della comunione: […] b) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione; c) i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati") ed all'art. 178 cod. civ. ("I beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente si considerano oggetto della comunione solo se sussistono al momento dello scioglimento di questa").

66 Neppure all'interno dell'art. 192 cod. civ.

67 Anche in questo caso, senza una reale analisi di sistema della questione, v. Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, *Foro it*., vol. I, 1987, c. 810; Cass., 20 marzo 2013, n. 6876, cit.; Cass., 21 febbraio 2018, n. 4186, *www.dejure.it*.

68 Cfr. Busnelli, F.D.: "La *comunione legale*", cit., p. 36; Pavone La Rosa, A.: "Comunione coniugale e partecipazione sociale", *Riv. soc*., 1979, pp. 31 ss.; Cian, G. e Villani, R.: "La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", *Riv. dir. civ*., vol. I, 1980, pp. 346 ss.; Corsi, F.: *Il regime patrimoniale*, cit., pp. 95 ss.; Capecchi, M.: "L'oggetto della comunione", cit., pp. 384 ss.; Rimini, C.: *Acquisto immediato*, cit., pp. 68 ss.; Oberto, G.: "La comunione legale", cit., pp. 876 ss.

disfacimento della comunione legale[69]), nonché la necessità di valorizzare le esigenze dell'impresa (sia nell'ottica di scongiurarne la disgregazione, sia nell'ottica di proteggere i diritti dei creditori della stessa, i quali vedrebbero la garanzia patrimoniale del loro credito ridotta del 50%).

Ebbene, le Sezioni Unite aderiscono a tale ultimo approccio, precisando, nel loro principio di diritto, che "[n]el caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella cd. comunione *de residuo*, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data".

X. (*SEGUE*) RILIEVI CRITICI E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Per quanto però le conclusioni alle quali giunge la Suprema Corte possano considerarsi ragionevoli, la loro giustificazione risulta alquanto discutibile. Nello sviluppo del relativo percorso argomentativo, infatti, viene superato il tenore letterale delle norme vigenti sulla base dell'ambiguità delle loro conseguenze[70] (non considerando inoltre rilevante il mancato richiamo di tali crediti *de residuo* nell'art. 192 cod. civ.)[71]: dirimenti, in breve, sarebbero gli inconvenienti che determinerebbe l'adesione alla lettura contrapposta (favorevole al riconoscimento di diritti reali in capo al coniuge non imprenditore), tra i quali la dimidiazione della garanzia patrimoniale offerta nei confronti dei terzi creditori, i rischi di paralisi nella gestione dell'impresa con esiti esiziali per la sua stessa sopravvivenza, ecc. Si tratta, a ben vedere, di argomentazioni sì razionali, ma poco correlate al dato normativo vigente (il quale, è indubbio, stabilisce letteralmente il diritto sui beni a titolo di

69 Inaccettabile, infatti, è il risultato di "incrementare i legami economici fra i due soggetti proprio quanto e anzi addirittura proprio *perché* si sono prodotte vicende che, secondo la stessa previsione legislativa, ne dovrebbero invece comportare la rescissione" [così Cian, G. e Villani, R.: "La comunione dei beni", cit., p. 347].

70 "La soluzione che la Corte intende qui affermare, e cioè la natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione de residuo, proprio in ragione della segnalata non univocità del testo normativo, appare altresì rispettosa del principio più volte riaffermato (cfr. Cass. S.U. n. 8230/2019) secondo cui il fondamentale canone di cui all'art. 12 preleggi, comma 1, impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, costituendo la lettera della norma, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della *voluntas legis*. In tal senso si veda anche Cass. S.U. n. 24413/2021, secondo cui "l'attività interpretativa, quindi, non può superare i limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza" (conf. Cass. S.U. n. 2061/2021)" così Cass., Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889, cit.

71 "[D]el pari non si rivela insormontabile il richiamo alla mancata disciplina all'interno dell'art. 192 c.c., tra i rimborsi e le restituzioni dovuti tra coniugi al diritto di credito spettante al coniuge non imprenditore, potendosi obiettare che in realtà l'omissione si giustifica per la esaustività della disciplina della comunione de residuo nelle norme appositamente dettate" (Cass., Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889, cit.).

comunione *de residuo*, non menzionando siffatti diritti nella disposizione di cui all'art. 192 cod. civ. dedicati ai crediti *de residuo*).

Inoltre, può aggiungersi, sono – quelli sopra citati – argomenti utilizzabili per la sola fattispecie di comunione legale differita di cui all'art. 178 cod. civ., la quale fa espresso riferimento all'impresa (e segnatamente ai beni ad essa destinati oppure ai suoi incrementi), con esclusione quindi delle fattispecie di cui all'art. 177, lett. b e c, cod. civ., le quali concernono i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi e i proventi dell'attività separata di ciascuno di essi. In altri termini, giustificare l'adesione all'impostazione interpretativa dei diritti "in valore" sulla base delle argomentazioni evidenziate dalle Sezioni Unite (in tema di tutela dell'impresa) finisce inevitabilmente per restringere il perimetro operativo del principio di diritto enunciato dalla pronuncia, dal quale sembrano quindi doversi ritenere escluse le fattispecie di comunione *de residuo* di cui alle lettere b e c dell'art. 177 cod. civ. D'altronde, tale differenziazione regolamentare emerge anche in alcuni passaggi della pronuncia, laddove si chiarisce che "[n]on ignora la Corte come il principale e più solido argomento addotto dalla tesi favorevole alla natura reale *de quo* sia quello legato alla formulazione letterale degli artt. 177 e 178 c.c., ma proprio la circostanza che in quest'ultima norma il legislatore abbia utilizzato il verbo *considerare*, piuttosto che *essere*, denota un'ambiguità semantica che, ancor più che essere sintomatica di un'incertezza, potrebbe essere invece ricondotta ad una precisa volontà di sottoporre la comunione *de residuo*, e specialmente quella di impresa, ad un regime normativo diverso da quello ordinario che invece, pur con le dovute differenze quanto al potere di gestione e disposizione, connota i beni destinati a ricadere immediatamente in comunione legale"[72].

In contrapposizione rispetto a quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, però, è difficile negare come l'ambiguità semantica rilevata (il verbo "essere", ed il verbo "considerare") sia particolarmente debole nell'ottica di giustificare una differenza regolamentare tra le fattispecie di comunione *de residuo* di cui agli artt. 177 e 178 cod. civ.; in altri termini, per distinguere una differente natura dei diritti riconosciuti a titolo di comunione *de residuo* in favore del coniuge dell'imprenditore sembrerebbe poter rilevare la necessità di argomenti più consistenti di quello ora evidenziato. Sicché, in sostanza, sembra sia stata persa una occasione per chiarire uno degli annosi dibattiti in materia di comunione legale dei beni.

Rinviando ad altra sede per più approfonditi rilievi sulla pronuncia, può sottolinearsi in ogni caso la crescente rilevanza assegnata alle ragioni dell'impresa

72 Cass., Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889, cit. In dottrina, tra i favorevoli ad un approccio differenziato tra art. 178 e 177 lett. b) e c) cod. civ., si vedano Piemontese, M.: "Attività bancarie", cit., pp. 1105 ss. e Russo, E.: *L'oggetto della comunione*, cit., p. 401 e pp. 456 ss.; *contra*, tra i tanti, Oberto, G.: "La comunione legale", cit., p. 873 e pp. 877 ss.

ed alla sua conservazione: queste, in breve, assumono un ruolo sempre più preminente nell'interpretazione delle norme vigenti, soprattutto laddove una loro tutela non determini un espresso pregiudizio ai contrapposti principi (come avviene nel caso di specie, nel quale vi sarebbe il riconoscimento in capo al coniuge di un diritto ad un mero valore). Può concludersi, in relazione a quanto detto, che quello adottato dalle Sezioni Unite richiamate configura un interessante approccio interpretativo (ispirato alla tutela delle ragioni dell'impresa), al quale possono teoricamente attribuirsi riflessi anche rispetto altri dibattiti in corso, quale quello analizzato in premessa in materia di rapporto tra comunione legale e partecipazioni sociali: in altri termini, in una logica di contemperamento dei principi costituzionali in gioco, in presenza di una impresa collettiva, di nuova costituzione, o la cui quota sia stata acquistata da un coniuge in comunione legale, in linea con questo approccio si potrebbe quindi sostenere l'accoglimento di una lettura delle norme che garantisca al contempo la soddisfazione degli interessi della famiglia (nell'eguaglianza dei coniugi) e dell'impresa (con riferimento alla sua conservazione), il cui corollario non potrà che essere il più ampio utilizzo – *de iure condito* o *de iure condendo* – dell'art. 178 cod. civ.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA, P.: "Le azioni a voto plurimo: profili di disciplina", in AA.VV.: *Impresa e mercato. Studi dedicati a M. Libertini*, Milano, 2015, pp. 10 ss.

ALBANESE, A.: "La rivincita della comunione legale nelle nuove famiglie", *Corr. giur.*, n. 6, 2019, pp. 799-816.

AMBROSINI, R.: "Quota di società cooperativa edilizia e comunione legale", *Corr. giur.*, 1996, pp. 392 ss.

ARMANNO, M.: "Partecipazione in società di coniugi in regime di comunione", *Vita not.*, 1976, pp. 593 ss.

AULETTA, T.: "Impresa e azienda coniugale", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, pp. 452 ss.

AULETTA, T.: "La comunione legale", in AA.VV.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi* (a cura di T. AULETTA), vol. IV, III, *Tratt. di diritto privato* diretto da Bessone, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 132 ss.

BALESTRA, L.: "Attività di impresa e rapporti familiari", in AA.VV.: *Tratt. teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Cedam, Padova, 2008, pp. 80 ss.

BARALIS, G.: "Comunione coniugale legale e titolarità di partecipazioni sociali", *Riv. not.*, 1977, pp. 307 ss.

BENANTI, C.: "Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita", *Familia*, n. 6, 2005, pp. 1076 ss.

BIANCA, C.M.: *La famiglia. Le successioni*, *Diritto civile*, vol. II, Giuffré, Milano, 1981, pp. 71 ss.

BUONOCORE, V.: "Comunione legale tra i coniugi e partecipazione a società per azioni e a società cooperative", *Riv. not.*, 1977, pp. 1142 ss.

BUSANI, A.: "Comunione legale dei beni, partecipazioni al capitale di società e strumenti finanziari", *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2002, pp. 335-336.

BUSANI, A. e SAGLIOCCA, M.: "Le azioni non si contano, ma si *pesano*: superato il principio one share one vote con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato", *Società,* n. 10, 2014, pp. 1048 ss.

BUSNELLI, F.D.: "La *comunione legale* nel diritto di famiglia riformato", *Riv. not.*, vol. I, 1976, pp. 42 ss.

Campobasso, G.F.: "Comunione legale e partecipazioni in società di capitali", *Famiglia e circolazione giuridica*, 1997, pp. 179 ss.

Capecchi, M.: "L'oggetto della comunione legale", in AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia – Trattato* diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna, 2008, vol. II, pp. 375 ss.

Cavanna, M.: "Partecipazione associata di persone e comunione legale", *Giur. it.*, 2009, pp. 1176 ss.

Cennerzzo, S.: "L'aumento del capitale sociale delle società di persone attraverso l'imputazione di utili: natura giuridica ed effetti sul regime patrimoniale dei coniugi", *Giur. comm.*, n. 3, 2010, pp. 411 ss.

Cian, G. e Villani, R.: "La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1980, pp. 346 ss.

Coco, L.: *Comunione legale e redditi di partecipazione societaria*, *Riv. not.*, 2001, pp. 1452 ss.

Comporti, M.: "Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale", *Riv. not.*, 1979, pp. 42 ss.

Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. I, *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffré, Milano, 1979, pp. 138 ss.

Costi, R.: "Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia", *Quaderni di Giur. comm.*, Giuffré, Milano, 1976, pp. 17 ss.

Costi, R. e Di Chio, G.: "Società in generale, Società di persone, Associazione in partecipazione", in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Bigiavi, Utet, Torino, 1991, pp. 114 ss.

Cottino, G. e Weigmann, R.: *Società di persone*, *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. III, Cedam, Padova, 2004, pp. 26 ss.

D'amico, G.: "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)", *Giust. civ.*, n. 3, 2016, pp. 443-508.

De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Giuffré, Milano, 2002, pp. 519 ss.

Detti, M.: "Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi", *Riv. not.*, 1980, pp. 1207 ss.

Di Sapio, A.: "La partecipazione a società lucrative del coniuge in comunione di beni: individuazione di un paradigma alternativo", *Dir. fam.*, vol. II, 2000, pp. 314 ss.

Di Transo, G.: *Comunione legale*, Edizione giuridiche Simone, Napoli, 1992, pp. 15 ss.

Falconi, A.: "Società di persone, diritti di credito e comunione legale", *Fam. dir.*, n. 7, 2013, pp. 659 ss.

Ferrari, A.: "Trasformazione societaria progressiva, clausole statutarie limitative della circolazione e comunione legale", *Fam. dir.*, n. 7, 2010, pp. 749 ss.

Fessia, F.P.: "Azioni e partecipazioni sociali: fra donazioni (in)dirette e comunione legale dei coniugi", *Giur. it.*, 2009, pp. 1372 ss.

Finocchiaro, G.: *Commento sistematico della legge 19 maggio 1975 n. 151*, vol. I, Giuffré, Milano, 1984, pp. 907 ss.

Fusaro, A.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* dir. da Galgano, Cedam, Bologna, 1990, pp. 309 ss.

Gabrielli, G.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Giuffré, Trieste, 1979, pp. 107 ss.

Gabrielli, G.: *Comunione coniugale ed investimento in titoli*, Giuffré, Milano, 1979, pp. 50 ss.

Gabrielli, G.: voce "Regime patrimoniale della famiglia", *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, pp. 347 ss.

Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol. IV, Cedam, Padova, 1999, pp. 99 ss.

Gatti, L. e Scardaccione, G.: "Titolarità delle partecipazioni sociali in regime di comunione legale dei beni", *Vita not.*, 1978, pp. 259 ss.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2007, pp. 198 ss.

Giacobbe, G.: "L'attività notarile di fronte alla nuova legge sul diritto di famiglia", *Riv. not.*, 1975, pp. 834 ss.

Greco, P.: *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 107 ss.

Jannarelli, A.: "Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia", *Foro it.*, vol. V, 1977, pp. 266 ss.

KROGH, M.: "Gli acquisti del coniuge imprenditore in regime di comunione legale dei beni", in AA.VV.: *Scritti in onore di Guido Capozzi*, t. I, vol. 2, 1992, pp. 735 ss.

INZITARI, B.: "Impresa e società nella comunione legale familiare", *Contr. impr.*, 1986, pp. 87 ss.

LUCATTELLI, E.: "Trasformazione in società di persone e incidenza della comunione legale sulla titolarità delle quote", *Notariato*, 2008, pp. 661 ss.

LUCIANI, M.: voce "Interpretazione conforme a Costituzione", *Enc. giur.*, Annali IX, 2016, pp. 391-476.

MACCARONE, "Considerazioni e spunti sulla riforma del diritto di famiglia", *Bancaria*, 1975, pp. 923 ss.

MARINELLI, F.: *L'impressionismo giuridico. Artisti e giuristi nella Francia dell'Ottocento*, Pacini giuridica, 2022.

MASUCCI, C.: *Comunione legale e partecipazioni sociali*, Esi, Napoli, 2000, pp. 18 ss.

MAZZONE, I.: "Comunione legale e partecipazioni sociali", *Contratto e impresa*, n. 1, 1996, pp. 48 ss.

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 372 ss.

NUZZO, M.: *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Giuffré, Milano, 1984, pp. 79 ss.

OBERTO, G.: "La comunione legale tra coniugi", in *Storia, natura, ratio e oggetto. Comunione* de residuo e *beni personali*, vol. I, *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Giuffré, Milano, 2010, pp. 525 ss.

OPPO, G.: "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1976, pp. 110 ss.

OPPO, G.: "Diritto di famiglia e diritto dell'impresa", *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1977, pp. 372 ss.

PALADINI, M.: "sub Artt. 177-189 c.c.", in AA.VV.: *Artt. 177-343ter* (a cura di L. BALESTRA), vol. I, *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Utet, Milano, 2010, pp. 1 ss.

Pavone La Rosa, A.: "Comunione coniugale e partecipazione sociale", *Riv. soc.*, 1979, pp. 31 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 4° ed., Esi, Napoli, 2020.

Pino, A.: *Il diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1984, pp. 117 ss.

Pisani Massamormile, A.: "Comunione coniugale fra coniugi e società di persone", in A.A.V.V.: *Famiglia e circolazione giuridica* (a cura di Fuccillo), Ipsoa, Milano, 1997, pp. 215 ss.

Piscitello, P.: *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote, Modelli legali ed autonomia statutaria*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 123 ss.

Prosperi, F.: *Sulla natura della comunione legale,* Esi, Napoli, 1983, pp. 151 ss.

Rimini, C.: *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Cedam, Padova, 2001, pp. 166 ss.

Rivolta, G.C.M.: "Partecipazione sociale e rapporti obbligatori", *Riv. dir. comm.*, vol. I, 1962, pp. 357 ss.

Rosapepe, R.: "Impresa coniugale, società tra coniugi in regime di comunione legale, acquisto di partecipazioni sociali", *Riv. not.*, 1981, pp. 226 ss.

Ruotolo, A.: *Comunione legale e proventi dell'attività separata dei coniugi*, *Vita not.*, 1999, pp. 610 ss.

Russo, E.: *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, artt. 177-179, *Il codice civile commentato* diretto da P. Schlesinger, Giuffré, Milano, 1999, pp. 277 ss.

Saccà, E. e Mollura, T.: *Impresa collettiva societaria e comunione legale tra coniugi*, Milano, 1981, pp. 210 ss.

Saltarelli, S.: "Comunione legale tra coniugi e partecipazioni sociali", *Riv. not.*, n. 4, 2019, pp. 720 ss.

Schlesinger, P.: *Della comunione legale*, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi), vol. I, Cedam, Padova, 1977, pp. 377 ss.

Schlesinger, P.: *Sub art. 177, Commentario alla riforma del diritto di famiglia,* Cedam, Milano, 1992, pp. 376 ss.

Schlesinger, P.: "Acquisto di quote di società da parte di coniugi in regime di comunione legale", *Fam. dir.*, n. 1, 1995, pp. 52 ss.

Scotti, R.: "L'acquisto di partecipazioni sociali in regime di comunione legale", *Notariato*, 2009, pp. 443 ss.

Scotti, R.: *Il sistema degli acquisti nella comunione legale e le partecipazioni* sociali, Esi, Napoli, 2014, pp. 157 ss.

Semprini, A.: "Gli accordi in vista della crisi della convivenza", *Familia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n. 5, 2019, pp. 597-616.

Spitali, E.: "L'oggetto della comunione legale", in AA.VV.: *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), vol. 3, *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Giuffré, Milano, 2012, pp. 182 ss.

Stolfi, G.: "Una questione sull'art. 670 cod. proc. civ.", *Banca, borsa, tit. cred.*, vol. I, 1954, pp. 845 ss.

Tanzi, M.: "Comunione legale e partecipazioni a società lucrative", in AA.VV.: *La comunione legale* (a cura di C.M. Bianca), vol. I, Giuffré, Milano, 1989, pp. 305 ss.

Tanzi, M.: "Azioni e diritto di famiglia", in AA.VV.: *Trattato delle società per azioni* (diretto da Colombo e Portale), Torino, 1991, pp. 537 ss.

Trimarchi, G.A.M.: *Le imprese dei coniugi*, *Tratt. dir. civ. del Cnn*, Esi, Napoli, 2009, pp. 197 ss.

Trinchillo, C.: "Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni", *Riv. not.*, 2002, pp. 861 ss.

Viola, F.: *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 2021.

Zappone, D.: "Sull'acquisto in comunione legale delle partecipazioni azionarie nelle banche popolari", *Notariato*, 1999, pp. 335 ss.

Zweigert, K. e Kotz, H.: *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali* (versione it.), Giuffré, Milano, 1998, pp. 317 ss.

RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES MATRIMONIALES EN ITALIA

BORDERS CIVIL LIABILITY IN MARITAL RELATIONS IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 300-315

Antonio
PANICHELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La contribución resume la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones familiares en Italia a la luz de la jurisprudencia de los tribunales superiores, analizando en particular la jurisprudencia más relevante.

PALABRAS CLAVE: Familia; responsabilidad civil; daños intrafamiliares; fidelidad; asistencia moral y material.

ABSTRACT: *The contribution summarises the issue of civil liability in family relationships in Italy in the light of the jurisprudence of the higher courts, analysing in particular the most relevant case law.*

KEY WORDS: *Family; civil liability; intra-family damage; fidelity; moral and material assistance.*

SUMARIO.- I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DOMÉSTICAS. – II. EL AGRAVIO INTRAFAMILIAR Y LA "INJUSTICIA" NECESARIA DEL DAÑO. – III. ALGUNOS CASOS CONCRETOS TRATADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DOMÉSTICAS.

La responsabilidad civil por daños intrafamiliares y la consiguiente indemnización constituyen una conquista relativamente reciente de nuestra civilización jurídica, ya que han sido muchos y diversos los obstáculos que ha habido que superar en su camino, derivados de una tradición histórica que concebía la familia como un dominio hortus conclusus del pater familias, impermeable a injerencias externas.

El tema de la responsabilidad civil en el marco de las relaciones domésticas se enmarca en el contexto de la progresiva revalorización de las posiciones individuales de los miembros de la familia y se caracteriza por una trayectoria singular en la que se han encontrado la elaboración del nuevo daño personal y los cambios en las relaciones jurídicas entre los miembros de la familia[1].

La jurisprudencia, desde principios del nuevo siglo[2], en Italia ha abandonado la visión patrimonialista tradicional, que establecía la indemnizabilidad del daño moral sólo cuando el hecho constituía delito[3].

Hoy, la interpretación actual ve en la expresión daño moral, según el artículo 2059 del Código Civil, una fórmula que incluye no sólo el daño moral en sentido

1 Desde esta perspectiva, cfr. Perlingieri, P.: "Sui rapporti personali nella famiglia", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 463 s., y en la jurisprudencia de legitimidad: Cass. Civ., 20 de junio de 2013, nº 15481, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 994 y ss., según la cual la familia se configura "como un lugar de autorrealización y de crecimiento, marcado por el respeto recíproco y libre de cualquier distinción de roles, en el que los miembros individuales conservan sus connotaciones esenciales y reciben el reconocimiento y la protección, incluso antes de ser cónyuges, como personas, de conformidad con el artículo 2 de la Constitución italiana, que, al reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las agrupaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad, traza un sistema pluralista inspirado en el respeto de todas las agregaciones sociales en las que se expresa y desarrolla la personalidad de cada individuo".

2 Véase Cass. Civ., Sec. I, 9 de junio de 2000, nº 7859, *Giur. it.*, 2001, 239, con nota de G. Enríquez; Cass. Civ., Sec. I, 28 de enero de 2011, nº 2093, *Diritto e giustizia*, 2011, p. 20 ss. Asimismo, Cass. Civ., Sec. I, 20 de abril de 2011, nº 9074, *Foro it.*, 2011, c. 144.

3 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed, Napoles, 2020, p. 159 ss.

• Antonio Panichella
Riceratore, Università Telematica "Leonardo da Vinci" di Chieti e Pescara. E-mail: antonio.panichella@unidav.it

estricto, sino también todas las lesiones a valores constitucionalmente protegidos que conciernen a la persona[4] y no están connotadas por la relevancia económica[5].

En cuanto a las relaciones familiares, se hizo hincapié en que el régimen de responsabilidad civil debe aplicarse también a las relaciones entre cónyuges, ya que no hay motivo para pensar que la condición de cónyuge pueda dar lugar a una reducción es una limitación de la protección personal[6]. La admisibilidad de esta compensación se basa en el valor de la persona se considerada en el seno de la familia, cuyos derechos fundamentales no pueden ser sacrificados en aras de una formación social en la que se desarrolla su personalidad, incluso en la fase patológica de la relación conyugal[7]. De aquí surge la relevancia indemnizatoria de aquellos comportamientos ilícitos incluso con independencia de su eficacia causal respecto de la intolerabilidad de la convivencia subyacente al pronunciamiento de separación y la admisibilidad de la concurrencia entre el remedio del derecho de familia y el indemnizatorio.

Sin embargo, ello presupone que la conducta del cónyuge ha producido un daño injusto, en el sentido del artículo 2043 del Código Civil, sin que ello lleve a

4 La máxima aplicación del principio personalista despatrimonializa, humaniza el derecho, "ajustando y armonizando la totalidad de las situaciones subjetivas al valor-persona": Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Ann. Sisdic*, 2020, 5, respectivamente pp. 12 e 4.

5 Cass., Sec. un., 11 de novembre de 2019, nº 28993, en Riv. resp. med. online, 2020, sobre este punto compare Stanzione, P.: "Il danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze di San Martino", *Comparazione e diritto civile*, Jenero 2019, p. 2 ss.

6 El problema surgió, naturalmente, para la aplicabilidad exclusiva del artículo 2043 del Código Civil, dada la constatada indemnizabilidad en las hipótesis expresamente reguladas. Piénsese, a título de ejemplo, en la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento injustificado de la promesa de matrimonio (art. 81 CC); en la indemnización de los daños sufridos por la nulidad del matrimonio, imputable al cónyuge de mala fe (art. 129 bis del Código Civil); en el art. 709-ter del Código Civil (art. 709 CC); al art. 709-ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prescribe la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios a favor del menor o progenitor inimputable en la hipótesis de "incumplimientos graves o actos que en cualquier caso causen perjuicio al menor o impidan el correcto desarrollo de los trámites de guarda". Debe recordarse que con referencia al artículo 81 del Código Civil, frente a quienes defienden el carácter extracontractual de la responsabilidad en cuestión: Tatarano, G.: "Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza", *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 649; Finocchiaro, F.: "Del matrimonio", *Comm. CC Scialoja e Branca*, Bolonia, 1971, p. 72.

7 La vulneración de los derechos fundamentales de la persona también es configurable en el seno de una unión de hecho, que reúne, desde luego, las características de seriedad y estabilidad, habida cuenta de la irrenunciabilidad del núcleo esencial de estos derechos, reconocida, conforme al artículo 2 de la Constitución, en todas las formaciones sociales en las que se desenvuelve la personalidad del individuo. Por otra parte, sin perjuicio de la evidente diversidad de las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia de hecho respecto de las derivadas del matrimonio, es bien sabido que la legislación ha evolucionado progresivamente hacia un reconocimiento cada vez más amplio, en sectores concretos, de la relevancia de la familia de hecho. (Cass. Civ., 20 de junio de 2013, nº 15481, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 999). Tras la Ley de Uniones Civiles de 2016, cabe aclarar que la cláusula de salvaguarda prevista en el artículo 1, apartado 20, de la Ley nº 76 de 2016, con el fin de garantizar la efectividad de la protección de los derechos y el pleno cumplimiento de las obligaciones derivadas de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, establece que las disposiciones referidas al matrimonio y aquellas que contengan una referencia al "cónyuge" o un término equivalente, siempre que se produzcan en leyes, actos con fuerza de ley, reglamentos, actos administrativos y convenios colectivos deben aplicarse también en el caso de las uniones civiles. Si, por tanto, la ratio legis del nuevo texto normativo parece inspirarse en la necesidad de garantizar la igualdad de trato entre las parejas homosexuales unidas por el vínculo de la unión civil y las parejas heterosexuales basadas en el matrimonio, una lectura de los artículos 2043 y 2059 del Código Civil que excluyera del círculo de personas legitimadas para reclamar una indemnización por daños y perjuicios a las unidas por el vínculo de la unión civil contrastaría con los criterios básicos que inspiraron la reforma que acaba de entrar en vigor.

la conclusión de que el mero incumplimiento de los deberes matrimoniales pueda legitimar una condena al pago de daños y perjuicios[8].

En Italia, en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales, existe la sanción del débito de la separación, que conlleva la pérdida del derecho a la pensión de alimentos y la pérdida de los derechos sucesorios.

El débito debe ser solicitado por el cónyuge que ha sufrido el incumplimiento del deber matrimonial, pero estadísticamente, las sentencias de débito en Italia son muy escasas y, sobre todo, tienen muy poca repercusión práctica.

Los primeros indicios de apertura del sist1ema de relaciones familiares a la responsabilidad civil proceden de la jurisprudencia impulsada precisamente por la consideración de la falta de relevancia práctica de la declaración de débito de la separación. Las sanciones penales también suelen ser insuficientes para proteger al cónyuge.

Las perplejidades que aún subsisten, sobre todo en una parte de la doctrina, en torno a la lectura extracontractual de los daños endofamiliares ya no tienen, obviamente, su origen en la idea de una inmunidad de las relaciones domésticas frente al common law, ni en una supuesta autosuficiencia de la disciplina especial y de los remedios que la componen. Sobre este último punto, por el contrario, es precisamente la jurisprudencia más reciente la que se ocupa de señalar con claridad la brecha existente entre el estrecho horizonte teleológico atribuible a las instituciones del derecho de familia y el más amplio y articulado derivado del predicado de inviolabilidad que los derechos de la persona preservan también en el marco de las relaciones parentales; una brecha tal que indica la emergencia de una necesidad de protección que sólo los remedios del common law pueden satisfacer[9].

El plazo de prescripción del derecho a la indemnización por responsabilidad extracontractual sólo empieza a contar desde el cese efectivo de la conducta contraria a los deberes parentales y, en todo caso, desde la percepción concreta del daño por parte de la víctima[10].

8 "El daño para ser relevante a estos efectos, no puede consistir únicamente en el sufrimiento psíquico causado por la infidelidad y la percepción del agravio resultante -objetivamente inherente a la violación del deber de fidelidad-, que no es reparable por sí mismo al constituir un perjuicio derivado de la infracción de una ley ordinaria, sino que debe concretarse en la afectación de un interés constitucionalmente protegido": Cass. Civ., 15 de septiembre 2011, nº 18853, *Dir. fam.*, 2012, 1, p. 159 ss.

9 Camilleri, E: "*Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale* e *paradigmi risarcitori*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 430 s.

10 En particular, los jueces del fondo habían partido de la calificación del agravio intrafamiliar en términos de agravio permanente, respecto del cual -según la doctrina de las Secciones Unidas (Cass., Sec. un., 14 de noviembre de 2011, nº 23763) – "como el acaecimiento del hecho se prolonga en cada momento de la duración del daño y de la conducta que lo produce, el plazo de prescripción comienza a correr de nuevo todos los días siguientes a aquel en que el daño se manifestó por primera vez, hasta el cese de la citada conducta dañosa, de modo que

II. EL AGRAVIO INTRAFAMILIAR Y LA "INJUSTICIA" NECESARIA DEL DAÑO.

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la indemnizabilidad del daño intrafamiliar, siempre que la conducta del cónyuge contraria a los deberes derivados del matrimonio haya causado un daño injusto indemnizable conforme al artículo 2043 del Código Civil[11].

Esta norma establece que se debe indemnizar cuando se produce un daño injusto, identificable con el perjuicio que el ordenamiento jurídico no puede tolerar que sea soportado por la víctima y que, por tanto, debe ser trasladado al autor del hecho, en la medida en que lesiona intereses jurídicamente relevantes[12].

Los remedios propios del derecho de familia (*addebito* de separación, pérdida de los derechos sucesorios, suspensión del derecho a la asistencia moral y material en caso de alejamiento sin justa causa de la residencia familiar), de hecho, tienen la finalidad de poner fin al vínculo conyugal, no la de indemnizar daños y perjuicios. Por tanto, los mencionados remedios no son estructuralmente incompatibles con la protección general de los derechos constitucionalmente garantizados, pues la relevancia que una determinada conducta pueda tener a los efectos de la separación o extinción del vínculo conyugal y las consiguientes resoluciones pecuniarias no excluye la concurrencia de la misma conducta como hecho generador de responsabilidad civil.

Los derechos que por el matrimonio adquiere cada cónyuge frente al otro son derechos personales, como tales fundamentales e inviolables.

La familia no es una institución (supraordenada, por tanto, a los miembros que la componen); sino una comunidad, entendida como lugar de encuentro y convivencia de sus miembros, entre los que se establecen relaciones de afecto y solidaridad, referibles a cada uno de ellos. Con la consecuencia de que el respeto a la dignidad y personalidad, en su integridad, de cada miembro de la unidad familiar adquiere las connotaciones de un derecho inviolable, cuya vulneración por otro miembro de la familia, así como por un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, pues es evidente que no puede sostenerse que

el derecho a la indemnización nace de forma continua a medida que se produce el daño, y prescribe de forma continua si no se ejercita en el plazo de cinco años desde el momento en que se produce". Por tanto, a juicio del tribunal territorial, el dies a quo del plazo de prescripción de la acción debía identificarse en el momento de la extinción de la relación entre padre e hijo o de la consecución por éste de la autosuficiencia económica o de la no realización de la actividad económica por negligencia imputable al propio hijo (en estos términos, Cass. Civ., de 24 de enero de 2018, nº 1744).

11 Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, Bolonia, 2022, p. 361 ss.

12 V. Facci, G.: "Il danno endofamiliare", *Fam. dir.*, 2011, p. 1149 ss.; Id.: "Il danno da adulterio", *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1485 ss.; Fantetti, A.: "Coesistenza dell'addebito e del risarcimento del danno nella separazione e nel divorzio", *Fam. dir.*, 2012, p. 1051 ss.

los derechos definidos como inviolables reciban distinta protección según que sus titulares se encuentren o no en el ámbito familiar[13].

Si la violación de los deberes matrimoniales es un acto ilícito; si los derechos recíprocos de los cónyuges son derechos inviolables, entonces la lesión de tales derechos cometida por la violación de los deberes matrimoniales es un daño indemnizable en virtud del artículo 2059 del Código Civil.

En este aspecto, sin embargo, con gran clarividencia, la sentencia de 2005 se anticipó a las Secciones Conjuntas sobre el umbral del daño moral indemnizable[14], advirtiendo acertadamente que la lesión de un derecho derivado del matrimonio, para dar lugar a un daño moral indemnizable legalmente, debe ser de gravedad apreciable. Las conductas de mínimo efecto lesivo, reza el razonamiento, que pueden resolverse en el seno de la familia en virtud de ese espíritu de comprensión y tolerancia que forma parte del deber de asistencia mutua, nunca pueden constituir un daño indemnizable.

Los daños no patrimoniales indemnizables sólo pueden ser los causados por conductas que, por su gravedad intrínseca, atenten contra los derechos fundamentales de la persona[15]. Debe descartarse, por tanto, que el mero incumplimiento de los deberes conyugales o incluso el pronunciamiento de la objeción de separación puedan constituir per se y de forma automática responsabilidad indemnizable; asimismo, debe afirmarse que es necesario constatar

13 Bizzarro, A.: "Famiglia e responsabilità", *Act. jur. iberoamericana*, 3, 2015, p. 153, señala que "El Tribunal afirmó la irrelevancia, a efectos de la configurabilidad de la responsabilidad aquiliana por parte del autor de un hecho lesivo de intereses jurídicamente relevantes, de la calificación formal de la posición jurídica alegada por el perjudicado. Según las Secciones Conjuntas, injusto no es sólo el daño causado por la lesión de un mero derecho subjetivo, sino todos aquellos daños respecto de los cuales el ordenamiento jurídico no puede permitir que sean soportados por la víctima, sino que deben ser transferidos a la parte perjudicada, por ser lesivos de un interés jurídicamente relevante, a la luz del principio de solidaridad, deducible de los artículos 2 y 41, párrafo 2, de la Constitución italiana".

14 Cass., Sec. un., 10 de mayo de 2005, nº 9001, *Corr. giur.*, 2005, p. 921, con nota di De Marzo, G.: "La cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni familiari"; *Diritto di famiglia*, 2005, p. 1181, con nota de Danovi, G.: "Il dovere di informazione tra coniugi e le conseguenze della sua violazione". En sentido contrario, sin embargo, véase Trib. Napoli 24 Enero 2008, *Responsabiltà e risarcimento*, 2008, 8, p. 18, según la cual la exclusión de toda imputación a uno de los cónyuges por incumplimiento de las obligaciones familiares derivadas de la relación conyugal impide la estimación de la pretensión de daños y perjuicios acumulada por el marido, en el procedimiento de separación, con la pretensión de imputación.

15 La responsabilidad entre cónyuges o del progenitor hacia el hijo, no se basa en la mera violación de deberes, matrimoniales o derivados de la relación parental, sino en la lesión, como consecuencia de la violación de tales deberes, de derechos humanos inherentes, como la salud, la intimidad, las relaciones relacionales, etc.: Cass. Civ, 1 de mayo de 2012, nº 8862, en *Foro it*., 2012, c. 2037. La doctrina, a su vez, ha observado que la responsabilidad civil del cónyuge "presupone necesariamente un quid pluris, es decir, la existencia y ocurrencia de un daño injusto, que no coincide con la mera ruptura de la unión conyugal, ni con la mera violación de los deberes matrimoniales, sino que implica la lesión de la esfera personal y existencial del sujeto": Salito, G.: "Le situazioni familiari", T*rattato della responsabilità civile*, Padua, 2012, p. 377; en el mismo sentido, Ferrando, G.: "La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", *Trattato della responsabilità contratuale*, dirigido por Visintini, Padua, 2009, I, p. 403.

en juicio los daños patrimoniales y no patrimoniales sufridos como consecuencia de la lesión, así como el nexo etiológico entre el acto agresivo y el daño[16].

El mero incumplimiento de los deberes conyugales (convivencia, fidelidad, asistencia moral y material, cooperación en interés de la familia) no puede legitimar una condena al pago de daños y perjuicios: el cumplimiento de los deberes conyugales se confía normalmente a la naturaleza espontánea de la relación matrimonial.

Para que las normas de responsabilidad civil sean operativas, se requiere algo más. Que se produzca un daño injusto, que no necesariamente se produce por el incumplimiento de los deberes matrimoniales o la declaración de oposición[17]. La indemnización puede concederse en el caso de que la conducta especialmente grave del cónyuge no sólo haya vulnerado uno de los derechos derivados del matrimonio, sino que además haya causado la violación de otro interés protegido por la ley[18].

La injusticia del daño no puede apreciarse en la crisis matrimonial ni en la separación o divorcio, ya que cada cónyuge tiene derecho a separarse y divorciarse también para contraer un nuevo matrimonio y formar una nueva familia. Por tanto, el daño que pueda sufrir un cónyuge por el mero hecho de la ruptura del vínculo no es un daño indemnizable, porque no es considerado injusto por el ordenamiento jurídico.

La carga de la prueba del demandante es autónoma y distinta respecto a la demanda de separación y oposición: aunque la infidelidad provoque la intolerabilidad de la convivencia, de ella no puede deducirse la existencia de un daño injusto y, por tanto, del agravio[19].

Dentro de la relación conyugal, el daño relevante a efectos de indemnización es el sufrido por el cónyuge por la violación de derechos de relevancia constitucional o de bienes que tengan fundamento constitucional, además de los supuestos de

16 A partir de 2005, el camino quedó trazado. De hecho, el Tribunal de Casación ya no abandonó las piedras angulares establecidas en la sentencia nº 9801/2005, a saber a) los deberes que se derivan para los cónyuges del matrimonio son de naturaleza jurídica; b) su incumplimiento puede conllevar no sólo el débito de la separación, sino también una indemnización por daños y perjuicios; (c) no existe una correspondencia biunívoca entre el incumplimiento de los deberes matrimoniales y la indemnización: ambos pueden coexistir o faltar, del mismo modo que puede haber uno sin el otro o viceversa d) el daño moral causado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, para ser indemnizable, debe superar el umbral de gravedad.

17 En particular Ferrando, G.: "Violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", cit., passim.

18 De hecho, el Tribunal de Casación siempre ha afirmado, como por ejemplo en la sentencia nº 9801 de 2005, que sólo pueden tenerse en cuenta "las conductas intrínsecamente graves que constituyan una agresión a los derechos fundamentales de una persona".

19 Petrucco, N.: "Il danno risarcibile e addebito della separazione: recenti sviluppi dalla Cassazione", *Danno resp.*, 2021, p. 735.

conductas penalmente relevantes. Sobre la base de la evolución jurisprudencial expuesta, el daño conyugal indemnizable es el causado por a) conductas lesivas constitutivas de supuestos penalmente relevantes; b) las conductas que causen lesión a bienes protegidos a nivel constitucional entre los derechos inviolables del hombre y por las normas generales establecidas en el artículo 2 de la Constitución italiana (derechos inviolables del hombre, como individuo y en los grupos sociales) y en el artículo 3 de la Constitución italiana (derecho a la dignidad social), como la reputación y el honor; c) la violación de los derechos previstos en los artículos 13, 14 y 15 de la Constitución italiana, respectivamente para la violación de las libertades personales, del domicilio y de la correspondencia, y d) menoscabo de los derechos de relevancia constitucional previstos en los artículos 29 y 30 de la Constitución italiana.

III. ALGUNOS CASOS CONCRETOS TRATADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Propongo algunos casos significativos. El primo. con referencia a la asistencia moral y material, se pronunció que los daños y perjuicios eran indemnizables a favor de la esposa en un caso en el que un matrimonio llevaba tiempo intentando tener un hijo, sometiéndose incluso a exámenes y tratamientos médicos. En cuanto la esposa se quedó embarazada, el marido declaró que no quería ser padre y que tampoco tenía ya ningún interés en el vínculo conyugal. En esta situación, la esposa desarrolló un síndrome depresivo y el feto sufrió un retraso del crecimiento. El tribunal consideró que la conducta del marido no sólo constituía un incumplimiento de la obligación de asistencia moral y material prevista en el artículo 143 del Código Civil, sino también un delito (con la consiguiente indemnización por daños no pecuniarios), ya que se trataba de una conducta que vulneraba derechos personales inviolables que están plena y absolutamente protegidos por el artículo 2 de la Constitución.

Por tanto, la infracción del deber de asistencia derivado del matrimonio, si afecta a un derecho inviolable del otro cónyuge, da lugar a responsabilidad civil. Si la infracción adopta la forma de una conducta capaz de coaccionar la personalidad del otro cónyuge, el daño debe ser indemnizado, teniendo en cuenta no sólo el perjuicio previo al derecho a la libre expresión de la personalidad que se produjo durante la convivencia, sino también el que pueda producirse después de que ésta haya cesado. La sentencia de separación con oposición que ha devenido irrevocable también da lugar a un juicio externo en relación con los hechos que motivaron la oposición, dentro de los límites de lo constatado por el juez de la separación, por lo que excluye su reexamen en el caso de la indemnización por daños y perjuicios que se estableciera posteriormente. En este último caso, además, la parte perjudicada podrá probar los hechos relativos al incumplimiento

de los deberes conyugales y al daño injusto sufrido también a través de los medios de prueba asumidos en el procedimiento de separación o a través de simples presunciones, para lo cual deberá alegar y probar los hechos en los que pretenda fundar las presunciones[20].

El segungo se refiere a la violación del deber de fidelidad[21]. Los jueces estimaron que el daño causado por uno de los cónyuges era indemnizable cuando la relación extramatrimonial se desarrollaba, en relación con el entorno en que viven los cónyuges, de tal manera que ofendía la dignidad y el honor del otro cónyuge[22]. La injusticia del daño no se encuentra en la mera infracción del deber de fidelidad, sino en la vulneración del honor del cónyuge[23]. La infracción del deber de fidelidad no es más que el medio a través del cual se produce la lesión de un interés ulterior protegido por el ordenamiento jurídico[24].

20 "Las reiteradas violencias físicas y morales ejercidas por uno de los cónyuges sobre el otro constituyen violaciones tan graves de los deberes derivados del matrimonio que constituyen, por sí solas, no sólo el fundamento para el pronunciamiento de la separación, en la medida en que son la causa determinante de la intolerabilidad de la convivencia, sino también la declaración de culpabilidad del autor de la violencia, y eximen al juez del fondo, al juez del fondo, que ha constatado tales comportamientos, del deber de comparar, a los efectos de la adopción de las referidas resoluciones, el comportamiento del cónyuge víctima de la violencia frente al otro, pues el propio comportamiento, precisamente por su extrema gravedad, excluye toda posibilidad de comparación, salvo en lo que se refiere a comportamientos homogéneos. Incluso un único episodio de violencia no menor, con golpes, cometido por el marido contra la mujer, además por un motivo trivial e inútil (haber tirado un trozo de pan duro a la basura), legitima a la esposa para solicitar la separación personal de su cónyuge con cargo a éste, haciendo verosímil la afirmación de la esposa de que su marido solía "levantar las manos", aunque no exista prueba de ello, ya que la conducta tuvo lugar dentro del hogar y en ausencia de extraños": Cass. Civ., 14 de enero de 2011, nº 817, *Dir. fam*., 2011, p. 1200.

21 "La violación de los deberes de fidelidad conyugal es, por tanto, susceptible de generar un daño injusto en los términos del artículo 2043 del Código Civil, con la consiguiente indemnización, incluso con independencia de que el cónyuge infiel haya sido o no acusado. La apreciación para el reconocimiento de esta protección civil, sin embargo, se ancla en criterios diferentes de los anteriormente identificados para la sanción en el ámbito del Derecho de familia. En concreto, para el reconocimiento de la indemnización no basta con que la conducta ilícita haya sido meramente antijurídica o que haya provocado la intolerabilidad de la vida en común. En realidad, es necesario probar que la conducta del cónyuge ha causado el menoscabo de un derecho constitucionalmente garantizado y que éste no es fútil. Recientemente, el Tribunal Supremo ha aclarado este aspecto, afirmando que "la infracción del deber de fidelidad, aunque pueda causar disgusto al otro cónyuge y dar lugar a la desintegración de la unidad familiar, no es automáticamente indemnizable, sino en la medida en que la aflicción supere el umbral de lo tolerable y se traduzca en la vulneración de un derecho constitucionalmente protegido, en primer lugar el derecho a la salud o a la dignidad personal o al honor". Es precisamente esta apreciación la que, en el caso que nos ocupa, llevó al Tribunal de Apelación de Salerno a denegar el reconocimiento del daño, al carecer de prueba del perjuicio a la salud alegado: según el tribunal de segunda instancia, el estado depresivo del marido dependía de la situación general de separación de su esposa, careciendo por tanto de un nexo causal directo entre la conducta de la esposa y el daño causado. La carga de la prueba que incumbe al recurrente es autónoma y distinta de la solicitud de separación y de la oposición: incluso en el caso en que la intolerabilidad de la convivencia se derive de la infidelidad, no puede deducirse de ello la existencia de un daño injusto y, por tanto, del ilícito civil": Petrucco, N.: "Il danno risarcibile e addebito della separazione: recenti sviluppi dalla Cassazione", cit., p. 737.

22 A este respecto, cabe señalar que el deber de lealtad establecido en el artículo 143 del Código Civil no se limita al compromiso de los cónyuges de "no traicionar la relación de mutua devoción física y espiritual", como parece creer el Tribunal de Reggio Emilia, sino que también incluye un compromiso de lealtad hacia el otro cónyuge, como afirma tanto la doctrina jurídica (Paradiso, M.: "I rapporti personali tra coniugi", *Comm. c.c. Rescigno*, 3, II, 2ª ed., Turín, 1996, p. 39).

23 App. Brescia 7 de marzo 2007, *Fam. dir*., 2008, p. 483, con una nota de Facci, G.: "Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta il risarcimento perché non vi è un danno ingiusto"; Trib. Brescia 14 de novembre 2006, *ivi*, 2007, p. 59, con nota di Id.: "Relazione omosessuale ed illecito endofamiliare".

24 Por ejemplo, el Tribunal Supremo italiano no estimó la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento del deber de fidelidad, declarando en Cass. Civ., 9 de marzo de 2019, nº 6598: "Aislando, entre los diversos deberes que se derivan del matrimonio, el deber de fidelidad, cuya violación se alega en el presente caso, se deduce que la violación del deber de fidelidad, aunque pueda indudablemente causar angustia al otro cónyuge y provocar la

Una consideración diferente debe hacerse en relación con la indemnizabilidad del daño moral con arreglo al artículo 2059 del Código Civil[25]: se trata de los derechos protegidos por la constitución pertinente como tal y también se refiere a la lesión de intereses familiares gravemente lesionados por el otro cónyuge.

A título de ejemplo, y a modo de resumen, los daños intrafamiliares entre cónyuges incluyen diversas conductas lesivas para la dignidad y el honor o la reputación del cónyuge (por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de fidelidad cuando es tan grave que ofende la dignidad y la respetabilidad del cónyuge; conductas violentas, discriminatorias o desleales que atenten contra la integridad psicofísica del cónyuge (por ejemplo, ocultar al cónyuge la propia impotencia o el estado de embarazo causado por terceros) casos de omisión de asistencia material (por ejemplo, abandono en estado de necesidad del cónyuge).

Estas situaciones, además de justificar una reclamación de débito en el momento de la separación legal de los cónyuges, justifican una reclamación de daños y perjuicios ya que, al afectar a los bienes esenciales de la vida, producen un daño injusto. Las previsiones del artículo 709 ter del Código Civil parecen más amplias, ya que no existen deberes positivos concretos que deban observarse, pero la valoración del juez debe centrarse en cuáles son los "incumplimientos graves" o "actos que en todo caso causen perjuicio al menor o impidan el correcto cumplimiento del régimen de custodia" susceptibles de causar un daño indemnizable.

Las hipótesis más frecuentes en la práctica son las relativas a impago de la pensión de alimentos de forma que los hijos carezcan de medios de subsistencia, incumplimiento del horario establecido para garantizar el derecho de visitas, desacuerdo en las decisiones relativas a la educación y la salud de los hijos, obstruccionismo en decisiones fundamentales para la vida de los hijos episodios

desintegración de la unidad familiar, no es automáticamente indemnizable, sino en la medida en que la aflicción supere el umbral de lo tolerable y se traduzca, por su modo o por la gravedad de la perturbación que provoca en el otro cónyuge, en la violación de un derecho constitucionalmente protegido, en primer lugar el derecho a la salud o a la dignidad y al honor de la persona, al que se refieren, por lo demás, las propias alegaciones de la demandante. La indemnizabilidad de tales vulneraciones, se ha dicho también, excede del ámbito de los recursos intrafamiliares, por lo que, por un lado, el mero incumplimiento de tal deber, o incluso el débito de la separación como consecuencia del incumplimiento de tal deber, no son automáticamente fuente de responsabilidad aquiliana (véase Tribunal de Casación n° 610 de 2012, que excluyó el derecho a la indemnización del daño moral supuestamente relacionado con la infidelidad del cónyuge al que se imputaba la separación por ese motivo, a falta de prueba de la vulneración de derechos fundamentales y, en particular, de la integridad psíquica y física del cónyuge, y de la consiguiente vulneración injusta de un derecho constitucionalmente protegido, es decir, de circunstancias susceptibles de constituir el fundamento de la indemnización reclamada; véase también el Tribunal de Casación n.° 8862, de 19 de diciembre de 2011, que declaró que la responsabilidad del cónyuge por el daño no se limitaba automáticamente al incumplimiento de ese deber, ni siquiera al débito de la separación como consecuencia del incumplimiento de ese deber. Véase también Tribunal de Casación n° 8862 de 2012), y por otro lado la acción de daños y perjuicios también puede ejercitarse con independencia y al margen del procedimiento sobre la responsabilidad por la separación personal".

25 La jurisprudencia ha identificado a menudo como necesaria para la indemnización la presencia de una conducta definida como "ultrajante", "maliciosa", "lesiva del derecho de los demás a realizar su personalidad dentro del hogar". En este sentido, véase Amram, D.: *In famiglia respondēre*, Turín, 2020, p. 84.

de violencia, desinterés moral y material por parte de uno o ambos progenitores, privación de contacto con el otro progenitor.

Estas son sólo algunas de las hipótesis, cuya concurrencia el juez debe verificar en todo caso la producción del daño y, desde un punto de vista exquisitamente procesal, el cumplimiento de la carga de la prueba por parte del solicitante de la indemnización.

En resumen, la jurisprudencia reciente en materia de daños intrafamiliares establece: a) daños patrimoniales por vulneración de un interés personal y familiar jurídicamente protegido; b) daños no patrimoniales, derivados de la violación de un derecho inviolable como tal, indemnizables también fuera del ámbito familiar; c) los daños no patrimoniales resultantes de la violación, con gravedad de la infracción, de un deber familiar que ataque el núcleo esencial del interés subyacente a la inviolabilidad del derecho relevante referido a la persona.

Dicho todo esto, no puede dejar de considerarse la admonición de Arturo Carlo Jemolo que representaba a la familia como "una isla que el mar de la ley sólo podía bañar" pero no sumergir, poniendo así de relieve al mismo tiempo la especialidad y complejidad del sistema familiar.

Esta consideración nos lleva a reflexionar sobre cómo, ciertamente, existen hipótesis ilícitas que pueden justificar pretensiones indemnizatorias y en las que la condición de familiar puede constituir también una circunstancia agravante, pero igualmente deben considerarse admisibles determinadas conductas en el sistema familiar, como pueden ser incluso las conductas coercitivas dirigidas a la protección de los menores.

Así, si por un lado no cabe duda de que las palizas, difamaciones, daños a la propiedad, conductas persecutorias, coacciones para mantener relaciones sexuales, etc., forman parte de las conductas ilícitas del sistema familiar. Por otra parte, determinados comportamientos en la familia no constituyen un ilícito civil, no sólo en el plano jurídico, sino ante todo en la apreciación común: una palabra de más, el uso de los bienes del otro sin autorización, o el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, un beso robado, una bofetada a los hijos, la comprobación del correo, el teléfono y el ordenador de los hijos[26].

26 Compare en este punto Patti S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim*; Paradiso, M.: "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.; Virgadamo, P.: "Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica", *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1894 ss.; Morozzo Della Rocca, P.: "Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità", *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605 ss.; D'Angelo, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.", *Familia*, 2006, I, p. 1031 ss.; CASSANO, G.: "Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità: la rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luca del danno esisitenziale", *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1985 ss.; BOZZI, L.: "Scene dopo un matrimonio: violazione dell'obbligo di fedeltà e pretese risarcitorie", *Danno resp.*, 2003, p. 1132 ss., in nota a Trib. Milano 24 de septembre 2002 (*ivi*, p. 1130 s.); De Marzo, G.:

En esta hipótesis, es evidente cómo la cuestión es de medida entendida en clave valorativa como la continencia de facultades respecto de derechos y deberes y como la congruencia de medios respecto de la realización de los intereses ajenos sacrificados: en esta perspectiva, la violación será mensurable en términos de abuso de derecho, con el consiguiente recurso a los paradigmas de los artículos 330 y 333 del Código Civil así como en virtud del artículo 709 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil; asimismo, las hipótesis lesivas que impliquen un agravio intrafamiliar podrán encontrar protección indemnizatoria y permitir el recurso a las órdenes de protección contra el maltrato familiar.

"Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali", *Corr. giur.*, 2002, p. 1219 ss., in nota a Trib. Milano, 7 de marzo 2002 (*ivi*, p. 1211 ss.); Fraccon, A.: "Relazioni familiari e responsabilità civile", en Cendon, P.: *Il diritto privato oggi*, Milano, 2003, *passim*.

BIBLIOGRAFÍA

Amram, D.: *In famiglia respondēre*, Turín, 2020.

Bizzarro, A.: "Famiglia e responsabilità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 2015, p. 153.

Bozzi, L.: "Scene dopo un matrimonio: violazione dell'obbligo di fedeltà e pretese risarcitorie", *Danno resp.*, 2003, p. 1132 ss., in nota a Trib. Milano 24 de septembre 2002 (*ivi*, p. 1130 s.).

Camilleri, E: "Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 430 s.

Cassano, G.: "Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità: la rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luca del danno esisitenziale", *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1985 ss.

Cendon, P.: *Il diritto privato oggi*, Milano, 2003, *passim*.

D'Angelo, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.", *Familia*, 2006, I, p. 1031 ss.

Danovi, G.: "Il dovere di informazione tra coniugi e le conseguenze della sua violazione", *Diritto di famiglia*, 2005, p. 1181.

De Marzo, G.: "Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali", *Corr. giur.*, 2002, p. 1219 ss., in nota a Trib. Milano, 7 de marzo 2002 (*ivi*, p. 1211 ss.).

Facci, G.: "Il danno da adulterio", *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1485 ss.

Facci, G.: "Il danno endofamiliare", *Fam. dir.*, 2011, p. 1149 ss.

Facci, G.: "Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta il risarcimento perché non vi è un danno ingiusto", *Fam. dir.*, 2008, p. 483

Facci, G.: "Relazione omosessuale ed illecito endofamiliare", *Fam. dir.*, 2007, p. 59 ss.

Fantetti, A.: "Coesistenza dell'addebito e del risarcimento del danno nella separazione e nel divorzio", *Fam. dir.*, 2012, p. 1051 ss.

Ferrando, G.: "La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", *Trattato della responsabilità contratuale*, dirigido por Visintini, Padua, 2009, I, p. 403.

FINOCCHIARO, F.: "Del matrimonio", *Comm. CC Scialoja* e *Branca*, Bolonia, 1971, p. 72.

FRACCON, A.: "Relazioni familiari e responsabilità civile", en Cendon, P.: "Il diritto privato oggi", Milano, 2003, *passim*.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità", *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605 ss.

PARADISO, M.: "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.

PARADISO, M.: "I rapporti personali tra coniugi", *Comm. c.c. Rescigno*, 3, II, 2ª ed., Turín, 1996, p. 39.

PATTI S.: *Famiglia e responsabilità civil*e, Milano, 1984, *passim*.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed, Napoles, 2020.

PERLINGIERI, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Ann. Sisdic*, 2020, 5, pp. 12 e 4.

PERLINGIERI, P.: "Sui rapporti personali nella famiglia", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 463 s.

PETRUCCO, N.: "Il danno risarcibile e addebito della separazione: recenti sviluppi dalla Cassazione", *Danno resp.*, 2021, p. 735.

SALITO, G.: "Le situazioni familiari", T*rattato della responsabilità civil*e, Padua, 2012, p. 377.

SESTA, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, Bolonia, 2022, p. 361 ss.

STANZIONE, P.: "Il danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze di San Martino", *Comparazione e diritto civile*, Jenero 2019, p. 2 ss.

TATARANO, G.: "Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza", *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 649

VIRGADAMO, P.: "Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica", *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1894 ss.

LA ADOPCIÓN DEL MAYOR DE EDAD EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA ITALIANA

THE ADOPTION OF THE ADULT WITHIN THE ITALIAN LAW JURISDICTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 316-345

Marco LI POMI

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El estudio pretende examinar el papel efectivo que desempeña actualmente la adopción del mayor de edad en el ordenamiento jurídico italiano. Después de un examen de los orígenes y de la evolución relativos a la razón de ser de la institución, se analizan las condiciones de aplicabilidad del art. 291 del Código Civil a raíz de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En virtud de una interpretación conforme a la Constitución, además, se ofrecen algunos puntos de reflexión con vistas a una nueva reinterpretación de la institución en clave sistemático-axiológica. El límite de los 18 años, en efecto, no es hoy un obstáculo para recurrir a la institución estudiada. Por último, se elabora una nueva propuesta aplicativa que, al permitir la adopción de un mayor de edad, tiene en cuenta un "límite de edad móvil" parametrizado por los criterios de la *imitatio naturae* y una probada *affectio familiaris*.

PALABRAS CLAVE: Adopción; mayor de edad; ordenamiento jurídico italiano; condiciones de aplicabilidad; límite de edad móvil.

ABSTRACT: *The study aims to explore the authentic role assumed by adult adoption within the Italian legal system. After an examination of the origins and evolution regarding the ratio of the institution, the investigation delves into the conditions provided by Article 291 of the Civil Code, guided by insights derived from different pronouncements of the Constitutional Court. Moreover, in alignment with a constitutionally compliant interpretation, some insights are offered with a view to a new reinterpretation of the institution from a systemic-axiological perspective. The limit of 18 years of age, in fact, is no longer obstructive to have recourse to the institute under investigation. Finally, a new applicative proposal is elaborated that in allowing the adoption of an adult takes into account a "mobile limit" of age tailored to the criteria of "imitatio naturae" and a proven "affectio familiaris".*

KEY WORDS: *Adoption; adult; Italian legal system; conditions of applicability; mobile limit of age.*

SUMARIO.- I. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN DEL MAYOR DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.- II. LAS CONDICIONES DE APLICABILIDAD DEL ART. 291 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO TRAS LAS INTERVENCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- III. LOS 18 AÑOS COMO "LÍMITE" YA NO LIMITANTE. LA CASUÍSTICA EN EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL ITALIANO.- IV. REFLEXIONES FINALES: UN "LÍMITE DE EDAD MÓVIL" COMO NUEVA PROPUESTA APLICATIVA.

I. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN DEL MAYOR DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

La institución de la adopción tiene orígenes muy antiguos y hunde sus raíces en el Derecho romano[1]. En la época clásica, la condición de *filius familias* se adquiría por nacimiento mediante matrimonio legítimo *cum manu* y *sine manu* o por adopción. En este último caso, podía tratarse de *adrogatio* o *adoptio* en sentido estricto[2]. En aquella época, se afirmaba el principio de que el adoptado (*adrogato*) debía ser más joven — al menos 18 años — que el adoptante (*adrogante*) en relación con la idea de que la *adoptio naturam imitatur*[3]. Mientras que la *adrogatio* conservó durante mucho tiempo su carácter original, una importante evolución en la disciplina de la *adoptio* se produjo con Justiniano, que distinguió entre *adoptio plena* y *adoptio minus plena*[4].

Los objetivos que motivaron la reforma de Justiniano se referían principalmente al adoptado en orden a evitar efectos sucesorios indeseados[5]. En efecto, con la *adoptio minus plena* no se rompía el vínculo entre el *pater naturalis* y el adoptado,

1 Para un análisis más profundo de la adopción en el Derecho romano, *cfr.* Marrone, M.: *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006; Volterra E.: Voz *Adozione* (*dir. rom.*), *Nov. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 287 ss.; Russo Ruggeri, C.: *La datio in adoptionem, I, Origine regime giuridico e riflessi politico sociali in età repubblicana ed imperiale*, Giuffrè, Milano, 1990.

2 La *adrogatio* era la adopción de un *sui iuris* y, como consecuencia de ella, el sujeto dejaba de ser *sui iuris* y caía bajo *la patria potestas* del adrogante, pasando así a formar parte de su familia como *filius familias*. La *adoptio*, en cambio, permitía a un sujeto *alieni iuris filius familias* pasar a formar parte de otra unidad familiar, siempre como *filius familias*. En este caso, se extinguía la *patria potestas* del *pater naturalis* y se establecía la del adoptado. Sobre la distinción entre *adoptio* y *adrogatio*, véase, Marrone, M.: *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 233 ss.

3 *Cfr.* Ruperto, C.: Voz "Adozione (dir. civ.)", *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 579 ss.

4 El primero se refería únicamente al caso en que el adoptante fuera ascendiente del adoptado y concurrieran determinadas circunstancias excepcionales, produciendo, en esencia, consecuencias similares a las de la disciplina prejustiniana. La segunda, en cambio, se refería a los casos en que el adoptante era un extraño. Para más detalles véase Russo Ruggeri, C.: *La datio in adoptionem*, II, *Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustinianea*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 8.

5 De hecho, en la época prejustiniana desaparecía la *patria potestas* del padre natural y se rompían todos los lazos con la familia de origen. Para más detalles *cfr.* Marrone, M.: *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 237; e Ruperto, C.: Voz "Adozione", cit., p. 579 ss.

• Marco Li Pomi
Assegnista di ricerca in Diritto civile nell'Università Unicampania - Luigi Vanvitelli. Correo electrónico: m.lipomi@lumsa.it

por lo que las expectativas sucesorias de este último respecto a su familia de origen permanecían inalteradas. Así, si, por una parte, el adoptante no adquiría la *patria potestas* del adoptado, por otra, éste, sin embargo, adquiría derechos sucesorios frente al padre adoptivo en ausencia de testamento.

La institución de la adopción resultó fundamental, porque respondía a la necesidad de garantizar la creación de un vínculo entre dos partes sobre el patrimonio de una, en beneficio de la otra.

Así pues, bajo Justiniano, la adopción cumplía principalmente — si no exclusivamente — la función de permitir al adoptado adquirir un derecho de sucesión sobre los bienes del adoptante, a semejanza del legado testamentario[6].

El *animus* patrimonial de la institución no disminuyó varios siglos después, con la llegada del Código Napoleónico, que preveía condiciones estrictas, como la ausencia de hijos o descendientes legítimos, una diferencia de edad de al menos tres lustros entre el adoptado y el adoptante, la cincuentena del adoptado y la mayoría de edad del adoptado[7]. Incluso el Código Civil francés de 1804, por tanto, atribuía a la adopción la finalidad de satisfacer las necesidades primordialmente patrimoniales del adoptado y, en concreto, el interés en la transmisión de su nombre y patrimonio en ausencia de herederos[8]. La configuración de la institución, por tanto, parecía trazar un esquema contractual, en el que cada parte valoraba lo que hoy podríamos denominar la "conveniencia económica del trato"[9].

El modelo napoleónico, como sabemos, se tomó como paradigma para la codificación civil italiana de 1865. En efecto, el Código Civil del Reino de Italia sólo reconocía la posibilidad de adoptar a las personas mayores de cincuenta años[10], sin descendencia legítima o legitimada. Además, se mantenía el requisito de una diferencia de edad de al menos 18 años entre adoptante y adoptado. Por tanto, esta disciplina tampoco parecía tener una función asistencial[11].

En este sentido, se ha hablado de la naturaleza aristocrática de la adopción, un instituto con fines ambiguamente filantrópicos y patrimoniales, que satisfacía sólo las aspiraciones del adoptante, interesado en la continuación del linaje, en

6 *Cfr.* Gualazzini, U.: Voz "Adozione (dir. interm.)", *Nov. dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 290.

7 Cabe señalar que el artículo 488 del Código Napoleón fijaba la mayoría de edad en los 21 años.

8 Para un estudio en profundidad de la institución, tal y como estaba regulada en el código napoleónico, *cfr.* Degni, F.: Voz "Adozione", *Nov. dig. It.*, Utet, Torino, 1937, p. 174 ss.

9 Para reflexiones más amplias sobre el tema, véase Viard, P.: *Histoire generale du droit privé français (1789-1830)*, Boulevard Saint Michel, París, 1931.

10 No obstante, hay que señalar que, en virtud del art. 323 del Código Civil de 1865, la mayoría de edad se fijaba en los veintiún años.

11 Sanfilippo, S.: "Una differenza di età limitante: la nuova veste dell'adozione del maggiore di età", *Dir. fam. pers.*, 3, 2020, p. 851 ss.

la transmisión de títulos y posesiones nobiliarias en ausencia de hijos legítimos o naturales[12].

Una parte de la doctrina[13] llegó a describir la institución como una convención que permitía disponer irrevocablemente de la propia sucesión, dando lugar, así, una verdadera derogación de la prohibición de pactos sucesorios, ya presente en el código de 1865[14]. Tal estructuración de la institución, en efecto, estaba totalmente en consonancia con la ideología que inspiró la codificación de 1865, expresión del liberalismo económico y de una economía predominantemente basada en la tierra, en la que la propiedad se situaba en el centro del sistema y las demás instituciones, incluida la familia, se reducían a medios de conservación y transmisión de la propia propiedad[15].

El breve análisis histórico esbozado hasta aquí permite, por tanto, rastrear la función que la adopción ha desempeñado a lo largo de los siglos: la de una institución desprovista de cualquier aspecto solidario, orientada a la persecución de fines puramente patrimoniales y sucesorios, resumidos en el interés del adoptante en la continuación del linaje y en la conservación y transmisión de su nombre, tradición familiar y herencia.

Con la codificación de 1942 y sus posteriores modificaciones se produjo una importante revolución en la disciplina de la adopción[16].

El artículo 291 del Código Civil, en su redacción original, exigía que el adoptante fuera una persona mayor de cincuenta años, sin descendencia legítima o legitimada, y con una diferencia de edad de al menos dieciocho años respecto del adoptado.

El principal cambio con respecto al Código Pisanelli, por tanto, fue la ausencia de límites de edad para el adoptado. Esta circunstancia demostraba la voluntad legislativa de regular la adopción de mayores y menores con un único instituto.

12 Ruperto, C.: Voz "Adozione", cit., p. 585, consideraba que tal institución, al distorsionar la naturaleza, habría permitido eludir fácilmente la prohibición, entonces vigente, de reconocer a los hijos definidos como "adulterinos".

13 Ferrando, G.: "L'adozione ordinaria. Problemi, prospettive e ipotesi sistematiche", *Riv. dir. proc. civ*, 1979, p. 444.

14 Sobre la prohibición de pactos sucesorios, véase Calvo, R.: "I patti successori", *Diritto delle successioni*, en AA. VV.: *Diritto delle successioni* (coord. por R. Calvo e G. Perlingieri), I, ESI, Napoli, 2008, p. 13 ss.; y tambièn Caccavale, C. e Tassinari, F.: "Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma", *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74 ss.

15 Para un análisis sobre el tema, *cfr.* Corradini, D.: "Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento", en AA. VV.: *Il diritto privato* (coord. por S. Rodotà), Zanichelli, Bologna, 1971, p. 62 ss.

16 Mediante la Ley n. 431 de 5 de junio de 1967 y la Ley n. 184 de 4 de mayo de 1983.

En cualquier caso, su función, en sustancia, parecía similar a la anterior[17], al menos hasta la primera reforma de la disciplina, que tuvo lugar en 1967[18].

La distinción de la adopción en función de la edad del adoptado se produjo gradualmente, a través de dos intervenciones legislativas: la primera, mediante la ley de 5 de junio de 1967, n. 431, y la segunda, mediante la ley de 4 de mayo de 1983, n. 184.

De hecho, la ley de 1967 introdujo la distinción entre adopción ordinaria y nueva adopción especial. La primera afectaba a mayores y menores de más de ocho años y seguía rigiéndose por el artículo 291 del Código Civil (en el que la edad mínima exigida al adoptante se reducía de cincuenta a cuarenta años). El segundo, en cambio, se regía por el nuevo Capítulo III (hoy derogado tras la entrada en vigor de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184) y se refería únicamente a la adopción de menores de ocho años que carecieran de la asistencia de padres y parientes necesaria para su sustento.

Autorizada doctrina[19] ha visto en la reforma en cuestión un signo primitivo de contaminación constitucional de la disciplina codificada. Aunque tímidamente, en efecto, la rebaja de la edad mínima requerida para la capacidad de adoptar respondió a reivindicaciones solidarias de protección del adoptado. La adopción ordinaria, de hecho, además de estar dirigida a proteger el interés del adoptado sin dinastía, comenzó a convertirse en un embrionario medio, de carácter solidario, dirigido a proteger el interés de los huérfanos en ser reubicados en un hogar doméstico[20].

En cualquier caso, tanto en la adopción ordinaria, como en la nueva adopción especial, la diferencia de al menos dieciocho años entre la edad del adoptante y la del adoptado permaneció inalterada, reflejando el antiguo principio según el cual *adoptio naturam imitatur.*

Sin embargo, no fue hasta la Ley n. 184, de 4 de mayo de 1983, cuando se produjo una verdadera reforma orgánica de la materia, ya que se establecieron normas diferentes para la adopción de un mayor de edad y para la adopción de un menor. Esta reforma representaba la continuación natural de las intenciones

17 *Cfr.* Spangaro, A.: "Ancora sul divario di età nell'adozione di maggiorenne", nota a Tribunal Supremo 3 abril 2020 n. 7667, *Fam. Dir.*, 4, 2021, p. 374, señala que "en las Actas de la Comisión Parlamentaria llamada a pronunciarse sobre el proyecto del primer libro del Código se indica que la adopción tiene por objeto asegurar la perpetuación del linaje y la continuidad de la familia".

18 En ese año, con el Convenio de Estrasburgo, se empezaron a sentar las bases de una adopción de menores, con una disciplina autónoma respecto a la de los adultos; se decidió, de hecho, que el menor en estado de desamparo pasara a ser hijo, a todos los efectos legales, de la familia adoptante.

19 *Cfr.* Ferrando, G.: "Dell'adozione di persona maggiore di età (art. 291-314)", en AA. VV.: *Cod. civ. annotato con la giurisprudenza* (coord. por P. Cendon), Utet, Torino, 1991, p. 617.

20 *Cfr.* Perlingieri, P.: *Sui rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982, *passim*.

iniciadas por la ley de 1967, ya que también tenía como objetivo primordial el interés y la protección del menor.

De hecho, si se considera la cuestión más atentamente, las razones subyacentes de la intervención legislativa se encuentran en la protección absoluta del menor y, en particular, en la finalidad de garantizar una familia a quienes carecen de ella[21]. Desde este punto de vista, por tanto, parece evidente la necesidad que condujo a la separación de las dos disciplinas[22]: en efecto, las instancias patrimonialistas, vinculadas a la transmisión del nombre y del patrimonio, así como a la perpetuación del linaje, que habían inspirado históricamente la adopción de un mayor de edad, parecían demasiado alejadas del espíritu solidario de la adopción de un menor[23].

La heterogeneidad teleológica de las dos disciplinas indujo también a la jurisprudencia a considerar correcta la absoluta impermeabilidad a cualquier tipo de vaso comunicante: ninguna norma referida a la adopción de un mayor de edad, de hecho, se consideró analógicamente aplicable a la de un menor.

Hoy en día, por lo tanto, la adopción es objeto de una disciplina con dos caras, distintas en cuanto a su ubicación sistemática, fundamento, requisitos previos y efectos: por un lado, la adopción ordinaria en virtud del Código, que se refiere únicamente a las personas mayores de 18 años, y, por otro, la adopción de menores contenida en una ley especial, a saber, la Ley de 4 de mayo de 1984, n. 183.

La evolución legislativa esbozada hasta aquí muestra, por tanto, cómo las dos formas de adopción responden históricamente a dos finalidades distintas y aparentemente irreconciliables: por un lado, la adopción de un mayor de edad ha tenido siempre como objetivo garantizar la perpetuación de la línea familiar y la transmisión de la herencia, asegurando una descendencia a quien no la tiene; por otro lado, la adopción de un menor se ha orientado teleológicamente a asegurar la inserción en una familia de un menor que carece de ella.

Es en el marco del debate jurisprudencial y doctrinal suscitado en torno a la razón de ser y las funciones de la adopción adulta donde se sentarán las bases para el desarrollo posteriores de la discusión, a fin de ofrecer algunas consideraciones sobre la conveniencia de mantener vigente la institución o de tratarla como una antigua herencia de un pasado oscuro que hoy resulta escasamente compatible con la solidaridad constitucional.

21 *Cfr.* Dogliotti, M.: *L'adozione di maggiorenni*, *Tratt. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1999, p. 431.

22 Por otra parte, compartida en la doctrina Bessone, M. e Ferrando, G.: Voz "Minori e maggiori di età (adozione dei)", *Noviss. dig. it.*, V, Utet, Torino, 1980, p. 91.

23 *Cfr.* Stella Richter, G.: Sub *art. 291*, *La giurisprudenza sul cod. civ. coordinata con la dottrina*, IV (art. 231-455), 2005, Giuffrè, Milano, p. 2246.

Cabe ahora anticipar que, como se verá con más detalle más adelante, el panorama que se acaba de describir ha sido recientemente descartado por el Tribunal Supremo[24], que — al reinterpretar el art. 291 del Código Civil en clave constitucional — ha revitalizado la institución, que estaba inevitablemente destinada a desaparecer, si hubiera permanecido anclada en sus fines originales.

II. LAS CONDICIONES DE APLICABILIDAD DEL ART. 291 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO TRAS LAS INTERVENCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La adopción del mayor de edad, objeto de una compleja interpretación jurisprudencial, probablemente habría estado destinada a una lenta muerte natural por desuso[25], si no hubiera sido revitalizada — aunque con cautela y gradualmente — por una matriz pretoriana: desde los primeros pronunciamientos importantes del Tribunal Constitucional hemos llegado, de hecho, a la sentencia del Tribunal Supremo n. 7667 de 2020[26].

El art. 291 del Código Civil, al enumerar los requisitos para el funcionamiento de la adopción de un mayor de edad, exige textualmente: los treinta y cinco años del adoptante, la ausencia de descendientes y una diferencia de edad de, al menos 18 años, entre el adoptante y el adoptado.

Sin embargo, cada uno de estos tres límites se ha visto afectado por disfunciones sistemáticas. Mientras que la identificación de los treinta y cinco años representa un mero error aritmético por parte del legislador[27], los otros dos requisitos han sido objeto de críticas mucho más serias.

En particular, la prohibición de adoptar de quienes tengan hijos legítimos o legitimados ha sido objeto de varios pronunciamientos del Juez de Derecho.

24 Tribunal Supremo n. 7667 de 3 de abril de 2020, que se analizará en detalle *infra*.

25 *Cfr.* Dogliotti, M.: *L'adozione di maggiorenni*, cit., p. 432; Spangaro, A.: Sub *art. 291*, *Dell'adozione delle persone maggiori di età*, en AA.VV.: *Cod. fam.* (coord. por M. Sesta), I, Giuffrè, Milano, 2015, p.1097 ss.; Procida Mirabelli Di Lauro, A.: *Comm. cod. civ.,* cit., p. 393; Sbisà, G. e Ferrando, G.: "Dell'adozione di persone maggiori di età", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), IV, Cedam, Padova, 1992, p. 244.

26 Tribunal Supremo n. 7667 de 3 de abril de 2020, con una nota de Spangaro, A.: "Ancora sul divario di età", cit., p. 370 ss.

27 En la actualidad se acepta generalmente que la disposición fue el resultado de un error de cálculo del legislador italiano, ya que el límite de edad debería haber sido de treinta y seis años. En efecto, la Ley n. 184, de 4 de mayo de 1983, introdujo un reglamento orgánico de la adopción de menores, que sustituyó al codificado. Dado que el adoptado debía ser mayor de edad y debía existir una diferencia de edad de dieciocho años, el art. 291 del Código Civil debería haber exigido, como mínimo, los treinta y seis años de edad. Así, en la doctrina, Dusi, B.: *Della filiazione e dell'adozione*, Editrice Torinese, Torino, 1924, p. 920 y p. 983; Ferrando, G.: "L'adozione ordinaria", cit., p. 444.

Mediante sentencia de 19 de mayo de 1988, n. 557[28], el Tribunal Constitucional declaró que el art. 291 del Código Civil era inconstitucional, en la medida en que no permitía la adopción por parte de personas que tuvieran descendientes legítimos o legitimados mayores de edad que hubieran dado su consentimiento a ella. De hecho, el Tribunal consideró que la preclusión *a priori* de la adopción, por la mera existencia de descendientes mayores de edad, vulneraba los cánones de razonabilidad, teniendo en cuenta que, de conformidad con el apartado del art. 297 del Código Civil, se requiere el consentimiento del cónyuge no separado legalmente del adoptante. La disposición, tal y como estaba formulada inicialmente, generaba así una desigualdad de trato inadmisible, ya que, si el cónyuge no separado legalmente tenía derecho a manifestar su asentimiento o disentimiento, esa posibilidad debía otorgarse igualmente a los descendientes mayores de edad.

El Tribunal Constitucional, unos años más tarde, volvió a intervenir sobre la disposición en cuestión en su sentencia de 20 de julio de 1992, n. 345[29].

El fallo, en este caso, se refería a la inaplicabilidad de la institución cuando los descendientes, aun siendo mayores de edad, no podían expresar un consentimiento válido por estar incapacitados.

Al rechazar la cuestión, el Tribunal realizó una interpretación sistemática y conforme a la Constitución de la disposición, afirmando que en estos casos eran aplicables, por analogía, las disposiciones del apartado 2 del art. 297 del Código Civil, ampliando así el espectro de las facultades de apreciación del juez, que podría realizar una comparación de los intereses emergentes.

Finalmente, en la sentencia de 20 de julio de 2004, n. 245[30], el Tribunal volvió, por tercera y última vez. a pronunciarse sobre la cuestión, censurando la disposición en la medida en que establecía una desigualdad de trato ilícita entre los hijos naturales reconocidos y los hijos legítimos, discriminando a los primeros, a quienes no se permitía manifestar su desacuerdo con la adopción. Por sentencia, por tanto, se declaró inconstitucional el art. 291 del Código Civil, en la medida en que no permitía la adopción en presencia de hijos naturales menores de edad o mayores de edad, que no prestaran su consentimiento.

28 De Cupis, A.: "Il consenso dei discendenti legittimi all'adozione", *Giur.it.*, 1988, I, p. 1441 ss.; *Giur. cost.*, 1988, I, p. 2588 ss.; *Foro.it*, 1988, I, p. 2801; *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1650 ss. *Cfr.* Dogliotti, M.: "Adozione di maggiorenni: le inquietudini della giurisprudenza e i timori della Corte costituzionale, che ribadiscono l'originario scopo dell'adozione di maggiorenne quale "surrogato" della filiazione naturale (nel senso di biologica)", *Giur. cost.*, 2003, p. 2398 ss.

29 En *Giur.it.*, 1993, I, 1, p. 263 ss.; *Foro.it*, 1993, I, p. 3008 ss.

30 In *Familia*, 2005, p. 558 ss., con nota a Corte const. 20 julio 2004, n. 245 de Renda, A.: "L'adozione di maggiorenni e la Corte costituzionale".

Desde esta perspectiva, el análisis de la jurisprudencia constitucional permite trazar un hilo conductor representado por una reinterpretación tendencialmente evolutiva de las funciones originarias del art. 291 del Código Civil.

Es evidente que la presencia de la prohibición de adopción para quienes tuvieran hijos legítimos o legitimados podía parecer coherente con la vocación patrimonialista originaria de la institución. Este límite, de hecho, pretendía evitar legados subrepticios superiores a la cuota disponible, representando un mecanismo de protección de las expectativas sucesorias de los descendientes legítimos o legitimarios[31].

El mérito del Tribunal Constitucional fue, por tanto, el de contemplar desde una nueva perspectiva el precepto en cuestión, comenzando a atribuirle la función de consagrar jurídicamente relaciones sociales y afectivas de hecho, correspondientes a relaciones familiares.

Los dos primeros pronunciamientos, en efecto, permitieron, sin alterar el contenido literal de la disposición, ampliar el ámbito de aplicación de la norma, en función de la protección del adulto adoptante.

El tercer pronunciamiento, en cambio, contribuyó, no poco, a la concepción unitaria del estatuto del menor, en orden a una aproximación, cada vez mayor, entre la adopción del mayor y la del menor.

Así, tras las tachas de inconstitucionalidad, se posibilitó la adopción del mayor, aun cuando el adoptante tuviera descendientes mayores de edad, y no menores. En 2006, sin embargo, el Tribunal Supremo intervino en la cuestión de la posibilidad de estimar la solicitud de adopción de un mayor de edad, incluso concurriendo hijos menores del adoptante. En particular, en la sentencia de 3 de febrero de 2006, n. 2426[32] se reconoció que la presencia de los hijos menores del adoptante no era un obstáculo absoluto para la adopción del hijo mayor de edad, ya que el tribunal puede ordenar la adopción cuando -teniendo en cuenta el caso concreto- sea el resultado de una intención común por parte de todos los miembros de la familia.

La sentencia en cuestión representó también un paso fundamental en continuidad con la evolución jurisprudencial que hace hincapié en la consolidación

31 *Cfr.* Salvi, F.: Voz "Adozione (diritto civile)", *Nov. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 291, según la cual la institución fue concebida para la transmisión del patrimonio y el apellido de quienes carecían de descendencia, asegurándoles el consuelo de un descendiente.

32 Tribunal Supremo 3 febrero 2006 n. 2426, *Giur. it.*, 2007, p. 1126 ss. con notas de Bianchini, D.: "Nuove prospettive per le adozioni nelle famiglie "allargate": la Cassazione apre la strada ad un nuovo principio o ad un nuovo istituto?", *Dir. fam. pers.*, 2006; Spangaro, A.: "Adozione del maggiorenne e famiglia ricostituita", *Familia*, 6, 2006, p. 1200 ss.; Sgueo, G.: "L'adozione di persone maggiori di età: ancora una volta la Corte di Cassazione supera i limiti dell'art. 291 cod. civ.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 650 ss.

de la unidad familiar a través del reconocimiento legal de una relación afectiva de hecho, a costa de prescindir de la derogación literal de la disciplina codificada.

Ya entonces, de hecho, se reconoció la necesidad (mucho más sentida que en el pasado) de favorecer las adopciones por el cónyuge del progenitor, para responder a situaciones que se producían cada vez con mayor frecuencia: mientras que antes, de hecho, esta necesidad sólo se hacía sentir en la hipótesis del cónyuge supérstite con hijos menores de edad que contraía un nuevo matrimonio, tras la introducción del divorcio, se hizo cada vez más evidente la necesidad de reforzar la formación de nuevas familias, ya dotadas de hijos, en su mayoría menores de edad, nacidos de un matrimonio anterior.

III. LOS 18 AÑOS COMO "LÍMITE", YA NO LIMITANTE. LA CASUÍSTICA EN EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL ITALIANO.

El debate sobre la evolución de la jurisprudencia relativa al tercer requisito para la aplicabilidad del art. 291 del Código Civil — es decir, la diferencia de edad, de al menos dieciocho años, entre el padre adoptivo y el adoptado — merece un debate aparte.

Si, como se ha examinado en el apartado anterior, el planteamiento del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de la adopción, concurriendo descendientes mayores de edad, ha mostrado una apertura hacia una interpretación de la institución en clave solidaria, ampliando su ámbito aplicativo, no ha sucedido lo mismo en relación con la no derogación de la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado.

A lo largo del tiempo, de hecho, se ha producido una actitud contradictoria por parte del Tribunal, que, por un lado, ha mostrado que se ha alejado de la vocación patrimonialista de la institución, pero, por otro, ha sostenido que la diferencia de edad de dieciocho años es absolutamente inderogable.

El debate parte de la sentencia de 2 de febrero de 1990, n. 44[33], por la que se suprime definitivamente el requisito de la diferencia de edad del art. 44, letra b), de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184.

Esta disposición regulaba, en el ámbito de la adopción en casos particulares, la del hijo menor, también adoptado, del cónyuge, y fue declarada inconstitucional en la parte en la que no preveía la posibilidad de que el tribunal estableciera

33 Corte const. 2 febrero 1990 n. 44, *Cons. Stato*, 1990, 214; *Foro it.*, 1990, I, p. 353; *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1195; *Giust. civ.*, 1990, p. 1180.

excepciones al requisito de los dieciocho años de diferencia de edad en la ponderación de los intereses psicológicos y morales del menor[34].

En consonancia con la afirmación del Tribunal Constitucional, el legislador intervino posteriormente con la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149 por la que modificó la letra b) del art. 44 de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184, excluyendo la necesidad de cualquier diferencia de edad mínima entre el adoptante y el hijo, incluso adoptado, del cónyuge.

El caso que acabamos de examinar ha suscitado, de forma totalmente aceptable, dudas sobre la constitucionalidad del art. 291 del Código Civil en la jurisprudencia de instancia, cuando no permitía prescindir del límite de los dieciocho años en el caso de que el adulto fuera hijo, también adoptado, del cónyuge, si ello era funcional (teniendo en cuenta las circunstancias del caso) para proteger y garantizar la *affectio familiaris*.

Concretamente, algunas de las cuestiones de inconstitucionalidad[35] se basaban en la falta de razonabilidad de la diferencia entre las normas relativas a la adopción de un hijo mayor de edad y las relativas a la adopción de un hijo en casos especiales con arreglo al art. 44, letra b), de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184. Esta última disposición, en particular, tanto en su redacción anterior como posterior a la intervención del Tribunal Constitucional y del legislador, fue tomada como el *tertium comparationis* de la valoración de la razonabilidad[36]. La tacha de constitucionalidad de los jueces de instancia podría resumirse en los siguientes términos: el legislador trata de forma diferente situaciones similares, ya que la posición del hijo del cónyuge adoptante es idéntica, sea mayor o menor de edad, si se trata de sujetos integrados de forma permanente en el núcleo familiar.

El Tribunal Constitucional[37], sin embargo, siempre ha rechazado las cuestiones de constitucionalidad alegando que la diferente regulación se justificaba por las distintas finalidades de ambas instituciones: la adopción de menores tenía como finalidad la protección de la personalidad del adoptado; finalidad que, por otra parte, no se encuentra en el art. 291 del Código Civil.

34 Para un análisis completo del pronunciamiento, véase, Cividali, I.: "L'art. 44, comma 5, della legge n. 184/1983 ed il principio dell'unità familiare: una sentenza esemplare!", *Dir. fam. pers.,* 1990, p. 399 ss.

35 Entre otras, la orden dictada el 10 diciembre 1991 n. 173, publicada en G.U., 1ª Serie Speciale — Corte const. 15 abril 1992, n. 16; Ord. 14 abril 1999 n. 646 en G.U., 1ª Serie Especial — Corte const. 1 diciembre 1999, n. 48.

36 Sobre la razonabilidad en derecho civil véase, para todos, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015.

37 Corte const. 15 marzo 1993 n. 89, *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 941 ss.; Corte const. 17 noviembre 2000 n. 500, *Giust. civ.*, 2001, p. 59 ss.; *Fam. dir.*, 2001, p. 262 ss. con nota de Longo, F.: "La disciplina dell'adozione dei maggiori di età ancora una volta a confronto con i principi costituzionali di eguaglianza e di unità familiare".

Una nueva tentativa tuvo lugar en 2000, cuando el juez *a quo*[38] planteó al Tribunal una cuestión diferente basada, esta vez, en la intrínseca falta de razonabilidad del art. 291 del Código Civil, argumentando que "el límite de diferencia de dieciocho años cuando el principio de *imitatio natura*e es en todo caso respetado en sustancia debe poder ser excepcionado en contextos particulares en los que de otro modo se comprometerían derechos relativos a la familia natural (por consanguinidad) y, sobre todo, a la propia identidad de las personas"[39].

También en este caso, sin embargo, el Tribunal Constitucional no estuvo de acuerdo con la argumentación del tribunal de primera instancia y consideró la cuestión manifiestamente infundada, subrayando que en el caso de la adopción ordinaria no se crea ningún vínculo jurídico de familia ya que, por una parte, de conformidad con el art. 300 del Código Civil, la adopción no establece ninguna relación civil entre el adoptado y los parientes del adoptante[40] y, por otra parte, de conformidad con el art. 567, apartado 2 del Código Civil, los hijos adoptados quedan fuera de la sucesión de los parientes del adoptante.

Por lo tanto, como era de prever, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se han examinado han revelado vacilaciones en orden a una total reinterpretación en clave solidaria de la adopción de un hijo mayor de edad, lo que probablemente debería haber llevado al Juez de instancia a asimilar la disciplina del art. 291 del Código Civil con la de la adopción de un niño, hijo del cónyuge.

Resulta sorprendente, hasta cierto punto, que en este heterogéneo panorama no haya intervenido nunca el legislador, que, en el ejercicio de sus valoraciones de política jurídica, podría haber modificado el art. 291 del Código Civil, del mismo modo que lo hizo respecto al art. 44, letra b) de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184.

Sin embargo, a pesar de la inflexibilidad mostrada por el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia ha intentado sortear el obstáculo.

38 Trib. Torino 27 marzo 2000 n. 622, en G.U., 1ª Serie Especial — Corte const. 2 noviembre 2000, n. 45, *Giur. Cost.*

39 Corte const. 15 marzo 1993. n. 89 y Corte const. 17 noviembre 2000 n. 500, *Giur. Cost.*

40 Cabe señalar, sin embargo, que recientemente el Tribunal Constitucional intervino, declarando inconstitucional el artículo 55 de la Ley n. 184, de 4 de mayo de 1983 (derecho del menor a una familia), en la parte en que, remitiéndose al párrafo 2 del artículo 300 del Código Civil, dispone que la adopción en casos especiales no crea relación civil alguna entre el adoptado y los parientes del adoptante. *Cfr.* Corte const. 28 marzo 2022, n. 79, *Foro it.*, 2022, 10, I, p. 2926; *Giur. Cost.*, 2022, 3, p. 1685 ss. con nota de Astone, F.: "Adozione in casi particolari e «adozione»: un'assimilazione necessariamente parziale"; sobre el tema, v. Malomo, A.: *Unicità dello stato di figlio e nozione di parentela. Un'interpretazione conforme a Costituzione*, ESI, Napoli, 2022.

Ha habido varias sentencias[41], en efecto, que han visto en el límite apriorístico de los dieciocho años un obstáculo falto de razón a la consagración legal de vínculos familiares de hecho, totalmente análogos a las relaciones de filiación entre parientes consanguíneos.

El resultado de esta operación exegética ha sido interpretar el art. 291 del Código Civil en el sentido de permitir al juez excepcionar el límite de edad en atención a las circunstancias del caso concreto[42].

Es en este surco, de una mayor y cada vez más sentida necesidad de dar estatuto jurídico a las relaciones familiares y afectivas de hecho, en el que se sitúa la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2020, n. 7667[43], que marcó un punto de inflexión decisivo para la interpretación constitucional y convencionalmente orientada de la institución de la adopción de un mayor de edad.

El recurso, en el presente caso, se basaba principalmente en la inconstitucionalidad del art. 291 del Código Civil, en la medida en que no consideraba susceptible de excepción por el tribunal la diferencia de edad mínima de dieciocho años[44].

El recurrente también reprochaba que la disposición en cuestión entraba en conflicto con el art. 3 de la Constitución, ya que creaba una diferencia de trato con respecto a la adopción de un menor en casos especiales, en los que se concede al juez la posibilidad de ajustar a la baja la diferencia de edad en función de las circunstancias del caso.

El último motivo, finalmente, se refería a la violación del principio de "transformación permanente"[45] del art. 10 de la Constitución, en el sentido de que el art. 291 del Código Civil violaba el art. 8 del CEDH, el art. 7 de la Carta de Niza y el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

41 Trib. Firenze 11 noviembre 2000; Trib. Milano 9 enero 2008 n. 1420; Trib. Milano 4 febrero 2008 n. 1420; Trib. Forlì 4 diciembre 2008 n. 66; Trib. Milano 31 enero 2011 n. 1219; Trib. Genova 12 octubre 2017, *Dejure.it*.

42 *Cfr.* Cesaro, G.O.: "Adozione del figlio maggiorenne del coniuge: si può derogare al limite di età previsto dall'art. 291c.c.?", nota a Trib. Genova 12 octubre 2017, *ilfamiliarista.it*, 2018.

43 En primera instancia el Tribunal de Módena había desestimado la solicitud de adopción de una persona, que pretendía adoptar a la hija mayor de edad de su entonces pareja de hecho, basándose en el profundo vínculo afectivo existente entre ambos, plenamente equiparable a una relación filial. La razón de la desestimación fue la diferencia de edad existente entre ambos, inferior a los dieciocho años exigidos por el artículo 291 del Código Civil. El Tribunal de Apelación de Bologna confirmó la sentencia de primera instancia, sin excepcionar la aplicación del requisito legal previo.

44 En particular, se alegaba que la rigidez de dicho requisito era contraria a los artículos 2 y 30 de la Constitución italiana, ya que impedía el ejercicio del derecho de autodeterminación de la persona, tanto en su condición de individuo, como en el seno de la formación sociofamiliar, y no permitía reconocer, en este caso, la relación de filiación entre el adoptado y el adoptante.

45 Esta expresión es utilizada por Perassi, T.: *Lezioni di diritto internazionale*, II, *Introduzione al diritto internazionale pubblico*, Cedam, Padova, 1950, p. 29.

El Tribunal Supremo no vio motivos de inconstitucionalidad, citando los precedentes de la Corte Constitucional[46], pero sostuvo, sin embargo, que el art. 291 del Código Civil puede y debe interpretarse de forma coherente con la Constitución y las normas del Derecho internacional.

Sostuvo, en efecto, que el hiato generacional exigido por la norma en cuestión representa una limitación injusta a la luz de la evolución de la institución, hoy desvinculada de sus fines patrimoniales originales.

Lejos de ser un mero instrumento destinado a garantizar la descendencia y la transmisión de los bienes, en la actualidad, se ha convertido en un medio de expresión concreto de la solidaridad constitucional, que permite el reconocimiento jurídico de las relaciones sociales y afectivas.

En esencia, por tanto, la adopción de una persona mayor de edad ya no representaría una institución destinada a proteger los intereses del adoptante, sino que asumiría un carácter solidario merecedor de protección como instrumento de consagración jurídica de fuertes vínculos personales y morales.

Según la exégesis del Tribunal, la rigidez de esta limitación choca, además, con el artículo 8 CEDH, tal y como ha sido interpretado por el TEDH, que impone no sólo obligaciones negativas, que prohíban cualquier intromisión injustificada del Estado en las relaciones familiares, sino también obligaciones positivas, dirigidas a promover acciones encaminadas al desarrollo de dichas relaciones[47].

A la luz de estos principios, por una parte, la aplicación automática del requisito de la diferencia de edad de los dieciocho años impediría al adoptado expresar su personalidad en el seno de una unidad familiar formal; y, por otra, daría lugar a una desigualdad de trato falta de razonabilidad con un adoptado mayor de edad, que fuese, al menos ligeramente, más joven que la diferencia de edad exigida.

En conclusión, el Tribunal de Justicia enuncia el principio de Derecho, según el cual el juez está autorizado, en el ejercicio de su función hermenéutica, a reducir razonablemente la diferencia de edad prevista por la disposición, con el fin de otorgar reconocimiento y protección a las relaciones sociales establecidas a lo largo (o en) del tiempo y caracterizadas por una probada *affectio familiaris*.

Esta sentencia ha tenido, sin duda, una importancia significativa en la lectura evolutiva de la institución. Por una parte, ha cristalizado, por fin (y quizás

46 En particular, Corte const. 15 marzo 1993 n. 89 y Corte const. 17 noviembre 2000 n. 500, en *giurcost.org*.

47 *Cfr.* TEDH 13 octubre 2015, S. H. c. Italia, *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 683 ss., con nota de Lenti, L.: "Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo", *S. H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015*, p. 785 ss. Este pronunciamiento recuerda otros precedentes en los que el Tribunal es coherente, al afirmar la responsabilidad del poder público de favorecer el desarrollo de las relaciones familiares.

definitivamente) un principio de Derecho enunciado por la jurisprudencia de instancia, que, en varias ocasiones, había visto en la aplicación automática del art. 291 del Código Civil un impedimento a la formalización jurídica de relaciones sociales y afectivas similares a las relaciones familiares. Por otro lado, la sentencia atribuye relevancia jurídica, no sólo a la relación entre el adoptante y el hijo mayor de edad del cónyuge, sino también a aquellos supuestos en los que el adoptante no tiene relación conyugal (con el progenitor del adoptado), sino únicamente una relación de convivencia.

Tras este pronunciamiento, hemos asistido a la aparición de un Derecho vivo que ha seguido reinterpretando la institución en clave constitucionalmente conforme. En este sentido, parece interesante analizar algunas sentencias más recientes sobre la materia[48].

El caso objeto de una sentencia dictada por el Tribunal de Viterbo[49] se refería a la solicitud de un hombre, que no tenía hijos propios, el cual pretendía adoptar al hijo mayor de edad de su nueva esposa, tras haber convivido durante casi diez años y haber establecido con él un fuerte vínculo afectivo. Ambos, sin embargo, estaban separados por una diferencia de edad de "sólo" catorce años y seis meses. El tribunal de instancia, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo analizada anteriormente, consideró que esta circunstancia no impedía declarar la adopción en condiciones de igualdad.

Por otra parte, el Tribunal de Milán[50] autorizó la adopción, a pesar de la diferencia de edad de trece años. En efecto, al aplicar los principios antes enunciados, los jueces observaron que el vínculo, en virtud del cual estaban unidos el adoptante y el adoptando, era estable en el tiempo, estaba caracterizado por una afectividad estrecha e intensa y resultaba cualificado por el reconocimiento mutuo de los sujetos como madre e hijo, que, como tales, se presentaban desde hacía tiempo a la colectividad. En el presente caso, por otra parte, ninguna de las dos partes tenía otro núcleo familiar de referencia.

El Tribunal de Apelación de Perugia[51], a su vez, ha reiterado los límites a la adopción de mayores de edad, ya que la misma no puede autorizarse sin el consentimiento de los hijos mayores de edad de la adoptada, señalando, sin embargo, que "cuando la adopción del mayor de edad se refiera a un sujeto, el hijo del cónyuge, que ya pertenezca, junto con el propio padre natural y los hermanos menores, *ex uno latere*, al contexto afectivo de la familia de acogida

48 Véase Trib. Bari 15 septiembre 2021, n. 23; Trib. Milano 11 enero 2021, n. 2.

49 Trib. Viterbo 25 noviembre 2022, *Dejure.it*., I, 2023, p. 185.

50 Trib. Milano, 11 enero 2021, n. 2, *Dejure.it*.

51 Ap. Perugia 21 septiembre 2021, n. 532, *Dejure.it*.

del adoptante, la presencia de los hijos menores del adoptante no impide en absoluto la adopción, sin perjuicio del poder-deber del Juez del fondo de proceder a la audiencia personal de éstos, si tienen capacidad de discernimiento, y de su curador especial, para la formulación de la opinión general de conveniencia del interés de la adopción, requerido por el art. 312, apartado 1, n. 2) del Código Civil , considerando que esta conveniencia subsiste en la medida en que el interés de la adopción encuentra una correspondencia efectiva y real — eventualmente apreciable al resultado de la adquisición también de las informaciones oportunas — en la comunión de intenciones de todos los miembros de la familia, incluidos los hijos del adoptante".

Por último, el Tribunal Supremo[52] — apartándose totalmente de la sentencia recurrida[53] — estimó la solicitud formulada por una persona que deseaba adoptar a su hermana incapacitada.

El Tribunal consideró fundados los tres motivos de recurso analizados conjuntamente, en base a los cuales la exclusión estricta de la capacidad del incapacitado puede considerarse susceptible de una reconsideración parcial, con el fin de seguir la interpretación evolutiva más flexible del art. 291 del Código Civil, y, para ello, para favorecer su vocación solidaria.

Estimó, en efecto, que, "no era falto de razonabilidad encontrar la razón auténtica y prevalente para la preservación de la norma del Código (art. 312 del Código Civil), que atribuye al juez un control dirigido a verificar la conveniencia real para el adoptante, con el fin de remover el obstáculo constituido por la incapacidad de éste para prestar personalmente su consentimiento".

Por lo tanto, a través de una interpretación en clave constitucional de los arts. 296 y 311.1 del Código Civil, la incapacitación no debe constituir un obstáculo insalvable para la adopción.

Parece, pues, razonable concluir que los jueces establecen un justo equilibrio entre intereses y valores en relación con los estrictos requisitos exigidos por la ley y el vínculo afectivo concretamente establecido entre el solicitante y el adoptado.

52 Tribuna Supremo 3 febrero 2022 n. 3462, *Giust. Civ. Mass.*, establece el siguiente principio de derecho: "En materia de adopción de mayores de edad, la consolidada interpretación legitima una interpretación constitucionalmente orientada de los artículos 296 del Código Civil y 311.1 del Código Civil, en el sentido de permitir que el mayor de edad incurso en causa de inhabilitación judicial pueda prestar su consentimiento a la adopción, también a través de su representante legal, al tratarse de un acto personalísimo que no le está expresamente prohibido".

53 En la sentencia Ap. Bologna 22 agosto 2019, n. 23, en concreto, los magistrados sostuvieron que el adoptado, al encontrarse en estado de inhabilitación judicial, estaba impedido para expresar el consentimiento a que se refiere el artículo 296 del Código Civil, requisito necesario para acudir a la institución. El representante legal del incapacitado, por tanto, precisamente por el carácter personalísimo del derecho, no podía prestar el consentimiento en lugar del adoptado.

Como resultado, por tanto, de la valoración realizada sobre el caso concreto, la jurisprudencia ha sostenido que la rigidez apriorística del requisito de la diferencia de edad de 18 años no puede sacrificarse en contra de la protección de la *affectio familiaris*.

En apoyo de esta interpretación evolutiva, se alude constantemente a los principios constitucionales y convencionales consagrados en los artículos 2, 3, 29 y 30 de la Constitución italiana y en el artículo 8 de la CEDH. La necesidad de tal interpretación en clave sistemática parece evidente.

Desde un punto de vista sociológico, con la introducción del divorcio en 1970, desapareció el dogma de la indisolubilidad del matrimonio y de los vínculos familiares, con la consiguiente posibilidad de formar varias unidades familiares.

Surge, así, con crudeza la necesidad de una reinterpretación evolutiva de la mayoría de las instituciones del Derecho de familia. Una necesidad, que resulta aún más evidente, si tenemos en cuenta la opción política, tomada con la Ley "Cirinnà", de reconocer los derechos — así como la facultad de celebrar contratos de convivencia para regular las relaciones personales y patrimoniales — que corresponden a los individuos que desarrollan su personalidad en formaciones familiares no basadas en el matrimonio.

De un tiempo a esta parte, por tanto, la familia ha adquirido una connotación distinta de la llamada "tradicional"[54] — de hecho, hoy es más apropiado hablar de *familias* que de familia[55] — y el Derecho no puede dejar de ser una expresión representativa de la realidad histórica y cultural[56].

Para alcanzar estos objetivos, el Tribunal emplea el instrumento de la interpretación conforme a la Constitución y a las convenciones internacionales. Esta circunstancia nos permite aprovechar la ocasión para desarrollar algunas consideraciones más generales sobre la interpretación en el marco de la legalidad constitucional[57].

En presencia de una Constitución rígida y de una permeabilidad, cada vez mayor, del sistema a las fuentes supranacionales, la hipótesis en la que un hecho

54 Sobre el concepto de familia tradicional, véase Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2005, p. 186 e p. 404 ss.

55 Sobre este tema, consulte Bortolu, T.: *Dalla "famiglia" alle "famiglie". Note di diritto comparato*, ESI, Napoli, 2019, p. 10 ss.; Caiulo, M. L.: "Famiglie ricostituite: "puzzle" familiari", *Dir. fam. pers.*, 2008; Porcelli, M.: "La famiglia al plurale", *Dir. fam. pers.*, 3, 2014, p. 1248 ss.; Rossi Carleo, L.: "Adozione e tutela della famiglia ricostituita", nota a Tribunal Supremo 14 enero 1999, n. 354, *Fam. dir.*, 1999, p. 115 ss.

56 Orestano, R.: "Verso l'unità della conoscenza giuridica", *Riv. dir. pubbl.*, 1984, p. 635 ss.

57 Para un estudio del tema, véase, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., ESI, Napoli, 2020.

está regulado por una única disposición, y no por una pluralidad de disposiciones, es cada vez más residual[58].

En un sistema jurídico abierto, por tanto, la interpretación axiológica se convierte en una necesidad y en la superación histórica y cultural natural de la interpretación literal[59].

Por ello, la introducción de la Carta Constitucional y, con ella, del principio de solidaridad imponen esa reinterpretación axiológica de las instituciones jurídicas[60], renovando su razón de ser y sus funciones, con el fin de dar vida a un sistema innovador, que encuentra su epicentro en el "personalismo" y el "solidarismo"[61].

Por otro lado, la carga de los jueces de llevar a cabo una interpretación constitucionalmente orientada es claramente reconocida por el propio Tribunal Constitucional, según el cual "el juez tiene el deber de verificar si la norma es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, pudiendo plantear una cuestión de constitucionalidad sólo después de constatar la imposibilidad de seguir una interpretación constitucionalmente correcta"[62].

Sin embargo, hay más. La sentencia del Tribunal Supremo n. 7667/2020 marca implícitamente el tránsito de la representación del Derecho de la Unión Europea como parte integrante del ordenamiento jurídico, como un factor de "complejidad que se convierte en sistema porque tiene una centralidad en la que basarse" [63], constituida por el modelo constitucional de legitimidad.

De hecho, la relación entre el Derecho nacional, el Derecho de la UE y el Derecho convencional debe reconstruirse en términos unitarios, de comunicación e integración mutuas. En particular, los principios contenidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, interpretados también por el Tribunal Europeo de Derechos

58 V. Perlingieri, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2012, p. 286 ss.; Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffré, Milano, 1971, p. 285 ss.; Quadri, R.: "Dell'applicazione della legge in generale", *Comm. del cod. civ.*, Scialoja e Branca, Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1974, p. 253 ss.

59 Toda institución de Derecho civil, por tanto, debe ser considerada a partir de una interpretación sistemática, fruto del encuentro entre la teoría de la interpretación y el sistema en su unidad, garantizada por la propia Carta Constitucional. Sobre este punto *cfr.* Pugliatti, S.: *Gli istituti del diritto civile*, I, Giuffrè, Milano, 1943, p. 8 ss.; Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 1992, p. 123 ss.

60 La necesidad de una reinterpretación constitucionalmente orientada del Código Civil y de todas las instituciones de Derecho civil se manifiesta también en Rescigno, P.: "Per una rilettura del Codice civile", *Giur. it.*, 1968, IV, c. 224.

61 Para analizar la necesidad de una interpretación evolutiva, véase Perlingieri, P.: *Interpretazione e legalità*, cit., p. 159 ss.

62 A este respecto, véase Corte const. ord. 12 abril 2002, n. 116, *Giur. cost.*, 2002, 923; Corte const. ord. 22 junio 2000, n. 233, *ivi*, 2000, p. 1807.

63 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., p. 80.

Humanos, aunque no se hayan convertido en fuentes de la UE, tras el Tratado de Lisboa, deben representar siempre para el exégeta un canon de interpretación conforme de las normas internas[64].

Ahora bien, las enseñanzas hermenéuticas del Tribunal de Estrasburgo[65] devuelven al "derecho a la vida familiar" toda relación establecida que, en el fondo, se caracteriza, no por la forma, sino por la misma intensidad moral y material que la familia tradicional[66]; mientras que la "vida privada" está representada por los aspectos más íntimamente ligados a la identidad personal del individuo.

La operatividad del artículo 8 CEDH está, por tanto, subordinada a la existencia o inexistencia de una vida familiar, investigación que debe realizarse empíricamente, observando la forma en que la relación afectiva toma forma en el entorno social[67].

Dicho esto, respetando los valores comunes y la heterogeneidad de culturas, tradiciones e identidades de los Estados miembros, el reconocimiento jurídico sólo puede referirse a aquellas realidades funcionales al desarrollo de la personalidad del individuo a la luz de los principios consagrados en los artículos 2 y 3 de la Constitución. Por lo tanto, "cualquier grupo que constituya un continuo ideal de vida, de historia, de valores, de convivencia", como "lugar donde se desarrolla la personalidad del hombre"[68], puede considerarse una comunidad familiar.

Tal reconocimiento, en conclusión, puede hacerse respecto de todas aquellas relaciones en las que sea reconocible la esencia vital del "principio familiar".

Adoptando tal perspectiva, en definitiva, la adopción de un mayor de edad se reinterpreta constitucional y convencionalmente en clave solidarista, pues bien puede responder, a la luz de la valoración judicial del caso concreto, a la necesidad de desarrollo de las personas, valor solidarístico, que el Tribunal Supremo[69] define como merecedor de protección y plenamente acorde con los principios consagrados en la CEDH.

64 Perlingieri, P.: "Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. per un unitario sistema ordinamentale", *Quaderni della rassegna di diritto pubblico europeo*, ESI, Napoli, 2008, p. 75 ss.

65 Para un debate completo y detallado sobre el tema, consulte Senigaglia, R.: "Vita familiare e minori a trent'anni da "diritto comunitario e legalità costituzionale" di Pietro Perlingieri", *Dir. fam. pers.*, 4, 2022, p. 1505 ss.

66 Lipari, N.: "Riflessioni su famiglia e sistema comunitario", *Familia*, 2006, p. 9, llega a la conclusión de que la familia "es el resultado de una serie de tensiones individuales destinadas a crear, más allá de cualquier accidentalidad u ocasionalidad y, por tanto, en términos tendencialmente duraderos, una relación de carácter parental y educativo".

67 Busnelli, F. D. e Vitucci, M.C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss.

68 Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti*, cit. p. 388.

69 Nos remitimos, una vez más, a Tribunal Supremo 3 abril 2020 n. 7667.

IV. REFLEXIONES FINALES: UN "LÍMITE DE EDAD MÓVIL" COMO NUEVA PROPUESTA APLICATIVA.

A la luz del análisis realizado hasta el momento, es evidente que la diferencia de edad de dieciocho años entre el adoptante y el adoptado, que solía ser un límite obligatorio para proteger los requisitos (destinados a garantizar el linaje y el patrimonio) que constituían los fundamentos originales de la institución, ahora representa un obstáculo — que ya no es difícil de eludir — a la protección de las relaciones afectivas de hecho basadas en la *affectio familiaris*.

Por ello, parece aceptable la progresiva consolidación de la orientación que culmina con la sentencia del Tribunal Supremo n. 7667, de 3 de abril de 2020, y los posteriores pronunciamientos de los Tribunales de instancia.

Más precisamente, en el marco del Derecho vivo, parece oportuno desarrollar algunas consideraciones concluyentes.

En primer lugar, como se ha ilustrado ampliamente, la interpretación del Tribunal ha contribuido definitivamente a determinar una inversión de las funciones de la institución — ahora informada por connotaciones solidarias y asistenciales — como herramienta para otorgar estatus jurídico y protección a las relaciones sociales y afectivas entre personas que, aunque no consanguíneas, viven relaciones similares a cualquier consorcio familiar.

La adopción del mayor de edad, de este modo, pasa a formar parte del conjunto de instituciones - que encuentran nueva vida gracias a la solidaridad constitucional - destinadas a satisfacer necesidades ligadas a la evolución de las costumbres.

En este marco, que pudo parecer distópico a los ojos del legislador de 1942, el intérprete ha de desarrollar su exégesis a la luz de los principios consagrados en la Carta Constitucional y de las exigencias derivadas del Derecho de la UE.

El mencionado límite de edad — si se configura como obligatorio —, por un lado, hoy parece anacrónico e inadecuado respecto de una tendencia, cada vez mayor, hacia una reinterpretación en clave solidaria de todo el ordenamiento jurídico, desde la perspectiva más amplia de la legalidad constitucional y del sistema ítalo-europeo de fuentes; por otro lado, representa un obstáculo para la persecución de intereses — tanto los dirigidos a garantizar la descendencia, como los dirigidos a reconocer los vínculos afectivos — que ciertamente se consideran dignos de protección[70].

70 Sobre la derogación de la norma *cfr.* Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", AA.VV.: *I rapporti civilistici nell'interpretazione della corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 11-13 mayo 2016, Napoli, 2017, p. 241 ss.

No se puede, por lo tanto, prescindir de la evolución social y hay que reiterar cómo la orientación de matriz pretoriana, consolidada en los últimos años, sigue representando una solución a la necesidad de permitir la formación y consolidación de afectos familiares estables a la luz del nacimiento de nuevas formaciones sociales — que tienen igual dignidad que la familia tradicional — como sedes de desarrollo de la persona individual que la Constitución y la CEDH reconocen y garantizan.

La evolución exegética que ha afectado a la institución de la adopción adulta, en efecto, parece ser la enésima etapa de un camino, iniciado con el advenimiento de la Constitución y nunca concluido, que conduce a la superación de un Derecho civil nacido de una concepción pan-patrimonialista (basada en los pilares de la propiedad privada, la empresa y el mercado) hacia un Derecho civil inspirado en la solidaridad, la protección de la persona y la igualdad[71].

Conviene subrayar, no obstante, que la liberación de las rígidas e inderogables limitaciones aritméticas vinculadas a la edad de las partes debe considerarse siempre *cum grano salis*, ya que es necesario evitar una aplicación "ciega" de la institución, es decir, sin límites, que podría conllevar el riesgo, siempre latente, de la persecución de fines anómalos.

En este sentido, hay que señalar que el Tribunal Supremo probablemente podría haber hecho un esfuerzo adicional por elaborar un elenco, aunque ilustrativo y no exhaustivo, de ciertos indicios sintomáticos capaces de guiar al intérprete en la investigación casuística sobre la existencia de relaciones basadas en la *affectio familiaris*, garantizando así la función nomofiláctica.

A falta de tales indicios, sin embargo, cabría imaginar un "límite móvil" con una diferencia de edad entre adoptante y adoptado que respetara ciertamente el principio *adoptio naturam imitatur* — por el que la adopción tiende a imitar una relación familiar natural —, pero desde una perspectiva más pragmática y menos hostil, que tuviese en cuenta el cambio de contexto social.

Está bastante claro, en efecto, que la edad a la que un sujeto comienza a ser fértil no corresponde ciertamente a los 18 años[72]. Por lo tanto, si biológicamente es posible procrear a partir de la adolescencia, es fácil afirmar que se respetaría el principio mencionado, aunque la diferencia de edad se ajustara a la baja.

71 *Cfr.* Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972; Donisi, C.: "Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; Perlingeri, P.: "Depatrimonializzazione e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

72 Rigon et al, F.: *Menstrual pattern and menstrual disorders among adolescents: An update of the Italian data*, *Ital J Pediatr.*, 38:38, 2018; De Sanctis et al, V.: "Onset of menstrual cycle and menses features among secondary school girls in Italy. A questionnaire study on 3,783 students", *Indian J Endocrinol Metab.*, 18 (Suppl 1): S84–S92, 2014; Gueresi, P.: *Monthly distribution of menarche in three provinces of north Italy*, *Ann Hum Biol.*, 24:157–68, 1997.

A este respecto, por ejemplo, cabría imaginar una diferencia de edad de 14 años, entre las personas que desearan recurrir a la adopción de un mayor de edad, lo que — sin perjuicio del cumplimiento de todos los requisitos formales[73] — tendría siempre en cuenta la constatación, a partir del caso concreto, de la *affectio familiaris*. En efecto, tal *deminutio*, de ser adoptada por el legislador, contribuiría a dejar en letra muerta, incluso, el tercero y último superviviente de los requisitos de aplicabilidad del art. 291 del Código Civil[74].

A la luz de estas consideraciones, por tanto, sería ciertamente deseable una intervención del legislador — dirigida a una reescritura total de la disposición investigada — que, por un lado, debería incorporar las intervenciones "derogatorias" del Tribunal Constitucional; y, por otro, debería reajustar a la baja la diferencia de edad de los 18 años, sin establecer necesariamente una nueva (o al menos, no contemplarla como obligatoria), desde una perspectiva menos rígida y más flexible. Por esta razón, desde este punto de vista, sería más apropiado hablar de un "límite de edad móvil" entre adoptante y adoptado.

Se podría, de hecho, imaginar un nuevo "traje a medida" para la institución, al que podrían acogerse todas las personas que hubieran cumplido 32 años[75] — incluso en presencia de descendientes y sin perjuicio de las demás formalidades previstas en el Código Civil —, limitándose la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado al principio de *imitatio naturae*.

73 Se hace referencia, en particular, a la manifestación del consentimiento, la constatación, la orden judicial y el régimen de publicidad.

74 Tratando de utilizar un enfoque comparativo, no es posible encontrar dentro del ordenamiento jurídico español una institución similar a la adopción de un adulto, tal y como se regula en el ordenamiento jurídico italiano. El único precepto que se ocupa de la adopción de un mayor de edad es el art. 175.2 del Código civil, que establece que "Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año".
Según la doctrina española dominante, el motivo más común para solicitar la adopción de un mayor de edad está relacionado con aspectos sucesorios. En esta hipótesis, de hecho, la adopción sería un medio para garantizar que el adoptado tenga derecho a la herencia en consonancia con el principio de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su parentesco, consagrado en los artículos 14 y 39 de la Constitución española.
Sin embargo, puede darse el caso de que las adopciones de hijos mayores de edad se produzcan simplemente con el fin de afirmar y formalizar una relación previamente informal entre una persona y un progenitor no biológico. Véase al respecto García Cantero, G.: "La adopción de mayores de edad", *Actualidad civil*, 4, 1998, p. 993 ss.; Ruiz de Velasco, V.: "Aspectos procesales en la constitución de la adopción del mayor de edad y del menor emancipado", *Actualidad civil*, 1, 1998, p. 257 ss.; o Sánchez Monge, L.: "Aspectos clave sobre la adopción de mayores de edad", *Economist&Jurist*, vol. 27, 233, 2019, p. 18 ss.
Sánchez Cano, M.J.: "Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el derecho internacional privado español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2019, p. 904 ss., señala que el art. 175.2 del Código civil exige un plus, que se concreta en la necesidad de que la convivencia sea ininterrumpida hasta los 18 años, corroborando la previa integración del adoptado en la familia adoptiva y, en consecuencia, la presencia de un principio fundamental en la adopción de menores como es la integración familiar.

75 En la medida en que el principio de *imitatio naturae* se eleva a parámetro rector, es fácil argumentar que la edad del adoptante también debe reconsiderarse a la luz de este criterio. Así, parece razonable imaginar una edad no inferior a 30-32 años para la persona que pretende acogerse al art. 291 del Código Civil. Por lo tanto, sería deseable que el criterio mencionado se utilizara de forma elástica y flexible, teniendo en cuenta el "límite móvil" de edad que puede existir entre el adoptante y el adoptado.

Aunque, como ya se ha dicho, parecería más razonable fijar esta brecha generacional en los 14 años, el fundamento inspirador de una posible (y muy necesaria) reforma debería ser confiar al juez la posibilidad de autorizar una adopción adulta sobre la base de una valoración que se llevaría a cabo teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto[76].

A la espera de la necesaria intervención legislativa, sin embargo, si se presentara de nuevo la oportunidad, el Tribunal Constitucional — a pesar de la posición poco favorable adoptada a lo largo de los años sobre esta cuestión y teniendo en cuenta que una interpretación conforme a la Constitución ha sido desatendida en algunos casos — podría mostrar algunos signos de apertura, empezando por considerar la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad[77] del art. 291 del Código Civil en la parte en la que, al no permitir al juez excepcionar el límite de edad, vulneraría, por un lado, la autodeterminación de cada individuo (tanto en cuanto persona, como en cuanto miembro de formaciones sociales de conformidad con los artículos 2 y 30 de la Constitución); por otra, la protección de la vida privada y familiar (art. 10 Const., art. 8 CEDH, art. 7 Carta Europea de los Derechos Fundamentales, art. 16 Declaración Universal de los Derechos Humanos)[78].

En conclusión — a falta total de una intervención del legislador o de una nueva toma de posición del Tribunal —, no queda más remedio que confiar en el delicado papel del intérprete[79], guardián de la tradición y pionero de la innovación, que está llamado a llevar a cabo una investigación que, aunque dentro de los límites de las lagunas del carácter contradictorio de la materia, tenga como objetivo reconducir esta última al prisma de la axiología del ordenamiento jurídico que caracteriza el sistema jurídico ítalo-europeo[80].

76 Precisamente, en vista de esta facultad que se confiere al órgano jurisdiccional, cabe imaginar la previsión de un "límite de edad móvil". Así, a título de ejemplo, se podría permitir una adopción entre dos personas que tuvieran una diferencia de edad de 13 años en la medida en que el recurso a esta institución se justifique por la *imitatio naturae* y tenga por objeto el reconocimiento de una *affectio familiaris* probada y consolidada en el tiempo. Este supuesto, por otra parte, ya se refleja en el derecho vivo: el Tribunal de Milán, de hecho, ordenó que la adopción tuviera lugar, a pesar de existir una diferencia de edad de 13 años (*cfr.* Trib. Milano, 11 enero 2021, n. 2, cit.).

77 Cabe destacar la importancia del reciente pronunciamiento Corte const. 4 julio 2023, n. 135, *cortecostituzionale.it*, por la que se declara la inconstitucionalidad del párrafo 1 del art. 299 del Código civil en la medida en que no permite que, en la sentencia de adopción, el apellido del adoptante se añada al apellido del adoptado mayor de dieciocho años, en lugar de precederlo, aunque ambos, al manifestar su consentimiento a la adopción, se hubiesen manifestado a favor de tal efecto.

78 Cabe señalar, sin embargo, que — a pesar de que el Tribunal se ha atrincherado tras la diferencia de disciplina en términos de estructura, función y efectos entre la adopción de adultos y la adopción en casos especiales, por lo que, según ello, no constituye una violación del principio de igualdad del artículo 3 de la Constitución — parece cada vez más difícil negar que la diferencia de edad de 18 años no suponga una compresión de la institución, en la configuración sociológica que hoy ha asumido, en clara y evidente contradicción con los artículos 2, 10, 30 de la Constitución italiana.

79 Para saber más sobre el papel del intérprete, véase Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 278 ss.; Id., "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, *passim*; Carapezza Figlia, G.: "Attualità di un Manifesto del personalismo costituzionale. A cinquant'anni da "La personalità umana nell'ordinamento giuridico" di Pietro Perlingieri", *Rass. dir. civ.*, 3, 2022, p. 1249, *ivi* notas 69-75.

80 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 376 ss.

BIBLIOGRAFÍA

Astone, F.: "Adozione in casi particolari e «adozione»: un'assimilazione necessariamente parziale", *Giur. Cost.*, 2022, 3, p. 1685 ss.

Bessone, M. e Ferrando, G.: Voz "Minori e maggiori di età (adozione dei)", *Noviss. dig. it.*, V, Utet, Torino, 1980.

Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffré, Milano, 1971.

Bianchini, D.: "Nuove prospettive per le adozioni nelle famiglie "allargate": la Cassazione apre la strada ad un nuovo principio o ad un nuovo istituto?", *Dir. fam. pers.*, 2006.

Bortolu, T.: *Dalla "famiglia" alle "famiglie". Note di diritto comparato*, ESI, Napoli, 2019.

Busnelli, F. D. e Vitucci, M.C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss.

Caccavale, C. e Tassinari, F.: "Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma", *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74 ss.

Caiulo, M. L.: "Famiglie ricostituite: "puzzle" familiari", *Dir. fam. pers.*, 2008.

Calvo, R.: "I patti successori", en AA. VV. *Diritto delle successioni*, (coord. por R. Calvo e G. Perlingieri), I, ESI, Napoli, 2008.

Carapezza Figlia, G.: "Attualità di un Manifesto del personalismo costituzionale. A cinquant'anni da "La personalità umana nell'ordinamento giuridico" di Pietro Perlingieri", *Rass. dir. civ.*, 3, 2022, p. 1249 ss.

Cesaro, G.O.: "Adozione del figlio maggiorenne del coniuge: si può derogare al limite di età previsto dall'art. 291c.c.?", nota a Trib. Genova 12 octubre 2017, *ilfamiliarista.it*, 2018.

Cividali, I.: "L'art. 44, comma 5, della legge n. 184/1983 ed il principio dell'unità familiare: una sentenza esemplare!", *Dir. fam. pers.,* 1990, p. 399 ss.

Corradini, D.: "Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento", en AA. VV.: *Il diritto privato* (coord. por S. Rodotà), Zanichelli, Bologna, 1971.

Degni, F.: Voz "Adozione", *Nov. dig. It.*, Utet, Torino, 1937.

De Cupis, A.: "Il consenso dei discendenti legittimi all'adozione", *Giur.it.*, 1988, I, p. 1441 ss.

De Sanctis et al, V.: "Onset of menstrual cycle and menses features among secondary school girls in Italy. A questionnaire study on 3,783 students", *Indian J Endocrinol Metab.*, 18 (Suppl 1): S84–S92, 2014.

Dogliotti, M.: "Adozione di maggiorenni: le inquietudini della giurisprudenza e i timori della Corte costituzionale, che ribadiscono l'originario scopo dell'adozione di maggiorenne quale "surrogato" della filiazione naturale (nel senso di biologica)", *Giur. cost.*, 2003, p. 2398 ss.

Dogliotti, M.: *L'adozione di maggiorenni*, *Tratt. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1999.

Donisi, C.: "Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.

Dusi, B.: *Della filiazione e dell'adozione*, Editrice Torinese, Torino, 1924.

Ferrando, G.: "Dell'adozione di persona maggiore di età (art. 291-314)", en AA. VV.: *Cod. civ. annotato con la giurisprudenza* (coord. por P. Cendon), Utet, Torino, 1991.

Ferrando, G.: "L'adozione ordinaria. Problemi, prospettive e ipotesi sistematiche", *Riv. dir. proc. civ*, 1979.

García Cantero, G.: "La adopción de mayores de edad", *Actualidad civil*, 4, 1998, p. 257 ss.

Gualazzini, U.: Voz "Adozione (dir. interm.)", *Nov. dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957.

Gueresi, P.: *Monthly distribution of menarche in three provinces of north Italy*, *Ann Hum Biol.*, 24:157–68, 1997.

Jesús Sánchez Cano, M.: "Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el derecho internacional privado español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2019.

Lenti, L.: "Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 683 ss.

Lipari, N.: "Riflessioni su famiglia e sistema comunitario", *Familia*, 2006, p. 9 ss.

LONGO, F.: "La disciplina dell'adozione dei maggiori di età ancora una volta a confronto con i principi costituzionali di eguaglianza e di unità familiare", *Fam. dir.*, 2001, p. 262 ss.

MALOMO, A.: *Unicità dello stato di figlio e nozione di parentela. Un'interpretazione conforme a Costituzione*, ESI, Napoli, 2022.

MARRONE, M.: *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006.

ORESTANO, R.: "Verso l'unità della conoscenza giuridica", *Riv. dir. pubbl.*, 1984, p. 635 ss.

PERASSI, T.: *Lezioni di diritto internazionale,* II, *Introduzione al diritto internazionale pubblico*, Cedam, Padova, 1950.

PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", AA.VV.: *I rapporti civilistici nell'interpretazione della corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 11-13 maggio 2016, Napoli, 2017.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., ESI, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2012.

PERLINGIERI, P.: "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, *passim*.

PERLINGIERI, P.: "Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. per un unitario sistema ordinamentale", *Quaderni della rassegna di diritto pubblico europeo*, ESI, Napoli, 2008, p. 75 ss.

PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2005.

PERLINGIERI, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 1992.

PERLINGERI, P.: "Depatrimonializzazione e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: *Sui rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972.

PORCELLI, M.: "La famiglia al plurale", *Dir. fam. pers.*, 3, 2014, p. 1248 ss.

PUGLIATTI, S.: *Gli istituti del diritto civile*, I, Giuffrè, Milano,1943.

QUADRI, R.: "Dell'applicazione della legge in generale", *Comm. del cod. civ.*, Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1974.

RENDA, A.: "L'adozione di maggiorenni e la Corte costituzionale", nota a Corte const. 20 julio 2004, n. 245, *Familia*, 2005, p. 558 ss.

RESCIGNO, P.: "Per una rilettura del Codice civile", *Giur. it.*, 1968, IV, c. 224.

RIGON ET AL, F.: *Menstrual pattern and menstrual disorders among adolescents: An update of the Italian data*, *Ital J Pediatr.*, 38:38, 2018.

ROSSI CARLEO, L.: "Adozione e tutela della famiglia ricostituita", nota a Tribunal Supremo 14 enero 1999, n. 354, *Fam. dir.*, 1999, p. 115 ss.

RUIZ DE VELASCO, V.: "Aspectos procesales en la constitución de la adopción del mayor de edad y del menor emancipado", *Actualidad civil*, 1, 1998, p. 257 ss.

RUPERTO, C.: Voz "Adozione (dir. civ.)", *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958.

RUSSO RUGGERI, C.: *La datio in adoptionem, I, Origine regime giuridico e riflessi politico sociali in età repubblicana ed imperiale*, Giuffrè, Milano, 1990.

RUSSO RUGGERI, C.: *La datio in adoptionem*, II, *Dalla pretesa influenza ellenocristiana alla riforma giustinianea*, Giuffrè, Milano, 1995.

SALVI, F.: Voz "Adozione (diritto civile)", *Nov. dig. it.*, I, Torino, 1957.

SANCHEZ MONGE, L.: "Aspectos clave sobre la adopción de mayores de edad", *Economist&Jurist*, vol. 27, 2019, p. 233.

SANFILIPPO, S.: "Una differenza di età limitante: la nuova veste dell'adozione del maggiore di età", *Dir. fam. pers.*, 3, 2020, p. 851 ss.

SBISÀ, G. E FERRANDO, G.: "Dell'adozione di persone maggiori di età", en AA. VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (coord. por. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI) IV, Cedam, Padova, 1992.

SENIGAGLIA, R.: "Vita familiare e minori a trent'anni da "diritto comunitario e legalità costituzionale" di Pietro Perlingieri", *Dir. fam. pers.*, 4, 2022, p. 1505 ss.

SGUEO, G.: "L'adozione di persone maggiori di età: ancora una volta la Corte di Cassazione supera i limiti dell'art. 291 cod. civ.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 650 ss.

SPANGARO, A.: "Ancora sul divario di età nell'adozione di maggiorenne", nota a Tribubal Supremo 3 abril 2020, n. 7667, *Fam. Dir.*, 4, 2021, p. 370 ss.

SPANGARO, A.: Sub *art. 291*, *Dell'adozione delle persone maggiori di età*, en AA. VV.: *Cod. fam.* (coord. por M. SESTA), I, Giuffrè, Milano, 2015.

SPANGARO, A.: "Adozione del maggiorenne e famiglia ricostituita", *Familia*, 6, 2006, p. 1200 ss.

STELLA RICHTER, G.: Sub *art. 291*, *La giurisprudenza sul cod. civ. coordinata con la dottrina*, IV (art. 231-455), Giuffrè, Milano, 2005.

VIARD, P.: *Histoire generale du droit privé français (1789-1830)*, Boulevard Saint Michel, Parigi, 1931.

VOLTERRA E.: Voz *Adozione* (*dir. rom.*), en *Nov. dig. it.*, I, Torino, 1957.

GIUSTIZIA COMPLEMENTARE ALLA GIURISDIZIONE E MEDIAZIONE FAMILIARE: UN'ANALISI COMPARATIVA TRA ITALIA E SPAGNA

COMPLEMENTARY JUSTICE TO JURISDICTION AND FAMILY MEDIATION: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE ITALIAN AND SPANISH LEGAL SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 346-365

Giorgia
CHIARAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Lo scritto analizza la mediazione familiare in chiave comparatistica, focalizzandosi sul diritto spagnolo ed evidenziando come questo strumento di giustizia complementare alla giurisdizione possa rappresentare, per la famiglia in crisi, un'opportunità per ripensare e ricostruire la relazione all'indomani del suo scioglimento. A tal fine è necessario che le parti in conflitto siano messe a conoscenza dei benefici e vantaggi della mediazione familiare: la sessione informativa sulla mediazione gioca dunque un ruolo essenziale per la diffusione e l'utilizzo di questo strumento.

PALABRAS CLAVE: Autonomia privata; mediazione familiare; giustizia consensuale.

ABSTRACT: *The article analyses family mediation from a comparative perspective, focusing on Spanish law. This complementary instrument to jurisdiction can prove to be an opportunity for families in crisis to rethink and rebuild their relationship in the aftermath of its dissolution. To this end, it is necessary for the conflicting parties to be made aware of the benefits and advantages of family mediation: the information session on family mediation delegated by the judge thus plays an essential role in the functioning of this ADR mechanism.*

KEY WORDS: *Private autonomy; family mediation; consensual justice.*

SUMARIO.- I. LA GESTIONE DEI CONFLITTI FAMILIARI: DALLA LOGICA ANTAGONISTICA DEL PROCESSO ALLA COSTRUZIONE CONSENSUALE DI UN ACCORDO.- II. LA MEDIAZIONE FAMILIARE IN ITALIA ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL PROCESSO.- III. SULL'INVITO A MEDIARE DISPOSTO DAL GIUDICE. RIFLESSIONI SULLA SESSIONE INFORMATIVA ALLA LUCE DELLA NORMATIVA SPAGNOLA.- IV. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA DIFFUSIONE DELLA GIUSTIZIA CONSENSUALE.

I. LA GESTIONE DEI CONFLITTI FAMILIARI: DALLA LOGICA ANTAGONISTICA DEL PROCESSO ALLA COSTRUZIONE CONSENSUALE DI UN ACCORDO.

Il diritto di famiglia, nell'attuale fase evolutiva, è connotato da una sempre più marcata privatizzazione[1]: le molteplici e mutevoli relazioni di coppia, grazie al progressivo riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata, si liberalizzano non solo nelle modalità di costituzione e nel contenuto del rapporto, ma altresì nelle modalità di scioglimento[2]. Si assiste, da un lato, a un affievolimento delle regole processuali[3], dall'altro alla tendenza a risolvere la controversia attraverso strumenti non avversariali, lontani, cioè, dalla logica antagonistica del processo[4].

1 V. le riflessioni di Amagliani, R.: "Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità", *Contr.*, 2014, p. 582 ss.; Santoro Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss. Come osservato da Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: nuovi paradigmi", *Fam. e dir.*, 2019. p. 1049 ss., ivi in particolare p. 1052, il "punto di avvio di una inarrestabile evoluzione del diritto di famiglia" è rappresentato dal divorzio, istituto introdotto in Italia con legge 1° dicembre 1970, n. 898 sulla "disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio". Per un affresco delle principali trasformazioni del diritto di famiglia, in Italia e oltralpe, cfr. *ex multis* Sesta, M.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Fam. e dir.*, 2021, p. 17 ss.; Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306 ss.; Busnelli, F.D., Vitucci, M.C., "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss.; Nicolussi, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale", *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 182 ss.; Busnelli, V.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 520 ss.; Mengoni, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia*, 1990, p. 3 ss. Anche in Spagna, come evidenziato da Algaba Ros, S.: "El acuerdo de mediación familiar: su singularidad", *InDret*, 2017, p. 4 ss., la spinta verso la privatizzazione del diritto di famiglia iniziò a seguito della riforma del 1981, con l'introduzione nell'ordinamento giuridico spagnolo della separazione e del divorzio consensuale.

2 È il caso di segnalare ancora Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", cit., ivi in particolare p. 1307.

3 Sul punto, relativamente alla disciplina italiana, si vedano le novità sul c.d. divorzio breve introdotte dalla legge 6 maggio 2015, n. 55, recante "Disposizioni in materia di scioglimento e di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione trai coniugi". Si rinvia per puntuali riflessioni a Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, p. 1041 ss. In Spagna il divorzio breve si introdusse ben prima, con Ley 15/2005, de 8 de julio, "por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio", attribuendo maggior libertà ai coniugi attraverso la riduzione dei tempi e la soppressione dei motivi per chiedere la separazione e il divorzio. Per ulteriori riflessioni v. Sanciñena Asurmendi, M.C.: "La privatizzazione del diritto di famiglia in Spagna", *Familia*, 2017, p. 547 ss., nonché Rodríguez Llamas S.: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, Tirant lo Blanch,Valencia, 2010, ivi in particolare pp. 141-142.

4 Ad esempio, attraverso il noto strumento della negoziazione assistita introdotto con d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162. In particolare, il d.l. n. 162/2014 regolamenta, tra le modalità di "degiurisdizionalizzazione", anche le figure

• Giorgia Chiaramonte
Dottoranda, Università degli Studi di Enna "Kore". E-mail: giorgiachiaramonte95@gmail.com.

Questo indirizzo, in Italia, è stato seguito dalla l. n. 206/2021, meglio nota come la legge della riforma Cartabia[5]. Tra i suoi obiettivi, oltre a riformare integralmente la disciplina processuale in materia di persone, minorenni e famiglie, istituendo un procedimento unitario[6], spicca la promozione di una gestione consensuale del conflitto, restituendo alle parti un ruolo più penetrante nella risoluzione della lite e valorizzandone l'autonomia sotto l'egida dei principi di autodeterminazione e di autoresponsabilità.

In questo contesto, la riforma Cartabia pone in peculiare rilievo la mediazione familiare, intesa come strumento coesistenziale al processo: la mediazione accompagna la giurisdizione e l'accordo che ne è frutto s'innesta nel processo arricchendo la decisione del giudice[7]. In particolare, la mediazione è un percorso

della convenzione di negoziazione assistita familiare (*ex* art. 6) e dell'accordo innanzi all'ufficiale dello stato civile (*ex* art. 12). Sul tema specifico, *ex multis*, cfr. Romeo, F.: "La negoziazione assistita familiare riformata: le novità in vigore dal 22 giugno 2022", *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1303 ss.; Id.: "Crisi familiare e negoziazione assistita. La funzione sociale dell'avvocato oltre la giurisdizione", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 76 ss.; Lombardi, R.: "La negoziazione assistita", in C. Cecchella (a cura di): *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie - Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 323 ss.; Bove, M.: "Vie stragiudiziali per separazione e divorzio", *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 910 ss.; Danovi, F.: "Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia e nuove frontiere di tutela dei diritti", *Il giusto proc. civ.*, 2016, p. 1031 ss.; Bugetti, M. N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco", *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.; D'Alessandro, E.: "La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio", in *Giur. it.*, 2015, p. 1287 ss. Per quel che concerne la disciplina spagnola in tema di dissoluzione del vincolo coniugale, occorre menzionare la riforma degli artt. 82 e 87 del Código Civil, avvenuta con la Ley 15/2015, de 2 de julio, "de la jurisdicción voluntaria", sulla quale cfr. Núñez Iglesias, A.: "Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza", *Revista de Derecho Civil*, 2015, p. 153 ss.; Carrión Vidal, A.: "Divorcio y separación en el código civil tras la reforma por ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, p. 395 ss.; Pérez Cebadera, M. A.: "La jurisdicción voluntaria: tramitación de matrimonios y divorcio ante notarios", *Revista de derecho procesal civil y mercantil*, 2015, p. 116 ss. In particolare, negli artt. 82 e 87 del Código Civil, si prevede che i coniugi, in assenza di figli minori non emancipati o con limitata capacità di agire, qualora siano trascorsi almeno tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, possano separarsi o divorziare davanti al notaio o davanti al Letrado de la Administración de Justicia.

5 L. 26 novembre 2021, n. 206 recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata" e del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 di attuazione. Cfr. la Relazione del Presidente della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, Prof. Francesco Paolo Luiso, rassegnata alla Ministra della Giustizia, Prof.ssa Marta Cartabia, il 24 maggio 2021, p. 20, ove chiarisce che "intervenire sulla complementarietà e la coesistenza delle due vie, giudiziale e stragiudiziale, significa ampliare la risposta di giustizia a beneficio degli interessati e della società intera".

6 Cfr., *ex multis*, C. Cecchella (a cura di): *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie - Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, cit., passim; Id.: "Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie", *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1090 ss.; Graziosi, A.: "Luci e ombre del nuovo processo di famiglia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 425 ss.; Lupoi, A.: "Il "nuovo" procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 447 ss.; Danovi, F.: "Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 467 ss.; Id.: "Criteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare", *Fam. e dir.*, 2023, p. 907 ss.; Dogliotti, M.: "Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie tra certezze ed incertezze", *Fam. e dir.*, 2023, p. 921 ss.; Figone, A.: "Il giudizio di primo grado", *Fam. e dir.*, 2023, p. 945 ss.; Troiano, S.: "La Riforma "Cartabia": osservazioni di un civilista", *Fam. e dir.*, 2023, p. 932 ss.

7 La Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, ivi in particolare p. 57, chiarisce che la mediazione familiare "non costituisce propriamente un istituto di risoluzione alternativa della controversia, perché la mediazione, anche quando produce un accordo, non risolve di per sé la lite, essendo sempre necessario un ulteriore momento più specificamente giuridico-formale".

di dialogo strutturato in forma flessibile, che mira, attraverso l'aiuto di un professionista imparziale, alla rigenerazione dei vincoli familiari dopo la rottura di una relazione affettiva[8]. La logica sottesa alla mediazione, dunque, non è quella di ripristinare lo *status quo ante* la crisi familiare bensì di trasformarla: la famiglia, prima unita e poi disgregata, viene ricomposta in un nuovo assetto. Il percorso mediativo si rivela particolarmente prezioso soprattutto nei casi in cui siano presenti figli, poiché ricostruendo il dialogo tra i coniugi è possibile preservare l'indissolubilità della relazione genitore-figlio.

Per il corretto funzionamento di questo strumento è imprescindibile che le parti si trovino in una situazione di parità. Infatti, le opportunità e i vantaggi offerti dal percorso di mediazione familiare - in particolare, l'autonomia (ri)consegnata alle parti - rischiano di tramutarsi in nocumento nei casi di violenza domestica, perpetrando o addirittura esacerbando la situazione di subordinazione di una parte rispetto all'altra[9]. Per questi motivi l'art. 48 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul), contiene un espresso divieto al ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa della controversia in caso di violenza domestica[10]. Infatti, le situazioni patologiche di abusi familiari e violenza devono necessariamente essere prevenute attraverso una rivoluzione culturale e contrastate con un intervento fermo, forte e veloce dell'autorità statale. Per tali ragioni, è essenziale che gli operatori del diritto ricevano una formazione

8 Sulla mediazione familiare, v. già Rescigno, P.: "Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"", *Giur. it.*, 1995, 73 ss., che per l'appunto collocava la mediazione familiare nel solco della privatizzazione del diritto di famiglia. Cfr., *ex multis*, Di Gregorio, V.: "La mediazione familiare nel diritto di famiglia riformato", *Politica del diritto*, 2017, p. 603 ss.; Verdera Izquierdo, B.: "La importancia de la mediación en el derecho de familia actual. En especial en las crisis de pareja con presencia de menore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 1710 ss.;. García Villaluenga, L.: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.

9 Sul punto, v. Murphy, J. C., Rubinson, R.: "Domestic Violence and Mediation: Responding to the Challenges of Crafting Effective Screens", *Family Law Quarterly*, 2005, p. 53 ss.

10 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, siglata a Istanbul l'11 maggio 2011. Il legislatore italiano ha dato attuazione al divieto posto dall'art. 48 della Convenzione inserendo gli artt. 473 *bis*.42 e 473 *bis*.43 c.p.c., che precludono la possibilità di svolgere la mediazione familiare in caso di violenza. Sul tema, cfr. Albiero, G.: "I fatti di violenza e il processo", in C. Cecchella (a cura di): *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, cit., p. 301 ss.; Irti, C.: "Violenza nei confronti delle donne, violenza domestica e processo civile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 225 ss.; Id.: "L'esclusione della mediazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1278 ss.; Cordiano, A.: "Violenze assistite, domestiche e di genere nelle disposizioni del nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 649 ss. Il legislatore spagnolo ha dettato un'ampia legislazione volta alla prevenzione e al contrasto della violenza di genere e di violenza domestica: un ruolo pioneristico è stato svolto dalla Ley Orgánica n. 1/2004 de 28 de diciembre, "de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", su cui cfr. Lloria García, P.: "La violencia familiar y de género, a cura di J. R. De Verda y Beamonte: *Las crisis familiares. Tratado Prático interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 643 ss. In particolare, l'art. 44 della Ley n. 1/2004 ha espressamente vietato di intraprendere un percorso di mediazione nei casi di violenza di genere. Sul punto, cfr., Casas Vila, G.: "Violences de genre et médiation en Espagne: entre l'interdiction légale et l'incertitude des professionnelles", *SociologieS*, 2016, consultabile in *www.journals.openedition.org/sociologies*. Il divieto di esperire la mediazione familiare nei casi di violenza di genere è stato previsto anche in diverse leggi delle Comunità Autonome spagnole.

specifica sul contrasto alla violenza, per essere in grado di riconoscerla e poterla affrontare adeguatamente[11].

Ma al di là di queste fattispecie - ancora oggi purtroppo endemiche nel nostro tessuto sociale -, nei casi in cui il conflitto che segue lo scioglimento della relazione familiare sia "fisiologico", è indubbio che il carattere concordato della soluzione della crisi familiare risponde a una miglior tutela degli interessi dei soggetti coinvolti, coniugi - o partners - e figli[12]. Infatti, il percorso mediativo svolto con l'aiuto di un mediatore, ricostruendo il dialogo tra le parti, permette di ripensare e adeguare i rapporti familiari al mutato contesto relazionale.

Considerazioni analoghe valgono per la mediación familiar del diritto spagnolo, laddove si è constatato che la risposta giudiziale non è sempre la più adeguata ai conflitti familiari. Invece, "La mediación como fórmula complementaria a la vía judicial se erige en instrumento alternativo al servicio de las familias en crisis, con la finalidad de que sean ellas mismas capaces de solucionar sus propios problemas. Pero más allá de ello, los verdaderos beneficios de la mediación familiar se alcanzarán si las partes logran entrablar una nueva forma de diálogo y de relación"[13].

II. LA MEDIAZIONE FAMILIARE IN ITALIA ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL PROCESSO.

Ciò premesso, non si può fare a meno di rilevare che a livello legislativo, il riconoscimento dell'importanza e delle opportunità che la mediazione familiare può offrire è avvenuto solo in tempi recenti[14].

In particolare, nell'ordinamento giuridico italiano questo strumento ha subìto un "travagliato percorso di legittimazione"[15]. Sebbene i primi cenni legislativi

11 V. Irti, C.: "L'esclusione della mediazione", cit., in particolare p. 1284. L'art. 12 *quater* delle disp. att. c.p.c. italiano, introdotto a seguito della riforma Cartabia, prevede che i mediatori familiari debbano essere forniti di adeguata formazione e di specifica competenza in materia di violenza domestica e di genere.

12 Si segnala in particolare Quadri, E.: "Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive", *Fam. e dir.*, 2009, p. 1059 ss., ivi in particolare p. 1061. Cfr., inoltre, Ferraris, F.: "La mediazione familiare delegata: iussu o auspiciu iudicis?", *Fam. e dir.*, 2020, p. 817 ss., ivi in particolare p. 822, il quale chiarisce che "la mediazione familiare ha la più ampia ambizione di intervenire in primis sui rapporti di coppia e che - per quanto l'ordinamento anteponga l'interesse dei figli a quello dei genitori - solo il ripristino di questi ultimi sarà destinato a produrre, a sua volta, benefici "a cascata" su tutto ciò che da questi scaturisce". V. anche Nicolussi, A.: "La nuova disciplina giuridica della mediazione familiare", *Fam. e dir.*, 2023, p. 1016 ss., ivi in particolare p. 1017; Id.: "La mediazione familiare", *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1354 ss.

13 Sul punto, v. le riflessioni di Rodríguez Llamas, S.: *La mediación familiar en España*, cit., ivi in particolare pp. 167-168.

14 Cfr. le considerazioni di Di Gregorio, V.: "La mediazione familiare nel diritto di famiglia riformato", cit., ivi in particolare p. 608.

15 Espressamente in tal senso Noviello, D.: "La mediazione familiare indotta dal giudice", in C. Cecchella (a cura di): *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, cit., p. 77 ss. Sulle tappe legislative che hanno plasmato la mediazione familiare, è il caso di segnalare, *ex multis*, Ballarani, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del

risalgano alla fine degli anni Novanta, la mediazione familiare era concepita non come uno strumento di giustizia complementare alla giurisdizione, bensì come un "percorso di sostegno e di accompagnamento nella gestione di conflitti emotivi e personali"[16]. Solo con la l. n. 54/2006 è stata introdotta la prima disciplina normativa - *rectius*: il primo tentativo di attuazione di una regolamentazione organica[17] - sulla mediazione familiare, prevedendosi che il giudice potesse rinviare l'adozione dei provvedimenti riguardo ai figli per consentire che i coniugi intraprendessero una mediazione[18]. Tutti i tentativi successivamente intrapresi per cercare di dettare una disciplina organica sulla mediazione familiare sono falliti, al punto che in dottrina è stato sottolineato come ci si trovasse "a un punto d'impasse"[19], superatosi solo con la riforma Cartabia. Invero, è con la l. 206/2021 e il d.lgs. di attuazione che la mediazione familiare trova oggi valorizzazione all'interno del Codice di procedura civile[20]. L'angolo visuale assunto dalla riforma è quello di formare una diversa cultura della crisi familiare "non più fondata sul conflitto ma sulla composizione degli interessi […] nell'ottica di creare un nuovo assetto di relazioni all'esito della fine della relazione personale"[21].

La riforma Cartabia ha dunque posto particolare enfasi sulla mediazione endo-processuale, intesa come percorso che, pur essendo altro rispetto alla giurisdizione, nasce all'interno di un processo già avviato e sfocia in un accordo che produce effetti nell'ambito del processo, configurandosi dunque come "uno

diritto europeo", *Giust. civ.*, 2012, p. 495 ss.; Impagnatello, G.: "La mediazione familiare nel tempo della "mediazione finalizzata alla conciliazione" civile e commerciale", *Fam. e dir.*, 2011, p. 525 ss.

16 Come chiarito da Noviello, D.: "La mediazione familiare indotta dal giudice", cit., p. 105, ivi in particolare nota 7. Il primo riferimento alla mediazione familiare lo si rinviene nella l. 28 agosto 1997, n. 285, rubricata "Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza". Successivamente, occorre citare anche la l. 4 aprile 2001, n. 154, recante "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari" nonché il d.p.r. 13 giugno 2000, pubblicato in G.U. il 21 agosto 2000, n. 194. In tutti i casi, si tratta in ogni caso di semplici accenni legislativi che non contengono né una definizione né tantomeno una disciplina della mediazione familiare.

17 Si esprime in termini analoghi Mazzamuto, P.: "Introduzione: la mediazione familiare quale garanzia di effettività del diritto del minore alla bigenitorialità", in Id. (a cura di): *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso. Atti del Convegno Nazionale 31 ottobre 2018 - Università degli Studi di Palermo Polo Territoriale Universitario di Agrigento*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1 ss., ivi in particolare p. 2.

18 L. 8 febbraio 2006, n. 54, recante "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli". L'art. 1 l. n. 54/2006 ha inserito nel Codice civile l'art. 155 sexies, successivamente, abrogato dall'art. 106, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, ma integralmente riprodotto nell'art. 337 octies c.c.

19 Così espressamente Impagnatello, G.: "La mediazione familiare nel tempo della "mediazione finalizzata alla conciliazione" civile e commerciale", cit., ivi in particolare p. 526.

20 Sulla mediazione familiare alla luce della riforma del processo civile, cfr. C. Vendramini (a cura di): *La Mediazione familiare nella Riforma Cartabia: comporre i conflitti e ritessere le relazioni*, Ipsoa, 2022, passim; D'Adamo, D.: "La riforma della mediazione familiare", *Fam. dir.*, 2022, p. 390 ss., Nicolussi, A.: "La mediazione familiare", cit., p. 1354 ss.; Id.: "La nuova disciplina giuridica della mediazione familiare, cit., p. 1016 ss.; Noviello, D.: "La mediazione familiare indotta dal giudice", cit., p. 77 ss.; Perago, C., Albanese, A.: "Finalità e caratteristiche della mediazione familiare "riformata"", *www.judicium.it*, 2023; De Cristofaro, G.: "Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1407 ss.

21 Cfr. la Relazione del Presidente della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, cit., in particolare p. 120.

strumento informale di regolazione del conflitto "integrativo" delle controversie familiari"[22]. L'art. 473 *bis*.14, co. 4, c.p.c. sancisce il dovere del giudice di informare le parti, nel decreto di fissazione della prima udienza, della possibilità di avvalersi della mediazione familiare. Invece, l'art. 437 *bis*.10, co. 1, c.p.c., attribuisce al giudice un potere officioso: il giudice, in qualsiasi momento, può rinnovare l'invito alle parti a intraprendere il percorso di mediazione familiare[23] e può invitarle a rivolgersi a un mediatore per ricevere informazioni circa le finalità, i contenuti e le modalità del percorso[24]. Le parti, dunque, potranno rivolgersi direttamente a un professionista esperto per ottenere un'informativa gratuita sul percorso di mediazione familiare: sul punto, l'art. 6, co. 10, del Regolamento sulla disciplina professionale del mediatore familiare (il d.m. n. 151/2023) regola dettagliatamente il contenuto delle informazioni che devono essere fornite alle parti in pendenza di una procedura giudiziaria[25]. Inoltre, l'art. 473 *bis*.10, co. 2, c.p.c. prevede che, nell'eventualità in cui le parti intraprendano la procedura di mediazione, il giudice possa, previo il loro consenso, posticipare l'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti di cui all'art. 473 *bis*.22 c.p.c.[26]. Dalle disposizioni normative richiamate emerge l'intenzione del legislatore italiano di elaborare il nuovo rito unico di famiglia come un procedimento in cui, in qualsiasi momento, le parti hanno l'opportunità di allontanarsi dalla logica antagonista della via giurisdizionale e di ricostruire pacificamente e in autonomia i rapporti relazionali a seguito della

22 Sul punto, v. le riflessioni di Irti, C., "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 665 ss., ivi in particolare p. 668, nonché di D'Adamo, D.: *La giustizia integrata. La tutela dei diritti tra giurisdizione e metodi di risoluzione coessenziali delle controversie*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 116.

23 Definisce l'invito a rivolgersi al mediatore un "potere officioso" del giudice Ficcarelli, B.: "I poteri del giudice", in C. Cecchella (a cura di): *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie,* cit., p. 107 ss., ivi in particolare p. 128. Sull'invito del giudice, cfr. soprattutto Licci, P.: "Art. 473-bis.10 c.p.c.", in R. Tiscini (a cura di): *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pacini, Pisa, 2023, ivi in particolare p. 791.

24 Sul punto, si rimanda alle considerazioni svolte da Nicolussi, A.: "La mediazione familiare", cit., pp. 1361-1362; Id.: "La nuova disciplina giuridica della mediazione familiare", cit., p. 1018, il quale tra l'altro sottolinea che sarebbe stato necessario coordinare l'art. 473 *bis*.10 c.p.c. con l'art. 6, co. 3, l. n. 132/2014 ove prevede il dovere per gli avvocati di informare le parti che intraprendono la negoziazione assistita della possibilità di esperire la mediazione familiare.

25 Si tratta del decreto ministeriale 27 ottobre 2023, n. 151, pubblicato in G.U. 31 ottobre 2023, n. 255, che disciplina l'attività professionale del mediatore familiare. Per un primo commento, v. Vendramini, C., Rodella, D.: "Il Regolamento sulla disciplina professionale del Mediatore familiare", *www.dirittoegiustizia.it*. In particolare, ai sensi dell'art. 6, co. 10, del d.m. n. 151/2023, il mediatore familiare ha il dovere di informare le parti gratuitamente e in via preliminare sulle finalità, i contenuti, le modalità e i costi del percorso, nonché sulla disponibilità dell'elenco dei mediatori familiari presso il tribunale; della facoltà di avvalersi di uno tra i mediatori familiari inseriti nell'elenco istituito presso il tribunale; della facoltà di farsi assistere dai rispettivi avvocati al primo incontro di mediazione, agli incontri successivi che hanno ad oggetto aspetti economici e patrimoniali e per l'eventuale sottoscrizione dell'accordo; del dovere di riservatezza, ossia che nulla sarà riferito all'autorità giudiziaria nel caso di interruzione della mediazione familiare o di impossibilità di proseguirla, ad eccezione della mancata adesione delle parti al percorso di mediazione; del fatto che, in caso di raggiungimento di accordi in mediazione familiare, questi saranno trasmessi alle autorità competenti direttamente dai mediandi o attraverso i loro avvocati.

26 Per un commento v. Lupoi, A.: "Le misure provvisorie e la loro impugnativa", in C. Cecchella (a cura di): *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni, per le famiglie*, cit., p. 89 ss., ivi in particolare pp. 96-98.

rottura. La mediazione si rivela, pertanto, "uno strumento di risoluzione dei conflitti coessenziale alla giurisdizione"[27].

Occorre però evidenziare che, proprio nella previsione che legittima possibilità di posticipare l'adozione dei provvedimenti *ex* art. 473 *bis*.22 c.p.c., traspare, seppur velatamente, la rilevanza del tempo necessario per il corretto funzionamento del percorso di mediazione, che non può e non deve patire le - sempre più ridotte, quantomeno sulla carta - tempistiche processuali. Sulla scorta di queste considerazioni, attenta dottrina ha avanzato la possibilità, per le parti, di chiedere la sospensione dei termini: "altrimenti le parti sarebbero costrette alla schizofrenia di proseguire nella contrapposizione processuale mentre conducono il percorso di mediazione"[28]. *De iure condendo*, sarebbe senz'altro opportuna una previsione come quella di cui all'art. 770, co. 7, Ley de Enjuiciamiento Civil (c.d. LEC), che riconosce espressamente alle parti la possibilità di sollecitare la sospensione del processo di separazione, divorzio o nullità del matrimonio per intraprendere il percorso di mediazione[29].

III. SULL'INVITO A MEDIARE DISPOSTO DAL GIUDICE. RIFLESSIONI SULLA SESSIONE INFORMATIVA ALLA LUCE DELLA NORMATIVA SPAGNOLA.

Si è detto che la mediazione familiare regolamentata dal legislatore italiano rientra a pieno titolo nella categoria della mediazione endoprocessuale. In particolare, secondo la disciplina italiana, la mediazione familiare può essere demandata dal giudice in qualsiasi momento del processo, con la peculiarità che, a differenza di quanto previsto per la mediazione civile e commerciale *ex* art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 28/2010, l'invito non è vincolante per le parti. Infatti, attualmente il legislatore italiano esclude ogni forma di mediazione obbligatoria nel diritto di famiglia: la scelta di intraprendere il percorso di mediazione è dunque stimolata dal giudice, ma necessita sempre del consenso delle parti[30].

27 Così D'Adamo, D.: *La giustizia integrata*, cit., pp. 116-117. In particolare, l'Autrice ritiene che il rito in materia di persone, minorenni e famiglia, sia "modulato, seppur in maniera non sempre perspicua, in modo da consentire alle parti di ritagliarsi al suo interno uno spazio neutrale, lontano dalla logica avversariale, per carcare di risolvere, con l'aiuto del mediatore familiare, il loro conflitto".

28 Così espressamente Nicolussi, A.: "La mediazione familiare", cit., p. 1359.

29 Si tratta, comunque, di una scelta rimessa alle parti. Come precisato dalla la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, elaborata dal Consejo General del Poder Judicial, 2016, p. 57, "No será precisa la suspensión del proceso salvo que lo soliciten ambas partes y, en su caso, se acordará por el plazo previsto en el artículo 19 de la LEC. Se tendrá en cuenta que si se efectúa la derivación a mediación sin suspensión del curso de los autos, exista plazo suficiente para practicar las sesiones de mediación entre la citación y la celebración de la vista correspondiente".

30 Ciò è espressamente statuito nella Relazione del Presidente della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, Prof. Francesco Paolo Luiso, cit., p. 125. Per ulteriori rilievi v. Noviello, D.: "La mediazione familiare indotta dal giudice", cit., ivi in particolare pp. 82-83; nonché Nicolussi, A.: "La mediazione familiare", cit., ivi in particolare p. 1360: secondo l'A. "l'idea della non obbligatorietà della mediazione va "mediata" con gli obblighi derivanti dallo stato genitoriale tra i quali vi è senz'altro l'obbligo di cercare di evitare o almeno non esacerbare situazioni litigiose e di sforzarsi di trovare un accordo anche nella crisi".

Sul punto, oltre i confini italiani, si registrano soluzioni parzialmente diverse. Invero, taluni ordinamenti, come la Norvegia e l'Australia, prevedono l'obbligatorietà della mediazione in presenza di figli minori di età; altri, come il Regno Unito e la Francia, hanno reso obbligatoria (ma gratuita) la sessione informativa sulla mediazione[31].

In questo panorama, peculiare è la scelta - *rectius*: le scelte - adottate nel diritto spagnolo. Innanzitutto, occorre premettere che in Spagna una compiuta disciplina sulla mediación familiar è dettata solo dalle normative di alcune Comunità Autonome[32]. Ci si trova, dunque, dinnanzi a "situazioni a scacchiera [...] tanto che è possibile e necessario riferirsi a un derecho comparado español"[33]. Per garantire una disciplina omogenea in tutto il territorio, più voci in dottrina hanno sottolineato l'esigenza di una normativa statale[34]. Invero, a livello statuale, oltre ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni della Ley 5/2012 "de mediación en asuntos civiles y mercantiles"[35], la mediazione familiare è regolamentata con la Ley 15/2005, ma da un punto di vista strettamente processualcivilistico[36].

31 Cfr. Mazzamuto, P.: "Introduzione: la mediazione familiare quale garanzia di effettività del diritto alla bigenitorialità", cit., p. 4. V. anche Fraccaroli, C.: "Uno sguardo oltre confine. L'esperienza della Mediazione Familiare in Europa", in C. Vendramini (a cura di): *La Mediazione familiare nella Riforma Cartabia*, cit., p. 12 ss., ivi in particolare p.17-18. In particolare, nel Regno Unito la mediazione familiare è un percorso interamente volontario ma il Children and Families Act del 2014, part 2, section 10, prevede che è obbligatorio partecipare a un incontro informativo sulla mediazione familiare condotto da un mediatore, salvo in situazioni di violenza domestica o nel caso in cui non vi sia un mediatore autorizzato nel raggio di quindici miglia dal domicilio del richiedente. In Francia, in materia di determinazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale o delle misure provvisorie in materia di divorzio, il giudice può imporre alle parti di partecipare a un incontro informativo sulla mediazione.

32 Cfr. Urso, E.: *La mediazione familiare: modelli, principi, obiettivi*, Firenze University Press, Firenze, 2012, ivi in particolare p. 14, ove specifica che "tutte le leggi concordavano nel dare alla mediazione un'analoga definizione, quale "processo volontario, extragiudiziale, complementare alla via giurisdizionale, nonostante si possa utilizzare per evitarla, finalizzato ad aiutare le parti e a facilitarle nel raggiungere personalmente un accordo soddisfacente"".

33 V. le riflessioni di Haynes, J. M., Buzzi, I.: *Introduzione alla mediazione familiare*, Giuffrè, Milano, 2012, ivi in particolare p. 8; Barona Vilar, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, ivi in particolare pp. 76-77.

34 Cfr. Vallejo Pérez, G.: *La mediación familiar en el sistema jurídico español. De su implantación legislativa a sus retos futuros*, Reus, Madrid, 2019, p. 17; Lauroba, E.: "Mediación familiar y civil en España: una institución (¿reciente?) que ha llegado para quedarse", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2016, p. 47 ss., ivi in particolare p. 61. Più di recente, anche di Otero Otero, B.: La *mediación intrajudicial en supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, Madrid, 2021, ivi in particolare p. 126, afferma che "debemos reiterar la necesidad de aprobación de una Ley de Mediación familiar a nivel estatal que establezca las materias susceptibles de ser remitidas a mediación, así como las particularidades del procedimiento de mediación familiar, de la persona mediadora y de los efectos del acuerdo alcanzado; siendo conveniente, a la vez, que establezcan criterios comunes que puedan llegar a definir una cierta homogeneidad en la relativa disparidad de la normativa autonómica que trata esta materia".

35 Cfr. García Villaluenga, L., Rosales Álamo, M.: "Mediación familiar I: principios y objectivos", ", in F. Fariña, P. Ortuño (a cura di): *La gestión positiva de la roptura de pareha con hijos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 289 ss., ivi in particolare p. 291: "La Ley 5/2012 [...] afecta, también, a la regulación de la mediación familiar, sin perjuicio de las normas dictadas al amparo de sus competencias en las distintas Comunidades Autónomas".

36 Ley 15/2005, de 8 de julio "por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio". Sul punto, cfr. Ortuño Muñoz, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Civitas, Madrid, 2006, ivi in particolare p. 107 ss.; García Villaluenga, L., Rosales Álamo, M.: "Mediación familiar I: principios y objectivos", in F. Fariña, P. Ortuño (a cura di): *La gestión positiva de la roptura de pareha con hijos*, cit. In particolare, con questa legge si prevede, oltre alla modifica dell'art. 770, co. 7, LEC (su cui v. supra), che l'atto con cui si avvia il procedimento consensuale deve essere corredato,

In questo contesto, la mediazione endoprocessuale del diritto spagnolo è elaborata come uno strumento coessenziale al processo. Invero, si ritiene che la mediazione, riconsegnando alle parti la possibilità di elaborare una soluzione al loro conflitto con l'aiuto di un professionista, possa arricchire la decisione resa in via giurisdizionale e, da ultimo, garantire una qualità più elevata al servizio pubblico dell'amministrazione della giustizia[37]. Sul tema, è particolarmente ricca di spunti la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, la quale ha rimarcato l'importanza di selezionare i casi da rinviare alla sessione informativa della mediazione, evitando "rinvii di massa" che alla fine condurrebbero esclusivamente al collasso dello strumento, convertendolo in una mera formalità. Si ribadisce la necessità di un'analisi attenta degli atti di causa, escludendo l'invito in mediazione in tutti i casi in cui vi siano gravi problemi mentali o abuso di sostanze, nonché nei casi di violenza di genere[38]. Si tratta, comunque, di un invito di carattere non vincolante, come evidenziato anche nella Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, ove si ribadisce la volontarietà del procedimento di mediazione come uno dei principi fondanti della Ley 5/2012, pur precisandosi che la volontarietà "no está reñida con la posible obligatoriedad de la asistencia a la sesión informativa o premediación, cuando así lo contemple la ley -no en nuestro modelo legal-". In particolare, esaminando i diritti autonomici, la previsione di una sessione informativa obbligatoria di mediazione familiare, ove demandata dal giudice, nonché della mediazione obbligatoria, ove pattuito dalle stesse parti, - ferma la perentoria esclusione nei casi di violenza domestica - è attualmente disciplinata dalla normativa delle Comunità Autonome dei Paesi Baschi[39] e della Catalogna[40].

tra l'altro, del convenio regulador conforme a quanto stabilito dalla legge e, se del caso, dell'accordo finale raggiunto nel procedimento di mediazione familiare (art. 777, co. 2, LEC).

37 Più precisamente, la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, elaborata dal Consejo General del Poder Judicial nel 2016, in *www.poderjudicial.es* ritiene (p. 49) che la mediazione endoprocessuale "es un complemento del proceso y por ello del servicio público de la administración de Justicia que garantiza una mayor calidad del mismo al permitir solventar los conflictos personales subyacentes de manera efectiva , enriqueciendo la tradicional decisión formal en términos estrictamente jurídicos y devolviendo a las partes la posibilidad de encontrar la solución a su conflicto con la ayuda de un profesional específicamente formado para ese fin".

38 La Guía para la práctica de la mediación intrajudicial ha raccomandato, in caso di dubbi, di optare per rinviare le parti in mediazione. L'esperienza, infatti, indica che nella maggior parte dei casi le parti beneficiano della mediazione anche qualora non raggiungano un accordo.

39 Invero, i Paesi Baschi hanno legiferato sulla mediazione familiare con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, "de Mediación Familiar", e successivamente anche con la Ley 7/2015, de 30 de junio, "de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores". La Ley 1/2008 ha un ambito applicativo esteso. Tra i principi che reggono la mediazione familiare la legge in questione annovera espressamente la volontarietà, affermando che le parti sono libere di scegliere questo strumento e accedervi o rinunciarvi in qualsiasi momento.

40 La Catalogna è stata la prima Comunità autonoma a legiferare in materia di mediazione familiare, con Ley 1/2001, de 15 de marzo, "de Mediación Familiar de Cataluña"; successivamente la Catalogna ha esteso la disciplina della mediazione familiare a tutti i conflitti in materia di persone e famiglia e più in generale nell'ambito del diritto privato, con la Ley 15/2009, de 22 de julio, "de mediación en el ámbito del derecho privado".

Nei Paesi Baschi, la Ley 7/2015 ha dettato importanti novità in materia di mediazione familiare[41], arrivando fino al punto di suggerire che nei patti prematrimoniali possa inserirsi il compromesso di esperire la mediazione familiare prima di adire l'autorità giudiziaria. Parimenti, l'art. 5, regolando il contenuto del convenio regulador, prevede che questo possa contenere la previsione di esperire la mediazione familiare al fine di risolvere i conflitti che possano sorgere relativamente all'interpretazione o all'adempimento dello stesso convenio. La novità più importante della legge in commento è però contenuta nell'art. 6, il quale prevede che il giudice possa invitare le parti, con carattere obbligatorio, a partecipare a una sessione informativa della mediazione, ove si spiegheranno il funzionamento e i benefici di questa procedura. In questa stessa sessione le parti potranno comunicare al mediatore la decisione di proseguire o meno la mediazione familiare.

Anche la Catalogna ha recentemente introdotto novità importanti in materia di mediazione familiare. Invero, sia la Ley 15/2009, sia il Código civil de Cataluña sono stati recentemente modificati con Ley 9/2020[42]. È particolarmente interessante il Preambolo della Ley 9/2020: in esso si constata che le pratiche volte a incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione si sono rivelate insufficienti, soprattutto a causa della scarsa conoscenza e poca familiarità con questo strumento, non solo tra le parti, ma anche tra gli operatori del diritto. La legge in commento si pone, dunque, l'obiettivo di promuovere la mediazione, al fine di dare attuazione al principio del superiore interesse del minore e tutelare il suo diritto a mantenere le relazioni personali con entrambi i genitori e gli altri membri della famiglia[43]. Pertanto, a seguito delle innovazioni apportate dalla Ley 9/2020, si prevede *ex* art. 233-6 del Código civil de Cataluña che, nell'ambito dei procedimenti di "nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación legal", è obbligatorio per le parti intraprendere la mediazione ove lo abbiano espressamente previsto. Inoltre, l'autorità giudiziaria, in questi procedimenti e in quelli relativi alla responsabilità genitoriale (art. 236-13 del Código civil de Cataluña), può obbligare le parti a partecipare a una sessione preliminare informativa sulla mediazione (c.d. "sesión

41 Cfr. per questi aspetti Rodríguez Llamas, S.: "El papel de las comunidades autónomas en el impulso de la mediación familiar", in C. Azcárraga Monzonís, P. Quinzá Redondo (a cura di): *Tratado de mediación. Tomo III. Mediación en conflictos de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 205 ss., ivi in particolare p. 212 ss. In particolare, la Ley 7/2015 sin dall'Esposizione dei motivi, dopo aver proclamato che lo scopo principale della legge è la regolamentazione del regime di affidamento condiviso, sottolinea l'importanza della mediazione familiare come strumento chiave per ridurre la litigiosità in questa materia.

42 Ley 31 de julio 2020, n. 9 "de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado". Sul tema della mediazione familiare catalana, cfr. Villagrasa Alcaide, C.: "Las crisis familiares en la legislación catalana", in J. R. De Verda y Beamonte (a cura di): *Las crisis familiares. Tratado prático interdisciplinar*, cit., p. 505 ss., ivi in particolare p. 533.

43 L'art. 19, co. 2, della Ley 15/2009 prevede espressamente che gli accordi raggiunti in mediazione devono dare priorità al superiore interesse del minore e delle persone con incapacità. In effetti, come sottolinea Ortuño Muñoz, P.: *Justicia sin jueces. Métodos alternativos a la justicia tradicional*, Ariel, Barcellona, 2018, p. 123-124, "La mayor aportación de la mediación en los casos de ruptura es la oportunidad de planificar en beneficio de los hijos las relaciones de parentalidad".

previa''), affinché siano portate a conoscenza dei valori, dei principi, dei vantaggi e delle caratteristiche della mediazione, per trovare consensualmente un accordo. Qualora queste non attendano alla sesión previa, il mediatore familiare dovrà riferirlo all'autorità giudiziaria. Si ribadisce, inoltre, la possibilità per i coniugi di intraprendere una procedura di mediazione in qualsiasi momento, sia prima che durante il procedimento giudiziario.

IV. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA DIFFUSIONE DELLA GIUSTIZIA CONSENSUALE.

Le ragioni che inducono a ritenere che la mediazione sia uno strumento particolarmente indicato per la gestione delle crisi familiari, specialmente in quelle in cui sia presente un minore, sono molteplici: la finalità dello strumento, che proiettato al futuro, riorganizza la relazione familiare; la sua flessibilità; la sua interdisciplinarità[44]. La diffusione della giustizia consensuale può essere raggiunta - quantomeno più agevolmente - quando anche le parti del conflitto, e non solo gli operatori giuridici, vengano messe a conoscenza dei benefici e vantaggi che gli strumenti complementari alla giurisdizione possono apportare[45]. La dottrina spagnola ha sottolineato come il principio di volontarietà che permea la mediazione non è scalfito dalla previsione che rende obbligatoria la partecipazione alla sessione informativa. Si tratta, piuttosto, di uno strumento che, informando le parti sulla funzione della mediazione, potrebbe condurle a intraprendere il percorso nel tentativo di instaurare una relazione dialogica: invero, è difficile scegliere ciò che non si conosce[46].

Il legislatore italiano, come già illustrato, ha optato per un invito a partecipare alla sessione informativa sulla mediazione che, per quanto proveniente dall'autorità del giudice, è pur sempre rimesso alla volontà delle parti: occorrerà dunque

44 Sullo stesso tema v. le riflessioni di Pizarro Moreno, E.: "La mediación como auténtica justicia alternativa: en pro de su obligatoriedad cuando hay menores", in M. García Mayo (a cura di): *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020, p. 79 ss., ivi in particolare pp. 81-82.

45 Si rinvia alle interessanti riflessioni di Ferraris, F.: "La mediazione familiare delegata: iussu o auspicio iudicis?", cit., ivi in particolare p. 825, ove si afferma che "Se […] disporre la mediazione familiare non appare scelta né opportuna né tantomeno efficiente nella prospettiva processuale, ciò tuttavia non esclude - ed anzi, a nostro avviso sarebbe auspicabile - che il giudice, tenuto conto delle specificità del conflitto e all'esito positivo del proprio giudizio prognostico, possa tentare di "convincere" le parti della bontà dello strumento attraverso una adeguata illustrazione di caratteri, finalità e benefici che da esso possono scaturire".

46 Sul tema, cfr. García Villaluenga, L., Rosales Álamo, M.: "Mediación familiar I: principios y objectivos", cit., ivi in particolare pp. 295-296: "Entendemos que la voluntariedad de la mediación no se vería afectada en su esencia por el hecho de que se regularan los primeros momentos de la mediación (vinculandos principalmente a la información de esta figura, su alcance y contenido; aunque en la prática se suela avanzar más si el caso lo permite) incardinándolos en el proceso. La que hemos dado en llamar "voluntariedad mitigada" [...] entendemos que facilitaría que las personas racionalizaran en mayor medida su conflicto, que pudieran conocer y valorar las opciones y la viabilidad de sus esxpectativas en el proceso, les podría abrir vías de nuevas relaciones más dialogantes, tan necesarias en materia de familia y en crisis de pareja y, en fin, podría traer nuevas oportunidades a la institución de la mediación, pero principalmente a sus destinatarios: las familias y sus miembros que sufren los duros efectos del conflicto. Es difícil elegir lo que no se conoce".

attendere gli esiti applicativi della riforma per valutarne l'impatto effettivo. Certamente è particolarmente apprezzabile la maggior regolamentazione di taluni aspetti della mediazione familiare, in particolare di quelli che concernono la figura del mediatore familiare nonché delle informazioni che devono essere fornite nel corso della sessione informativa[47]. La cultura mediativa, infatti, necessita di essere diffusa non solo attraverso una specifica formazione degli operatori giuridici ma anche con un'informazione adeguata ai cittadini che demandano giustizia[48].

47 Per questi aspetti, v. *retro* nota 25.

48 Più in generale, v. le considerazioni di Carreres Casanoves, N., Marrodán Pascual, M., Marín Girón, P.: "Mediación familiar II", in F. Fariña, P. Ortuño (a cura di): *La gestión positiva de la roptura de pareha con hijos*, cit., p. 309 ss., ivi in particolare p. 319.

BIBLIOGRAFIA

Algaba Ros, S.: "El acuerdo de mediación familiar: su singularidad", *InDret*, 2017, p. 1 ss.

Amagliani, R.: "Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità", *Contr.*, 2014, p. 582 ss.

Azcárraga Monzonís, C., Quinzá Redondo, P. (a cura di): *Tratado de mediación. Tomo III. Mediación en conflictos de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Ballarani, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo", *Giust. civ.*, 2012, p. 495 ss.

Barona Vilar, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Bove, M.: "Vie stragiudiziali per separazione e divorzio", *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 910 ss.

Bugetti, M. N.: "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco", *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.

Busnelli, F.D., Vitucci, M.C., "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss.

Busnelli, V.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 520 ss.

Carrión Vidal, A.: "Divorcio y separación en el código civil tras la reforma por ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, p. 395 ss.

Casas Vila, G.: "Violences de genre et médiation en Espagne: entre l'interdiction légale et l'incertitude des professionnelles", *SociologieS*, 2016, *www.journals.openedition.org/sociologies*.

Cecchella, C.: "Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie", *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1090 ss.

C. Cecchella (a cura di): *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie - Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Giappichelli, Torino, 2023.

Cordiano, A.: "Violenze assistite, domestiche e di genere nelle disposizioni del nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 649 ss.

D'Adamo, D.: *La giustizia integrata. La tutela dei diritti tra giurisdizione e metodi di risoluzione coessenziali delle controversie*, Giappichelli, Torino, 2023.

D'Adamo, D.: "La riforma della mediazione familiare", *Fam. dir.*, 2022, p. 390 ss.

D'Alessandro, E.: "La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio", in *Giur. it.*, 2015, p. 1287 ss.

Danovi, F.: "Criteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare", *Fam. e dir.*, 2023, p. 907 ss.

Danovi, F.: "Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 467 ss.

Danovi, F.: "Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia e nuove frontiere di tutela dei diritti", *Il giusto proc. civ.*, 2016, p. 1031 ss.

De Cristofaro, G.: "Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1407 ss.

De Verda y Beamonte, J. R. (a cura di): *Las crisis familiares. Tratado Prático interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Di Gregorio, V.: "La mediazione familiare nel diritto di famiglia riformato", *Politica del diritto*, 2017, p. 603 ss.

Dogliotti, M.: "Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie tra certezze ed incertezze", *Fam. e dir.*, 2023, p. 921 ss.

Fariña, F., Ortuño, P. (a cura di): *La gestión positiva de la roptura de pareha con hijos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, p. 1041 ss.

Ferraris, F.: "La mediazione familiare delegata: iussu o auspiciu iudicis?", *Fam. e dir.*, 2020, p. 817 ss.

Figone, A.: "Il giudizio di primo grado", *Fam. e dir.*, 2023, p. 945 ss.

García Villaluenga, L.: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.

Graziosi, A.: "Luci e ombre del nuovo processo di famiglia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 425 ss.

Haynes, J. M., Buzzi, I.: *Introduzione alla mediazione familiare*, Giuffrè, Milano, 2012.

Impagnatello, G.: "La mediazione familiare nel tempo della "mediazione finalizzata alla conciliazione" civile e commerciale", *Fam. e dir.*, 2011, p. 525 ss.

Irti, C.: "L'esclusione della mediazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1278 ss.

Irti, C.: "Violenza nei confronti delle donne, violenza domestica e processo civile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 225 ss.

Irti, C., "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 665 ss.

Lauroba, E.: "Mediación familiar y civil en España: una institución (¿reciente?) que ha llegado para quedarse", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2016, p. 47 ss.

Lupoi, A.: "Il "nuovo" procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 447 ss.

Mazzamuto, P. (a cura di): *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso. Atti del Convegno Nazionale 31 ottobre 2018 - Università degli Studi di Palermo Polo Territoriale Universitario di Agrigento*, Giappichelli, Torino, 2019.

Mengoni, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia*, 1990, p. 3 ss.

Murphy, J. C., Rubinson, R.: "Domestic Violence and Mediation: Responding to the Challenges of Crafting Effective Screens", *Family Law Quarterly*, 2005, p. 53 ss.

Nicolussi, A.: "La nuova disciplina giuridica della mediazione familiare", *Fam. e dir.*, 2023, p. 1016 ss.

Nicolussi, A.: "La mediazione familiare", *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1354 ss.

Nicolussi, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale", *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 182 ss.

Núñez Iglesias, A.: "Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza", *Revista de Derecho Civil*, 2015, p. 153 ss..

Otero Otero, B.: La *mediación intrajudicial en supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, Madrid, 2021.

Ortuño Muñoz, P.: *Justicia sin jueces. Métodos alternativos a la justicia tradicional*, Ariel, Barcellona, 2018.

Ortuño Muñoz, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Civitas, Madrid, 2006.

Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306 ss.

Perago, C., Albanese, A.: "Finalità e caratteristiche della mediazione familiare "riformata"", *www.judicium.it*, 2023.

Pérez Cebadera, M. A.: "La jurisdicción voluntaria: tramitación de matrimonios y divorcio ante notarios", *Revista de derecho procesal civil y mercantil*, 2015, p. 116 ss.

Pizarro Moreno, E.: "La mediación como auténtica justicia alternativa: en pro de su obligatoriedad cuando hay menores", in M. García Mayo (a cura di): *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020, p. 79 ss.

Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. dir.*, 2021, p. 7 ss.

Quadri, E.: "Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive", *Fam. e dir.*, 2009, p. 1059 ss.

Rescigno, P.: "Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"", *Giur. it.*, 1995, 73 ss.

Rodríguez Llamas S.: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, Tirant lo Blanch,Valencia, 2010.

Romeo, F.: La negoziazione assistita familiare riformata: le novità in vigore dal 22 giugno 2022, *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1303 ss.

Romeo, F.: "Crisi familiare e negoziazione assistita. La funzione sociale dell'avvocato oltre la giurisdizione", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 76 ss.

Sanciñena Asurmendi, M.C.: "La privatizzazione del diritto di famiglia in Spagna", *Familia*, 2017, p. 547 ss.

Santoro Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss.

Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: nuovi paradigmi", *Fam. e dir.*, 2019. p. 1049 ss.

Sesta, M.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Fam. e dir.*, 2021, p. 17 ss.

R. Tiscini (a cura di): *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pacini, Pisa, 2023.

Troiano, S.: "La Riforma "Cartabia": osservazioni di un civilista", *Fam. e dir.*, 2023, p. 932 ss.

Urso, E.: *La mediazione familiare: modelli, principi, obiettivi*, Firenze University Press, Firenze, 2012.

Vallejo Pérez, G.: *La mediación familiar en el sistema jurídico español. De su implantación legislativa a sus retos futuros*, Reus, Madrid, 2019.

Vendramini, C., Rodella, D.: "Il Regolamento sulla disciplina professionale del Mediatore familiare", *www.dirittoegiustizia.it.*, 2023.

Vendramini. C. (a cura di): *La Mediazione familiare nella Riforma Cartabia: comporre i conflitti e ritessere le relazioni*, Ipsoa, 2022.

Verdera Izquierdo, B.: "La importancia de la mediación en el derecho de familia actual. En especial en las crisis de pareja con presencia de menore", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 1710 ss.

LA OTRA CARA DE LA REFORMA ESPAÑOLA ACERCA DE LA DISCAPACIDAD

THE OTHER SIDE OF THE SPANISH DISABILITY REFORM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 366-417

Mª Luisa
ATIENZA
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha introducido cambios muy significativos en el ámbito del Derecho privado. La reforma, siguiendo los principios rectores de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, pretende garantizar el pleno ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad. En estas líneas, sin embargo, se analiza la "otra cara" de la reforma: la atribución de obligaciones a las personas que, por razón de su discapacidad, pueden tener mermado su discernimiento; en particular, se enfrenta la controvertida cuestión de si estas personas han de responder con independencia de su imputabilidad civil. También se estudian las modificaciones que se han introducido en el ámbito de la responsabilidad civil por hecho ajeno, donde se ha producido una reducción de casos en los que otros sujetos son llamados a indemnizar los daños irrogados por las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; imputabilidad civil; responsabilidad civil por hecho propio; responsabilidad civil por hecho ajeno; responsabilidad en equidad.

ABSTRACT: *The entry into force of Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has introduced very significant changes in the field of private law. The reform, following the guiding principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, aims to ensure the full exercise of legal capacity for people with disabilities. In these lines, however, the "other side" of the reform is analyzed: the attribution of obligations to people who, due to their disability, may have their discernment impaired; in particular, the controversial question of whether these people should respond regardless of their civil imputability is addressed. The modifications introduced in the field of civil liability for the act of others are also studied, where there is a reduction of cases in which other parties are called upon to compensate for the damages caused by people with disabilities.*

KEY WORDS: *People with disabilities; civil imputability; civil liability for one's own act; civil liability for the act of others; responsibility in equity.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL BINOMIO LIBERTAD/ RESPONSABILIDAD COMO PRINCIPIO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO. III. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: EL POLÉMICO ART. 299 CC.- 1. La controversia suscitada en relación con el art. 299 CC.- 2. ¿Es la imputabilidad civil un requisito de la responsabilidad civil por culpa? La culpa "subjetiva" versus la culpa "objetiva".- 3. Diferentes interpretaciones del art. 299 CC.- A) Consideraciones generales.- B) El art. 299 CC como prolongación del art. 1902 CC entendido en clave de culpa "subjetiva".- C) El art. 299 CC como excepción a la regla general de la exigencia de imputabilidad civil conforme al art. 1902 CC.- D) El art. 299 CC como confirmación de la culpa "objetiva" contenida en el art. 1902 CC.- E) Valoración personal: a favor de la lectura del art. 299 CC en clave de culpa "subjetiva".- 4. La utilidad práctica del art. 299 CC.- IV. LA RESTRICCIÓN DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO.- 1. Sujetos responsables: curadores con facultades de representación plena.- 2. Fundamento de la responsabilidad.- El contenido de la culpa de los curadores con facultades de representación plena.- 3. La (im)posibilidad de aplicar el art. 1903 CC de forma analógica a otras medidas de apoyo distintas de la curatela con facultades de representación plena.- V. NUEVAS REGLAS PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LOS HECHOS PENALMENTE TIPIFICADOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Consideraciones generales.- 2. La regla contenida en el art. 118.1. 1ª CP.- 3. La regla contenida en el art. 120.1 CP.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[1] (en adelante, Ley 8/2021) ha supuesto una reforma de gran calado en el Derecho civil, tanto sustantivo como adjetivo. Son muchas las normas que han debido ser adaptadas a los principios básicos contemplados en dicha Ley, que, a su vez, tiene sus raíces en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada en España en noviembre de 2007 (en adelante, Convención de Nueva York)[2].

El cambio en la concepción de las personas con discapacidad parte de la idea de que el reconocimiento de la titularidad de derechos, inherente a la atribución de personalidad jurídica, resulta insuficiente, si no va unido también al de su ejercicio (esto es, a lo que, en el Derecho español siempre se ha acuñado como capacidad de obrar, institución que ahora parece embebida en la categoría más amplia y general de la personalidad jurídica). De modo que la personalidad jurídica de las personas con discapacidad implica considerarles como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y de ejercicio de sus derechos.

1 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 132, 3 junio 2021.

2 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96, 21 abril 2008.

• Mª Luisa Atienza Navarro
Prof. Titular de Derecho Civil, Universitat de València. Correo electrónico: maria.l.atienza@uv.es

A la Convención de Nueva York le preocupa, y así lo reconoce su art. 1, "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". Nada dice, sin embargo, del ejercicio de obligaciones que, también, son inherentes a la personalidad jurídica. Esa idea de hacer referencia a deberes, si bien estuvo presente en algún momento en sus trabajos preparatorios, realmente no fue acogida en el texto que finalmente se aprobó[3]. No obstante, en la doctrina sí ha sido lugar común advertir que las personas con discapacidad sólo pueden participar de forma plena y efectiva en sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas, si se prevé también la consiguiente atribución y ejercicio de obligaciones[4].

La Ley 8/2021 se ha hecho eco de esas reivindicaciones doctrinales y, a diferencia de la Convención de Nueva York, señala que el ejercicio pleno de la personalidad jurídica lleva consigo no sólo el de derechos sino también el de las obligaciones.

A una de estas obligaciones, la de indemnizar los daños causados, voy a dedicar las siguientes líneas.

II. EL BINOMIO LIBERTAD/RESPONSABILIDAD COMO PRINCIPIO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

La Ley 8/2021 asocia el reconocimiento de la titularidad y ejercicio de derechos de modo *ineluctabl*e a la idea de responsabilidad. Así su Preámbulo señala que "la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad".

Parece partirse, así, del principio general, lógico y coherente, que sustenta buena parte de nuestro Derecho privado, de que, a mayor libertad del individuo, a mayor ejercicio de la autonomía de la voluntad, mayor ha de ser también la atribución de responsabilidad. El binomio "libertad-responsabilidad" que se recoge en cualquier sociedad democrática.

3 Analiza con detalle los trabajos preparatorios: Torres Costas, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 327 a 330. Advierta esta autora que en el tercer período de sesiones (en particular en la celebrada el 26 de mayo de 2004) México propuso incluir el reconocimiento de la titularidad de obligaciones de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad al resto de personas. Aunque la sugerencia no se vio plasmada en el texto definitivo, lo cierto es que en otras intervenciones orales (por ejemplo, la de China) se hizo referencia a esta vertiente de la capacidad jurídica.

4 Acerca de esta doctrina: Moreno Marín, M. D.: "La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica", *La Ley*, nº 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022, p. 7.

En ese sentido, comoquiera que el espíritu de la reforma es fomentar una mayor autonomía en el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad, parece que lo coherente, a la par, es reconocer también el de sus obligaciones. Dicho en otras palabras: se justifica, según el propósito de la reforma, que el pleno reconocimiento de derechos lleve aparejado también la atribución de obligaciones, en las mismas condiciones de igualdad que el resto de los ciudadanos. Y entre dichas obligaciones, de manera muy relevante, se encuentran las de carácter extracontractual derivadas de la causación de daños.

En ese sentido, la Ley 8/2021 introduce una serie de modificaciones en el ámbito del Derecho de daños. Así, dice su Preámbulo que la idea de responsabilidad de las personas con discapacidad "ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, y la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regulación".

En suma, los pilares básicos de la reforma en materia de responsabilidad civil son, según el Preámbulo:

1) El "cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio". Esto se plasma, por de pronto, en el reconocimiento expreso, hasta ahora inexistente en nuestro Derecho, de la responsabilidad de la persona con discapacidad. A tal fin se destina el controvertido art. 299 CC.

2) Una restricción de los supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno. O lo que es lo mismo, que sean menos los casos en que otra persona deba responder de los daños causados por la persona con discapacidad. Lo cual en nuestro Derecho implica -cuando el hecho dañoso no está tipificado como delito en el CP- la modificación a tal efecto del art. 1903 CC.

3) La reforma de las normas del CP destinadas a regular la responsabilidad civil por daños causados por hechos penalmente tipificados de las personas con discapacidad, en particular, como ahora explicaré, de los arts. 118.1. 1ª CP y 120.1 CP, además de la disposición adicional primera del CP.

A continuación, analizaré cada una de estas modificaciones que sustentan la reforma de las reglas de responsabilidad civil por daños causados por las personas con discapacidad para valorar su alcance y trascendencia en el ámbito del Derecho de daños. Antes de ello, una matización: las reflexiones que siguen a continuación

van referidas a las personas con discapacidad intelectual o psicofísica que son únicamente las que pueden tener, por razón de su enfermedad, dificultades para comprender el alcance de sus conductas. Sin embargo, por razón de economía del lenguaje utilizaré la expresión "personas con discapacidad" advirtiendo que también incluye padecimientos que nada tienen que ver con la capacidad de discernimiento, ni, por consiguiente, con la hipótesis objeto de estudio en este trabajo.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: EL CONTROVERTIDO ART. 299 CC.

1. Consideraciones generales.

El art. 299 CC, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, dice textualmente: "La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables".

Lo primero que llama la atención del art. 299 CC es su ubicación: se halla en un capítulo, el XI, creado "ad hoc" sólo para dar cobijo a la norma contenida en el art. 299 CC. En suma: un capítulo, que lleva por título "Responsabilidad por daños causados por otros" y un artículo único, el 299 CC. Para mayor despropósito, el Capítulo XI casa mal con el resto de los capítulos del Título (el XI) en el que se incluye, destinado a las "medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica".

Es inevitable, pues, preguntarse cuál es la razón por la que el art. 299 CC está ahí, no sólo en el Título XI, sino en general en el Libro I dedicado a las personas, cuando su ubicación natural sería el Libro IV, y concretamente su Capítulo II, Título XVI, donde se encuentran las normas de responsabilidad civil extracontractual. La explicación, a lo que parece, es que el legislador prefirió no alterar las reglas contenidas en los arts. 1902 y ss. CC a la espera de su futura modernización global y optó simplemente por remitirse a ellas[5]. Por ello, el art. 299 CC establece la

5 García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, 2018, p. 193; Moreno Marín, M. D.: "La responsabilidad civil extracontractual", cit., p. 6; Llamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad", *Diario La Ley*, diciembre 2021, p. 5; y también puede verse el mismo trabajo en "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. Álvarez Lata), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 277-300; y en "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. Llamas Pombo, N. Martínez rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwer- La Ley, Madrid, 2022, p. 283.

responsabilidad de la persona con discapacidad "de acuerdo" con lo establecido en el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto.

Sin embargo, el verdadero problema que plantea el precepto no es su ubicación, ni la remisión que hace a las normas generales, sino que sienta una regla de responsabilidad civil para las personas con discapacidad sin discriminar el grado de discernimiento que éstas tengan, esto es, sin exigir expresamente que su discapacidad no sea un impedimento para valorar las consecuencias de sus conductas. Por ende, a simple vista, el requisito de la llamada "imputabilidad civil", esto es, de la aptitud para distinguir lo que está bien y lo que está mal y actuar en consecuencia, brilla por su ausencia en el art. 299 CC.

Ahora bien, ¿es realmente la imputabilidad civil un requisito exigido por nuestro Derecho de daños? Antes de adentrarnos en la controversia que ha suscitado el art. 299 CC, será necesario, con carácter previo, reflexionar acerca de esta cuestión, siquiera sea someramente.

2. ¿Es la imputabilidad civil un requisito de la responsabilidad civil por culpa?: La culpa "subjetiva" *versus* la culpa "objetiva".

El Código civil español, a diferencia de los de la mayoría de los países de su entorno jurídico[6], no hace referencia expresa al requisito de la imputabilidad civil. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han deducido su exigencia del propio concepto de culpa o negligencia, que el art. 1902 CC contempla como criterio de atribución de la responsabilidad. O, dicho en otras palabras: la imputabilidad civil ha sido normalmente entendida como una consecuencia necesaria de la culpa.

Y ello porque la culpa, como presupuesto de la responsabilidad, se ha identificado tradicionalmente con un determinado estado de ánimo que, referido a la causación de un daño, se considera reprochable[7]. Con esta perspectiva, el comportamiento de un individuo sólo puede ser valorado en términos de reprochabilidad si aquél tiene la aptitud suficiente para comprender adecuadamente el valor social de sus propios actos u omisiones y comportarse en consecuencia. O lo que es lo

6 Son dieciséis los países (Alemania, Austria, Suiza, Grecia, Bélgica Italia, Portugal, Malta, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Croacia, Eslovenia y Rumania) que exigen la imputabilidad civil como presupuesto para la responsabilidad civil y que, por ende, consideran que las personas inimputables están exentas de responsabilidad civil (apunta el dato: Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate", en AA.VV.: *Persona, familia y género* (coord. por J. Sole Resina), *Liber Amicorum a Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 70).
También ofrece un análisis del Derecho comparado respecto a la cuestión de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad: Yáñez Vivero, F.: "La experiencia del *civil law* y del *common law* en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas incapaces", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1293-1317

7 Atienza Navarro, Mª L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000, pp. 511 a 513.

mismo, sólo puede actuar con culpa, desde un punto de vista subjetivo, la persona que actúa con voluntad libre y con consciencia. Y en ello consiste, precisamente, la imputabilidad civil, que puede definirse como la capacidad de entender las consecuencias de las propias conductas y de adaptar el comportamiento a las mismas, con lo que se relaciona con el clásico concepto, tan utilizado en Derecho civil, de la capacidad de entender y de querer[8]. Esa definición de la imputabilidad civil está tan arraigada en nuestra doctrina que ha sido también la acogida por la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil[9], que en su art. art. 5191-8.3 *in fine* señala que "no se considera que existe culpa cuando la acción u omisión se realiza por una persona incapaz de entender o de querer". Así las cosas, la exigencia de la imputabilidad civil, como advierte Peña López, implica que "intelectivamente" una persona sólo puede ser culpable cuando es capaz de entender lo que está haciendo y de comprender, además, que esa conducta es digna de reproche, y "volitivamente" sólo actuará con culpa si tiene voluntad suficiente para adecuar dicha conducta a ese entendimiento[10]. Lógicamente, esa capacidad intelectiva y volitiva del sujeto debe ir referida al momento en que realiza el acto dañoso[11].

Esa noción de culpa, que lleva implícita la imputabilidad civil, es la acogida mayoritariamente a la hora de interpretar el art. 1902 CC. Por ello, son recurrentes afirmaciones como las formuladas hace más de dos décadas por Díez-Picazo: "Para que pueda formularse un juicio de culpabilidad es preciso que en el sujeto concurran las condiciones necesarias para ello y, en especial, la denominada capacidad de discernimiento o capacidad de culpa"[12]; o por Pantaleón Prieto: "para responder civilmente por culpa, es preciso ser capaz de culpa civil, ser "civilmente imputable"[13].

De ese modo, comoquiera que la imputabilidad civil es la aptitud para la culpa (sólo puede ser capaz de culpa civil quien sea capaz de calibrar y de valorar las consecuencias de sus propios actos, es decir, quien sea civilmente imputable), se entiende -conforme a esta interpretación mayoritaria, a la que me adhiero- que el art. 1902 CC requiere que el sujeto llamado a responder tenga esa aptitud natural de discernimiento para hacerle responsable. Y, por ese motivo, como regla

8 Definición de la imputabilidad civil que acoge, por ejemplo, el art. 2046 *Codice civile*: "non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacita' d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacita' derivi da sua colpa". Otros ejemplos del concepto subjetivo de culpa pueden verse en el artículo 488 del Código Civil portugués y en el parágrafo 827 BGB.

9 *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

10 Peña López, F.: "Reformas en materia de responsabilidad civil", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 575.

11 Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 576.

12 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999, p. 364.

13 Pantaleón Prieto, A. F.: Voz "Culpa (Derecho civil)", en AA.VV.: *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 1864.

general, se ha negado tradicionalmente la imputabilidad civil a menores de corta edad (infantes)[14] y a las personas que tienen mermadas o afectadas sus capacidades mentales, aunque lógicamente cualquier persona, en un momento puntual, puede ser civilmente inimputable[15].

También la jurisprudencia mayoritaria se ha hecho eco de esa concepción de la culpa. Un claro ejemplo es la SAP (Civil) Barcelona 11 octubre 2012[16] que aclara que "la responsabilidad por culpa extracontractual exige que el autor del daño actúe con negligencia, es decir, que sea capaz para actuar de forma diligente. Sólo tiene esa capacidad quien es capaz de comprender que con su conducta puede causar daño y de ajustar su conducta a ese conocimiento. Es decir, quien es imputable". La decisión de forma didáctica explica que "un niño de corta edad no es capaz de comprender la trascendencia dañosa que pueden tener sus actos y por eso no puede ser obligado a responder civilmente. No comprende y por eso no puede ser negligente, como exige la ley. Con un enfermo mental ocurre, o puede ocurrir, algo parecido". A lo que entiende la Audiencia, los daños causados por las personas civilmente inimputables son "algo parecido a un hecho fortuito" y ello porque se consideran como inevitables para el ser humano, como lo son los hechos de la naturaleza. Por esas razones la sentencia exoneró de responsabilidad

14 En cuanto a la edad, no existe en nuestro ordenamiento una norma que indique a partir de qué momento se tiene imputabilidad civil, esto es, capacidad de entender y de querer y de valorar las consecuencias de las propias conductas, y, por ende, de responder de las mismas. No obstante, de los preceptos de Códigos extranjeros y de modernos estudios psicológicos cabría concluir que por debajo de los siete años no se tienen todavía desarrolladas las facultades volitivas e intelectuales que permiten valorar las consecuencias sociales de las propias conductas (que me conste, por debajo de esa edad, ningún Código declara la capacidad de culpa civil); de los siete a los diez años, en cambio, hay un período en que es dudoso saber si se ha adquirido ya el suficiente discernimiento, y por encima de los diez años suele admitirse que así sea (estudian el tema, en profundidad, entre otros: Gómez Calle, E.: *La responsabilidad civil de los padres*, RDU, Madrid, 1992, p. 25; López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 167 y ss. Por ello, el juez habrá de decidir, en cada caso, si el menor tiene el grado de discernimiento suficiente para responder conforme al art. 1902 CC (en ese sentido: Rogel Vide, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977, p. 146; Ángel Yágüez, R.: *Lecciones sobre responsabilidad* civil, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, pp. 52 y 54; Pantaleón Prieto, A. F.: "Comentario a la STS de 10 de marzo de 1983", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 2, 1983, p. 453). A la par que realiza esa valoración, el juez deberá también verificar que el comportamiento del menor fue "negligente"; para ello, el modelo de referencia es el de otra persona de su edad y no el de un adulto. De ese modo, se consigue que los intereses de los menores, por tratarse de personas necesitadas de una protección especial, se antepongan a los intereses del tráfico (así lo defienden, entre otros: López Beltrán de Heredia, C.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos,* Tecnos, Madrid, 1988, p. 181; Gómez Calle, E.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 183 a 187 y en "La responsabilidad civil del menor", *Derecho Privado y Constitución*, nº 7, 1995 (Ejemplar dedicado a Monográfico sobre protección de menores), p. 90; y yo misma en *Responsabilidad civil*, cit., pp. 525 y 526, donde analizo esta cuestión y su relación con el modelo de referencia del buen padre de familia; Navarro Michel, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 113; López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 239 y ss.).
En este momento, son ya muchas las sentencias que han reconocido responsabilidad civil a los menores de edad inimputables. En su día, fue un hito la SAP (Civil) Valencia 20 Noviembre 1990 (*Ar. Civ.*, 1995, 2056), que condenó solidariamente al titular de un centro docente ("ex" art. 1903.V CC) y a un menor de quince años ("ex" art. 1902 CC) a resarcir los daños causados por este último al lanzar un trozo de barro endurecido a otro compañero. Según la decisión, el menor debía responder porque era capaz de actuar con culpa, al tener madurez de juicio suficiente para distinguir el bien del mal y de valorar los que significa socialmente dañar a otro.

15 Analizo con más detalle este tema en Atienza Navarro, Mª L.: *La responsabilidad civil por los hechos*, cit., pp. 513 y ss.

16 SAP (Civil) Barcelona 11 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370162012100689).

a una persona que sufría esquizofrenia paranoide, y que, en pleno brote, se lanzó desde la novena planta de un hospital, y ocasionó daños en el bajo del inmueble sobre el que se precipitó.

En la misma línea, recuerda la SAP (Civil) Barcelona 25 julio 2012[17] que "el régimen vigente en España se limita a establecer que la imputabilidad del daño fundada en el artículo 1902 CC exige la capacidad de culpa - propia de los adultos- o cuando menos la capacidad de discernimiento para comprender el alcance los propios actos, esto es, una mínima madurez intelectiva y volitiva (imputabilidad civil)". Lo cual, en relación con las personas que sufren algún tipo de trastorno mental, implica afirmar, según entiende la sentencia, que "sólo responderán de sus actos los que cuenten con la madurez intelectiva y volitiva acorde con la naturaleza del acto lesivo". Precisamente, por el hecho de que el demandado, diagnosticado de trastorno bipolar grave, padeciera una crisis psicótica cuando agredió al demandante (agente de la policía), la sentencia le exoneró de toda responsabilidad al entender que la agresión fue un hecho "involuntario" dada su inimputabilidad civil.

Y, por ello, la jurisprudencia ha reconocido esa capacidad de actuar con culpa conforme al art. 1902 CC en casos en que el deterioro cognitivo es de una levedad que no impide conocer las consecuencias de las propias conductas. En ese sentido, la SAP (Civil) Salamanca 10 julio 2007[18] exoneró a una residencia de ancianos de toda responsabilidad por los daños causados por el incendio provocado por uno de ellos, de 78 años, al apagar mal una colilla. Según la sentencia, el anciano, que falleció en el incendio, estaba enfermo físicamente, pero sólo tenía un deterioro cognoscitivo leve que no le impedía "gobernarse por sí mismo, de modo que ni la residencia, ni nadie que no sea el propio anciano puede responder de sus actos libres y voluntarios, y de las consecuencias de los mismos, como lo fue el incendio que provocó por fumar en la habitación". No obstante, los herederos del anciano no fueron demandados con lo que no se reconoció indemnización a la víctima.

No obstante, otro sector doctrinal parte de un concepto de culpa totalmente distinto al que acabo de explicar. Con esta perspectiva se propugna que la culpa, como criterio de imputación de la responsabilidad, debe prescindir de las notas subjetivas atinentes a la persona que realiza la conducta. Y por ello se habla de "culpa objetiva" como fundamento de la obligación de indemnizar. Para su valoración se compara el comportamiento del individuo con el que hubiera llevado a cabo otra persona en las mismas circunstancias "externas", pero sin tener en cuenta las "internas o personales" (como pueden serlo la edad o algunas enfermedades mentales).

17 SAP (Civil) Barcelona 25 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370162012100577).

18 SAP (Civil) Salamanca 10 julio 2007 (Id Cendoj: 37274370012007100416).

Ese concepto de culpa objetiva permite aplicar el art. 1902 CC a aquellas personas que por su discapacidad no pueden ser civilmente imputables, entendida la imputabilidad según he comentado "supra". De ese modo, el dato subjetivo del padecimiento de una enfermedad mental que merma el intelecto no es obstáculo para responder de los daños causados porque la obligación de indemnizar no debe anudarse a la capacidad intelectiva del individuo. En ese sentido, se apunta que "el uso del concepto objetivo de diligencia simplifica el análisis de los actos dañosos de las personas con trastornos mentales y hace innecesario acudir a otras instituciones civiles, como el enriquecimiento injusto o la responsabilidad por propiedad, para conseguir resultados de justicia material"[19].

Así las cosas, este sector doctrinal entiende que el requisito de la imputabilidad, ni se contempla expresamente en el art. 1902 CC ni puede entenderse implícito en la "culpa o negligencia" a la que se refiere el precepto[20]. Esa noción de "culpa objetiva" es la barajada en el Derecho francés[21], donde, ya en los años sesenta, alguna ley (la de 3 de enero de 1968) reconoció la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, perdurando esa regla hasta nuestros días[22].

Es importante observar que la llamada "culpa objetiva" no debe identificarse con la responsabilidad objetiva, puesto que la primera no prescinde del elemento de la culpabilidad como la segunda, sólo que es valorado en términos objetivos. Tienen en común, no obstante, que tanto la una como la otra prescinden de valoraciones subjetivas referentes al autor del daño y que ambas se alejan de conceptos como la reprobabilidad o reprochabilidad de la conducta[23].

19 Seuba Torreblanca, J. C., Farnós Amorós, E., Fernández Crende, A.: "Daños causados por personas con trastornos mentales", *InDret,* 2.2004, p. 13.

20 Entre otros: Seuba Torreblanca, J. C., Farnós Amorós, E., Fernández Crende, A.: "Daños causados por personas con trastornos mentales", cit., p. 13; Pantaleón Díaz, M.: "La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal", *InDret*, 2017, 3, p. 13.

21 Pantaleón Díaz, M.: "La enigmática regla 1ª", cit., p. 13.

22 En la versión originaria del *Code civil* no había ningún precepto referido a la capacidad que se requiere para obligarse extracontractualmente (con lo que, originariamente, en este ordenamiento jurídico también se suscitó la polémica en torno a la exigencia de la aptitud natural de entender y de querer para responder conforme al art. 1382 *Code civil*). Pero, la Ley de 3 de enero de 1968, que reformó el art. 489-2 *Code civil*, declaró la responsabilidad civil de los enfermos mentales, y, de esa forma, no hizo más que avivar el debate porque, desde su promulgación, se planteó su posible aplicación a otros sujetos incapaces de entender y de querer por motivos distintos a los de una enfermedad psíquica (por ejemplo, los infantes). El precepto en cuestión señalaba que "celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation". El art. 489-2 *Code civil* fue renumerado por la Ley n°2007-308 de 5 marzo 2007 en vigor desde enero de 2009, y la regla con idéntico contenido se encuentra ahora en el art. 414-3.

23 Así se esforzaba en explicarlo Mazeaud, H.: "La "faute objetive" et la responsabilità sans faute", *Rec. Dall. Sirey*, 1985, I, p. 14, ferviente defensor de la culpa objetiva en el Derecho francés. Con todo, a pesar de ese intento de Mazeaud por distinguir la responsabilidad objetiva de la teoría de la culpa *in abstracto* o culpa objetiva (entendida en el sentido descrito en el texto), muchos autores han achacado a esta última el hecho de que, en realidad, prepare el camino para formas de imputación objetiva. En ese sentido, en la doctrina francesa, véase, por todos, Savatier, R.: *Traité de la responsabilité civile en Droit français,* tomo I, Librairie gé- nérale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951(10.ª edición), núm. 278. Y, en Italia: Visintini, G.: *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilitá,* núm. 12 (en la colección: I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale), Cedam, Padua, 1990, p. 6, que se plantea la cuestión en los siguientes términos: "In altri termini il comportamento di un soggetto è definito come

En nuestro Derecho, la defensa de la culpa objetiva como fundamento de la responsabilidad civil subjetiva se apoyó hace años en normas hoy derogadas, que parecían prescindir de las condiciones psicológicas del individuo para imputarle las consecuencias dañosas de sus conductas. Esas normas fueron principalmente los antiguos arts. 32.II CC y 20.1. 1ª CP 1973.

El antiguo art. 32.II CC (derogado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código civil en materia de tutela), a lo que aquí interesa, afirmaba que los menores y los incapacitados eran susceptibles de obligaciones, cuando éstas nacieran de los hechos o de las relaciones de sus bienes con un tercero[24]. El precepto fue interpretado en el sentido de que, entre los hechos que podían originar obligaciones, cabía incluir también los hechos ilícitos[25]. Sin embargo, esa interpretación fue rebatida por otros autores, como Pantaleón Prieto[26], que defendieron que el art. 32.II CC no podía servir al fin de reconocer la responsabilidad civil de esos sujetos, puesto que la norma se limitaba a reconocer que esas personas podían quedar obligadas respecto a terceros cuando se diera respecto a ellos el supuesto de hecho generador de la obligación de que se tratase; y en el caso de la impuesta por el art. 1902 se exigía la "culpa o negligencia". Por tanto, aquellas personas solamente podrían quedar obligadas conforme a dicho precepto cuando fueran capaces de culpa civil, esto es, cuando fueran civilmente imputables (lo que era perfectamente posible en algunos de los grupos de sujetos a los que se refería el precepto, por ejemplo, en adolescentes o en algunas personas con discapacidad), pero nunca cuando aquéllas fueran civilmente inimputables (infantes o sujetos con graves enfermedades psíquicas). La supresión

colposo se si discosta da un parametro prefissato. Ma è essato tutto ciò? O meglio è metodologicamente corretto? Si può veramente dibattere, sul terreno della responsabilità, intorno al concetto de colpa, se questo debba essere inteso in senso oggettivo o soggettivo? Si può parlare dell'elemento soggettivo (del fatto illecito) oggetivato? O piuttosto di fronte a questo modo di ragionare si assiste ad una snaturazione del concetto originario di colpa che serve a preparare la strada a fattispecie di responsabilità aquiliana ancorate a criteri di imputazione diversi dalla colpa?".

24 Decía el art. 32.II CC en su redacción originaria: "La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero". Acerca de las imperfecciones del precepto (la más flagrante, por ejemplo, el hecho de que equivocadamente aludiese a limitaciones y restricciones de la capacidad jurídica y no de la capacidad de obrar), puede verse, por todos, Díez-picazo y Ponce De León, L.: "Comentario al art. 32 CC en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo), tomo I, ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1978, pp. 822 y ss.

25 Invocaron el art. 32.II CC para defender la responsabilidad civil de los civilmente inimputables, entre otros: Conde-Pumpido Ferrero, C.: "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, tomo II, Univ. de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 82 y 87; León González, J. M.: "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, tomo VI, Universidad de Pamplona, Pamplona, 1969, pp. 337 a 339; Rogel Vide, C.: "La responsabilidad civil extracontractual…", cit., p. 1274; Ángel Yágüez, R.: *Lecciones*…, cit., p. 54; Badosa Coll, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 948 y 949.

26 Pantaleón Prieto, A. F.: "Comentario a la STS de 10 de marzo de 1983", cit., p. 456

del art. 32.II CC con la citada reforma de 1983 se debió a motivos que, al parecer, nada tuvieron que ver con la cuestión que aquí nos ocupa[27].

De otro lado, el art. 20. 1ª. II CP 1973 señalaba que los sujetos inimputables penalmente por razón de la edad o de alguna enfermedad psíquica respondían subsidiariamente (en defecto de quienes los tuvieran bajo su potestad o guarda legal, por no existir, ser insolventes o haber quedado exonerados de responsabilidad civil) de los daños causados con independencia de que el hecho dañoso estuviera o no penalmente tipificado[28]. Según la interpretación mayoritaria del art. 20.1ª. II CP 1973, el precepto prescindía de la imputabilidad civil de los sujetos llamados a responder (subsidiariamente), si bien, lógicamente, el hecho dañoso debía ser objetivamente negligente o doloso para que el sujeto inimputable tuviera el deber de indemnizar los daños causados por su conducta[29]. Ese fue el motivo por el que el art. 20.1ª. II CP 1973 fuera alegado como argumento para defender la responsabilidad civil con independencia de la imputabilidad civil del sujeto y del carácter delictivo o no del hecho dañoso.

Sin embargo, lo cierto es que la mayoría de la doctrina a la sazón restó trascendencia al precepto y consideró que su principal función era que las víctimas de esos daños no quedaran sin indemnizar[30] siempre que las personas civilmente inimputables tuvieran bienes presentes (no había compromiso respecto a bienes futuros) y pudieran reparar los daños sin poner en peligro sus necesidades básicas[31]. Es decir, que la opinión mayoritaria entendió que el art. 20.1ª. II CP 1973 era una norma excepcional y que no introducía una regla general de aplicación indiscriminada a todos los casos de daños irrogados por las personas civilmente inimputables[32].

27 Vid., en ese sentido, Yzquierdo Tolsada, M.: "La responsabilidad civil de menores e incapaces: panorama anterior y posterior a la reforma del CC en materia de tutela", en AA.VV.: *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares* (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1993 de Reforma del CC., Título IX y X del Libro I), ICAI, Madrid, 1984, pp. 163 a 166, quien realiza un estudio pormenorizado de los motivos de la supresión del precepto y de su invocación como argumento a favor de la responsabilidad civil de los inimputables.

28 Decía el art. 20. 1ª. II CP 1973 que "La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1°, 2°, 3° del artículo 8 CP no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: Primera. En los casos 1°, 2° y 3° son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el enajenado, el menor de dieciséis años o el sordomudo, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal".

29 La doctrina explicaba que era necesario que el hecho fuera objetivamente negligente o doloso porque sería absurdo que una persona civilmente inimputable respondiera de forma objetiva y que los civilmente imputables lo hicieran por culpa. Por todos: Gómez Calle, E.: *La responsabilidad civil…*, p. 202.

30 De hecho, los tribunales aplicaron el supuesto en casos en que los sujetos llamados a responder de los daños causados por los inimputables habían fallecido (en ese sentido puede verse la STS (Penal) 28 mayo 2002 (Id Cendoj: 28079120012002104007).

31 Gómez Calle, E.: "La responsabilidad civil del menor", cit., p. 125

32 Incluso, autores como López Beltrán de Heredia, C.: *La responsabilidad civil, cit*., pp. 179 y 181, entendieron que las personas a las que se refería el art. 20.1ª. II CP, aunque inimputables penalmente, habían de ser

En suma, aunque el antiguo art. 32.II CC y el art. 20.1ª. II CP 1973 fueron alegados por algunos autores en defensa de la concepción de una culpa "objetiva", la doctrina mayoritaria sólo los consideró como excepciones a la regla general en las que el legislador obligaba, bajo determinados presupuestos, a indemnizar los daños con independencia de la imputabilidad civil del sujeto que los causaba.

Si bien se mira, normas de ese tipo no son extrañas en nuestra cultura jurídica. Así, hay países como Italia donde, como regla general, se exige la capacidad de entender y de querer para responder civilmente de los daños (art. 2046 *Codice civile*), y, sin embargo, excepcionalmente, cuando la aplicación de las reglas de la llamada responsabilidad civil por hecho ajeno, resulta infructuosa y las víctimas no obtienen el resarcimiento de los daños causados por los civilmente inimputables (menores y personas con discapacidad mental), el juez puede condenar a éstos a pagar una indemnización "en equidad" para que los daños no queden sin indemnizar (art. 2047 *Codice civile*).

Esa misma previsión se recoge en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil[33] que en el art. 5191-9 contempla también la responsabilidad de los inimputables cuando no haya ninguna persona que vaya a indemnizar los daños causados por aquéllos. Para ello, lógicamente, sienta como requisito que la acción u omisión del menor o de la persona con discapacidad sea objetivamente negligente o dolosa. Y, además, al igual que en el caso del Derecho italiano, el art. 5191-9, la contempla como una responsabilidad en equidad porque el importe de la indemnización no se corresponde al daño que hay que reparar, sino que será adaptado a las respectivas circunstancias económicas y sociales del menor o incapaz y del perjudicado.

Por su parte, también los principios, definiciones y reglas, contenidos en el "Borrador del Marco común de referencia" (en adelante, por su acrónimo en inglés, DCFR)[34] contienen una regla similar en el art. VI.–5:301, que establece que las personas con discapacidad psíquica (definida como la incapacidad de comprender el alcance de la propia conducta, salvo cuando ese estado sea provocado por el propio sujeto) sólo responderán en virtud del principio de equidad, teniendo en cuenta sus medios económicos y las demás circunstancias del caso. En esos casos, la responsabilidad se limita a una compensación razonable. Así las cosas, aunque los DCFR parten de una responsabilidad por culpa "subjetiva" (como lo demuestra el hecho de que el art. VI. –3:103 declare que los menores de siete años no son imputables) no declaran la irresponsabilidad total de las personas con discapacidad

capaces de culpa civil.

33 *Propuesta de Código civil…*, cit.

34 *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*(coord. por C. Jerez Delgado), Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

psíquica, sino que optan por una solución intermedia: la de la responsabilidad por equidad[35].

En este tipo de previsiones, la derogación de la regla general de responsabilidad por culpa se justifica por el hecho de que se considera injusto que, teniendo patrimonio la persona con discapacidad (o el menor), la víctima tenga que pechar con todos los daños, con lo que se permite un reparto equitativo de los mismos. Objetivo loable que, sin embargo, puede resultar ajeno a los fines de la responsabilidad civil donde la traslación del daño del patrimonio de la víctima debe realizarse cuando exista algún motivo que lo justifique, que normalmente será la culpa o la responsabilidad objetiva, y, parece que en el caso que nos ocupa, no concurre ni la una ni la otra. Prueba de que se trata de reglas que quedan al margen del Derecho de daños es que la indemnización puede tomar en consideración las circunstancias económicas y sociales de la víctima y del autor del daño, cuando ni lo uno ni lo otro tienen que ver con el daño efectivamente sufrido[36]. Amén de los múltiples problemas que este tipo de reglas puede irrogar, en los que no puedo entrar porque escapan al objeto de este trabajo[37].

A lo que aquí interesa, es conveniente tener en cuenta que todas estas reglas que contienen excepciones donde la imputación de la obligación de indemnizar se realiza al margen de la imputabilidad civil, no implican, sin embargo, como acabo de explicar, que el principio general no sea el de la "culpa subjetiva".

3. La controversia suscitada en relación con el art. 299 CC.

A) Consideraciones generales.

El hecho de que el art. 299 CC no haga referencia a la capacidad de entender y de querer de la persona con discapacidad ha sido interpretado de maneras bien distintas, según la posición que, conforme he analizado en el epígrafe anterior, se adopte respecto a la exigencia de la imputabilidad civil como requisito para la responsabilidad por culpa.

35 Así lo señalan: Gómez Calle, E.: "La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y en el Borrador del Marco Común de Referencia", *Noticias de la Unión Europea*, n. 320, septiembre 2011, p. 77; Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas mayores. Elderly persons' civil liability ", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 25, 2021, pp. 127 y 128.

36 De hecho, como es sabido, la institución de la responsabilidad civil no es una institución "solidaria", sino todo lo contrario, tiene por finalidad "restituir al rico su riqueza y al pobre su pobreza", como brillantemente advirtió hace años Pantaleón Prieto, A. F.: Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Documentación administrativa*, nº 237-238, 1994 (ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas / coord. por L. Martín Rebollo), p. 251.

37 Analiza con detalle los problemas que plantea la responsabilidad civil basada en reglas de equidad: Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., pp. 124 a 129.

Así, el sector doctrinal mayoritario, al que me adhiero, que parte de que en nuestro Derecho es necesaria la imputabilidad civil para responder conforme al art. 1902 CC, porque así lo exige la noción "subjetiva" de la culpa, está dividido en cuanto a la lectura que hay que dar al art. 299 CC: a) Una posición continuista propugna que el art. 299 CC ha de interpretarse en armonía con el art. 1902 CC, de modo que el primer precepto, al remitirse, entre otros, al segundo, ve reducido su ámbito de aplicación y, en consecuencia, sólo va destinado a las personas cuya discapacidad psíquica no les merma su imputabilidad civil. b) Otra opinión más rupturista, por el contrario, entiende que el art. 299 CC introduce, al menos en el ámbito de los daños causados por personas mayores de edad con discapacidad, una modificación sustancial en el art. 1902 CC por cuanto sienta una regla de responsabilidad para personas que pueden no ser civilmente imputables.

En cambio, para el sector doctrinal que defiende una concepción de "culpa objetiva", el art. 299 CC, al no exigir la imputabilidad civil, no supone ningún cambio en la interpretación del art. 1902 CC porque este último precepto tampoco impone la imputabilidad civil del sujeto para hacerle responder de los daños causados.

A los epígrafes siguientes destinaré el análisis de las distintas lecturas que, teniendo en cuenta lo anterior, pueden darse al precepto, para concluir con una valoración personal.

B) El art. 299 CC como prolongación del art. 1902 CC entendido en clave de culpa "subjetiva".

Esta lectura del art. 299 CC, a la que he denominado "continuista", permite entender que el precepto no ha introducido cambio alguno en las reglas tradicionales de la responsabilidad civil basadas en un concepto de culpa "subjetiva" [38].

Esta interpretación, que yo también suscribo, puede apoyarse en el tenor literal del art. 299 CC que dice que la responsabilidad de las personas con discapacidad se exigirá de acuerdo con lo dispuesto en el "Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto". La remisión, según se entiende, significa que sólo cuando se cumplan

38 Entre otros, en esta posición pueden incluirse: Alía Robles, A.: "Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 2, 2020, pp. 4 y 5; López Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio,* Dykinson, Madrid, 2020, pp. 30 y 31; Alcaín Martínez, E.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2021, p. 9; Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., pp. 594 y ss.; yo misma en Atienza Navarro, Mª L.: "La responsabilidad civil por hecho ajeno", en AA.VV: *Derecho de daños*, Tomo I (dir. por M. E. Clemente Meoro y Mª E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 557 a 561; Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., pp. 77 y ss.; Toral Lara, E.: "El defensor judicial de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. De Verda Y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 335.

los requisitos establecidos en dicho capítulo, podrá exigirse la responsabilidad, y entre ellos, desde luego, se encuentra el de la culpa impuesta por el art. 1902 CC. Por ello, estas personas sólo responderán cuando su discapacidad no les impida actuar con culpa civil. O, dicho en otras palabras: sólo cuando tengan aptitud para valorar las consecuencias de sus actos, discernir lo que está bien de lo que está mal y comportarse en consecuencia, cabrá entender que pueden actuar con la culpa que exige, en sentido subjetivo, el art. 1902 CC.

En defensa de lo anterior, se alega que si el legislador hubiera querido sentar en el Derecho de daños español una regla en virtud de la cual resultara irrelevante la imputabilidad del sujeto para hacerle responsable, lo habría hecho de una forma mucho más clara y tajante, sin dejar lugar a dudas acerca de tan importante cuestión[39]. Así, como apunta Toral Lara "no parece posible defender que la reforma introducida por la Ley 8/2021 en materia de discapacidad pueda llevar a modificar el sistema de responsabilidad civil de todo nuestro ordenamiento jurídico sin ni siquiera tocar una coma del art. 1902 CC"[40]. Para esta autora, este precepto podría, algún día, contemplar una noción objetiva de la culpa, ello no puede resultar, desde luego, de una norma como el art. 299 CC que se remite al sistema tradicional de responsabilidad civil establecido en los arts. 1902 y ss. CC y que, en ningún caso, menciona la necesidad de reinterpretar el concepto de la culpa[41].

Así entendido, el art. 299 CC no contiene una regla indiscriminada y general de responsabilidad civil de las personas con discapacidad puesto que no todas ellas han de indemnizar los daños causados. Sólo deberán ser responsables, insisto, aquéllas que tengan esa aptitud natural de entender y de querer. Y es que, como con razón apunta Peña López, inimputabilidad y discapacidad no son términos coincidentes: muchas personas con discapacidad están dotadas de la capacidad de culpa que exige el Derecho de daños y, por tanto, pueden ser civilmente responsables[42].

Defender lo contrario, esto es, la responsabilidad en todo caso de quienes padecen una discapacidad resultaría injustificado cuando al resto de personas sí se les exige esa capacidad volitiva e intelectiva para responder; es decir, no se entendería, por ejemplo, la razón por la cual los menores de corta edad,

39 Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 594.

40 Toral Lara, E.: "El defensor judicial de las personas", cit., p. 335.

41 En opinión de Toral Lara, E.: "El defensor judicial ", cit., p. 335: "el propio art. 299 CC podía haber introducido algún matiz que implicase el establecimiento de una obligación autónoma de resarcimiento de los daños causados por las personas con discapacidad que no se identificase exactamente con nuestra responsabilidad civil, pero lo cierto es que reenvía sin mayores ambages al régimen general de responsabilidad civil. No se establece ninguna regla específica, ni se sugiere una diferente interpretación de la culpa en los supuestos que contempla, por lo que no parece que pueda defenderse una diferente aplicación de los art. 1902 y ss. CC."

42 Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 578.

titulares de un patrimonio, no deben indemnizar los daños que causan por no ser civilmente imputables[43]. Ni tampoco se explicaría por qué no responde una persona sin discapacidad, que en el momento de causación del daño resulta inimputable civilmente (por padecer, por ejemplo, un estado de enajenación mental transitorio).

Ese trato igualitario también llevará consigo que, si la situación de inimputabilidad ha sido provocada por el sujeto, no cabrá exoneración de la responsabilidad civil. Así, imaginemos el caso de una persona con discapacidad que, para evitar actuaciones desprovistas de discernimiento, debe tomarse una determinada medicación, no lo hace y causa un daño. Parece lógico entender que esa persona incurrirá en responsabilidad por culpa, aun cuando en el momento de realizar el hecho dañoso, no tuviera capacidad de querer y de entender[44].

C) El art. 299 CC como excepción a la regla general de la exigencia de imputabilidad civil conforme al art. 1902 CC.

Según otra lectura del art. 299 CC, el precepto, a diferencia del art. 1902 CC, establece una regla de responsabilidad civil basada en una culpa "objetiva" porque deja de lado el aspecto de la imputabilidad civil del causante del daño, de modo similar a, como vimos, sucede en el Derecho francés, en lo que se refiere a las personas con discapacidad, desde la reforma de 1968. Así las cosas, la persona con discapacidad respondería con independencia de su aptitud natural de querer y de entender[45].

43 Álvarez Lata, N.: "Comentario al artículo 299 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 539.

44 Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 77.

45 Claras defensoras de esta posición son: García Rubio, M.P.: "Apuntes comparativos hispano-protugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad", en AA.VV., *Responsabilidad civil em saúde*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021, pp. 332 y 333, respecto al texto proyectado; respecto al texto aprobado, puede verse: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan el apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica," en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón (*dir. por J. Ataz Lopez y J.A. Cobacho Gomez), Thomson Reuters- Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 611 a 649; Medina Alcoz, M.: "La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021: ¿un régimen estrictamente novedoso?", en AA. VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. Perera y M. Heras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 611-649.
Por su parte, Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 142, va incluso más allá, porque entiende que "la consagración de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio de las personas con discapacidad, por consiguiente, con independencia de si el demandado posee o no capacidad de discernimiento en el momento de la comisión del daño, lleva consigo un cambio en el concepto y significado de la culpa en el art. 1902 del Código Civil". Así las cosas, según esta autora, "la culpa deja de tener una connotación subjetiva (en cuanto ligada a la capacidad de entender y de querer) para pasar a poseer un significado objetivo (como infracción de un deber de cuidado)". No obstante, considera que habría sido deseable que se introdujera un cambio en el art. 1902 CC con la incorporación expresa de un nuevo concepto objetivo de culpa.

Por ello, conforme a esta interpretación, el art. 299 CC es una excepción al art. 1902 CC, de modo que la culpa, desde la reforma, para las personas mayores de edad ha de ser entendida en sentido objetivo y aislada de la capacidad natural del sujeto. De ese modo, tras la Ley 8/2021, la regla general es la de la culpa en sentido "subjetivo", y la excepción resulta de los casos en que se aplica el art. 299 CC, que parte de una culpa en sentido "objetivo". Con esta perspectiva, además, se considera que el art. 299 CC es una clara prueba de que la culpa mencionada en el art. 1902 CC es una culpa "subjetiva" porque si este último precepto llevara incluido un concepto de culpa objetivo no haría falta que una norma, como la del art. 299 CC, declarase expresamente la responsabilidad de quienes no son civilmente imputables.

En consecuencia, el art. 299 CC puede incluirse entre las normas que contemplan expresamente excepciones al principio de responsabilidad por culpa, entendida en sentido subjetivo (como, en su día, la regla contenida en el citado art. 20.1ª. II CP 1973 y, como según veremos después, ocurre hoy en el actual art. 118.1.1ª CP).

La excepción, en el caso del art. 299 CC, resulta justificada -según esta posición- porque las personas con discapacidad no pueden resultar discriminadas ni en sus derechos ni en sus obligaciones, y, en ese sentido, eximirles de la correspondiente responsabilidad civil por daños causados a terceros podría ser una suerte de discriminación, que procede de odiosas ideas paternalistas del pasado. Lógicamente, estos estigmas sociales del pasado, que valoran de forma peyorativa a estas personas, han de ser eliminados de los códigos civiles actuales. Y el reconocimiento de su propia responsabilidad, de forma paralela al del ejercicio de los derechos, es otra forma de lograr la erradicación de este tipo de discriminación. Por ello, según esta posición, la supresión del requisito de la imputabilidad civil es la vía para eliminar la estigmatización social derivada del hecho de que las personas con discapacidad no deban indemnizar a las víctimas de sus hechos dañosos[46].

D) El art. 299 CC como confirmación de la culpa "objetiva" contenida en el art. 1902 CC.

Esta interpretación parte de la idea de que el art. 1902 CC no exige una culpa en sentido subjetivo, y que perfectamente puede leerse el precepto en

46 García Rubio, M.P.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., pp. 982 y 983; Medina Alcoz, M.: "La responsabilidad civil de la persona", cit., pp. 613-614.
También, con anterioridad a la Reforma por Ley 8/2021, justificaron la responsabilidad de las personas con discapacidad con base en la idea de erradicar la discriminación: Yáñez Vivero, F.: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 120-122; De Amunátegui Rodríguez, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, p. 59; Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 143.

clave objetiva, prescindiendo de la idea de la imputabilidad civil. Por ello, para esta teoría, el art. 299 CC es una confirmación de que en nuestro Derecho hay que acudir a la noción de culpa objetiva para imputar la responsabilidad civil. El precepto no es, por tanto, una excepción al art. 1902 CC, ni un cambio en la manera de interpretarlo, sino una aclaración a la regla de responsabilidad por culpa "objetiva" contenida en éste. Aclaración, por otra parte, necesaria, dado que pocos autores y jueces dieron esa lectura al precepto que lo separa de la noción de imputabilidad civil. De esta opinión es Llamas Pombo, a quien no le parece riguroso afirmar que nos encontremos en presencia de un "nuevo" concepto de culpa civil que prescinda de las características subjetivas del causante del daño[47]. A su juicio, el nuevo art. 299 CC lo que ha hecho ha sido consagrar lo que, antes de la reforma de 2021, ya reivindicó un sector doctrinal, ciertamente minoritario[48]: la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, con independencia de su imputabilidad civil. Así, por alterada que se encuentre la mente o la salud psíquica de un sujeto, mientras tenga personalidad jurídica, su patrimonio es susceptible de derechos y obligaciones, y entre ellas también las extracontractuales[49].

E) Valoración personal: a favor de la lectura del art. 299 CC en clave de culpa "subjetiva".

Como ya adelanté, a mi modo de ver, en nuestro Derecho la imputabilidad civil, entendida en los términos explicados "supra", se requiere como regla general para responder de los daños causados, aunque el legislador excepcionalmente puede derogar ese principio mediante normas como el antiguo art. 20.1, regla 1ª CP 1973 y el vigente art. 118.1. 1ª CP. Sin embargo, no creo que el art. 299 CC deba incluirse entre esas reglas que introducen una excepción a la general exigencia de culpa civil, contenida en el art. 1902 CC.

Las razones por las que me adhiero a la tesis de que el art. 299 CC es una mera prolongación del art. 1902 CC, entendido en clave de culpa "subjetiva", y que, por tanto, el primer precepto sólo podrá aplicarse cuando se cumpla el requisito de la imputabilidad civil puesto por el art. 1902 CC, son de diversa índole. Las examino a continuación:

a) La Convención de Nueva York y los principios en los que se inspira no imponen necesariamente la responsabilidad civil de las personas con discapacidad.

47 Llamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil", cit., p. 3. Y más adelante, en la p. 8 insiste en que "dicho de otra manera, hay que entender forzosamente que cuando el art. 299 CC remite al régimen general de la responsabilidad civil, no está estableciendo (de manera más o menos velada, implícita o perifrástica, pues tampoco lo concreta) un "nuevo concepto de culpa", como en ocasiones ya se ha dicho, sino justamente lo contrario: exige la aplicación del art. 1902 en todos sus términos y extremos, también en el relativo a la culpa o negligencia".

48 Lo defendieron, entre otros: Pantaleón Díaz, M.: "La enigmática regla 1ª", cit., pp. 9-14; Seuba Torreblanca, J. C., Farnós Amorós, E., Fernández Crende, A.: "Daños causados por personas con trastornos mentales", cit., p. 2.

49 Llamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil", cit., p. 3.

De hecho, prueba de lo anterior es que ningún país, de los muchos que exigen la imputabilidad civil para responder de los daños irrogados, ha sentido la obligación de adaptar sus normas y eliminar esa exigencia para hacer responder a las personas que tengan mermada su capacidad de entender y de querer. Así lo aclara Martín Casals, que advierte que ninguno de los países que requieren la imputabilidad civil parece que vaya a adoptar el modelo de culpa "objetiva", para adecuar sus normas a lo dispuesto en la Convención de Nueva York.

En consecuencia, no parece que sea contrario al art. 12 de la Convención de Nueva York exigir imputabilidad civil para responder porque no hay limitación alguna en la titularidad o ejercicio de los derechos: la persona ejecuta un acto (dañoso) y lo que se regula, al hacerle o no responsable, son las consecuencias de aquél[50]. No existe, pues, discriminación, ni positiva ni negativa[51].

La exigencia de la imputabilidad civil, como presupuesto de la responsabilidad civil, no puede considerarse una discriminación para las personas que, por razón de su incapacidad, podrían ser declaradas exentas de la obligación de indemnizar los daños por ellas causados[52]. Y ello porque, como con razón se ha apuntado, una norma en ese sentido, que declarase expresamente que el inimputable a causa del padecimiento de una discapacidad intelectual severa no debe responder de los daños que cause, "no da ni quita ningún derecho", a diferencia de lo que sucedería, por ejemplo, con una norma que le concediera o no el sufragio activo[53].

La regla que resultaría discriminatoria sería aquélla que acogiera una exoneración de responsabilidad para todas las personas que padezcan una enfermedad psíquica que altere sus facultades mentales, sin distinguir su aptitud intelectiva o volitiva. En ese sentido, por ejemplo, una norma como la que contuvo el art. 488 Código civil portugués, que, después de exigir en el apartado 1 la imputabilidad civil como presupuesto de la responsabilidad civil, en su apartado 2 presumía la inimputabilidad de menores de siete años y de incapacitados

50 Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 67.

51 En el mismo sentido: Pantaleón Díaz, M. y Puente Rodríguez, L.: "Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. Munar Bernat), 2021, p. 125.

52 Además, como con acierto apunta Pantaleón Prieto, A. F.: "¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (I). Y algo más a propósito del Proyecto de Ley sobre las personas con discapacidad", *Almacén de Derecho*, abril 2021, aunque en relación con el Derecho de contratos: "la Convención de Nueva York no obliga a tratar a las personas con discapacidades intelectuales o psicosociales, en materia de Derecho de la contratación, igual que a las personas no afectadas por tales discapacidades, también para eliminar toda norma de privilegio a favor de aquellas: estoy convencido de que no prohíbe esa discriminación positiva". Parecidamente: Gómez Calle, E.: "En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad", *Almacén de Derecho*, diciembre 2021.

53 Además, como señala Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 594, no hay ningún estudio de base empírica que acredite esa discriminación o estigma que, para las personas inimputables por razón de su discapacidad, les genere el hecho de no responder civilmente de los daños que causan.

por anomalía psíquica[54]. Una presunción, como la del antiguo apartado 2 del art. 488 Código civil portugués, además de incompatible con los principios de la Convención de Nueva York[55], debe considerarse inexacta: inimputabilidad y discapacidad no son conceptos coincidentes, como, según vimos, ya han matizado algunos autores[56]. De hecho, se puede tener una discapacidad y ser imputable, de la misma manera que se puede ser inimputable y no ser una persona con discapacidad[57]. Y ello porque puede ocurrir que una persona sin discapacidad en un momento determinado sea inimputable civilmente por sufrir un trastorno mental transitorio, por ejemplo, y que otra con discapacidad psíquica no tenga en absoluto mermadas sus capacidades intelectivas.

Así las cosas, el problema no reside en exigir la imputabilidad civil para responder, sino en presumir que todas o algunas personas con discapacidad, por el hecho de padecer determinada enfermedad psíquica, no la tienen. De hecho, como apunta Martín Casals[58], "no hay un catálogo de enfermedades mentales que lleven asociada la idea de no tener capacidad de entender y de querer. La discapacidad intelectual que puede presentar una persona varía no solo con el distinto grado de afectación volitiva de cada tipo de enfermedad y de sus fases de desarrollo, sino de persona a persona". Es más, como apunta este autor, sería discriminatorio y estigmatizante vincular cierta discapacidad intelectual al padecimiento de una determinada enfermedad[59]. De hecho, como apunta Álvarez Lata, el legislador se ha preocupado por evitar tanto referencias médicas o diagnósticas propias del modelo médico de discapacidad, como alusiones al déficit de autogobierno, y, sobre todo, ha evitado emplear una noción de persona con discapacidad que la incluya en un "grupo homogéneo o especial del que predicar notas características que lo estigmaticen"[60].

Por ello, en relación con el tema que nos ocupa, se requiere comprobar, caso por caso, si la persona con discapacidad tiene esa aptitud intelectiva que le permite

54 El apartado 2 del art. 488 del Código civil portugués fue modificado por la Ley n.º 49/2018, de 14 de agosto (Diário da República n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14), en vigor a partir del 10 febrero 2019, que eliminó la alusión a los incapacitados por anomalía psíquica y dejó sólo la referencia a los menores de edad de 7 años.

55 Parecidamente: Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 75.

56 Lo explica, como dije, Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 578.

57 En el mismo sentido, Pantaleón Díaz, M. y Puente Rodríguez, L.: "Derecho penal y discapacidad", cit., p. 125.

58 Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 73.

59 Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 73, quien añade: "Médicamente, no puede derivarse una incapacidad de discernimiento o su disminución de una determinada enfermedad, y toda determinación de tal capacidad debe llevarse a cabo mediante el análisis de cómo sus síntomas han afectado a la persona concreta en las circunstancias específicas del hecho en cuestión (…) Además, no es jurídicamente deseable porque sería profundamente discriminatorio y estigmatizante que se vinculara una y se señala que es precisamente ese enfoque individualizado el que permite tratar a muchas personas que padecen psicopatologías como agentes autónomos".

60 Álvarez Lata, N.: "Comentario al artículo 299 CC", cit., pp. 471 y 472.

ser considerado civilmente imputable[61]. Y ello, insisto, lejos de ser discriminatorio, significa tratarle igual que al resto de las personas porque la exigencia de imputabilidad civil se aplica a cualquiera, incluidos los menores[62]. En consecuencia, verificar si se cumple o no con el presupuesto de la capacidad de entender y de querer para asumir las consecuencias dañosas de las propias conductas es algo que debe hacerse siempre como paso previo a la declaración de responsabilidad civil[63].

b) El art. 299 CC se remite expresamente a lo dispuesto en el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, de modo que, si el legislador hubiera querido introducir una modificación a lo allí dispuesto, la fórmula escogida habría sido otra, y desde luego nunca la de una mera remisión. Como con razón se ha dicho, un cambio de tal calado habría requerido, cuanto menos, de un pronunciamiento expreso y tajante que no hubiera dejado lugar a dudas de que, con la Reforma por Ley 8/2021, se quiere prescindir del requisito de la imputabilidad civil[64].

En ese sentido, además, me parece significativo el hecho de que en el Anteproyecto de 2018, el texto del art. 299 CC (entonces, art. 297 CC) decía que "la persona con discapacidad responderá *en todo caso* por los daños causados a terceros (…)". El Dictamen del Consejo de Estado[65] propuso la eliminación de la expresión "en todo caso", porque, con acierto, se consideró que el precepto podría ser interpretado erróneamente en el sentido de entender que las personas con discapacidad deberían responder siempre, esto es, con una especie de fórmula de responsabilidad objetiva; por ese motivo, en el Proyecto que se discutió en

61 También invitan a valorar caso por caso si efectivamente se cumplen los requisitos para entender que la persona con discapacidad ha actuado con culpa, los PETL, que en su art. 4:102 de los PETL parten de que el estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, pero adaptado cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla (punto 2). Con lo que, como se ha dicho con razón, "tanto la edad como la discapacidad física o psíquica son factores que se tienen en cuenta para adaptar el estándar objetivo de conducta exigible y, por tanto, para concluir cuándo una persona determinada incurre o no en una conducta culposa. Habrá que examinar, caso por caso, si el causante material del daño actuó o no con arreglo a lo que resulta normal o razonable en una persona de su mismo grupo de edad o condición mental" (así lo señala Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., pp. 136 y 137).

62 De la misma opinión es Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 75: "Requerir la imputabilidad, en el sentido de "capacidad de querer y entender" para que exista responsabilidad civil no supone ningún trato de favor y, por ello, discriminatorio de las personas con discapacidad, en relación con las personas que no presentan ninguna. Además, la regla que establece la inimputabilidad de las personas que carecen de capacidad de culpa civil, no sólo es la más común en nuestro entorno, sino que encaja perfectamente con los postulados tanto de la justicia correctiva como del análisis económico del derecho".

63 Parecidamente: Moreno Marín, M. D.: "La responsabilidad civil extracontractual", cit., p. 9, señala que "la clave está en valorar, atendiendo al caso concreto, si en el momento de la producción del ilícito civil, es decir, en un momento posterior, si esta persona tiene capacidad de entender y de querer, cuestión que se predica tanto de las personas con discapacidad como de las personas sin discapacidad".

64 Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 594. También, en el mismo sentido, puede verse Álvarez Lata, N.: "Comentario del artículo 299 CC", cit., p. 539, que entiende que "el legislador debió, como en otros pasajes de la reforma, ser más claro y dejar menos margen a las dudas e interpretaciones".

65 Dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 2019 (34/2019) (disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34).

el Congreso ya había desaparecido esa mención[66]. A mi modo de ver, la citada expresión habría podido también apoyar la defensa de una noción de culpa en sentido objetivo ("en todo caso" como equivalente a "con independencia de su imputabilidad"), pero el hecho de que se descartara esa referencia implica todo lo contrario: las personas con discapacidad, como no podría ser de otra manera, responden con los mismos requisitos y presupuestos que el resto de personas[67].

Por otro lado, en relación con la tramitación parlamentaria, también me parece acertado el cambio que se introdujo en la remisión contenida en el art. 299 CC. En el Proyecto de 17 de julio de 2020 que se discutió en las Cortes el texto del art. 299 CC proyectado establecía que "la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables". La referencia se consideró inadecuada desde un punto de vista técnico y, gracias a un par de enmiendas en ese sentido, fue sustituida por la de "de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto"[68]. Creo, sin embargo, que la cuestión trasciende a la técnica legislativa porque con la expresión actual se apunta la interpretación correcta: la responsabilidad de las personas con discapacidad no sólo se rige por las normas de responsabilidad por hecho propio (art. 1902 CC) y por hecho ajeno (art. 1903 CC), sino que también resultan aplicables el resto de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual contenidas en ese Capítulo II del Título XVI del libro IV. Por lo tanto, también aquellas, como, por ejemplo, el art. 1905 CC, que prescinden de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Ello permitirá, desde luego, que la persona con discapacidad que no sea imputable civilmente por razón de su enfermedad responda objetivamente cuando el legislador haya establecido una regla de responsabilidad sin culpa.

c) Prescindir -como hace la posición doctrinal que no comparto- del requisito de la imputabilidad civil implica que, cuando las personas con discapacidad son víctimas, y no autores de los daños, su falta de aptitud para entender y querer tampoco

66 Proyecto de 17 de julio de 2020 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Proyectos de Ley, n. 27-1, disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF).

67 De la misma opinión es Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., pp. 593 y 594, para quien "es fácil percatarse de que el texto original del precepto (que hablaba de que los discapacitados responderán "en todo caso") sí parecía abonar una responsabilidad más rigurosa de los discapacitados; y que sin embargo fue modificado en el trámite parlamentario por la versión actual. No quiero con esto decir que la versión original significase necesariamente la desaparición de la posibilidad de que pudieran alegar encontrarse en situación de inimputabilidad, pues las nociones de discapacidad e inimputabilidad, como ya he dicho, se encuentran muy alejadas; pero sí que constituiría un mejor apoyo para quien quisiese defender esa postura".

68 Las enmiendas fueron presentadas, por un lado, por los Grupos Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (enmienda 168), y por otro, por el Grupo Parlamentario Popular (enmienda 384). (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Proyectos de Ley, n. 27-1, disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF).

deberá ser tenida en cuenta a la hora de disminuir o excluir la indemnización. Y, sin embargo, alguna norma que reconoce todo lo contrario (esto es, que en los casos en que la víctima no sea capaz de culpa civil por padecer alguna discapacidad, no se tome en consideración su contribución a la causación del daño) no ha sido derogada expresamente por la Ley 8/2021. Me refiero al apartado 2 del art. 1 TRLCVM, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre[69], que, siguiendo las reivindicaciones doctrinales[70], cuando se trata de víctimas no conductoras que sufran un daño y sean civilmente inimputables ya sea por edad, ya por enfermedad, no tiene en cuenta su actuación a los efectos de reducir o excluir la responsabilidad del agente, en los casos de secuelas o lesiones[71]. Así, en lo que al tema que interesa se refiere, el precepto señala que cuando la víctima que contribuye a la causación del daño padezca, según la terminología de la Ley, "un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil", no cabrá tomar en consideración su actuación, y, por consiguiente, no habrá que excluir ni disminuir la indemnización. El precepto no aclara qué grado de menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico han de tener las víctimas, pero, según la doctrina, lo determinante es que dicho menoscabo les prive de la capacidad de discernimiento, esto es, de actuar con culpa civil, de modo que habrá de procederse caso por caso[72]. Aunque los términos en que se pronuncia el precepto son criticables (en particular, el hecho de que no hablase simplemente de personas con discapacidad)[73], lo cierto es que sigue aplicándose en materia

69 Dice el art. 1 apartado 2 TRLCVM: "Sin perjuicio de que pueda existir culpa exclusiva de acuerdo con el apartado 1, cuando la víctima capaz de culpa civil sólo contribuya a la producción del daño se reducirán todas las indemnizaciones, incluidas las relativas a los gastos en que se haya incurrido en los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del setenta y cinco por ciento. Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño. En los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización y se excluye la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. Tales reglas no procederán si el menor o alguna de las personas mencionadas han contribuido dolosamente a la producción del daño. Las reglas de los dos párrafos anteriores se aplicarán también si la víctima incumple su deber de mitigar el daño. La víctima incumple este deber si deja de llevar a cabo una conducta generalmente exigible que, sin comportar riesgo alguno para su salud o integridad física, habría evitado la agravación del daño producido y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo".

70 De todas, merece ser recordada la crítica que, al respecto, argüía Pantaleón Prieto, A. F., "Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor", *Revista Jurídica Aranzadi*, año VI, nº 245, 9 mayo 1996, pp. 1 y 2.: El hecho de una niña "objetivamente causante" de su tetraplejia, al ser atropellada, "no perciba ninguna indemnización con cargo al seguro obligatorio ha de parecer sencillamente pasmoso a cualquiera que tenga el mínimo sentido jurídico para comprender la función de la responsabilidad obligatoriamente asegurada", que en el fondo no es más que un "mecanismo de solidaridad forzosa de los titulares de vehículos de motor hacia las víctimas de desgracias".

71 Analizo con detalle esta cuestión en *Accidentes de circulación, muerte e indemnización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

72 Por ello, entiende Badillo Arias, J. A., *La responsabilidad civil automovilística: el hecho de la circulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 197, que una persona con un gran menoscabo físico, como un parapléjico, por ejemplo, no podría incluirse en el supuesto de aplicación de la norma, porque sí tiene capacidad de gobernar sus actos.

73 Así lo defiende: Badillo Arias, J. A., *La responsabilidad civil automovilística*…, cit., p. 197.

de accidentes de tráfico y permite, insisto, valorar la capacidad de discernimiento de estas personas para decidir si su conducta puede llegar a reducir o excluir la indemnización por los daños derivados de las secuelas o lesiones, sin que se haya visto afectado por la Ley 8/2021[74].

d) Otro argumento, a mi juicio incontestable, es que prescindir de la imputabilidad civil de las personas con discapacidad para hacerles responder de los daños lleva consigo una incoherencia injustificada del sistema: los menores responden en atención a su capacidad de entender y de querer y, por lo tanto, con base en una culpa "subjetiva" y las personas con discapacidad, en cambio, lo hacen con una regla de responsabilidad por culpa "objetiva".

Y todavía se entiende menos el argumento de que el reconocimiento de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad es una medida de protección de las víctimas. Medida que, incomprensiblemente, se considera necesaria en el caso de las personas con discapacidad, pero no en el de los menores de edad. De hecho, en algunos ordenamientos jurídicos, donde las personas civilmente inimputables no responden, se establecen reglas de responsabilidad en "equidad", que cumplen precisamente esa función: evitar que la víctima quede sin indemnización, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen. Así sucede en el art. 2047, párrafo 2ª, que, como vimos, permite al juez, cuando el perjudicado no haya obtenido el resarcimiento del daño por parte de quien tuviera bajo vigilancia al civilmente inimputable, condenar a este último a pagar una indemnización en equidad. Y así lo contempla también, como ya expliqué, la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil en el art. 5191-9, que acoge esa misma fórmula de la indemnización en equidad, con base en principios justicia distributiva, que obligan a indemnizar a las víctimas aun cuando no haya motivos, basados en la responsabilidad civil, para ello. Y digo que no los hay (y es importante recordarlo) porque las razones para trasladar los daños del patrimonio de la víctima al causante, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, son dos: la culpa y la responsabilidad objetiva; y ni la una ni la otra concurren en este tipo de normas que lo que tienen en cuenta para desplazar el coste del daño de la víctima al agente es algo totalmente ajeno a la responsabilidad civil: la capacidad económica de una y otro[75].

74 No puedo detenerme en este momento en la crítica que puede realizarse al hecho de que para el art. 1. II TRLCVM en un mismo hecho dañoso (accidente de circulación al que contribuye la víctima civilmente inimputable) se tendrá o no en cuenta la actuación del menor o de la persona con discapacidad para interferir o incluso interrumpir el nexo causal, según la indemnización vaya a ser percibida por él mismo o por sus familiares, en el caso de haberse producido su fallecimiento. Sólo en este último caso la actuación del civilmente inimputable provocará la reducción o, incluso, la exclusión de la indemnización, mientras que en el primero la cobrará íntegra. Una regla de tales características sólo puede explicarse por el propósito –desde luego loable- de dar protección a la víctima civilmente inimputable. Por ello, se la ha calificado de norma excepcional y que, según la doctrina, no debe aplicarse por analogía fuera del tráfico motorizado. En ese sentido: Medina Crespo, M., *El nuevo baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 41 y 42.

75 Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., pp. 79 y 80.

4. La utilidad práctica del art. 299 CC.

Las razones apuntadas en el último apartado del epígrafe anterior, a mi juicio, pueden ser alegadas en contra de posiciones que han defendido la derogación del requisito de la imputabilidad en el art. 1902 CC en general o su introducción como una excepción a dicho precepto, que implicaría la inexigibilidad de dicha imputabilidad para personas con discapacidad.

No se me escapa que suscribir la interpretación aquí mantenida (esto es, que el art. 299 CC es una prolongación del art. 1902 CC entendido en clave "subjetiva") puede llevar a pensar que la reforma carece de utilidad práctica. Dicho en otras palabras, cabría preguntarse qué aporta el art. 299 CC si el art. 1902 CC siempre ha podido aplicarse a las personas civilmente imputables, tengan o no una discapacidad. Sin embargo, lo cierto es que el precepto sí cumple una finalidad práctica importante porque los jueces nunca, o muy pocas veces, se plantearon reconocer la responsabilidad civil de personas que habían sido incapacitadas judicialmente[76], y además a las víctimas tampoco se les ocurrió reclamarla[77] (ni siquiera en casos en que se nombraba a un curador y no a un tutor para representarlas). De hecho, aunque, de momento, son pocas las sentencias que se han pronunciado acerca del art. 299 CC, ya hay alguna en la que la víctima solicita la indemnización directamente a la persona con discapacidad. Me refiero a la SAP Orense (Civil) 5 junio 2023[78], pronunciada en un asunto en el que se solicitó la responsabilidad civil de la persona con discapacidad con base en el art. 299 CC. La decisión, sin embargo, entendió que, si bien es cierto que el precepto establece que la persona con discapacidad responderá de los daños causados a otros, "el eventual pronunciamiento de condena ha de dictarse después de seguirse el procedimiento legalmente establecido, que impone, como medida de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona discapacitada o con limitaciones

76 Es habitual que las sentencias que reconocen la responsabilidad de la persona con discapacidad mental se pronuncien en supuestos en que dicha persona ya ha fallecido, como consecuencia de su propia conducta. En ese sentido, la SAP (Civil) Badajoz 10 septiembre 2001 (Id Cendoj: 06015370032001100003) afirmó que una persona con problemas mentales (a pesar de los cuales no había llegado a ser incapacitada) fue la responsable del escape de gas que irrogó la explosión en un edificio, y que causó graves daños, entre ellos el fallecimiento del autor de los hechos. Por ello, se declaró la responsabilidad de sus herederos. Como puede verse, el patrimonio que resulta afectado es el de éstos y no el de la persona con discapacidad. Lo mismo sucede en el caso resuelto por la STS (Civil) 30 abril 2003 (Id Cendoj: 28079110012003101806), que condenó al Estado y a los herederos de un guardia civil que mató a una persona, en un restaurante, con su arma reglamentaria, habiéndose demostrado que el autor de los hechos padecía un trastorno mental atípico (desorden esquizoide).

77 Por ello, no es de extrañar que en casos como el resuelto por la SAP Barcelona 1 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370112012100042), donde un anciano de 77 años de edad, diagnosticado de deterioro cognitivo progresivo con ideas de autorreferencia-delirio paranoide, fumador empedernido, originó un incendio en la habitación de su residencia con una colilla mal apagada, causando su propia muerte y la de su compañero, no se planteara en la demanda siquiera su responsabilidad civil (transmitida a sus herederos), sino sólo la de la residencia y su compañía aseguradora, que resultaron ambas condenadas. No obstante, la sentencia sí reconoce en una lacónica declaración que esas responsabilidades operan "sin perjuicio de las acciones de repetición a que hubiere lugar frente a los herederos del causante".

78 Id Cendoj: 32054370012023100360.

intelectivas y volitivas, el nombramiento de un defensor judicial". Así, en el caso, se declaró la nulidad de actuaciones en un proceso en el que, en la vía penal, la autora del delito de lesiones fue declarada exenta de responsabilidad criminal, por su enfermedad mental, y solicitada la indemnización de daños y perjuicios en la vía civil, se declaró la nulidad de actuaciones por no haberse seguido previamente un procedimiento para solicitar medidas de apoyo a la autora de los hechos.

Así las cosas, a mi juicio, el art. 299 CC cumple una importante función, a la que no debe restarse importancia: el precepto impone que, como regla general, sea la persona con discapacidad la que responda, con base en el art. 299 CC, cuando ha actuado con culpa y ha causado un daño. Por consiguiente, implica un "reconocimiento" de que, "a priori", sufrir una discapacidad no es un motivo para excluir la responsabilidad civil. Todo lo contrario: dado el espíritu de la Reforma, hay que reivindicar que esas personas deben ser responsables de los daños que causan en igualdad de condiciones que el resto y sólo cuando, en casos excepcionales, resulte que sus aptitudes intelectivas estén absolutamente mermadas para prever y evitar las consecuencias dañosas de sus conductas, no responderán. Así las cosas, insisto, la mera discapacidad no es condición suficiente para considerar a la persona que la padece como inimputable, y, por tanto, como irresponsable de los daños que causa[79]. Es necesario, como decía, que provoque una merma en sus aptitudes intelectivas y volitivas, como sucede con ciertas enfermedades mentales graves. De ese modo, como con atino apunta Peña López, la Ley 8/2021 pretende "situar a los discapacitados en primera línea como responsables por hecho propio, eliminando la idea de que quien normalmente responde por el discapacitado es su representante legal"[80]. Y por ese motivo, como analizaré a continuación, la otra medida de la reforma ha sido reducir los casos de responsabilidad civil por hecho ajeno.

IV. LA RESTRICCIÓN DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO.

1. Sujetos responsables: curadores con facultades de representación plena.

Otra de las novedades introducidas por la Ley 8/2021, en el ámbito de la responsabilidad civil, es la restricción de supuestos en que otros sujetos responden de los daños causados por las personas con discapacidad. Así lo anuncia, como vimos, su Preámbulo al advertir que los cambios en la responsabilidad por hecho propio de las personas con discapacidad deben llevar consigo una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad civil por hecho ajeno.

79 Explica así esta posición: Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 572.

80 Peña López, F.: "Reformas en materia", cit., p. 593.

En la redacción anterior a su modificación por la Ley 8/2021, el tercer párrafo del art. 1903 CC establecía que los tutores respondían de los daños irrogados por los menores e incapacitados que estuvieran bajo su autoridad y habitaran en su compañía. La Ley 8/2021, en coherencia con el espíritu de la reforma, ha eliminado la mención a los "incapacitados". No se trata sólo, advierte el legislador, de una cuestión terminológica que sustituya los tradicionales términos por otros más respetuosos con las personas con discapacidad, sino que es una reforma de mayor calado. Por de pronto, la supresión del término es lógica porque, amén de que ya no hay procesos de incapacitación, en la regulación actual las personas con discapacidad nunca están sometidas a tutela. Dicha institución sólo va a poder destinarse, en la actualidad, a los casos de menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad (art. 199 CC). Por ello, el tercer párrafo del art. 1903 CC, tras la reforma por Ley 8/2021, señala ahora que los tutores responden "de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía".

En cuanto a los daños irrogados por las personas con discapacidad, la Ley 8/2021 ha introducido un nuevo párrafo cuarto[81] en el art. 1903 CC donde señala que responderán los curadores con facultades de representación plena siempre que convivan con la persona con discapacidad. Hay que advertir que el legislador sólo contempla la responsabilidad de los curadores con facultades de representación plena y no la de quienes lleven a cabo otras medidas de apoyo, como lo son, conforme al nuevo art. 250 CC, las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, el defensor judicial y otro tipo de curatelas no representativas. Y es que el curador que puede resultar responsable conforme al art. 1903 CC no es cualquier curador, sino sólo quien, conforme al art. 269 CC, además de convivir con la persona con discapacidad, asuma su representación plena (no por tanto para actos concretos, sino de forma general); situación ésta que, en la nueva regulación, es tratada como excepcional, pues se articula sólo en casos extremos en los que, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[82]. Si bien se mira, resulta lógico que el art. 1903 CC sólo mencione a los curadores con facultades plenas de representación porque cuando las medidas de apoyo son las otras previstas en el art. 250 CC, la persona con discapacidad no presentará "defecto o insuficiencia" de voluntad (art. 249 CC "a senso contrario"), que justifique que otra persona

81 Hay que precisar, además, como cuestión meramente formal, que la introducción de un nuevo cuarto párrafo en el art. 1903 CC obliga a cambiar la numeración de los que le siguen (de tal manera que la responsabilidad de los empresarios pasa ahora a ocupar el párrafo quinto, la de los titulares de centros docentes el sexto y la de la prueba exoneratoria de la responsabilidad, el séptimo).

82 Y, aún en esos casos, dice el art. 249 CC que el curador con facultades representativas deberá "tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación".

deba responder de sus actos. Por el contrario, en esos casos, se originará su propia responsabilidad conforme a lo establecido en el art. 299 CC.

2. Fundamento de la responsabilidad. El contenido de la culpa de los curadores con facultades de representación plena.

El fundamento de la responsabilidad civil del curador con facultades representativas, como en todos los casos del art. 1903 CC, es una culpa o negligencia que se presume "iuris tantum", de modo tal que en el caso de que consiga demostrar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado directamente por la persona con discapacidad, cesará dicha responsabilidad (último párrafo del art. 1903 CC). Ocurre, por tanto, que es el curador quien, para no responder, ha de destruir esa presunción de culpa mediante la prueba de la diligencia a la que alude el último párrafo del art. 1903 CC.

En cuanto al contenido de la culpa del curador, cabe cuestionar si seguirán siendo aplicables los tradicionales conceptos de la culpa *in vigilando* o *in educando* que formalmente fundamentan algunos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno del art. 1903 CC o si, por el contrario, hay que hablar otros contenidos distintos en esa culpa. Desde luego, una interpretación acorde a la reforma de 2021 implicaría que cuando se trata de personas mayores de edad la función de las medidas de apoyo no es la de vigilarlas, ni educarlas, ni siquiera en el caso del curador con facultades de representación plena, quien ha de limitarse a prestar el "apoyo" proporcionado a las necesidades de dicha persona[83]. Por ello, ya hay algún autor[84] que ha propuesto un fundamento distinto para esa culpa, el de la "culpa in fulciendo", que procede del verbo "fulcire" que significa apoyar. Así las cosas, el curador, para exonerarse de responsabilidad conforme al último párrafo del art. 1903 CC, debería acreditar que ha apoyado debidamente a la persona con discapacidad y que, sin embargo, ésta ha causado el daño. De todos modos, a mi juicio, en los casos más graves, que son precisamente aquéllos para los que está prevista la representación por medio de un curador, no debería descartarse el tradicional fundamento basado en la "culpa in vigilando"[85].

83 Alcaín Martínez, E.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 10; LLamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil", cit., p. 11.

84 Por todos: Alcaín Martínez, E.: "La responsabilidad civil de las personas p. 11. Le sigue LLamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil", cit., p. 11.

85 En ese sentido, los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil" (Principles of European Tort Law (en adelante, PETL), http://www.egtl.org.572), en sede de "responsabilidad por otros", contemplan una responsabilidad subjetiva, con base en una culpa presunta, por parte de quien tiene a su cargo a una persona con discapacidad psíquica, a menos que demuestre que cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su "supervisión" (art. 6:101), concepto que recuerda al de la vigilancia. Una acertada exposición de las líneas generales de los principios puede verse en Martín Casals, M.: "Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil", *InDret*, mayo 2005.

No obstante todo lo anterior, como siempre que se analiza el art. 1903 CC, hay que advertir que, aunque la responsabilidad por hecho ajeno contemplada en el precepto es por culpa, en la práctica los Tribunales la tratan como si fuera objetiva. Por ello, es lugar común en la doctrina señalar que en el art. 1903 CC debe distinguirse lo que la norma dispone formalmente de su aplicación práctica por parte de los Tribunales: el Tribunal Supremo suele dificultar la aplicación del último párrafo del precepto elevando tanto el nivel de diligencia exigida, que la prueba liberatoria del art. 1903.VII CC, en muchos casos, apenas puede funcionar en la práctica[86]. Únicamente, en el supuesto de los titulares de centros docentes hay una excepción a esta línea jurisprudencial, porque son muchas las sentencias que dan por buena la prueba de que han empleado toda la diligencia exigible para prevenir el daño[87].

Es difícil saber cuál va a ser la línea que van a seguir los Tribunales respecto a los curadores con facultades plenas de representación. Sin embargo, en mi opinión, no es descartable que, al igual que ha sucedido en el caso de los titulares de centros docentes, el Tribunal Supremo se decante por entender probada, en ocasiones, la diligencia del curador para evitar o prevenir el daño y le exonere de responsabilidad conforme al último párrafo del art. 1903 CC. Y ello porque de esa manera se materializaría en la práctica la finalidad de la reforma de reducir los supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno. De ese modo, si el curador consigue demostrar que prestó el apoyo indicado al tipo de discapacidad, y que nada pudo hacer para evitar que se causase el daño, debería quedar exonerado de responsabilidad. Lo mismo que en los casos en que el curador, como prueba de la diligencia, acredite que la persona con discapacidad rechazó el apoyo que intentó prestarle y, por ese motivo, ocasionó un daño[88]. Este último supuesto, no obstante, es problemático: en casos de discapacidad grave, en los que precisamente la enfermedad lleva a oponerse al apoyo o a desoír los consejos en indicaciones del curador con facultades de representación plena, seguramente no será suficiente,

86 La doctrina española siempre ha denunciado esa desarmonía entre la letra de la ley y su aplicación jurisprudencial. Entre otros, puede verse: Rogel Vide, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela", *ADC*, 1976, pp. 1245-1246; Soto Nieto, F.: "Solidaridad entre el causante material del ilícito culposo y el responsable por 'hecho de otro', *RDP*, 1981, I, pp. 436 y 442, y en *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 178; Santos Briz, J.: "Comentario al art. 1903 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XXIV, Edersa, Madrid, 1983, pp. 563 y ss.; Carbajo González, J.: "La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos", *AC*, 1992, IV, p. 733; Paños Pérez, A.: *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 32 y ss.; Roca Trías, E.: *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed. 2011, pp. 486 y 487; Gómez Calle, E.: "Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 1018 y ss.

87 Así lo explico con más detalle en Atienza Navarro, Mª L.: "La responsabilidad civil de los titulares de centros docentes", en AA.VV: *Derecho de daños*, tomo I (dir. por M. E. Clemente Meoro y Mª E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 718 a 726.

88 En ese sentido, puede verse: García Rubio, M.P.: "Apuntes comparativos hispanoportugueses", cit., p. 336.

para acreditar haber actuado con toda la diligencia a la que se refiere el último párrafo del art. 1903 CC, probar esa oposición o desobediencia.

Para ilustrar lo anterior, pongamos como ejemplo el supuesto de hecho sobre el que se pronunció la STS (Civil) 8 septiembre 2021[89]: Una persona con síndrome de diógenes diagnosticado recurrió ante el Tribunal Supremo porque en las sentencias de primera y segunda instancia se le habían asignado medidas de apoyo para finalizar con la situación de absoluto y extremo abandono de su higiene personal y de la de su vivienda y el consiguiente riesgo para la salubridad de los vecinos en el inmueble. Ante la oposición por parte del recurrente a recibir ese tipo de apoyo, el Tribunal Supremo interpretó que la referencia del art. 268 CC, a que ha de atenderse a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, no significa que los jueces estén obligados a seguir el dictado de dicha voluntad, deseos y preferencias manifestados por la persona con discapacidad, sobre todo cuando el trastorno "no sólo le provoca una situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda". Por consiguiente, el Tribunal Supremo confirmó las sentencias de la instancia en lo relativo a la necesidad de que se estableciesen medidas de apoyo de carácter asistencial consistentes en que la entidad designada curadora realizase, por una parte, los servicios de limpieza y orden de la casa, estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, que asegurase la efectiva atención médico-asistencial del recurrente, en lo que respecta al tratamiento del síndrome de diógenes que padecía el recurrente[90]. Pues bien, si en esas circunstancias, esa persona se opusiese a recibir el apoyo y continuase acumulando basura y suciedad, provocando de esa manera daños a sus vecinos, a mi modo de ver, la entidad curadora no podría exonerarse con base en esa oposición, que no debería ser obstáculo para prestar diligentemente el apoyo entrando en el domicilio sin consentimiento.

89 STS (Civil) 8 septiembre 2021 (Id Cendoj: 28079119912021100017).

90 Recientemente, el Tribunal Supremo ha seguido la línea mantenida en esa sentencia en otras dos resoluciones. La primera, la STS 20 (Civil) 20 octubre 2023 (Id Cendoj: 28079119912023100014), se pronunció sobre un caso en que una persona, a la edad de 55 años sufrió un ictus, que le dejó como secuela un trastorno neurocognitivo mayor, con alteración de comportamiento y cambio de personalidad. La esposa ejerció durante un tiempo la guarda de hecho, pero solicitó ser curadora con facultades de representación del marido, alegando que éste no podía participar ni en la administración de sus bienes, ni en la gestión económica de sus asuntos, ni tampoco adoptar decisiones concernientes a su esfera personal, tales como decidir sobre sus tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, etc. El Tribunal Supremo, en contra de lo alegado por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación, dio la razón a la esposa y confirmó la decisión de la Audiencia Provincial que decretó como medida de apoyo una curatela con facultades de representación plena. Lo mismo hizo otra decisión de la misma fecha que la anterior (STS (Civil) 20 octubre 2023 (Id Cendoj: 28079119912023100015), pronunciada en un asunto en el que también solicitó la curatela representativa plena el hijo de un anciano de 95 años, que padecía demencia senil, con un grave deterioro cognitivo, fruto del cual no podía desempeñar actividades cotidianas, ni tomar decisiones en el ámbito de su economía.

De todos modos, como puede fácilmente deducirse, los supuestos son muy variados y sólo podrá valorarse el contenido de la diligencia del curador caso por caso, dada la heterogeneidad de situaciones que pueden presentarse.

No obstante todo lo anterior, hay que tener también en cuenta que algún autor, en contra de lo que acabo de señalar, considera que, en la práctica, los curadores con facultades de representación plena responderán -como sucede en la mayor parte de supuestos del art. 1903 CC- de forma objetiva, con lo que no podrán exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de haber actuado con toda la diligencia de un buen padre de familia[91]. Según esta opinión, de nada servirá siquiera el hecho de que la persona con discapacidad no hubiera seguido los consejos o recomendaciones del curador, que sólo podrá dejar de responder si consigue excusarse del cargo conforme al art. 279 CC. Únicamente, y de forma excepcional, cabría la exoneración de los curadores con facultades de representación, cuando no existan otras personas llamadas al ejercicio de la curatela y acrediten que la voluntad de la persona apoyada (que ha de quedar necesariamente respetada conforme al art. 268 CC) es contraria a la del curador, por lo que el daño será exclusivamente imputable a la propia persona con discapacidad.

3. La (im)posibilidad de aplicar analógicamente el art. 1903 CC a otras medidas de apoyo distintas de la curatela con facultades de representación plena.

El art. 1903 CC sólo hace referencia, como hemos visto, al curador con facultades de representación plena, de modo que podría plantearse la posibilidad de aplicar analógicamente el precepto a otras medidas de apoyo, distintas a la curatela representativa, como son las voluntarias, la guarda de hecho, el defensor judicial y los curadores no representativos.

El recurso a la analogía podría ser defendible porque, según cierta interpretación doctrinal y jurisprudencial, el art. 1903 CC no contiene un listado cerrado de sujetos responsables[92]. Así, comoquiera que, en este caso, hay identidad de razón

91 Así lo considera LLamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil", cit., p. 11, quien advierte que, en los casos de curadores con facultades plenas de representación, que conviven con las personas con discapacidad, responderán objetivamente por los daños que cause ésta: "Por mucho que demuestre haber extremado la diligencia en las (hoy, muy limitadas) funciones de apoyo, va a resultar muy difícil encontrar un fundamento para su exoneración de tal responsabilidad. También lo señala: Moreno Marín, M. D.: "La responsabilidad civil extracontractual", cit., p. 11.

92 No puedo entrar en este momento en la controvertida cuestión de la aplicación analógica del art. 1903 CC (la analizo con detalle en Atienza Navarro, Mª L.: "La responsabilidad civil por hecho ajeno", cit., pp. 557 a 561). Sin embargo, he de destacar que un sector doctrinal mayoritario entiende que puede recurrirse al art. 4 CC porque el art. 1903 CC no es una norma penal, ni de ámbito temporal, ni excepcional. Por consiguiente, siempre que se den las mismas características de custodia o de jerarquía o de subordinación en la relación podría extenderse a otros sujetos no contemplados en la norma por existir identidad de razón. Entre otros, pueden verse: Díaz Alabart, S.: "Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de 7 de enero de 1991", *Revista jurídica de Castilla la Mancha,* núm. 11 y núm. 12, 1991, p. 448; Caballero Lozano, J. Mª.: "Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil", *RDP*, 1991, p. 917; Ángel Yágüez, R.: "Comentario al art. 1903 CC", *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª edición, p.2027; Moreno Martínez, J. A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños*

entre el supuesto de hecho contemplado en el art. 1903.IV CC y esas otras personas que dispensan medidas de apoyo distintas a la curatela representativa, cabría entender que la responsabilidad de éstas sería la misma que la de los curadores con facultades de representación plena: directa y por culpa presunta conforme a lo previsto en el último párrafo del art. 1903 CC[93].

Sin embargo, aun partiendo de que fuera posible aplicar analógicamente el art. 1903.IV CC a esas otras medidas de apoyo, a mi juicio, esta opción debe quedar radicalmente descartada: las personas que prestan esas otras medidas de apoyo no responden conforme a este precepto sino con base en el art. 1902 CC[94], de modo que solamente deberán indemnizar los daños cuando la víctima acredite su negligencia. La prueba de la culpa del sujeto es necesaria conforme al art. 1902 CC, a diferencia de lo que sucede con el art. 1903 CC en el que se presume[95]. En estos casos, además, habrá de demostrarse que el llamado a responder tiene la obligación de prevenir el daño causado por la persona con discapacidad, dada la

causados por sus alumnos, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid,1996, pp. 208 y 209; Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes›", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago), vol. 1, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 1170. La jurisprudencia, desde la STS (Civil) 23 febrero 1976, ha entendido que el catálogo de sujetos a los que se refiere el art. 1903 CC es abierto (la invoca, por ejemplo, la STS (Civil) 4 abril 1997 (RAJ 1997, 2639). No obstante, algunas sentencias se apartan de esa línea jurisprudencial; en ese sentido puede verse la STS (Civil) 16 octubre 2003 que, de forma poco afortunada, entiende que la doctrina es unánime al entender que el art. 1903 CC tiene carácter taxativo (la sentencia es comentada por Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes", *cit.,* p. 1170, quien critica la decisión porque en el caso se demandó a la hija de una persona (fallecida durante el proceso) que había matado a otra y en el juicio se acreditó que entre ella y su padre no había convivencia, además de que no se cuestionó en ningún momento el estado de salud mental de este último. En consecuencia, como con razón afirma esta autora, tampoco si se hubiera partido de la tesis que defiende el carácter abierto del art. 1903 CC podría haberse podido responsabilizar a la hija por los actos de su padre.

93 De esta opinión es González Chinchilla, M.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. Cuestiones materiales y procesales de interés", *Diario La Ley,* 28 diciembre 2021, quien propugna "la aplicación de las disposiciones previstas para la curatela al resto de las medidas de apoyo, voluntarias o que pudieran existir de hecho, de forma que la cláusula de atribución de responsabilidad al curador por hecho ajeno (1903 CC), les sería igualmente aplicable al resto de personas que ejerzan el apoyo con un grado de representación permanente, al margen de su denominación legal. Cualquier otra consideración carecería de lógica jurídica y procesal".

94 Defienden que el régimen de responsabilidad civil de los guardadores de hecho se encuentra ahora en el art. 1902 CC: Álvarez Álvarez, H.: "Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (I)", *Revista Jurídica del Notariado,* número 112, enero-junio 2021, pp. 549-550, quien afirma que el guardador de hecho, tras la reforma, no encaja en el art. 1903 CC, sino en el art. 1902 CC; Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p. 164; Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 145; Zurita Martín, I.: "Personas con discapacidad y responsabilidad civil", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla y M. García Gayo), La Ley, Madrid 2021, pp. 585-586; Berrocal Lanzarot, A. I.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. De Verda Y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 284, para quien si el legislador hubiera querido que se aplicase el art. 1903 CC a otras medidas de apoyo, las habría incluido en su párrafo IV, y no ha sido así.
Para los defensores judiciales defiende la aplicación del art. 1902 CC: Toral Lara, E.: "El defensor judicial de las personas", cit., p. 335, quien niega la posibilidad de aplicar el art. 1903 CC a otras figuras distintas de la curatela con facultades de representación plena.

95 Claros precursores de la posibilidad de aplicar el art. 1902 CC a sujetos distintos a los mencionados en el art. 1903 CC, antes de la Reforma por Ley 8/2021, fueron: Miquel González, J. Mª, "Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente", *ADC,* 1983, p. 1505 a 1507; y Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes", cit., p. 1170.

existencia de un deber de cuidado -impuesto por una norma distinta del art. 1903 CC- que resulta infringido[96].

En mi opinión, esta última interpretación es la única que resulta acorde al espíritu de la reforma. En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se insiste en la necesidad de que se produzca una "restricción" de los supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno. Por ese motivo, el art. 1903 CC destina una única regla para los casos excepcionales en que el juez, ante la imposibilidad de descubrir la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 269 CC), haya previsto su apoyo y representación mediante una curatela. En todos los demás supuestos, la idea es que sea la propia persona con discapacidad la que responda, conforme al art. 299 CC, salvo que se acredite que quienes le prestan apoyo también han incurrido en culpa "ex" art. 1902 CC, en cuyo caso, frente a la víctima, habría una responsabilidad directa y solidaria de la persona con discapacidad y de quien ejerce la medida.

Así las cosas, a mi modo de ver, tras la reforma, la aplicación del art. 1903. IV CC queda reducida a los curadores con facultades de representación plena, mientras que el resto de las personas que presten apoyo responderán por un hecho propio siempre que haya culpa o negligencia en su actuación conforme a lo dispuesto en el art. 1902 CC

La diferencia entre la aplicación del art. 1903 y del art. 1902 CC es importante, no sólo por la facilidad probatoria de la negligencia que dispensa el primer precepto al presumir la culpa, sino por el distinto contenido de ésta. En el caso de las medidas de apoyo distintas a la curatela con facultades de representación plena, podrá entenderse que quienes las ejerzan actuarán de forma diligente si le indican a la persona con discapacidad que su conducta previsiblemente podrá causar daños a terceros y aquélla, en ejercicio de su voluntad, preferencia o deseos, la realiza igualmente. En estos casos, el guardador o el defensor judicial o quien ejerza cualquier otra medida de apoyo podrán liberarse de responsabilidad si acreditan ese extremo, esto es que realizaron la advertencia, sin poder impedir, porque así lo exige la reforma, que la persona con discapacidad actuara libremente y causara daños[97]. En este tipo de supuestos, cabría entender que respondería la persona con discapacidad conforme al art. 299 CC, mas no el titular de la medida de apoyo

96 Comparte esta opinión, García Rubio, Mª P.: "Apuntes comparativos", cit., p. 336, quien considera que "nada obsta para que cualquier otra persona encargada de prestar apoyo que actúe negligente o dolosamente en el desempeño de sus funciones responda también (...) por los (daños) que ésta (la persona con discapacidad) cause a terceros, ahora en virtud de la cláusula general del art. 1902 CCC, siempre que en tal desempeño se haya producido con culpa".

97 Toral Lara, E.: "El defensor judicial de las personas", cit., p. 336.

conforme al art. 1902 CC. Lo mismo que e los supuestos en que la persona con discapacidad se negara a recibir el apoyo[98].

En cambio, la actuación del curador con facultades plenas de representación se prevé, precisamente, para los casos en que sea imposible averiguar cuáles son las preferencias, deseos o voluntad de las personas con discapacidad. Por ello, parece que el mero hecho de haber advertido a dichas personas del potencial dañoso de la conducta no servirá, sin más, para acreditar la diligencia. Cuestión distinta, y problemática, es si la persona con discapacidad se niega a que se le dé el apoyo que requiere; como apunté antes, en esta hipótesis hay razones para entender que, en los casos de enfermedades graves, el mero rechazo no es causa de exoneración de la responsabilidad para los curadores con facultades de representación plena.

No obstante lo anterior, hay que matizar que todavía hay un supuesto más donde podría encontrarse otra regla de responsabilidad civil por hecho ajeno aplicable a los ilícitos civiles de las personas con discapacidad. Se trata de la norma contenida en el párrafo VI del art. 1903 CC, que impone a los titulares de centros educativos la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por los alumnos menores de edad durante los tiempos en que se encuentran (o deberían encontrarse) realizando actividades escolares, extraescolares y complementarias. En mi opinión, la norma sería perfectamente aplicable a los titulares de centros docentes en los casos en que un alumno con discapacidad menor de edad cause un daño siempre que se cumplan el resto de los presupuestos de la norma, que contiene una regla de responsabilidad por culpa que se presume[99].

La duda, ahora, se suscita para los casos en que esos alumnos sean personas con discapacidad mayores de edad. Antes de la Reforma por Ley 8/2021, la doctrina mayoritaria entendió que, a pesar de que el precepto exige la minoría de edad, el fundamento de este requisito justificaba que quedasen incluidos los daños infligidos por aquellas personas que, habiendo alcanzado la mayoría de edad, tenían limitada su capacidad de entender y de querer y por ello estaban (o deberían

98 Muchos autores han entendido que en estos casos todos los titulares de las medidas de apoyo podrían exonerarse si acreditan que la persona con discapacidad se negó a recibir dicho apoyo. Por todos, véase, García Rubio, Mª P.: "La responsabilidad civil", cit., pp. 999 y 1000.

99 Culpa que podrá tener un doble contenido: 1) Culpa en la vigilancia dispensada por parte de los profesores; 2) Culpa en la adopción de las medidas organizativas de las actividades escolares, extraescolares y complementarias. La jurisprudencia, en este caso, a diferencia del resto de supuestos del art. 1903 CC sí exonera a los titulares de centros docentes cuando acreditan la diligencia, según lo previsto en el último párrafo del precepto. Para un examen más detallado de esta cuestión, me remito a Atienza Navarro, Mª L.: "La responsabilidad civil de los titulares de centros docentes", cit., pp. 701 a 788.

haber estado)[100] incapacitadas o sometidas a patria potestad prorrogada[101]. Sin embargo, dado el espíritu de la reforma, creo que en este momento la solución debería ser otra distinta: el legislador ha dejado claro que pretende restringir los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno por daños causados por personas con discapacidad, de modo tal que solamente en los casos en que no sea posible averiguar su voluntad, preferencias y deseos, debe responder, conforme al art. 1903.IV CC, el curador con facultades plenas de representación; en el resto de supuestos, las personas que les prestan apoyo sólo responderán cuando se pruebe que su culpa se conecta causalmente con el daño irrogado (art. 1902 CC). Estos mismos parámetros creo que deberían ser trasladados a la responsabilidad de los titulares de los centros educativos a los que asisten las personas mayores de edad con discapacidad: únicamente en los casos en que la persona padezca una grave enfermedad psíquica, que impida descubrir cuáles son su voluntad, preferencias y deseos, podría defenderse la responsabilidad civil del titular del centro con base en una aplicación analógica del art. 1903.VI CC. En cambio, en todos los demás supuestos, si el daño lo irroga la persona con discapacidad mayor de edad cuando está en el centro educativo, su titular sólo respondería conforme al art. 1902 CC[102].

V. NUEVAS REGLAS PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LOS HECHOS PENALMENTE TIPIFICADOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. Consideraciones generales.

La Ley 8/2021 ha modificado también las reglas que, en el CP, resultan de aplicación a los daños causados por hechos penalmente tipificados de las personas con discapacidad. Como es sabido, la existencia en el CP de reglas, civiles por su

100 Analizo esta cuestión con detenimiento, en Atienza Navarro, Mª L.: *La responsabilidad civil…*, cit., p. 348. También puede verse: Moreno Martínez, J. A.: *Responsabilidad de centros,* cit., p. 231; Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes›", cit., p. 1156.
También en el art. 5195-3 de la Propuesta del Código civil (Asociación de Profesores de Derecho Civil), Tecnos, Madrid, 2018, se establecía en ese precepto la responsabilidad civil de centros docentes o asistenciales por los daños causados "por los menores o por las personas naturalmente incapaces o con la capacidad modificada".

101 En el mismo sentido, respecto a la inclusión de los mayores incapacitados: Díaz Alabart, "Notas a la responsabilidad", cit., p. 453; y en "La responsabilidad de los centros docentes", cit., p. 54; Caballero Lozano, "Daños causados por los alumnos", cit., p. 919; Pantaleón Prieto, A. F., Voz "Responsabilidad por hecho ajeno", en AA.VV.: *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 5956; Moreno Martínez, *Responsabilidad de centros*, cit., p. 232; Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes›", cit., p. 1156; Atienza Navarro, Mª L.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 347; Muñoz Naranjo, A., *Responsabilidad civil de los docentes*, cit., p. 27.
En contra, Rubio Torrano, "Comentario a la Ley 1/1991", cit., p. 937

102 La cuestión ha sido poco estudiada por la doctrina. Alguna autora, como Berrocal Lanzarot, A. I., "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", cit., p. 284, afirma que los centros de enseñanza de educación especial responden respecto a sus alumnos menores de edad o mayores de edad con discapacidad durante el periodo que se encuentran bajo su vigilancia y control, sin aludir a la distinción apuntada en el texto principal.

naturaleza, sobre la responsabilidad civil es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, y, a pesar de haber sido criticada hasta la saciedad por la doctrina civilista, se va repitiendo en todas las reformas legislativas. De ese modo, esta duplicidad normativa que, en su momento, tuvo una explicación histórica, dada la aparición tardía y retrasada del Código civil frente al penal, se ha perpetuado absurdamente hasta nuestros tiempos[103]: ninguna razón hay para que la obligación de indemnizar el daño causado (obligación civil conforme al art. 1089 CC) sea distinta según la calificación penal de los hechos, cuando, insisto, aquélla nace del daño, que además configura su extensión y amplitud[104]. Por ello, a pesar de que se trate de una terminología consolidada en la jurisprudencia, ha de criticarse también que se utilicen expresiones como "responsabilidad civil derivada de delito" y "responsabilidad civil autónoma o pura", puesto que el delito no es fundamento de responsabilidad civil alguna.

Las reglas que pueden resultar de aplicación a las personas con discapacidad son, en particular, los arts. 118.1.1ª CP y 120.1 CP, que, como decía, han sido profundamente modificados por la Ley 8/2021, tal y como se analiza en los epígrafes siguientes. Antes de empezar su análisis, quiero subrayar que es una lástima, en cuanto a oportunidad perdida, que el legislador, que momento no ha eliminado estas normas civiles del CP, no haya aprovechado la reforma para unificar el contenido de estas reglas respecto a las previstas en el CC, porque, como veremos, una y otra regulación resultan, a veces, contradictorias entre sí.

2. La regla contenida en el art. 118.1. 1ª CP.

La regla 1ª del art. 118.1 CP contempla, antes y después de la reforma, la responsabilidad civil de las personas que resultan exentas de responsabilidad penal por concurrir las circunstancias previstas en el art. 20. 1ª y 3ª CP, esto es,

103 Acerca de la explicación histórica de la doble regulación de la responsabilidad civil en nuestro Derecho: Díaz Alabart, S., "La responsabilidad civil por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *ADC*, 1987, pp. 798-799; Cabanillas Sánchez, A., "Comentario al art. 1.093 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XV, vol. I, Rev. Derecho privado, Madrid, 1989, p.218; Yzquierdo Tolsada, M.: "El perturbador art. 1.092 del Código civil: Cien años de errores", en AA.VV.: *Centenario del Código civil*, Asociación de profesores de Derecho, tomo II, Madrid, 1990, pp. 2110; y en *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, pp. 52-53; Gómez Calle, E.: "Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado Ley 1/1991, de 7 de enero, BOE, 8 de enero", *ADC*, enero-marzo 1991, p. 285; Montés Penadés, V. L.: "Comentarios a los arts. 109 a 126 del Código penal", en AA.VV., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, coord. por T. Vives Antón, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 641; Díez Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de daños,* cit., pp. 269 y 270. Entre la doctrina penal, entre otros: Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: "Responsabilidad civil derivada de delito. Comentario a la reforma del art. 22 del Código penal efectuada por la ley 1/1991, de 7 de enero", en AA.VV., *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, tomo XVI, Edersa, Madrid, 1994, p. 91.

104 Desaparece, de forma loable, en la *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, cuyo art. 511-3, al regular las fuentes de las obligaciones, prescinde plausiblemente de la distinción entre daños causados por "delitos y cuasidelitos", y únicamente hace referencia a aquéllos por los que se ha de responder extracontractualmente. La misma referencia contiene el art. 1091 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos del Ministerio de Justicia, 2023.

por padecer anomalías o alteraciones psíquicas que les impidan comprender la ilicitud de los actos que realizan o actuar conforme a esa comprensión o por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, que les perturben gravemente la conciencia de la realidad.

Antes de la reforma por Ley 8/2021, además de esa responsabilidad civil de las personas con discapacidad, el art. 118.1ª.1 CP señalaba que también debían responder quienes tuviesen a dichas personas "bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables". Y añadía el precepto que "los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos".

El precepto fue muy criticado por la doctrina por motivos varios:

1) En primer lugar, porque se dudaba cuál era su ámbito de aplicación: ¿se aplicaba sólo a los hechos dañosos penalmente tipificados de personas mayores de edad que por su estado psíquico estaban bajo la guarda o potestad de otra persona, o también a los mayores de catorce años que tuvieran esas alteraciones o anomalías psíquicas? La interpretación que triunfó fue la última, esto es, que cuando esos menores de edad (insisto, mayores de catorce años siempre) llevasen a cabo un hecho penalmente tipificado, no se aplicaba el art. 61. 3 LORPM, sino el art. 118.1.1ª[105].

Todos estos sujetos (personas con discapacidad psíquica y padres o guardadores) respondían civilmente y, según se deducía del tenor literal del precepto (en particular del término "también") de forma solidaria. La responsabilidad de padres y guardadores, sin embargo, era subjetiva y por culpa probada en el art. 118.1. 1ª CP, lo cual alejaba la regulación no sólo del art. 61.3 LORPM (donde, para padres y guardadores, se configura como objetiva), sino también del art. 1903 CC (en el que, para los padres y tutores, la culpa se presume). Así las cosas, el legislador daba un trato más "benévolo" a los padres y guardadores en los casos en que personas con discapacidad cometiesen un delito, puesto que sólo debían responder cuando hubiera mediado culpa o negligencia por su parte, que había de ser probada por el perjudicado. Este dato, aunque intentó justificarse por la doctrina, es incomprensible: se entiende mal la razón por la que en unos casos se presumía la negligencia en la vigilancia o educación por parte de los padres y tutores (CC) o incluso se prescindía de ella (LORPM), y en otros, sin embargo,

105 Entre otros, lo defendieron: Gómez Calle, E.: "Responsabilidad civil de padres y centros docentes", *cit.*, pp. 158 y ss.; Pantaleón Díaz, M.: "La enigmática regla 1ª", cit. El argumento principal para esta interpretación fue de Derecho positivo: el art. 5. 1 LORPM señala que "Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando (…) no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal".

resultaba determinante su prueba para exigir la responsabilidad civil de aquellos sujetos (CP).

De hecho, los sujetos llamados a responder conforme al art. 118.1. 1ª CP han resultado muchas veces exonerados de esa responsabilidad precisamente porque no se ha probado su culpa. En ese sentido, es ilustrativa la SAP (Penal) Segovia 8 junio 1999[106] que, conforme al antiguo art. 118.1. 1ª CP, exoneró de responsabilidad civil a los padres del autor del delito, mayor de edad y no incapacitado a pesar de estar diagnosticado de esquizofrenia paranoide y de padecer en el momento de los hechos de un brote agudo. Según la sentencia, los padres, en el juicio, lograron acreditar una diligencia en la asistencia y cuidado de su hijo, a pesar de que el precepto no les exigía tanto puesto que "era el perjudicado el que debía acreditar que había mediado culpa o negligencia por su parte, cuestión que no logra; y que ni siquiera se concreta o especifica en que consistió"[107].

2) En segundo lugar, también se discutió la interpretación que había de darse al término "imputables" con el que finalizaba el art. 118.1. 1ª CP y hubo hasta tres lecturas distintas[108]: 1ª) Algunos autores entendieron que se trataba de una errata y que, en realidad, el legislador quiso decir "inimputables"[109]; 2ª) otros defendieron que el término iba referido a los propios padres o guardadores (aunque resultaba redundante) o a otros sujetos distintos que hubieran sido coautores[110]; 3ª) por último, se interpretó que el precepto insistía —de forma también reiterativa— en que los autores de estos hechos dañosos también respondían junto con sus padres, y que eran inimputables penalmente, pero que, sin embargo, tenían cierta capacidad para discernir lo que está bien de lo que está mal y de actuar en consecuencia, con lo cual resultaban civilmente imputables[111]. Así las cosas, según esta última interpretación, estos sujetos estaban exentos de responsabilidad criminal porque no tenían madurez psíquica suficiente para entender el alcance de sus propias conductas, aunque sí la tenían para responder civilmente de sus actos, y por ello, el art. 118 CP entendía que la exención de responsabilidad penal en esos casos no lleva consigo la de la civil. El problema de esta interpretación es

106 Id Cendoj: 40194370011999100423.

107 Por ese motivo, la sentencia sólo condenó al autor de los hechos a pagar una indemnización de 1.620.000 ptas. por un delito de lesiones, del que resultó absuelto por apreciarse la eximente de enajenación mental.

108 Explica con detalle estas teorías: Gómez Calle, E.: "Responsabilidad civil de padres y centros docentes", cit., pp. 370 y ss.

109 Entre otros: Montés Penadés, V. L.: "Comentario al art. 118 CP", cit., p. 631; Pantaleón Díaz, M.: "La enigmática regla 1ª", cit.
También la jurisprudencia, en la aplicación del precepto, entendió que se refería a los "inimputables". En ese sentido, puede verse la STS (Penal) 28 mayo 2002 (Id Cendoj: 28079120012002104007), en un caso en el que una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide originó un incendio en el edificio donde vivía ocasionando daños varios a los vecinos.

110 Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 984.

111 A juicio de Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro,* nº 8, 2016, p. 43, aunque es una interpretación muy sutil es la que da al precepto una mayor coherencia.

que, en la práctica, resulta difícil encontrar casos en que los sujetos que padezcan las anomalías o deficiencias psíquicas a que se refiere el art. 20 en sus puntos 1 y 3 CP sean civilmente imputables, y ello porque esas circunstancias implican normalmente una merma en la capacidad de discernir las consecuencias de las propias conductas, todo ello con independencia de que dichas circunstancias fueran o no causa de la, ya derogada, figura de la incapacitación[112].

La Ley 8/2021 ha aclarado algunas de las dudas que suscitó la redacción originaria del art. 118.1. 1ª CC. Por de pronto, el preámbulo de la Ley 8/2021 reconoce que el precepto incurría en un error al hablar de "imputables" y que es necesaria su corrección: "Se aprovecha así la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables". De ese modo, se sustituye el término por el de "inimputables" dando, desde luego, una mayor coherencia al texto: las personas en quienes concurran las mencionadas causas de exención de responsabilidad penal, y, por tanto, inimputables también civilmente, serán responsables junto con las personas que ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que, al igual que antes de la reforma, hubiera mediado por su parte culpa o negligencia.

El cambio terminológico aclara, pues, que la referencia a los "inimputables" ha de entenderse hecha a quienes lo sean penalmente, por concurrir esas causas de exención de la responsabilidad penal, y también civilmente. En ese sentido, habría que reconocer que el precepto sienta una regla de responsabilidad civil con independencia de la capacidad de entender y de querer del causante directo del daño. Y, por ello, como señalé "supra", el art. 118.1. 1ª CP es uno de esos preceptos que contiene una excepción al principio de culpa -entendida en sentido subjetivo- del art. 1902 CC (como en su día lo fue también el art. 20.1 CP 1973).

En cuanto a los sujetos responsables, el centro de imputación de la responsabilidad en el art. 118.1ª CP recae tras la reforma en "quienes ejerzan el apoyo legal o de hecho". Por tanto, el legislador no ha limitado la responsabilidad civil a los curadores con facultades plenas de representación, como hace el art. 1903.IV CC, sino que, en el caso de daños causados por hechos penalmente tipificados de las personas con discapacidad, responden también quienes prestan otro tipo de apoyo, como los guardadores de hecho, los defensores judiciales o los curadores que no ostenten facultades de representación. Como ya señalé, en el caso de ilícitos civiles, cabe interpretar que todos estos sujetos responden conforme al art. 1902 CC, con lo que habría de probarse su culpa o negligencia, exactamente igual que sucede en la regla 1ª del art. 118 CP. De ese modo, respecto a las personas que ejercen este tipo de medidas de apoyo parece conseguirse una

112 En este sentido, Gómez Calle, E.: "Responsabilidad civil de padres y centros docentes", cit., pp. 370 y ss., apunta que "las circunstancias previstas en los números 1 y 3 del art. 20 CP excluyen no sólo la imputabilidad penal, sino también la civil, porque determinan la ausencia de capacidad de discernir y/o actuar en consecuencia, o la falta de consciencia de la ilicitud del acto".

deseada armonización entre las reglas de responsabilidad civil del CC y del CP. Cosa distinta sucede con el curador con facultades de representación plena, que en el caso de hechos penalmente tipificados responderá por una culpa que habrá de ser probada por la víctima (art. 118.1. 1ª CP)[113], mientras que cuando se trate de un ilícito civil lo hará por culpa presunta (art. 1903.IV CC), con lo cual puede hacerse la misma crítica que antes de la reforma. No se entiende la razón por la que se da "mejor trato" a los curadores con facultades de representación plena cuando se trata de daños causados por los hechos penalmente tipificados de las personas con discapacidad (o visto con la perspectiva de la víctima: por qué se da peor trato a las víctimas de los ilícitos penales que a las de los civiles, porque en el primer caso deberán aportar la prueba de la culpa que, sin embargo, resultará presumida en el segundo)[114].

Además, hay que tener en cuenta que el legislador ha eliminado la referencia a los titulares de la patria potestad en la regla 1ª del art. 118 CP. En ese sentido, debe recordarse que la actual reforma ha suprimido las instituciones de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, con lo cual, de forma coherente, ya no menciona a quienes la ejercían como sujetos responsables conforme al art. 118 CP, sino solamente a "quienes ejercen su apoyo legal o de hecho". Sin embargo, la expresión podría interpretarse en sentido poco técnico y entender que los padres quedan incluidos en la misma porque prestan su apoyo legal a los hijos menores con discapacidad.

3. La regla contenida en el art. 120.1 CP.

El art. 120.1 CP, antes de la reforma por Ley 8/2021, señalaba que los padres o tutores respondían civilmente "por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia". Esa responsabilidad se configuraba como subsidiaria, esto es, en defecto de los responsables penales del hecho, y subjetiva o por culpa.

El supuesto de hecho contemplado en el art. 120.1 CP era el siguiente: daños producidos por los delitos (antes también, faltas) de personas que, a causa de alguna enfermedad o deficiencia síquica o física, se hallaban en una situación de patria potestad prorrogada o de tutela. No obstante esa enfermedad, aunque llevaba al sujeto a encontrarse, después de alcanzar la mayoría de edad, bajo las

113 Acerca de esta diferencia entre el art. 1903 CC y 118.1 CP, en lo relativo a la prueba de la diligencia, puede verse la SAP A Coruña (Civil) 11 febrero 2022 (Id Cendoj: 15078370062022100058), que señala que, mientras el art. 118.1.1ª CP exige la prueba de la culpa o negligencia de quienes responden de los daños causados por las personas penalmente inimputables, en el art. 1903 CC esa culpa se presume. En el caso se declaró la responsabilidad civil solidaria de un padre y de su hijo, que en el momento de los hechos padecía depresión y esquizofrenia, por los daños derivados del incendio causado por el segundo.

114 Parecidamente, LLamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil", cit., p. 16.

instituciones de patria potestad prorrogada o tutela, no era causa de imputabilidad penal. La dificultad de imaginar supuestos que pudieran encajar en esta situación provocó que incluso algún autor denunciara que el precepto no podía ser aplicado en la práctica[115]. No obstante, también hubo otros que dieron una interpretación distinta, que salvaba la aplicación del art. 120.1 CP: el precepto estaba previsto para los casos en que el autor del hecho delictivo padeciera alguna enfermedad que era causa de incapacitación por impedirle gobernarse por sí mismo, pero que no afectaba a sus capacidades intelectivas (con lo que no concurrían las causas de exención de responsabilidad penal previstas en los arts. 20.1 y 3 CP). En consecuencia, el sujeto respondía penal y civilmente, conforme a lo dispuesto en el art. 120.1 CP, y, en caso de que no pudiera hacer frente a la responsabilidad civil, respondían de esos daños los padres y tutores que los tenían bajo su patria potestad prorrogada o rehabilitada o tutela, siempre que hubieran incurrido en culpa o negligencia y que viviesen en su compañía[116].

La Ley 8/2021, como no podía ser de otra manera, ha cambiado el centro de imputación de la responsabilidad civil en esta regla: los sujetos responsables civilmente, conforme al espíritu de la reforma, ya no pueden serlo ni los titulares de la patria potestad ni los tutores. Los primeros porque ya no existen las instituciones de patria potestad prorrogada y rehabilitada, al haberlas eliminado el legislador al entender que son figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. De hecho, el preámbulo señala que "las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo, a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello por lo que, con la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera". Por otro lado, tampoco podrán ser responsables civiles los tutores porque, como también he comentado ya, la tutela ha quedado limitada a los supuestos de menores que no están bajo patria potestad o que están en situación de desamparo (art. 199 CC) y se ha eliminado su operatividad en el ámbito de las personas con discapacidad.

115 Así lo denunció: Montés Penadés, V. L.: "Comentarios a los arts. 109 a 126 del Código penal", cit., p. 639. Por su parte, Yzquierdo Tolsada, M.: *Aspectos civiles del nuevo código penal (responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 268, se cuestionaba escépticamente si había acaso algún supuesto que sin llegar a ser causa de inimputabilidad penal, podía constituir un caso de prórroga de la patria potestad o de la tutela.

116 Dieron esta interpretación: Parra Lucán, M. A.: "Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997", CCJC, núm. 27, 788; Gómez Calle, E.: "Responsabilidad civil de padres y centros docentes", cit., pp. 370 y ss.

Por los motivos anteriores, tras la reforma, el sujeto responsable civilmente, en defecto del propio autor del delito, será quien ejerza una curatela con funciones de representación plena, que, como dije, es una figura residual y de aplicación excepcional. El cambio en el centro de imputación de la responsabilidad civil no ha mejorado la inteligibilidad del art. 120.1 CP. Al contrario, viene a sumar confusión. ¿Cómo puede haber casos en que la persona con discapacidad tenga por medida de apoyo una curatela con funciones de representación plena y, sin embargo, sea penalmente responsable por no concurrir las causas de exoneración del art. 20 puntos 1 y 3 CP? Hay que recordar que ese tipo de medida sólo se establece excepcionalmente, cuando no sea posible averiguar de otra manera la voluntad, preferencias o deseos de la persona con discapacidad. Parece realmente difícil imaginar que esa situación no signifique, sin embargo, que en dicha persona no concurran las circunstancias previstas en los arts. 20.1 y 3 CP.

En otro orden de cosas, hay que observar que la Ley 8/2021 no ha modificado el criterio de imputación y el carácter de la responsabilidad civil. El art. 120.1 CP sigue conteniendo una regla de responsabilidad civil subjetiva (por una culpa que ha de probarse) y subsidiaria. Se trataba de una responsabilidad subjetiva porque el art. 120.1 CP exige que en la actuación de los curadores con facultades de representación plena haya "culpa o negligencia", que deberán ser probadas por la víctima. Y, además, se trata de una responsabilidad civil subsidiaria: los curadores con facultades de representación plena responderán civilmente cuando no lo haga la persona a quienes prestan apoyo. De este modo, la responsabilidad prevista en el art. 120.1 CP es más favorable para los curadores con facultades de representación plena que la contemplada en el art. 1903 CC, donde se contempla de forma directa y por una culpa presunta.

Además, hay que decir que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, resulta desde luego criticable que una regla de responsabilidad civil por hecho ajeno, como la prevista en el art. 120 CP, se configure, antes y ahora, como subjetiva y que sin embargo funcione a la vez como subsidiaria. Realmente, no hay motivo alguno para que los curadores con facultades de representación plena que han contribuido con su conducta negligente a que la persona con discapacidad cometa un delito del que se derivan daños, no respondan de forma directa y solidaria con la persona con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

Alcaín Martínez, E.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2021, pp. 1 a 10.

Alía Robles, A.: "Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 2, 2020, pp. 1 a 15.

Álvarez Álvarez¸ H.: "Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (I)", *Revista Jurídica del Notariado*, número 112, enero-junio 2021, pp. 499 a 556.

Álvarez Lata, N.: "Comentario al artículo 299 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2021.

Ángel Yágüez, R.: *Lecciones sobre responsabilidad* civil, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

Ángel Yágüez, R.: "Comentario al art. 1903 CC", *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993 (2.ª ed.).

Atienza Navarro, Mª L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de* edad, Comares, Granada, 2000.

Atienza Navarro, Mª L.: *Accidentes de circulación, muerte e indemnización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Atienza Navarro, Mª L.: "La responsabilidad civil por hecho ajeno", en AA.VV: *Derecho de daños*, Tomo I (dir. por M. E. Clemente Meoro y Mª E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 531 a 565.

Atienza Navarro, Mª L.: "La responsabilidad civil de los titulares de centros docentes", en AA.VV: *Derecho de daños*, tomo I (dir. por M. E. Clemente Meoro y Mª E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 701 a 789.

Badillo Arias, J. A., *La responsabilidad civil automovilística: el hecho de la circulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

Badosa Coll, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. De Verda Y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Caballero Lozano, J. Mª.: "Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil", *RDP*, 1991, pp. 907 a 926.

Cabanillas Sánchez, A., "Comentario al art. 1.093 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XV, vol. I, Rev. Derecho privado, Madrid, 1989.

Carbajo González, J.: "La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos", *Actualidad Civil*, 1992, IV, pp. 729 a 756.

Conde-Pumpido Ferrero, C.: "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, tomo II, Univ. de Navarra, Pamplona, 1969.

De Amunátegui Rodríguez, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad,* Reus, Madrid, 2019.

Díaz Alabart, S., "La responsabilidad civil por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *ADC*, 1987, pp. 795 a 894.

Díaz Alabart, S.: "Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de 7 de enero de 1991", *Revista jurídica de Castilla la Mancha,* núm. 11 y núm. 12, 1991, pp. 439 a 467.

Díez-picazo y Ponce De León, L.: "Comentario al art. 32 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo), tomo I, ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1978.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999, p. 364.

Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021.

García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, 2018, pp. 173 a 197.

García Rubio, M.P.: "Apuntes comparativos hispano-protugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad", en AA.VV., *Responsabilidad civil em saúd*e, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021, pp. 317 a 340.

García Rubio, M.P.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan el apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica," en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón (*dir. por J. Ataz Lopez y J.A. Cobacho Gomez), Thomson Reuters- Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 969 a 1007.

Gómez Calle, E.: *La responsabilidad civil de los padre*s, RDU, Madrid, 1992.

Gómez Calle, E.: "La responsabilidad civil del menor", *Derecho Privado y Constitución*, nº 7, 1995 (Ejemplar dedicado a Monográfico sobre protección de menores), pp. 87 a 134.

Gómez Calle, E.: "La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y en el Borrador del Marco Común de Referencia", *Noticias de la Unión Europea*, n. 320, septiembre 2011, pp. 73 a 84.

Gómez Calle, E.: "Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado Ley 1/1991, de 7 de enero, BOE, 8 de enero", *ADC*, enero-marzo 1991, pp. 269 a 288.

Gómez Calle, E.: "Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago, vol. 1, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 917 a 1104.

Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes›", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago), vol. 1, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 1198 a 1363.

Gómez Calle, E.: "En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad", *Almacén de Derecho*, diciembre 2021 (disponible en https://almacendederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad).

González Chinchilla, M.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. Cuestiones materiales y procesales

de interés", *Diario La Ley*, 28 diciembre 2021, (disponible en https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/01/20/).

León González, J. M.: "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en AA.VV.*: Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, tomo VI, Universidad de Pamplona, Pamplona, 1969.

LLamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad", *La Ley*, diciembre 2021, (disponible en https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento).

LLamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. Álvarez Lata), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 277 a 300.

LLamas Pombo, E.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. LLamas Pombo, N. Martínez rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwer- La Ley, Madrid, 2022, pp. 271 a 302.

López Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio,* Dykinson, Madrid, 2020.

López Beltrán de Heredia, C.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos,* Tecnos, Madrid, 1988.

López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor,* Dykinson, Madrid, 2001.

Martín Casals, M.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate", en AA.VV.: *Persona, familia y género* (coord. por J. Sole Resina), *Liber Amicorum a Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 61 a 80-

Mazeaud, H.: "La "faute objetive" et la responsabilità sans faute", *Rec. Dall. Sirey*, 1985, I, pp. 1 a 25.

Medina Alcoz, M.: "La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021: ¿un régimen estrictamente novedoso?", en AA. VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. Perera y M. Heras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Medina Crespo, M., *El nuevo baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Bosch, Barcelona, 2016.

Miquel González, J. Mª, "Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente", *ADC*, 1983, pp. 1501 a 1510.

Montés Penadés, V. L.: "Comentarios a los arts. 109 a 126 del Código penal", en AA.VV., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, coord. por T. Vives Antón, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

Moreno Marín, M. D.: "La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica", *La Ley,* nº 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022 (disponible en https://diariolaley.laleynext.es/Content/).

Moreno Martínez, J. A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos,* McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid,1996.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 984.

Navarro Michel, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 113.

Pantaleón Díaz, M. y Puente Rodríguez, L.: "Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. Munar Bernat), 2021, pp. 117 a 155.

Pantaleón Díaz, M.: "La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal", *InDret*, 2017.

Pantaleón Prieto, A. F.: "Comentario a la STS de 10 de marzo de 1983", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 2, 1983, pp. 447 a 458.

Pantaleón Prieto, A. F.: Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Documentación administrativa*, nº 237-238, 1994 (ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas / coord. por L. Martín Rebollo), pp. 239 a 253.

Pantaleón Prieto, A. F.: Voz "Culpa (Derecho civil)", en AA.VV.: *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.

Pantaleón Prieto, A. F., Voz "Responsabilidad por hecho ajeno", en AA.VV.: *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.

Pantaleón Prieto, A. F., "Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor", *Revista Jurídica Aranzadi*, año VI, nº 245, 9 mayo 1996, pp. 1 a 10.

Pantaleón Prieto, A. F.: "¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (I). Y algo más a propósito del Proyecto de Ley sobre las personas con discapacidad", *Almacén de Derecho*, abril 2021 (disponible en https://almacendederecho.org/entorno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad).

Paños Pérez, A.: *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010.

Peña López, F.: "Reformas en materia de responsabilidad civil", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 571 a 592.

Roca Trías, E.: *Derecho de daños,* Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed. 2011.

Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas mayores. Elderly persons' civil liability ", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 25, 2021, pp. 111 a 148.

Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas", cit., p. 145; Zurita Martín, I.: "Personas con discapacidad y responsabilidad civil", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla y M. García Gayo), La Ley, Madrid 2021.

Rogel Vide, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela", *ADC*, 1976, pp. 1239 a 1249.

Rogel Vide, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977.

Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: "Responsabilidad civil derivada de delito. Comentario a la reforma del art. 22 del Código penal efectuada por la ley 1/1991,

de 7 de enero", en AA.VV., *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, tomo XVI, Edersa, Madrid, 1994.

Santos Briz, J.: "Comentario al art. 1903 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XXIV, Edersa, Madrid, 1983.

Savatier, R.: *Traité de la responsabilité civile en Droit français,* tomo I, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951(10.ª edición), núm. 278.

Seuba Torreblanca, J. C., Farnós Amorós, E., Fernández Crende, A.: "Daños causados por personas con trastornos mentales", *InDret,* 2.2004.

Soto Nieto, F.: "Solidaridad entre el causante material del ilícito culposo y el responsable por 'hecho de otro', *RDP,* 1981, I, pp. 435 a 453.

Soto Nieto, F.: *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*, Montecorvo, Madrid, 1982.

Toral Lara, E.: "El defensor judicial de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. De Verda Y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 299 a 332.

Visintini, G.: *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilitá,* núm. 12 (en la colección: I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale), Cedam, Padua, 1990.

Yáñez Vivero, F.: "La experiencia del *civil law* y del *common law* en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas incapaces", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1293-1317.

Yáñez Vivero, F.: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

Yzquierdo Tolsada, M.: "La responsabilidad civil de menores e incapaces: panorama anterior y posterior a la reforma del CC en materia de tutela", en AA.VV.: *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares* (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1993 de Reforma del CC., Título IX y X del Libro I), ICAI, Madrid, 1984.

Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "El perturbador art. 1.092 del Código civil: Cien años de errores", en AA.VV.: *Centenario del Código civil*, Asociación de profesores de Derecho, tomo II, Madrid, 1990.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo código penal (responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid, 1996.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro,* nº 8, 2016, pp. 6 a 21.

IL PAGAMENTO DEL PREZZO NELL'APPALTO

THE PAYMENT OF THE PRICE IN THE CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 418-447

Antonio
ALBANESE

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: L'applicazione della disciplina dell'appalto quando il corrispettivo è diverso dal denaro discende da un giudizio di compatibilità da condurre caso per caso. Se, invece, il corrispettivo manca del tutto, si può riconoscere nell'appalto una causa liberale ed esso può essere assoggettato alle regole delle donazioni indirette; ma va anche considerata la eventuale operatività della disciplina delle obbligazioni naturali o dell'arricchimento ingiustificato. In ogni caso, la specificazione del prezzo dell'appalto non costituisce elemento essenziale dell'accordo tra le parti, giacché la legge preordina congrui criteri per la sua determinazione *a posteriori*.

PALABRAS CLAVE: Prezzo; donazione; obbligazione naturale; arricchimento ingiustificato; alea.

ABSTRACT: *The application of the contract discipline when the consideration is different from money derives from a compatibility judgment to be conducted on a case-by-case basis. If, on the other hand, the consideration is completely missing, a liberal cause can be recognized in the contract and it can be subjected to the rules of indirect donations; but the possible effectiveness of the regulation of natural obligations or unjustified enrichment must also be considered. In any case, the specification of the contract price does not constitute an essential element of the agreement between the parties, since the law pre-establishes suitable criteria for its determination a posteriori.*

KEY WORDS: *Price; donation; natural obligation; unjustified enrichment; alea.*

SUMARIO.- I. L'APPALTO COME CONTRATTO ONEROSO.- II. APPALTO GRATUITO E DONAZIONE INDIRETTA.- III. APPALTO, OBBLIGAZIONI NATURALI E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA.- IV. LA DETERMINAZIONE DEL CORRISPETTIVO.- V. CONTRATTO NON ALEATORIO.

I. L'APPALTO COME CONTRATTO ONEROSO.

L'appalto ha carattere tipicamente oneroso: l'obbligazione del committente, indicata dall'art. 1655 c.c., consiste nella corresponsione di un corrispettivo in denaro.

Ne deriva che se le parti convengono un corrispettivo diverso, consistente nella dazione di beni differenti dal denaro o nell'assunzione di un'obbligazione di *facere*, si pongono al di fuori dello schema tipico predisposto dal legislatore[1]; ciò non esclude che la disciplina dell'appalto possa trovare applicazione, ma soltanto dopo aver superato un vaglio di compatibilità con la fattispecie concreta e alla luce dell'economia complessiva del rapporto giuridico instauratosi.

Si tratta pur sempre di appalto, in verità, sia quando al denaro sia aggiunta, come corrispettivo, una cosa in natura che non costituisca la parte maggiore del compenso sia quando l'appaltatore accetti, in sostituzione del danaro, un bene in natura[2].

Il prezzo dell'appalto costituisce un debito di valuta ed è quindi insuscettibile di adeguamento a seguito di svalutazione monetaria[3]. In quanto obbligazione di

1 Cagnasso: "Il contratto di appalto", in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm.* e *dir. pubbl. econ*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 665; Giannattasio: *L'appalto*[2], in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977, p. 109 ss.; Albanese: *L'appalto*, in *Tratt. dir. comm.* fondato da V. Bonocore, dir. da R. Costi, Torino, 2023, p. 39 ss.; Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 177; Stolfi: "Appalto (contratto di)", *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 636; Vignali: "Formazione del corrispettivo", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000, p. 213.

2 Diversamente Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 114 s., secondo il quale il compimento di un'opera o di un servizio contro corrispettivo di cosa diversa dal denaro non sarebbe appalto, ma un contratto innominato che, con l'appalto, presenta soltanto alcune affinità.

3 Cass., 14 luglio 1983, n. 4814, in *Giust. civ. Mass.*, 1984: "La domanda dell'appaltatore, diretta alla quantificazione ed al pagamento del corrispettivo dovuto dal committente, a norma dell'art. 1657 c. c., investe un'obbligazione avente ad oggetto originariamente la prestazione di una somma di denaro, determinabile dal giudice, e, quindi, un debito di valuta; ne consegue che la sopravvenuta svalutazione monetaria non può comportare l'adeguamento automatico di detto credito dell'appaltatore, effettuabile anche d'ufficio ed in grado d'appello (come nel caso dei debiti di valore), ma può solo implicare il riconoscimento di un maggior danno, ai sensi dell'art. 1224 2° comma c. c., a condizione che il creditore stesso ne abbia fatto espressa domanda, e che tale domanda, in quanto autonoma rispetto a quella rivolta all'adempimento, sia stata tempestivamente proposta nel giudizio di primo grado". Cass., 8 aprile 1999, n. 3393, in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1094: "L'obbligo del committente di pagare all'appaltatore il cosiddetto prezzo dell'appalto, ossia il corrispettivo della sua prestazione, traendo la sua origine dal contratto d'appalto, si configura come debito

• Antonio Albanese
Professore Associato dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. E-mail: a.albanese@unibo.it

natura pecuniaria, essa deve adempiersi al domicilio del creditore (art. 1182, 3° comma, c.c.), presso il quale va, pertanto, radicato il *forum destinatae solutionis*, al fine della competenza per territorio prevista dall'art. 20 c.p.c.[4]

A differente soluzione deve però pervenirsi allorquando il prezzo dell'appalto non sia determinato (come consentito, senza che ne consegua nullità, dall'art. 1657 c.c.: v. par. 4).

Infatti, il citato 3° comma dell'art. 1182 c.c. si applica nel caso in cui l'obbligazione abbia per oggetto una somma di danaro già determinata nel suo ammontare (oltre che nel caso in cui il credito in denaro sia determinabile solo in base a un semplice calcolo aritmetico e non si renda necessario procedere a ulteriori accertamenti - essendo già noti e determinati dalle parti dalla legge, dai contratti collettivi o dagli usi gli elementi per stabilire l'ammontare della somma dovuta). Quando, invece, al di fuori di tali ipotesi la somma di denaro debba essere ancora liquidata dalle parti o, in loro sostituzione, dal giudice mediante indagini diverse dal semplice calcolo aritmetico, trova applicazione il 4° comma dell'articolo, secondo cui l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio che ha il debitore al tempo della scadenza. Il *forum destinatae solutionis*, in questi casi, è quindi quello del domicilio del committente al tempo della scadenza[5].

Il prezzo viene corrisposto secondo il principio della postnumerazione: il diritto al pagamento non sorge dalla stipulazione del contratto, ma da quando l'opera è stata accettata dal committente, *ex* art. 1665, ult. comma, c.c. (salvo che nel contratto non sia stato fissato un diverso termine). D'altronde, è solo da quel momento che il committente sa di aver conseguito il risultato oggetto dell'obbligazione dell'appaltatore, avendo constatato la regolare esecuzione[6].

di valuta, senza che tale natura muti nel caso di revisione del prezzo originariamente pattuito, sia per fatti non imputabili al committente, sia per le variazioni del progetto che egli ha la facoltà di disporre in corso d'opera, giacché il compenso supplementare per le maggiori spese derivanti dalla modifica del progetto in corso d'opera è dovuto all'appaltatore a titolo di corrispettivo contrattuale e non a titolo di indennità da atto lecito o di risarcimento del danno".

4 Cass., 26 agosto 1985, n. 4527, *Mass. Foro it.*, 1985; Cass., 24 marzo 1981, n. 1713, *Mass. Giur. it.*, 1981: «In tema di obbligazione avente per oggetto una somma di denaro che, ai sensi del 3° comma dell'art. 1182 c. c., deve essere adempiuta al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza, ai fini della competenza per territorio con riguardo al *forum destinatae solutionis*, occorre far riferimento non al rapporto tra le parti considerato nella sua interezza, bensì alla specifica prestazione che forma oggetto della pretesa, dovendosi determinare la competenza stessa esclusivamente in base al contenuto della domanda giudiziale, *ex* art. 5 c.p.c.».

5 Cass., 25 marzo 1995, n. 3538, *Mass. Foro it.*, 1995.

6 Cass., 14 ottobre 1998, n. 10141, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1061, ha affermato che il diritto dell'appaltatore al corrispettivo non sorge al momento della stipulazione del contratto, ma solo dopo e a causa dell'esecuzione (totale o parziale, secondo le specifiche previsioni) dei lavori; ne consegue che, in ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, il diritto di credito vantato dall'appaltatore quale corrispettivo del contratto d'appalto non può comprendersi tra i beni esistenti nel patrimonio del debitore "alla data della proposta di concordato" ove a quella data risulti soltanto stipulato il contratto di appalto, atteso che la stipula di detto contratto non è di per sé sufficiente per l'insorgenza del diritto di credito dell'appaltatore, occorrendo il verificarsi dell'ulteriore presupposto dell'esecuzione dei lavori successivamente alla stipula di detto contratto.

Di norma, tuttavia, l'onere economico a carico dell'appaltatore che deriva dal principio della postnumerazione è alleggerito, nel contratto di appalto, con la previsione del versamento di acconti in corso d'opera.

Tali pagamenti parziali non hanno carattere di *solutio*, perché risulta, argomentando *ex* art. 1665 c.c., che non può esservi adempimento da parte del committente che ad opera ultimata e accettata.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità evidenzia che «la previsione nel contratto di appalto del diritto al pagamento di acconti sul corrispettivo e della periodica esigibilità di essi sulla base della constatazione, misurazione e contabilizzazione dei lavori eseguiti fatta direttamente dalle parti, o in contraddittorio con il direttore dei lavori che rappresenti una di esse, e certificata in "stati di avanzamento", non integra né sostituisce la verifica dell'opera che, a norma dell'art. 1665 c.c., il committente ha diritto di eseguire dopo la sua ultimazione. Gli stati di avanzamento ed il pagamento e la riscossione degli acconti non comportano, quindi, alcuna preclusione al diritto delle parti di provare, in caso di controversia, che sono state eseguite quantità di lavori diverse da quelle in questi certificati e di pretendere una diversa liquidazione dei lavori in base ai prezzi convenuti», in quanto, "anche quando siano stati formati con il concorso del committente o di persona da lui incaricata, gli stati di avanzamento non possono costituire perciò prova legale, in favore dell'appaltatore e contro il committente, del fatto che il primo ha eseguito, nelle misure in essi indicate e per i prezzi liquidati, i lavori di cui si dichiara constatata l'esecuzione". Precisa altresì la stessa sentenza che gli stati di avanzamento approvati dal committente "possono essere considerati prova del diritto dell'appaltatore, se il committente non dimostri che nei fatti, per quantità di lavori eseguiti e prezzi applicati, l'opera eseguita è difforme da quella che da tali atti complessivamente risulta"[7].

Il prezzo può essere pagato a corpo (o à forfait o per *aversionem*) o a misura (o "a prezzi unitari"): nel primo caso, è fissato globalmente in via preventiva, sicché conviene che l'opera da compiere sia determinata con particolare cura; nel secondo caso, è corrisposto in base a ogni unità di misura della prestazione (tanto per metro cubo o per ogni ambiente costruito o per chilometro, ecc.), e pertanto l'entità totale dell'opera viene indicata per approssimazione.

Quando il corrispettivo sia stato fissato a misura, il prezzo globale varia col variare della quantità dell'opera ed è quindi pienamente determinabile soltanto ad *opus* compiuto. Talvolta, però, si preferisce concordare la misura massima del

7 Cass., 4 gennaio 2011, n. 106, *Bollett. legisl. tecnica*, 2011; per i giudici di merito, di recente, Trib. Trieste, 9 ottobre 2021, *www.leggiditalia.it*.

costo dell'opera e, con tale clausola, si finisce con uniformare parzialmente la previsione del pagamento a misura a quella del pagamento a corpo[8].

Quando il corrispettivo sia stato fissato a corpo e non a misura, il prezzo viene determinato in una somma fissa e invariabile che non può subire modifiche, se non giustificate da variazioni in corso d'opera[9].

Qualora dal contratto non risulti con chiarezza la modalità di fissazione del prezzo, possono essere utilizzati elementi indiziari: se a esso si sia fatto riferimento sempre in via complessiva, onnicomprensiva e senza riferimento a prezzi unitari per unita di misura, si può ritenere che le parti abbiano voluto un appalto à forfait e non a misura.

Come noto, il codice prevede modificazioni dell'opera appaltata, distinguendo, soprattutto ai fini del corrispettivo che può chiedersi dall'appaltatore, tra variazioni autorizzate (concordate) dal committente (art. 1659 c.c.) e variazioni da questi ordinate (art. 1661 c.c.). Per le prime, è riconosciuto un compenso all'appaltatore quando si tratti di appalti a misura (come si argomenta a contrario dall'art. 1659 c.c.), mentre è escluso per gli appalti a corpo o à forfait. Per le altre variazioni, l'appaltatore ha diritto a compenso supplementare (sempre che esse abbiano importato un maggior costo rispetto alle opere inizialmente commesse) anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente (a corpo), e non a misura[10].

La previsione del pagamento a corpo consente di escludere un errore essenziale (riconoscibile e determinante) dell'appaltatore fondato sull'inesatta indicazione, ad esempio, dei metri cubi da realizzare, in quanto tale ultima circostanza determina semmai un allargamento del rischio per l'appaltatore (pur rimanendo nell'alea normale del tipo di contatto) ed è destinata a essere assorbita, soltanto, attraverso il meccanismo della revisione dei prezzi *ex* art. 1664 c.c. Ciò significa che quando il corrispettivo è stato fissato a corpo, la sua revisione è possibile solo per fatti imprevedibili al momento della conclusione del contratto[11].

8 Lodo arb., 18 ottobre 1963, *Rass. Avv. stato*, 1964, I, p. 663, ha considerato appalto a corpo quello in cui il richiamo a prezzi unitari aveva mero valore di traccia indicativa delle modalità di formazione del prezzo globale.

9 Sicché, nel caso di parziale inadempimento dell'appaltatore, ove sia necessario determinare il suo compenso per i lavori già eseguiti, il dato di riferimento è sempre il prezzo concordato a corpo, con la conseguenza che da questo va detratto il costo dei lavori non eseguiti e non va invece calcolato il costo di quelli realizzati (Cass., Ord., 20 agosto 2019, n. 21517, *CED Cassazione*, 2019; Sito *Il caso.it*, 2019; App. Milano, 3 agosto 2021, *www.leggiditalia.it*). Ammette la clausola che preveda una retribuzione a percentuale Cass., 22 aprile 1974, n. 1146, *Giust. civ. Mass*., 1974.

10 Cfr. Cass., 27 aprile 1968, n. 1331, *Mass. Giur. it*., 1968.

11 Cass., 21 gennaio 2011, n. 1494, *Mass. Foro it*., 2011; Trib. Milano, 17 ottobre 2011, *www.leggiditalia.it*: "Quando il corrispettivo sia stato determinato a corpo e non a misura, l'appaltatore non può invocare la revisione dei prezzi, di cui all'art. 1664 c.c., per le variazioni di costo intervenute in corso di esecuzione e dipendenti da fattori che al momento della stipula del contratto potevano essere preveduti; quando, invece, gli aumenti siano dipesi da fattori del tutto imprevedibili al momento della stipula del contratto, la revisione

Analogamente, nel caso di appalto a corpo, l'eventuale difformità tra il prezzo globale e quello ottenuto applicando i prezzi unitari alle quantità previste dal computo metrico non dà luogo ad un errore di calcolo nel senso di errore materiale rettificabile, ai sensi dell'art. 1430 c.c., poiché ciò che conta è solo il prezzo finale che, quando è accettato, è vincolante per l'appaltatore. Il richiamo ai prezzi unitari e ai calcoli contenuti nel computo metrico ha valore di semplice traccia indicativa delle modalità di formazione del prezzo globale che è destinata a restare fuori dal contenuto del contratto[12].

Ad ogni modo, quando il prezzo è determinato a corpo, è bene che le opere da eseguire siano descritte con maggiore rigore rispetto all'ipotesi di un'opera a misura, in maniera tecnica e dettagliata al fine di consentire alle parti un'esatta individuazione delle qualità e delle quantità dei lavori da svolgere. In mancanza, in specie laddove gli elaborati tecnico-progettuali siano lacunosi, v'è il rischio che si determini un vizio genetico del contratto che lo renda passibile di nullità per indeterminatezza dell'oggetto *ex* art. 1418 c.c.[13]

Può anche accadere che una parte o singole parti dell'opera abbiano una autonomia funzionale ed economica e che, comunque, formino oggetto di autonoma consegna, sebbene rientranti nell'oggetto generale del contratto. L'art. 1666 c.c. prevede l'ipotesi della verifica compiuta su una parte avente la consistenza di "partita", e diretta a chiudere i rapporti relativi alla medesima. L'appalto di opera da eseguire per partite postula che l'opera sia scomponibile per volontà delle parti (esplicita o implicita) in frazioni, dotata ciascuna di una propria individualità e autonomia in fase di esecuzione. In questo caso, l'appaltatore ha il diritto di domandare il pagamento in proporzione dell'opera eseguita.

I pagamenti che il committente faccia delle singole partite ricevute, allora, non hanno il carattere di semplici anticipazioni sul prezzo dell'appalto, ma importano adempimento parziale dell'obbligazione del committente[14].

La *ratio* specifica di detta norma è del tutto evidente ed è volta a evitare la possibilità di contestazione per un tempo indefinito delle consegne di beni o servizi oggetto di contratti di appalto che, di norma, si protraggono nel tempo, il che inciderebbe negativamente sulla celerità, la facilità e la buona fede negli scambi.

dei prezzi è dovuta anche nell'appalto con corrispettivo a corpo, a meno che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, non vi abbiano inequivocabilmente rinunciato".

12 Cfr. Cass., 7 giugno 2012, n. n. 9246, *Mass. Foro it.*, 2012.

13 Come successo in Trib. Mantova, 23 gennaio 2006, *Contratti*, 2006, p. 916, con nota di Gaeta.

14 Stolfi: "Appalto (contratto di)", cit., p. 645. Cass., 9 settembre 2003, n. 13132, *Arch. civ.*, 2004, p. 904; in *Gius*, 2004, p. 632: l'art. 1666 c.c., comma 2°, si riferisce specificamente ai contratti di appalto di opere da eseguire per partite nei quali sia la verifica che il pagamento sia l'accettazione della (parte di) opera riguardano le singole partite delle quali, una volta avvenuto il pagamento da parte del committente, si presuma l'accettazione senza riserve da parte di costui del lotto consegnato.

Tale ipotesi non è però configurabile nel caso in cui le parti abbiano previsto un sistema rateale di pagamento del prezzo mediante acconti correlati alla graduale esecuzione dell'opera, con la conseguente impossibilità di ritenere la constatazione di ciascuno stato di avanzamento dei lavori equivalente alla verifica delle singole partite ai sensi dell'art. 1666 c.c.[15]

Una tale previsione non incide sulla indivisibilità dell'obbligazione. Si ritorna, al contrario, alla fattispecie generale e la verifica parziale dell'opera appaltata, in corso di esecuzione, non libera l'appaltatore e non osta a che il committente, in sede di verifica finale e di collaudo, possa far valere i vizi e le difformità anche per le parti già verificate durante i lavori, al fine di conseguire l'eliminazione dei vizi e delle difformità stesse, o la proporzionale riduzione del prezzo, ovvero, ove l'opera sia del tutto inadatta alla sua destinazione, la risoluzione del contratto (art. 1668 c.c.)[16].

L'appaltatore, quando agisce in giudizio per ottenere il corrispettivo e questo è controverso, ad esempio perché è stato parzialmente simulato in sede di contrattazione, ha l'onere di fornire la prova della congruità del prezzo, alla stregua della natura, dell'entità e della consistenza delle opere; come visto *supra*, non costituiscono idonee prove dell'ammontare del credito le fatture da lui emesse[17].

Inoltre, l'applicazione all'appalto del principio generale che governa la condanna all'adempimento in materia di contratto con prestazioni corrispettive comporta che l'appaltatore che agisca in giudizio per il pagamento del corrispettivo abbia l'onere di provare di aver esattamente adempiuto la propria obbligazione e, quindi, di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte.

Viceversa, la domanda di condanna del committente al pagamento non può essere accolta nel caso in cui quest'ultimo contesti l'adempimento dell'appaltatore e tale contestazione risulti fondata, non rilevando in tale contesto che l'inadempimento dell'appaltatore abbia scarsa importanza: a tale nozione, l'art. 1455 c.c. fa riferimento come limite alla domanda di risoluzione del contratto e non a quella volta a ottenere il suo adempimento, stante l'esigenza di prevedere l'operatività del rimedio della risoluzione solo nel caso in cui il comportamento di una parte produca un effettivo pregiudizio all'interesse della parte non inadempiente, alterando il sinallagma funzionale. Qualora il committente eccepisca l'inadempimento dell'appaltatore, spetta a quest'ultimo, che agisca in giudizio

15 Cass., 18 agosto 1993, n. 8752, *Mass. Giur. it.*, 1993.

16 Cass., 4 ottobre 1978, n. 4408, *Mass. Giur. it.*, 1978.

17 Cass., Ord., 19 ottobre 2018, n. 26517, *Mass. Foro it.*, 2018; Cass., 11 maggio 2007, n. 10860, *ivi*, 2007; Cass., 21 maggio 1999, n. 4955, *ivi*, 1999.

per ottenere il pagamento del corrispettivo, provare l'esatto adempimento della propria obbligazione[18].

Dalla natura di contratto a prestazioni corrispettive deriva quindi che il committente può legittimamente rifiutare o subordinare il pagamento del corrispettivo all'eliminazione dei vizi dell'opera, invocando l'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., in quanto istituto di applicazione generale in materia di contratti a prestazioni corrispettive[19].

Ma vale anche l'inverso: in caso di inadempimento del committente alla sua obbligazione di pagare, in corso d'opera, gli acconti pattuiti, l'appaltatore può sospendere l'esecuzione dei lavori *ex* art. 1460 c.c.

A tal fine, non è necessario che quello dell'appaltatore o del committente sia un inadempimento grave: la riduzione, sovente operata nella pratica, dell'art. 1460 c.c., tale che l'eccezione di inadempimento sarebbe conforme a buona fede soltanto se sollevata a fronte di un inadempimento grave, è criticabile. Questa norma non fa alcun riferimento, infatti, a quella «gravità» che è invece richiesta dall'art. 1455 c.c. al fine di legittimare la risoluzione del contratto. L'eccezione di inadempimento ha la funzione di sospendere l'obbligazione di eseguire la propria prestazione finché non sia cessato l'inadempimento altrui; essa non ha alcun effetto risolutivo del contratto. L'effetto liberatorio del debitore si produce con la domanda di risoluzione. Mentre dunque la risoluzione scioglie il contratto e distrugge le relative obbligazioni, l'eccezione si limita a sospendere temporaneamente l'obbligazione della parte che eccepisce. Questa diversità sostanziale impedisce di equiparare i requisiti di due strumenti che hanno finalità distinte: è comprensibile che occorra un inadempimento grave (e per l'appalto, ai sensi dell'art. 1668 c.c., persino che l'opera sia del tutto inadatta alla sua destinazione) al fine di domandare la risoluzione; non si vede invece perché, al fine di sospendere momentaneamente la propria prestazione, non debba essere sufficiente il mancato inizio o il mancato rispetto dell'attività preparatoria e/o esecutiva della controparte.

D'altronde, il rifiuto di eseguire la propria prestazione *ex* art. 1460 c.c. non contrasta con i principi di buona fede e correttezza, quando l'inadempimento della controparte sia in grado di "menomare la fiducia sul corretto adempimento del contratto"[20].

18 Trib. Milano, 18 luglio 2013, *www.leggiditalia.it*; Cass., 13 febbraio 2008, n. 3472, *Foro pad.*, 2008, I, c. 287. Specificamente sull'onere probatorio: Cass., Ord., 4 gennaio 2019, n. 98, *Mass. Foro it.*, 2019.

19 Trib. Ascoli Piceno, 28 gennaio 2020, *www.leggiditalia.it*: il corrispettivo dell'opera deve essere pagato alle scadenze contrattuali ovvero, in difetto di pattuizione, quando l'opera sia accettata dal committente, sicché è da tale momento che decorrono per l'appaltatore gli interessi sulle somme dovutegli. Peraltro, il corrispettivo diviene inesigibile se vengono riscontrati nell'opera difetti legittimanti l'*exceptio inadimpleti contractus*: tale inesigibilità si protrae finché i vizi non vengano eliminati, ovvero il committente non opti per la riduzione del corrispettivo.

20 Cass., 18 marzo 1999, n. 2474, *Mass. Giust. civ.*, 1999.

In sede di valutazione comparativa delle condotte delle parti, non si può avere riguardo alle sole obbligazioni principali dedotte in contratto (il pagamento del compenso, per il committente, ed il compimento dell'opera, per l'appaltatore), ma anche a quelle di collaborazione, di protezione, di informazione, ecc. Il principio che sorregge l'eccezione *inadimpleti contractus*, infatti, trae fondamento dal nesso di interdipendenza che nei contratti a prestazioni corrispettive lega le opposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito di un rapporto sinallagmatico il cui contenuto, indipendentemente da esplicite previsioni negoziali, è correlato all'obbligo di correttezza delle parti (art. 1175 c.c.), esteso alle cosiddette obbligazioni collaterali.

Va tuttavia ricordato che lo stesso art. 1460 c.c. esclude che nei contratti con prestazioni corrispettive, ove sia pattiziamente prevista la diversità dei termini di adempimento, il contraente tenuto per primo alla prestazione e resosi inadempiente possa giovarsi dell'*exceptio inadimpleti contractus* (salva l'ipotesi del pericolo di perdere la controprestazione) [21].

II. APPALTO GRATUITO E DONAZIONE INDIRETTA.

Se il corrispettivo manca del tutto, si può riconoscere nell'appalto una causa liberale, purché sussistano gli elementi oggettivi dell'impoverimento e dell'arricchimento e quello, soggettivo, dell'*animus donandi*[22].

Infatti, se l'appalto importa l'acquisto di un bene a favore del committente, costituisce una donazione indiretta ai sensi dell'art. 809 c.c.

Può accadere che l'appaltatore, per rapporti di parentela o di amicizia nei confronti del committente, esegua gratuitamente l'appalto: in tal caso, sono ovvi sia l'arricchimento del committente, sotto forma di risparmio di spesa, sia

21 Cass., Ord., 26 novembre 2013, n. 26365, *CED Cassazione*, 2013; Cass., 16 gennaio 1997, n. 387, *Mass. Giur. it.*, 1997; Trib. Trani, 20 marzo 2018, *www.leggiditalia.it*. Pertanto, "qualora in un contratto di appalto le parti abbiano previsto il versamento di acconti sul corrispettivo in favore dell'appaltatore subordinati solo al decorso dell'unità di tempo prevista o alla contabilizzazione da parte della direzione dei lavori della quantità di prestazioni previste nel contratto, e non anche alla accettazione dei lavori fino a quel momento eseguiti, le singole obbligazioni di pagamento a carico del committente non sorgono contestualmente alla obbligazione dell'appaltatore all'esatto adempimento, che ha come termine di adempimento unico quello della consegna dell'opera compiuta; ne consegue che il committente inadempiente all'obbligazione di corrispondere i singoli acconti non può fondatamente avvalersi dell'eccezione di inadempimento" (Cass., 28 agosto 2002, n. 12609, *Arch. civ.*, 2003, p. 668, e *Gius*, 2003, p. 152). L'eccezione d'inadempimento, "è opponibile anche alla parte che debba adempiere entro un termine diverso e successivo, a fronte di un evidente pericolo di perderne la controprestazione, avendo essa già dimostrato di non essere in grado di provvedere ai propri obblighi": Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratto in genere*, n. 264. A proposito del rifiuto di una parte a prestare il consenso alla stipulazione del contratto definitivo, si è affermato che "l'eccezione di inadempimento deve essere consentita quando sia già evidente che la controprestazione non potrà mai essere adempiuta ovvero quando vi siano fondate probabilità di un ritardo tale che supererà il termine successivo fissato in contratto per la controprestazione, eccedendo i limiti della normalità secondo una interpretazione di buona fede" (Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, *Mass. Foro it.*, 1979).

22 Albanese: *L'appalto*, cit., p. 46 ss.; Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 109 s.; Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, cit., p. 177; Vignali: "Formazione del corrispettivo", cit., p. 211.

l'impoverimento dell'appaltatore, non solo per il mancato guadagno ma anche per i costi cui dà luogo un'organizzazione di mezzi e di persone nonché, se non procurata dal committente, la materia prima acquistata.

Ma ben più frequente è l'ipotesi che i lavori siano commissionati e/o pagati da un soggetto diverso rispetto al beneficiario.

Nel contratto di appalto, la qualità di committente può, del resto, anche non coincidere con quella del soggetto a favore del quale i lavori vanno eseguiti, di tal che chiunque può, per le più svariate ragioni, dare incarico ad un appaltatore affinché questi compia le opere a favore di un terzo, con la conseguenza che il contratto si conclude tra il committente e l'appaltatore, il quale resta obbligato verso il primo ad adempiere alla prestazione a favore del terzo, mentre il primo resta obbligato al pagamento del compenso. Ma proprio in quanto il committente può non coincidere con il soggetto in favore del quale debbano essere eseguiti i lavori, l'appaltatore che agisce in giudizio per il pagamento del corrispettivo ha l'onere di provare l'esistenza del contratto e il suo specifico contenuto, onde dimostrare la titolarità della situazione soggettiva passiva in capo al convenuto. La titolarità della posizione soggettiva passiva di committente delle opere appaltate, perciò tenuto al pagamento del corrispettivo, è, invero, un elemento costitutivo della domanda di adempimento proposta dall'appaltatore ed attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla (salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione, da parte del convenuto)[23].

Anche in queste ipotesi è frequente ravvisare una causa liberale. Si pensi, ad esempio, all'edificazione avvenuta, con denaro del genitore, su un terreno di proprietà dei figli. In tal caso, si è evidentemente in presenza di un *animus donandi* e si tratta di capire se il contratto di appalto affianchi, dalla prospettiva genitore-figli, una donazione diretta del denaro utilizzato per pagare il corrispettivo all'appaltatore o una donazione indiretta dell'edificio.

La soluzione assume rilievo decisivo in tema di riduzione e ai fini della collazione: occorre capire se questo procedimento concretizzi una donazione diretta del

23 Cass., Ordinanza, 10 settembre 2020, n. 18792, *Studium juris*, 2021, p. 509; Cass., 22 giugno 2017, n. 15508, *CED Cassazione*, 2017. Già una risalente pronuncia chiariva che, ove l'appaltatore, per ottenere il pagamento del corrispettivo dell'esecuzione di lavori in un appartamento, convenga in causa chi assume essere il proprietario dell'appartamento medesimo, e poi, una volta acclarato che l'immobile sia di proprietà di terzi, deduca che le opere sono state effettuate a seguito di personali disposizioni impartite dal convenuto e di intese con costui direttamente concluse, l'accertamento preliminare ed assorbente da compiere è quello se il convenuto abbia effettivamente contratto un'obbligazione diretta e personale con l'attore per i lavori in questione (Cass., 24 marzo 1972, n. 915, *Mass. Foro it.*, 1972; più di recente, nello stesso senso, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2303, non massimata). In un altro remoto precedente, si era definito incensurabile l'apprezzamento del giudice di merito circa l'irrilevanza di un documento esibito dalla parte per dimostrare l'esistenza di un contratto di appalto con un'impresa diversa da quella che agisce in giudizio per il pagamento delle opere eseguite, e per di più ove il documento si riferisse ad opere non del tutto coincidenti con quelle del cui pagamento si controverte (Cass., 29 aprile 1965, n. 760, *Mass. Foro it.*, 1965).

denaro o una donazione indiretta dell'immobile, e, dunque, se il figlio, all'apertura della successione del genitore, debba conferire la somma ricevuta o il bene.

Pertanto, soprattutto a fini successori (ma anche a fini formali, richiedendo la donazione diretta, per la propria validità, l'atto pubblico con la presenza dei testimoni), quando un terzo commissiona lavori in appalto, con onere economico a proprio carico, a un'impresa, affinché questa esegua lavori sull'immobile di un terzo, occorre valutare in concreto se la fattispecie configuri una donazione indiretta in favore del proprietario dell'immobile.

Il tema è stato affrontato e approfondito soprattutto con riguardo alla fattispecie dell'intestazione del bene in nome altrui nella vendita, ma le soluzioni cui si è pervenuti possono pianamente essere applicate ai casi in cui l'effetto reale scaturisca da un contratto di appalto e in quelli in cui la liberalità consista nel pagamento delle spese per la ristrutturazione dell'immobile.

In un primo momento, nel lontano '46, i giudici, in contrasto con la dottrina dominante che proclamava la conferibilità del denaro, si erano pronunciati a favore della qualificazione in termini di donazione indiretta: il donante, si disse, intende acquistare l'immobile per costituirlo oggetto di donazione e realizza questa intenzione acquistando egli stesso l'immobile a nome del beneficiario se ha la sua rappresentanza, o facendo comprare il bene al donatario con il denaro che egli stesso versa al venditore o consegna al donatario, al preciso scopo di acquistare un determinato immobile[24]. L'orientamento mutò a seguito delle aspre critiche mosse alla sentenza da illustri commentatori, i quali obiettarono che "in realtà il padre non ha l'intenzione di acquistare, nemmeno per un momento, la proprietà dell'immobile. Egli vuole beneficiare il figlio, e per questo non ha bisogno di acquistare per sé e poi trasferire. Gli basta fare in modo che l'erede acquisti"[25]. La dottrina, pertanto, riteneva che la donazione, fosse essa configurabile come diretta o come indiretta, avesse sempre ad oggetto il denaro, e che comunque è del denaro che il donante si spoglia, sia pure per far acquistare un immobile al

24 Cass., 29 marzo 1946, n. 335, *Foro it.*, 1946, I, c. 714, con nota critica di Torrente. La Corte aggiunse che solo «se è consegnato denaro al donatario senza alcuna distinzione del suo impiego ed è rispettata la forma (atto pubblico, se non si tratta di donazione manuale) la donazione è diretta; oggetto della donazione è il denaro e la successiva destinazione del denaro da parte del donatario è irrilevante». Cfr. anche Cass., 21 gennaio 1963, n. 86, *Mass. Giust. civ.*, 1963, secondo cui «Qualora venga donato danaro per l'acquisto di un immobile, si ha non una donazione indiretta dell'immobile, bensì una donazione diretta del denaro gravato dall'onere di un reimpiego determinato». Per Cass., 1° luglio 1966, n. 1967, *Mass. Foro it.*, 1966, se un coniuge fornisce danaro all'altro coniuge al preciso scopo di fargli acquistare un bene immobile si ha donazione indiretta, il cui oggetto non è il danaro ma l'immobile.

25 Torrente: "In tema di acquisto di immobile a favore dell'erede con denaro del testatore", *Foro it.*, 1946, I, c. 714. In generale, si sono schierati per la conferibilità del denaro, tra gli altri, Carnelutti: "Donazione di immobile o donazione di denaro?", *Foro it.*, 1956, IV, 1956, c. 185; Torrente: *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 58 ss.; Burdese: *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 5, Torino, 1980, p. 268; Forchielli e Angeloni: *Della divisione*, in in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2000, p. 463 ss. Per un puntuale quadro della dottrina e della giurisprudenza: Morelli: *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1998, II, pp. 413-424. Dello stesso Autore, cfr. "Acquisto di immobile a favore dell'erede con denaro del testatore", in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 87 ss.

congiunto, mentre l'immobile in nessun momento entra a far parte del patrimonio del donante.

Si pervenne così alla soluzione della conferibilità del denaro, e questa posizione venne a lungo mantenuta salda[26].

Più recentemente, a seguito di un principio di *revirement* giurisprudenziale[27], si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno affermato che l'atto con cui in vita il *de cuius* abbia procurato al discendente l'acquisto di un immobile mediante il suo pagamento costituisce donazione indiretta del bene, sì che, ai fini della collazione, « per effetto del collegamento tra l'elargizione del denaro paterno e l'acquisto del bene immobile da parte del figlio », va conferito l'immobile e non il denaro[28]. Più precisamente, il Collegio ha chiarito che di donazione diretta del denaro è possibile parlare solo quando il genitore dona il denaro, che *successivamente* il figlio impiega per l'acquisto immobiliare. Qui, infatti, il denaro è stato donato come tale, è il bene di cui il genitore ha inteso beneficiare il figlio, ed il successivo impiego della somma, rimanendo estraneo alla previsione del donante, non assume alcun rilievo. All'opposto, nell'ipotesi (che è poi quella

26 V. ad esempio Cass., 11 maggio 1973, n. 1255, *Giust. civ. Mass.*, 1973, p. 662; Cass., 19 ottobre 1978, n. 4711, *Giust. civ. Mass.*, 1978, p. 1968.

27 Hanno nuovamente accolto la soluzione della collazione dell'immobile Cass., 15 dicembre 1984, n. 6581, *Riv. notar.*, 1985, II, p. 724; Cass., 31 gennaio 1989, n. 596, *ivi*, 1989, p. 1163, la quale ha parlato apertamente di donazione indiretta dell'immobile "realizzata attraverso un procedimento complesso del quale è parte essenziale un negozio assimilabile al contratto a favore del terzo"; Cass., 6 maggio 1991, n. 4986, *Riv. notar.*, 1991, p. 1076; Cass., 19 marzo 1980, n. 1851, *Foro it.*, 1981, I, c. 1395, la quale ha ravvisato una donazione indiretta di immobile nel caso in cui il donante, parte di un contratto preliminare di vendita dell'immobile a sé o a persona da nominare, stipuli il contratto definitivo pagando il prezzo con denaro proprio e indicando come acquirente il beneficiario. Cass., 28 febbraio 1987, n. 2147, *Vita not.*, 1987, p. 747, aveva distinto a seconda del procedimento mediante il quale il figlio diviene proprietario dell'immobile: *a)* nel caso di donazione di denaro al figlio per consentirgli l'acquisto del bene, il donatario è tenuto a restituire alla massa la somma corrispondente, e non già il bene, che non ha mai fatto parte del patrimonio del *de cuius*. Si ha, pertanto, una donazione diretta del denaro; *b)* quando l'arricchimento del donatario abbia avuto luogo mediante la disposizione di un diritto o l'assunzione di un'obbligazione nei suoi riguardi da parte del donante, può configurarsi l'obbligo di conferimento dell'immobile acquistato a suo nome. In tal caso, infatti, non ha luogo una donazione del denaro, ma si realizza una donazione indiretta dell'immobile.

28 Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, *Foro it.*, 1993, I, c. 1544; *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 283, con nota di Basini: "L'oggetto della liberalità ai fini della collazione, dell'imputazione ex se e della riunione fittizia, in ipotesi di «intestazione di beni a nome altrui»"; *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 613, con nota di Cesaro: "Acquisto di immobile con denaro fornito dal genitore e donazione indiretta"; *Riv. notar.*, 1993, p. 144. Da allora, la giurisprudenza si è adeguata alle statuizioni delle Sezioni Unite, ed ha continuato a diversificare l'ipotesi «della donazione diretta del denaro, impiegato successivamente dal figlio in un acquisto immobiliare, in cui, ovviamente, oggetto della donazione rimane il denaro stesso, da quella in cui il donante fornisce il denaro quale mezzo per l'acquisto dell'immobile, che costituisce *il fine* della donazione. In tale caso il collegamento tra l'elargizione del denaro paterno e l'acquisto del bene immobile da parte del figlio porta a concludere che si è in presenza di una donazione (indiretta) dello stesso immobile e non del denaro impiegato per il suo acquisto» (Cass., 15 novembre 1997, n. 11327, *Riv. notar.*, 1998, p. 182; *Contratti*, 1998, p. 242, con nota di Basini: "Donazione indiretta e applicabilità dell'art. 179, lett. b), c.c.)". Cfr. anche Cass., 4 settembre 2015, n. 17604, *Mass. Foro it.*, 2015; Cass., 25 ottobre 2005, n. 20638, *Mass. Giur. it.*, 2005, c. 1619; Cass., 22 giugno 1994, n. 5989, *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1558; App. Catania, 23 marzo 2007, *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, p. 243, con nota di Albanese; Trib. Firenze, 3 ottobre 2000, *Arch. civ.*, 2001, p. 1268, con nota di Santarsiere: "Tra *negotium mixtum cum donatione*, donazione indiretta e lesione di legittima. Riduzione infondata".
In dottrina, particolarmente critico verso questa posizione si è mostrato Forchielli: "Acquisto dell'immmobile con denaro del defunto", *Contr. e impr.*, 1994, p. 51, in coerenza con la sua preferenza per la tesi della conferibilità del denaro, già espressa in precedenti scritti, tra cui la voce "Collazione", *Enc. giur. it.*, VI, Roma, 1988, p. 6.

classica di intestazione in nome altrui) di denaro elargito dal donante quale mezzo per l'acquisto dell'immobile in capo al figlio, ossia precipuamente finalizzato a tale acquisto immobiliare, che viene o pagato direttamente al venditore dal genitore stesso o pagato dal figlio dopo averlo ricevuto dal padre, si è in presenza, appunto, di una donazione indiretta dell'immobile.

Ulteriormente chiarendo il proprio pensiero, le Sezioni Unite hanno anche confutato una delle principali argomentazioni portate dai sostenitori della conferibilità del denaro: "trattandosi di donazione indiretta (in quanto è tale ogni negozio che, pur non avendo la forma della donazione, sia mosso da fine di liberalità e abbia lo scopo e l'effetto di arricchire gratuitamente il beneficiario) e dovendo aversi riguardo all'arricchimento del beneficiario, che è lo scopo voluto dal donante, è riduttiva l'affermazione che in effetti il beneficiario si è arricchito del solo bene uscito dal patrimonio del donante, ossia del denaro impiegato nell'acquisto. Questa corrispondenza si riscontra certamente nella donazione diretta del bene, mentre nella donazione indiretta l'arricchimento del beneficiario ben può essere effetto di un negozio che questi ha concluso con un terzo: nel nostro caso con il venditore, rientrando in questo caso la vendita nel complesso procedimento di attuazione della donazione indiretta".

Pertanto, alla luce dell'oramai prevalso orientamento giurisprudenziale (e in parte mutuando per l'appalto le soluzioni raggiunte per la vendita), se il figlio corrisponde il prezzo dell'appalto con denaro in precedenza donatogli dal genitore, oggetto della donazione (diretta) è considerato il denaro, unica entità uscita dal patrimonio del donante, e sarà quindi questo ad essere assoggettato a riduzione e collazione. Se, invece, il genitore paga direttamente all'appaltatore il prezzo dell'immobile costruito sul suolo del figlio o i lavori da eseguire sul bene del figlio (eventualmente comparendo come parte contrattuale), oggetto della riduzione o della collazione sarà il bene, perché si concretizza una donazione indiretta dell'immobile attuata attraverso l'adempimento dell'obbligo altrui *ex* art. 1180 c.c. Quando, infatti, l'ascendente (o il coniuge o, per i riflessi limitati alla riduzione e non alla collazione, qualsiasi soggetto) provvede con proprio denaro al pagamento del prezzo l'appalto costituisce mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del beneficiario; sicché si ha donazione indiretta non già del danaro, ma dell'immobile: è di quest'ultimo bene che, "secondo la volontà del disponente, alla quale aderisce il donatario, viene arricchito il patrimonio del beneficiario, nel quale, invece, non è mai entrato il danaro utilizzato per l'acquisto"[29]. Con la

29 Cass., 6 maggio 1991, n. 4986, cit. Conf.: Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, cit.; Cass., 29 maggio 1998, n. 5310, *Giust. civ. Mass.*, 1998; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, *Foro it.*, 1995, I, c. 614; *Riv. notar.*, 1994, p. 643; Cass., 31 gennaio 1989, n. 596, cit.
In dottrina, Amadio: "Liberalità non donativa e collazione", *Contratti*, 2000, p. 527, dà peso a ciò di cui si sia incrementato il patrimonio del donatario, argomentando dal fine della collazione, che secondo l'autore risiederebbe non tanto nella ricostituzione di una titolarità, quanto nella *redistribuzione* di un arricchimento.

conseguenza che, in caso di riduzione o di collazione, il conferimento deve avere ad oggetto l'immobile e non il denaro.

Dal qualificare la fattispecie come donazione *indiretta* dell'immobile, deriva la non necessarietà della forma dell'atto pubblico prevista per la donazione (art. 782 c.c.), e la sufficienza dell'osservanza della forma richiesta per l'atto da cui la donazione indiretta risulta[30].

Con riferimento, poi, alla collazione, da questa impostazione deriva un importante vantaggio per i coeredi non donatari: il coerede donatario che abbia beneficiato di un appalto di costruzione pagato dal proprio genitore (o dal proprio coniuge) dovrà conferire alla massa l'immobile o, se opta per la collazione per imputazione, il valore commerciale che l'immobile ha *al tempo dell'apertura della successione* (art. 747 c.c.). Se, invece, si fosse adottata la tesi della donazione diretta del denaro, sarebbe stato il coerede donatario ad avvantaggiarsi. Infatti, il donatario di denaro (art. 751 c.c.), si avvantaggia dell'operare del principio nominalistico, giacché non si terrà conto della svalutazione monetaria intervenuta tra il giorno della donazione e quello della morte del donante, e ovviamente tanto più sarà avvantaggiato dal dover restituire moneta quanto più la liberalità sia risalente nel tempo. Rispetto a lui risulteranno invece sfavoriti i coeredi che conferiscono per imputazione i beni mobili o immobili ricevuti, i quali restituiranno alla massa il valore che il bene ha al tempo dell'aperta successione. La Corte costituzionale, intervenuta a più riprese sul punto, ha confermato la costituzionalità dell'art. 751 c.c. in riferimento all'art. 3 Cost. argomentando dalla assimilazione della collazione del denaro ai conferimenti *in natura*, e ha dichiarato in alcuni casi la inammissibilità, in altri la manifesta infondatezza, della questione[31].

30 Cass., 14 maggio 1997, n. 4231, *Giust. civ. Mass.*, 1997.

31 Corte Cost., 25 giugno 1981, n. 107, *Arch. civ.*, 1982, p. 9, e *Foro pad.*, 1981, III, c. 102. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata da Trib. Sciacca, ord. 26 giugno 1975, *Giur. it.*, 1976, I, 2, c. 592, e, successivamente, anche da Trib. Salerno, ord. 4 maggio 1976, *Gazz. Uff.* n. 246/1976. Nuovamente chiamata in causa pochi anni dopo, la Corte Costituzionale ha stabilito che "la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., degli artt. 556 e 564, cpv., c.c., per la parte in cui richiamano l'art. 751, e dello stesso art. 751 c.c. - secondo cui la riunione fittizia, l'imputazione *ex se* e la collazione relative a somme di danaro donato devono essere compiute secondo il principio nominalistico - è inammissibile in quanto con essa si chiede alla Corte costituzionale di operare una scelta fra più soluzioni astrattamente possibili, che invece spetta al legislatore ordinario" (Corte Cost., 17 ottobre 1985, n. 230, *Giust. civ.*, 1986, I, p. 14. Cass., ord. 29 gennaio 1983, n. 78, *Foro it.*, 1983, I, c. 946; *Riv. notar.*, 1983, p. 796; *Arch. civ.*, 1984, p. 7, aveva ritenuto non manifestamente infondata (rimettendo quindi l'esame alla Corte Costituzionale) la questione di legittimità costituzionale degli artt. 556 c.c., sulla riunione fittizia a fini di determinazione della porzione disponibile, 564, cpv., c.c., sull'imputazione *ex se*, nelle parti in cui richiamano l'art. 751 c. c., e dello stesso art. 751, a tenore del quale la collazione del danaro donato si effettua secondo il valore legale della specie donata, in riferimento all'art. 3 Cost.). Pensiero ulteriormente ribadito in seguito, poiché "non è ipotizzabile una soluzione rigida che sostituisca incondizionatamente il principio valoristico al principio nominalistico: conseguentemente la scelta tra varie soluzioni astrattamente possibili, le quali coinvolgono valutazioni non solo di equità, ma anche di politica monetaria dello Stato, è riservata al legislatore" (Corte cost., Ord., 27 luglio 1989, n. 463, *www.leggiditalia.it*. Nel senso della manifesta infondatezza: Corte cost., Ord., 21 gennaio 1988, n. 64, *CED Cassazione*, 1988). Non resta, allora, nonostante le perplessità degli studiosi (ma per una valutazione positiva, v., isolatamente, Cuffaro: "La collazione e il principio nominalistico", in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, a cura di P. Perlingieri e M. Sesta, I, Napoli, 2007, p. 573, che prendere atto: l'applicazione, del principio nominalistico, alle ipotesi di collazione di denaro,

Specificamente quanto alla *liberalità* consistente nella fornitura della provvista occorrente per l'esecuzione di lavori di ristrutturazione, di recente la Suprema Corte ha affermato che costituiscono donazione indiretta i conferimenti patrimoniali eseguiti spontaneamente volti a finanziare lavori in un immobile[32].

In definitiva, il bene donato ai figli non va identificato nel denaro, bensì nello stesso edificio realizzato, tutte le volte in cui, tenendo conto degli aspetti sostanziali della vicenda negoziale e dello scopo ultimo perseguito dal disponente, l'impiego del denaro a fini edificatori sia compreso nel programma negoziale perseguito dal genitore donante[33].

Altro esempio è dato dall'estinzione, ad opera del genitore, del debito del figlio risultante dal contratto d'appalto sottoscritto da quest'ultimo con l'impresa esecutrice dei lavori. In tal caso, diversamente dal precedente, il progetto edificatorio non risultava riferibile ad iniziativa del genitore, bensì frutto di scelte e pattuizioni del figlio proprietario del terreno, fissate nella descrizione dei lavori e nel preventivo contenuti nella convenzione sottoscritta con la ditta esecutrice. Si tratta quindi di un adempimento dell'obbligo altrui che determina donazione indiretta della somma e non dell'immobile: l'apporto paterno deve intendersi riferibile sostanzialmente alla sola estinzione del debito avente a oggetto il corrispettivo dell'appalto e di tale valore si è arricchito il patrimonio del beneficiato[34].

III. APPALTO, OBBLIGAZIONI NATURALI E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA.

Una casistica di altro genere, sempre in materia di costruzioni o ristrutturazioni edili il cui prezzo è corrisposto da un terzo, pone il tema del rapporto tra liberalità, obbligazioni naturali e arricchimento senza causa.

non comporta violazione del dettato costituzionale per difformità di trattamento rispetto all'ipotesi di collazione per imputazione di beni nel loro equivalente.

32 Cass., Ord., 4 ottobre 2018, n. 24160, *CED Cassazione*: l'attività con la quale il marito fornisce il denaro affinché la moglie divenga con lui comproprietaria di un immobile è riconducibile nell'ambito della donazione indiretta, così come sono ad essa riconducibili, finché dura il matrimonio, i conferimenti patrimoniali eseguiti spontaneamente dal donante, volti a finanziare lavori nell'immobile, giacché tali conferimenti hanno la stessa causa della donazione indiretta. Tuttavia, dopo la separazione personale dei coniugi, analoga finalità non può automaticamente attribuirsi ai pagamenti fatti dal marito o alle spese sostenute per l'immobile in comproprietà, poiché in tale ultimo caso non può ritenersi più sussistente la finalità di liberalità e tali spese dovranno considerarsi sostenute da uno dei comproprietari in regime di comunione, con l'applicazione delle regole ordinarie ad essa relative. Conseguentemente, il coniuge comproprietario potrà ripetere il 50% delle spese che ha sostenuto per la conservazione ed il miglioramento della cosa comune, purché abbia avvisato preliminarmente l'altro comproprietario e purché questi, a fronte di un intervento necessario, sia rimasto inerte.

33 Cass., 20 maggio 2014, n. 11035, *Foro it.*, 2014, 12, 1, c. 3526: nel caso esaminato, anche il terreno era stato intestato ai figli a seguito di precedente donazione indiretta. Nella specie, giudice del merito aveva alternativamente indicato la vicenda come appalto o come contratto a favore di terzi.

34 Trib. Padova, 28 febbraio 2003, *Mass. Giur. Civ. Patavina*, 2006.

Un esempio particolarmente suggestivo è quello del fidanzato che esegua lavori di ristrutturazione nella casa dei futuri suoceri ove prevede di andare a vivere con la futura sposa. Un altro esempio, piuttosto frequente, è quello in cui gli oneri per la ristrutturazione sono sopportati dai genitori, ma non (come invece nell'esempio dell'acquisto, visto *supra*) a esclusivo vantaggio del figlio acquirente, ma in funzione della intrapresa convivenza *more uxorio* del proprio figlio o della propria figlia.

Anche in queste ipotesi il pagamento del prezzo dell'appalto si risolve in una liberalità? O al contrario il terzo che ha retribuito l'appaltatore ha diritto alla restituzione qualora l'arricchimento dei soggetti che hanno beneficiato, a sue spese, dell'appalto si sia rivelato ingiustificato?

Non pare che possa sempre automaticamente parlarsi di soggetti che agiscono (o che agiscono soltanto) perché spinti dalla volontà di porre in essere un atto di liberalità: se il fidanzamento si rompe o la convivenza si dissolve, sarebbe ingiusto negare loro qualsivoglia ristoro[35].

Esistono d'altronde degli indizi normativi piuttosto chiari in proposito: si pensi alla riconosciuta necessità, all'atto della separazione tra i coniugi (ma estensibile alle situazioni familiari di fatto), di tenere conto del contributo di ciascun coniuge alla vita familiare; si pensi anche all'art. 80 c.c., che prescrive la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio se questo non è stato contratto.

La dottrina più sensibile al problema ha ben chiaro che riportare tutte le prestazioni eseguite, senza esserne obbligati, nello schema legale della donazione confina con la finzione; molto più realistica, all'opposto, è una valutazione da effettuarsi caso per caso per capire se l'impoverito sia "ingiustamente" tale e meriti tutela; e una simile valutazione andrà condotta tenendo presente che "– soprattutto quando si tratti di prestazioni eseguite in funzione di una comunione di vita già instaurata – sarebbe arbitrario precludere qualsiasi tutela al soggetto che ha arricchito la controparte, anche nell'ipotesi in cui non esista o sia venuto meno, senza valida giustificazione, il presupposto che aveva in origine motivato in maniera determinante il sacrificio patrimoniale"[36].

35 *Contra* a questo principio, Trib. Ravenna, 9 marzo 1994, *Gius*, 1994, p. 178, con nota di Astone: "Ingiustificato arricchimento senza causa", che a ragione del fatto che gli oneri per la ristrutturazione erano stati sopportati dai genitori del ragazzo in funzione della sua intrapresa convivenza *more uxorio* con la figlia dei convenuti, conclude che "tale dazione di denaro… deve essere sussunta nella fattispecie della liberalità d'uso prevista dall'art. 770, comma 2°, c.c., di cui riveste tutte le caratteristiche, a cominciare dalla già precisata occasione in cui avvenne, per finire alla conformità della stessa agli usi sociali ad alla proporzione dell'entità della dazione alle condizioni economiche degli attori". La corte ha ritenuto pertanto che la effettuazione di prestazioni d'opera senza corrispettivo da parte degli attori costituisse una liberalità d'uso, la quale aveva la propria causa «nell'intento di compiere la liberalità in favore del proprio figliolo», causa che di per sé esclude ogni possibilità di agire in arricchimento.

36 Breccia: "L'arricchimento senza causa", in *Tratt. dir. priv.* dir. da Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984, p. 995.

Eppure, alla tesi giurisprudenziale secondo cui il rimedio *ex* art. 2041 c.c. non può essere utilmente azionato dall'impoverito che "volle" l'altrui arricchimento, se ne oppone in dottrina[37] una altrettanto radicale che va nella direzione diametralmente opposta: il ricorso all'azione di arricchimento dovrebbe essere sempre concesso quando l'arricchimento è dovuto alla esecuzione volontaria di una attività dell'attore a vantaggio del convenuto. La premessa, cioè, andrebbe addirittura capovolta: lo spostamento patrimoniale voluto dall'impoverito sarebbe sempre e comunque «senza giusta causa» e indennizzabile *ex* art. 2041 c.c. Alla base di questa impostazione è la preoccupazione che altrimenti, se la ripetizione della prestazione eseguita fosse esclusa, «ciò implicherebbe per il donante la possibilità di sanare i vizi di forma della donazione attraverso l'esecuzione di essa»; ne conseguirebbe che la disciplina della forma della donazione manuale, che ai sensi dell'art. 783 c.c. deve essere limitata ai soli casi in cui la donazione è di modico valore, risulterebbe invece applicata ad ogni caso di donazione. In altre parole, impedire la restituzione comporterebbe violazione delle prescrizioni formali di legge, rendendo valida in ogni caso la donazione manuale.

Si può tuttavia notare che, nei casi in cui è ravvisabile una fattispecie contrattuale gratuita, basata dunque sullo scambio dei consensi, si aprono certamente le porte al rimedio restitutorio dell'azione di ripetizione dell'indebito, come in ogni ipotesi di esecuzione di un contratto irregolare (a nulla rilevando la onerosità o la gratuità della pattuizione). Qui si discute, invece, di situazioni di fatto venute a esistenza al di fuori di uno schema proposta-accettazione, e il problema è, semmai, quello degli arricchimenti imposti.

La base da cui partire è che in tutti i casi in cui l'impoverito è stato spinto a effettuare la prestazione (o la dazione) da fini leciti e non diretti ad imporre maliziosamente un arricchimento non voluto, se in seguito sopravvengono dei fatti imprevisti che contraddicono quei fini e mortificano le sue legittime aspettative, non vi è ragione per escludere un ripristino dello *status quo ante* che rimedi allo squilibrio ingiustificatamente venuto in essere.

Se il parente, l'amico o il convivente ha contribuito al pagamento del corrispettivo per l'appalto, senza esservi obbligato da uno specifico contratto ma facendo affidamento sul duraturo rapporto affettivo con l'altra persona, e quindi sulla duratura possibilità di ricevere, da questa, conforto e appoggio anche sotto il profilo economico, qualora il rapporto o la relazione si concludano non è giuridicamente infondato, alla luce della vigenza del principio *ex* art. 2041 c.c., il diritto di ottenere un qualche ristoro inteso al riequilibrio delle posizioni patrimoniali, con conseguente obbligo di natura patrimoniale dell'altro soggetto.

37 Trimarchi: *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 12.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte è possibile pervenire, a mero titolo esemplificativo, e in contrasto con le statuizioni giurisprudenziali, al risultato che l'azione di arricchimento andrebbe concessa nel caso delle prestazioni effettuate dai genitori in favore di un figlio in occasione dell'inizio di una sua convivenza *more uxorio*[38], qualora a seguito della rottura del rapporto fosse risultato l'arricchimento della *partner*. Analoga situazione si verifica nel caso delle spese sostenute dai genitori dei futuri sposi per la ristrutturazione della casa: si ritiene che esse, essendo dirette a rispettare il costume sociale (che prevede da parte di tali soggetti una partecipazione economica, di regola, in proporzione delle loro sostanze), configurino le liberalità d'uso di cui all'art. 770, comma 2°, c.c.[39]. In realtà, quando le spese per la ristrutturazione dell'appartamento, come spesso accade, sono state sostenute dai genitori di uno dei due fidanzati mentre la casa era stata messa a disposizione dall'altro partner o dai suoi genitori, se prima del matrimonio il fidanzamento si rompe e la coabitazione non ha luogo si verifica una palese situazione di arricchimento ingiustificato dei proprietari della casa: negare la restituzione ai soggetti impoveriti significherebbe frustrare, con la *fictio* dell'intenzione liberale, un loro legittimo affidamento nella stabilità di una comunanza di vita e di affetti.

La soluzione non deve stupire: il § 1301 BGB richiama espressamente la disciplina dell'arricchimento senza causa con riguardo alla rottura del fidanzamento.

Anche nel caso delle prestazioni dell'appaltatore eseguite gratuitamente dal medesimo o di appalto oneroso ma con corrispettivo pagato da terzi, dunque, toccherà al giudice valutare l'esistenza di una donazione oppure precisare il concetto di "ingiustizia" in relazione ai singoli casi di arricchimento. Ciò, in particolare, quando si verterà in tema di famiglia e di rapporti di convivenza, che sembrano i terreni più fertili perché possa sviluppare le proprie potenzialità la clausola generale di arricchimento senza causa. In altre parole, una volta che il primo passaggio interpretativo si sia risolto con l'esclusione di trovarsi innanzi ad una elargizione fatta con intenzione liberale o in esecuzione di una obbligazione naturale, il secondo e definitivo passaggio, nell'impossibilità di dare soluzioni univoche al problema, consisterà nella valutazione di tutte le circostanze di fatto, al fine di pervenire ad una soluzione in grado di tenere presenti gli interessi in conflitto, la loro natura e gli scopi da cui era animata l'iniziativa dell'impoverito[40].

38 *Contra* Trib. Ravenna, 9 marzo 1994, cit., che come già visto ha affermato che le elargizioni costituivano liberalità d'uso e non davano quindi luogo ad un'ipotesi di ingiustificato arricchimento. L'indennizzo era invece stato concesso, in un caso analogo, da App. Venezia, 20 dicembre 1957, *Giust. civ. Mass.*, 1957. Anche in Spagna la questione è stata risolta grazie al principio dell'arricchimento ingiustificato: S. 27 maggio 1958.

39 Trib. Napoli, 9 ottobre 1981, *Arch. civ.*, 1982, p. 392, *Dir. e giur.*, 1981, p. 880, *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 524 e *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 942.

40 Sull'importanza di detti scopi, e sulla condivisione dell'iniziativa da parte del beneficiario, insiste Breccia: "L'arricchimento senza causa", cit., p. 996, il quale rileva come questi fatti, se meritevoli di tutela ed erronei o successivamente frustrati, potrebbero eliminare ogni dubbio sulla possibilità di trovarsi innanzi ad una fattispecie di arricchimento imposto.

IV. LA DETERMINAZIONE DEL CORRISPETTIVO.

La specificazione del prezzo dell'appalto non costituisce elemento essenziale dell'accordo tra le parti, giacché la legge preordina congrui criteri per la sua determinazione *a posteriori*.

Per stabilire la misura del corrispettivo, i contraenti possono anche affidarsi a un arbitratore, *ex* art. 1349 c.c. Se l'arbitratore è nominato al termine dell'esecuzione, assume la qualifica di liquidatore dei conti: nella prassi, spesso si tratta del soggetto incaricato del collaudo (collaudatore)[41].

Secondo quanto dispone l'art. 1657 c.c., se le parti non hanno determinato espressamente il prezzo né hanno indicato i criteri della sua determinazione, la misura del corrispettivo è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice.

Tra le menzionate modalità di determinazione del prezzo esiste un ordine gerarchico, al quale in caso di giudizio deve attenersi il giudice, che decise in sede contenziosa e nel contraddittorio tra le parti: applicherà quindi innanzi tutto le tariffe e, solo ove esse manchino, gli usi; se non siano rinvenibili nemmeno gli usi, valuterà le circostanze di fatto, a cominciare dal valore della prestazione dell'appaltatore e, se richiesto dalle parti, deciderà secondo equità *ex* art. 114 c.p.c.[42]. Il giudice può tuttavia evitare di applicare, seppure esistano, le tariffe e gli usi, qualora siano le parti stesse di comune accordo a chiedergli di decidere secondo equità, *ex* art. 114 c.p.c.

Secondo un diverso, minoritario, orientamento, l'art. 1657 c.c. porrebbe sullo stesso piano le tariffe e gli usi, salvo che le parti abbiano fatto riferimento a una data tariffa o che esista una tariffa legale[43].

Si tratta di una norma eccezionale, simile a quella dettata per la vendita dall'art. 1474 c.c., che deroga alla previsione generale dell'art. 1346 c.c., giacché la mancata predeterminazione del prezzo (o la sua non predeterminabilità) non si traduce

41 Cfr. Mirabelli: *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 403; Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, cit., p. 197 ss. In generale, sulla nomina, di comune accordo tra committente e appaltatore, di un arbitratore che determini il prezzo "con equo apprezzamento", od anche con *arbitrium merum*: Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 112 s.; Mangini, Iacuaniello Brugi: *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1997, p. 108; Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2007, p. 225 ss.; Vignali: "Formazione del corrispettivo", cit., p. 209 ss., p. 223; Polidori: *Codice civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 2, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 1646.

42 Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 237 s.; Vignali: "Formazione del corrispettivo", cit., p. 226; Polidori: *Appalto*, in *Tratt. Dir. Civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015, p. 115 s. In giurisprudenza, v. App. Napoli, 11 maggio 2020, *www.leggiditalia.it*.

43 Cass., 5 giugno 2012, n. 9055, *Mass. Foro it.*, 2012.

nella carenza di un elemento essenziale del contratto e non ne provoca la nullità[44]. La deroga può giustificarsi in quanto il rapporto di appalto ha per oggetto una prestazione di *facere*, come tale non retrocedibile, sicché la posizione delle parti non può essere riportata nella posizione antecedente, tipica conseguenza dell'accertata invalidità del vincolo negoziale. In altre parole, se la mancata previsione pattizia del corrispettivo (e del criterio per determinarlo) comportasse la nullità dell'appalto per mancanza o indeterminatezza dell'oggetto, la conseguenza comporterebbe l'eliminazione in via retroattiva degli effetti dell'appalto e il ripristino dello *status quo ante*.

Nel contratto d'appalto, pertanto, la determinazione del corrispettivo può avvenire a posteriori in base alle tariffe esistenti, ovvero agli usi o da parte del giudice. Sia il committente sia l'appaltatore possono domandare al giudice di stabilire il prezzo, anche in corso d'opera, fermo l'obbligo dell'appaltatore, in tal caso, di proseguire frattanto i lavori e non sospendere l'esecuzione dell'opera o del servizio.

Il ricorso a questi criteri sussidiari è consentito quando le parti abbiano concluso l'accordo tralasciando di occuparsi del prezzo o comunque rimettendosi sul punto ai criteri legali, non già quando il prezzo abbia costituito oggetto di trattativa fra le parti e non si sia raggiunto un accordo sul suo ammontare. Sarebbe assurdo ritenere concluso il contratto di appalto, e sorte quindi le rispettive obbligazioni, sol perché si è raggiunto l'accordo sull'opera, se, essendosi discusso l'ammontare del prezzo, le parti non abbiano raggiunto una intesa. In tal caso, in realtà, il contratto non può dirsi concluso[45].

44 In dottrina, Moscarini: "L'appalto", in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 715; Marinelli: *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996, p. 25. In giurisprudenza, v. Cass., 30 agosto 2004, n. 17386, *Bollettino legisl. tecnica*, 2004, p. 1054: "la mancata determinazione del corrispettivo, in deroga alla disposizione generale di cui all'art. 1346 c.c., non è causa di nullità del contratto, giacché lo stesso può essere stabilito, ai sensi dell'art. 1657 c.c. in base alle tariffe vigenti o agli usi, e ciò anche quando le parti, pur avendo pattuito il corrispettivo, non abbiano fornita la relativa prova; peraltro, qualora le parti non vi abbiano fatto preciso riferimento, le tariffe del Genio Civile non sono vincolanti ed inderogabili, avendo valore meramente indicativo". V. anche Cass., 5 aprile 2000, n. 4192, *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 745; Cass., 28 agosto 1993, n. 9129, *Mass. Giur. it.*, 1993.
Osserva in motivazione T.A.R. Puglia Lecce, 13 maggio 2008, n. 1373, che «ai sensi degli artt. 1473, 1474 e 1657 c.c., il prezzo (elemento essenziale in tutti i contratti a prestazioni corrispettive in cui una delle prestazioni consiste nella dazione di una somma di denaro) può essere determinato dalle parti o direttamente o facendo riferimento a tabelle, tariffe, mercuriali, etc.». Mirabelli: *Dei singoli contratti*, cit., p. 402, nota 35, sottolinea la differenza tra l'art. 1474 e l'art. 1657: "la prima norma permette la determinabilità estrinseca del prezzo solo quando dal contenuto del contratto si deduca che si è fatto riferimento al giusto prezzo, mentre nella seconda la determinazione ad opera del giudice è applicabile in ogni caso".

45 Cfr. Cass, 28 febbraio 1989, n. 1094, *Mass. Giur. it.*, 1989: in merito alla fornitura di un impianto di depurazione, l'appaltatore domandava la condanna di controparte al pagamento del prezzo e al risarcimento dei danni, dichiarandosi pronto a dare esecuzione alle proprie prestazioni. In primo e secondo grado, i giudici di merito avevano tuttavia escluso che si fosse mai raggiunto, tra le parti, un accordo sul prezzo: le risultanze istruttorie avevano dimostrato che nella trattativa tra i due soggetti si erano succedute varie proposte relative al contenuto del contratto, senza che tuttavia si fosse pervenuto ad un accordo circa l'ammontare del prezzo. L'appaltatore, col ricorso in cassazione, lamentava che la Corte d'Appello aveva omesso di qualificare il rapporto, perché in assenza di tale omissione il contratto avrebbe dovuto considerarsi di appalto e non di compravendita; sosteneva che una qualificazione in questi termini avrebbe portato a ritenere, per l'art. 1657 c.c., che la determinazione del corrispettivo nell'appalto, diversamente da quanto

Ciò nondimeno, all'ipotesi prevista dall'art. 1657 c.c., che si verifica quando «le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo», è equiparata l'ipotesi in cui le parti, pur avendo pattuito il corrispettivo dell'appalto, non ne abbiano provato la misura, sulla quale insorge lite. Vale in proposito il brocardo *paria sunt non esse et non probari*: i due casi corrispondono, sul piano probatorio; sicché, se le parti neppure hanno stabilito il modo di determinare la misura del corrispettivo né la stessa è calcolabile in base a tariffe e a usi, è pienamente giustificata, in applicazione della predetta norma, la determinazione *officio iudicis* del prezzo dell'appalto spettante al *locator operis*[46].

Pertanto, il giudice, in deroga alla disposizione di carattere generale di cui all'art. 1346 c.c., può determinare la misura del corrispettivo dell'appalto sia nell'ipotesi in cui le parti non l'abbiano pattuito sia nell'ipotesi in cui, pur avendolo pattuito, non ne sia stata fornita la prova.

Il corrispettivo del contratto di appalto è commisurabile secondo tariffe preordinate, riferibili sia alla determinazione forfettaria per il servizio nella sua interezza sia in relazione a singole partite.

Valgono le tariffe in vigore nel tempo e nel luogo di conclusione del contratto[47]. Le tariffe cui fa riferimento l'art. 1657 c.c. sono non solo quelle d'imperio, ma anche quelle che vengono formulate, in via indicativa e derogabile, da organi o collegi, pubblici o privati, indipendentemente dalla loro approvazione ad opera dell'autorità governativa; purché non siano predisposte da una parte o abbiano carattere puramente privato. A proposito di un appalto per la costruzione di un fabbricato, in ordine al quale non risultava provato un accordo delle parti sull'ammontare del prezzo, la Suprema Corte ha ritenuto che i giudici del merito correttamente avessero fatto riferimento a listini e tariffe per le opere edili

accade nella vendita, non è elemento essenziale del negozio, soccorrendo la norma richiamata a fare determinare il corrispettivo con criterio suppletivi, qualora le parti non vi abbiano provveduto. Da ciò la decisività della questione.

46 Cass., 14 marzo 1962, n. 529, *Mass. Giur. it.*, 1962; Cass., 28 agosto 1993, n. 9129, cit.; Cass., 5 aprile 2000, n. 4192, cit. (nella specie, era stata esclusa l'ammissibilità della prova per testimoni del dedotto pattuito corrispettivo; il che corrispondeva, sul piano probatorio, alla mancata determinazione della misura del corrispettivo, con conseguente applicazione dell'art. 1657 c.c.); Cass., 5 giugno 2012, n. 9055, cit. App. Catania, 10 giugno 2020, *www.leggiditalia.it*: "In materia di corrispettivo dovuto per l'appalto privato, laddove il committente contesti l'entità del dovuto, la prova del credito vantato dell'appaltatore può essere tratta dalla contabilità del direttore dei lavori se risulti che essa sia stata portata a conoscenza del committente e che questi l'abbia accettata senza riserve, pur senza aver manifestato la sua accettazione con formule sacramentali, oppure che il direttore dei lavori per conto del committente abbia redatto la relativa contabilità come rappresentante del suo cliente e non come soggetto normalmente legato a costui da un contratto di prestazione d'opera professionale, che gli fa assumere la rappresentanza del committente limitatamente alla materia tecnica". Sempre tra i giudici di merito, cfr. anche App. Milano, 5 settembre 2019, *ivi*; Trib. Monza, 16 giugno 2005, *ivi*.

47 Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 235; Cagnasso: "Il contratto di appalto", cit., p. 302; Vignali: "Formazione del corrispettivo", cit., p. 225. Cfr. Trib. Forlì, 12 dicembre 1981, *Dir. fall.*, 1982, II, p. 150, con nota di Bonsignori.

emanate dalla camera di commercio e dal locale collegio degli ingegneri, geometri e costruttori[48].

Gli usi cui fa riferimento l'art. 1657 cit. sono quelli integrativi previsti in via generale dall'art. 1374 c.c.

Qualora non possa farsi riferimento alle tariffe esistenti e agli usi, l'accertamento del giudice avviene a mezzo di indagine tecnica[49] e il relativo giudizio ha natura contenziosa. Anche questa previsione è riconducibile all'equità del giudice prevista dall'art. 1374 c.c. come fonte di integrazione del contratto.

Il potere del giudice è esercitabile solo se si dibatta sull'entità del corrispettivo e non ove, invece, si controverta sulle opere eseguite dall'appaltatore, atteso che, in tal caso, questi deve provare l'entità e la consistenza delle opere, non potendo il giudice stabilire il prezzo di cose indeterminate né consentire all'attore di sottrarsi all'onere probatorio che lo riguarda. Trattandosi, infatti, di un potere integrativo della volontà negoziale, esso non opera nel caso in cui specifici criteri di determinazione del *quantum* siano stati indicati in contratto, e si debba invece sopperire all'inerzia probatoria dell'appaltatore in ordine all'entità delle opere che egli assume di aver compiuto e delle quali richiede il pagamento.

Tuttavia, una volta che le opere eseguite dall'appaltatore siano state, sia pur in parte, dimostrate in giudizio, il giudice di merito, dopo avere accertato che le parti non avevano determinato la misura del corrispettivo dovuto all'appaltatore né il modo di determinarlo, non può, evidentemente, sottrarsi al proprio dovere di determinare il corrispettivo della misura conseguentemente dovuta, avendo riguardo, a norma dell'art. 1657 c.c., alle tariffe esistenti o agli usi, ovvero, in mancanza, procedendo direttamente alla relativa determinazione[50].

L'art. 1657 c.c. ha carattere dichiaratamente sussidiario e, pertanto, non è applicabile allorché le parti, in via preventiva o nel corso, ed anche ad avvenuta esecuzione, dell'opera, abbiano raggiunto un'intesa sull'entità del compenso spettante all'appaltatore, fissandone l'importo o stabilendo i criteri in base ai quali pervenire alla sua concreta determinazione[51].

48 Cass., 30 marzo 1985, n. 2240, *Arch. civ.*, 1985, p. 1434. Cfr. anche Cass., 23 luglio 1998, n. 7238, *Mass. Giur. it.*, 1998.

49 Cass., 15 settembre 2014, n. 19413, *CED Cassazione*, 2014, inerente la misurazione delle opere in contraddittorio tra appaltatore e direttore dei lavori. (Cassa con rinvio App. Venezia, 28 luglio 2008, *www.leggiditalia.it*). Per l'applicazione dell'art. 1657 c.c., v. anche: Cass., 23 maggio 2008, n. 13401, *Mass. Giur. it.*, 2008, e *CED Cassazione*, 2008; nonché le sentenze cit. alla nota successiva.

50 Cass., Ord., 11 novembre 2021, n. 33575, Sito *IlCaso.it*, 2022; Cass., 13 settembre 2016, n. 17959, *CED Cassazione*, 2016; Cass., 12 maggio 2016, n. 9768, *Mass. Foro it.*, 2016; Cass., 29 marzo 1989, n. 1511, *Mass. Giur. it.*, 1989; Cass., 13 aprile 1987, n. 3672, *Mass. Giur. it.*, 1987; Trib. Pescara, 24 giugno 2016, *www.leggiditalia.it*.

51 Albanese: *L'appalto*, cit., p. 58; Cass., 28 aprile 1988, n. 3208, *Mass. Giur. it.*, 1988. Specifica che la pattuizione sul punto, oltre che preventiva, può intervenire in corso d'opera o a opera ultimata, anche Trib. Milano, 9

Quanto alla domanda dell'appaltatore, dalla lettura della giurisprudenza emergono due regole fondamentali:

1) Qualora il compenso debba essere liquidato in base alle tariffe o agli usi, ovvero secondo il prudente apprezzamento del giudice, la domanda con la quale l'appaltatore chieda il pagamento di detto compenso, mediante versamento di una certa somma, comporta a carico dell'attore medesimo l'onere di fornire la prova della congruità di tale somma, alla stregua della natura ed entità dell'opera o di eventuali tariffe o usi vigenti in materia[52].

2) La domanda dell'appaltatore, diretta alla quantificazione e al pagamento del corrispettivo dovuto dal committente, investe un'obbligazione avente a oggetto originariamente la prestazione di una somma di denaro, determinabile dal giudice, e, quindi, un debito di valuta; ne consegue che la sopravvenuta svalutazione monetaria non può comportare l'adeguamento automatico di detto credito dell'appaltatore. Può tuttavia implicare il riconoscimento di un maggior danno, ai sensi dell'art. 1224, 2° comma, c.c., a condizione che il creditore stesso ne abbia fatto espressa domanda (c che tale domanda, in quanto autonoma rispetto a quella rivolta all'adempimento, sia stata tempestivamente proposta nel giudizio di primo grado). L'appaltatore, per ottenere il risarcimento dei maggiori danni non coperti con l'attribuzione degli interessi legali e dipendenti dalla svalutazione monetaria verificatasi durante la mora del debitore, deve farne richiesta assolvendo, nel contempo, l'onere di allegare e dimostrare il pregiudizio patrimoniale subito, servendosi di ogni possibile mezzo di prova, senza che sia a tal fine sufficiente il semplice riferimento alla svalutazione monetaria come fatto notorio[53].

La possibilità di fare ricorso al criterio di determinazione del prezzo previsto nell'art. 1657 c.c. esclude l'applicazione del criterio di cui all'art. 2041 c.c.: il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento (art. 2042 c.c.) ne esclude l'operatività quando sia possibile esperire l'azione contrattuale di adempimento o gli altri rimedi generali previsti nel caso di inadempimento. Ciò è stato fatto valere anche per l'ipotesi di lavori supplementari, allorché nel contratto vi era un'apposita pattuizione riguardo ai lavori extra-contratto; cosicché di tale pattuizione doveva farsi applicazione, anche per l'esistenza e l'entità dei lavori supplementari. E poiché il soggetto terzo, che a norma di contratto avrebbe dovuto stabilire il compenso per tali lavori, non vi aveva provveduto, occorreva fare riferimento alla

gennaio 2004, *Guida al Diritto*, 2004, 19, 59.

52 La deduzione del convenuto committente circa la eccessività della richiesta avversaria non integra un'eccezione in senso proprio, implicante l'onere della relativa dimostrazione, ma una mera difesa sul fondamento della domanda, mediante contestazione della ricorrenza dei suoi presupposti (Cass., 28 luglio 1983, n. 5208, *Mass. Giur. it.*, 1983).

53 Cass., 12 novembre 1981, n. 5981, *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass., 14 luglio 1983, n. 4814, *Mass. Giur. it.*, 1983.

disciplina di cui al citato art. 1657 c.c. e procedere all'applicazione delle tariffe o alla determinazione giudiziale del corrispettivo[54].

L'art. 1657 c.c. è stato altresì applicato quando il corrispettivo inizialmente fissato dalle parti in modo forfettario aveva subito, nel corso dell'esecuzione dell'opera, delle *variazioni* che ne rendevano difficoltosa una nuova e più congrua determinazione[55].

V. CONTRATTO NON ALEATORIO.

Vale la pena rimarcare che l'appalto è un contratto commutativo: esso non è aleatorio perché sebbene comporti l'assunzione, da parte dell'appaltatore, di un rischio economico particolarmente ampio, si tratta pur sempre di un rischio che rientra nell'alea normale e che non s'inserisce nel contenuto del contratto e non ne qualifica la funzione.

Non sono mancate prese di posizione minoritarie, tese a evidenziare un'aleatorietà dell'appalto in ragione dell'impossibilità di calcolare con esattezza i costi e i ricavi[56].

È però possibile obiettare che è certa *ab origine* l'estensione di entrambe le prestazioni: non è incerta né la prestazione dell'appaltatore né la controprestazione, ossia il pagamento del prezzo. Nell'appalto le prestazioni delle due parti sono già state determinate al momento della conclusione del contratto, o almeno sono determinabili in base a criteri prestabiliti, e diversamente da quanto accade nei contratti aleatori, non si fanno dipendere da avvenimenti futuri e incerti. Manca dunque quell'incertezza che dove connotare l'aleatorietà in senso tecnico, potendosi parlare, al più, di un'aleatorietà in senso economico.

Peraltro nell'appalto anche il rischio economico è attenuato dalle due ipotesi di revisione del prezzo regolate dall'art. 1664 c.c., a conferma del carattere commutativo e non aleatorio del tipo: la norma rappresenta d'altronde una

54 Cass., sez. un., 9 novembre 1992, n. 12076, *Mass. Giur. it.*, 1992.

55 Trib. Sondrio, 13 marzo 2019, in *www.leggiditalia.it*; Trib. Vigevano, 12 maggio 2008, *ivi*.

56 Lorizio: *Il contratto di appalto,* parte gen., Padova, 1939, p. 8. Sulla commutatività dell'appalto v. invece, *ex multis*, Cagnasso: voce "Appalto nel diritto privato", *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 166; Stolfi: "Appalto (contratto di)", cit., p. 635 ss.; Rubino Sammartano, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996, p. 12; Cagnasso: *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, p. 177; Id.: *Il contratto di appalto*, cit., p. 666; Scacchi, "Appalto. I) *Diritto privato*" (voce aggiornata), *Enc. giur.*, II, Roma, 2006, p. 1 s. Parla di "alea normale del contratto" tipica di quelle fattispecie contrattuali nelle quali intercorre un lasso temporale tra il contratto ed il risultato che ne forma l'oggetto, Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 9. Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, cit., p. 48, p. 147 ss., approda alla tesi della radicale commutatività dell'appalto dopo avere sostenuto, nella prima edizione, l'idea che l'appalto sia un contratto aleatorio fino al limite del decimo complessivo (nell'ipotesi del primo comma dell'art. 1664), o finché l'aumento di onerosità non sia «notevole» (nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 1664), per divenire commutativo oltre questo limite.

specificazione della regola generale in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), che non vige, appunto, per i contratti aleatori (art. 1469 c.c.).

È vero che il cit. art. 1664 c.c. non ha carattere vincolante per le parti, le quali possono derogavi fissando convenzionalmente un diverso limite di aumento dei costi, o rimuovendo lo stesso limite legale o escludendo dalla revisione l›aumento del costo di alcune prestazioni. Ed è altrettanto vero che la clausola in deroga all›art. 1664 c.c. può essere variamente formulata: nel senso, ad esempio, di escludere il diritto dell›appaltatore a ulteriore compenso per le difficoltà impreviste incontrate nell›esecuzione dell›opera (cosiddetto appalto a corpo o à forfait); oppure specificando che la revisione sarà negata pure per eventi non previsti o accettati dalle parti.

Tuttavia, comunque sia formulata, una tale clausola non comporta alcuna alterazione della struttura o della funzione dell'appalto, nel senso di renderlo un contratto aleatorio, ma solo un ulteriore allargamento del rischio, senza che questo, pur così ulteriormente allargato, esorbiti dall'alea normale del tipo contrattuale. Infatti "ciò che può variare nel tempo futuro in cui si proietta l'esecuzione del contratto di appalto non sono le prestazioni del committente o dell'appaltatore, ma soltanto il valore monetario della prima o il costo monetario della seconda"[57].

Si consideri, poi, che l'istituto della revisione prezzi non è altro che una particolare applicazione del più ampio istituto della "eccessiva onerosità" disciplinato dall'art. 1467 c.c., del quale condivide il fondamento giuridico, rappresentato dal turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni, verificatosi in modo oggettivo e imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale. La preventiva determinazione dell'irrilevanza, ai fini del sinallagma contrattuale, delle eventuali variazioni dei costi, fa sì che queste rientrino nella normale alea del contratto, rendendo così inapplicabile l'istituto dell'eccessiva onerosità, giusta il disposto dell'art. 1467, 2° comma, c.c.

57 Tartaglia: *Eccessiva onerosità ed appalto,* Milano, 1983, p. 132 s. In giurisprudenza: Cass., 23 aprile 1981, n. 2405, *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4198, *CED Cassazione*, 2014; Cass., 20 settembre 1984, n. 4806, *Mass. Giur. it.*, 1984; Cass., 6 giugno 1977, n. 2326, *Giust. civ.,* 1977, I, p. 1290. Sulla commutatività v. anche Trib. Cagliari, 22 marzo 1990, *Riv. Giur. Sarda*, 1991, p. 359, con nota di Zuddas. Trib. Roma, 24 maggio 2000, in *Giur. romana*, 2000, p. 389: "L'inserzione nel contratto d'appalto di una clausola che, in deroga all'art. 1664 c.c., escluda la possibilità dell'appaltatore di domandare la revisione del prezzo, addossa all'appaltatore un rischio che non eccede la normale alea contrattuale, con la conseguenza che essa non è idonea a trasformare l'appalto, da contratto commutativo qual è, in contratto aleatorio". Cass., 19 agosto 1950, n. 2479, *Mass. Giur. it.*, 1950: "Anche il contratto che, secondo lo schema ordinario ha carattere commutativo, ma in cui è pur connaturale un qualche elemento di alea, come l'affitto, l'appalto, la somministrazione e la stessa compravendita, può assumere figura e contenuto aleatorio vero e proprio, quando le parti vi introducono un coefficiente di assoluta incertezza nel rischio cui i contraenti vengono esposti, l'assunzione cioè dell'alea per ogni evento anche il più anormale. In tal caso non è esperibile l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1469 c.c.) e la pattuizione medesima, importante rinuncia preventiva ad avvalersi del rimedio di cui all'art. 1467 c.c., è pienamente valida". Cass., 12 marzo 1992, n. 3013, *Mass. Giur. it.*, 1992, ha specificato che in relazione a tale clausola la volontà delle parti di rinunciare alla revisione dei prezzi non deve estrinsecarsi in particolari espressioni formali, purché chiaramente manifestata.

Quando la preventiva valutazione del possibile squilibrio economico è stata effettuata in sede di stipulazione da parte dei contraenti, rimane inteso che il mancato adeguamento del prezzo convenuto al maggior costo non può integrare arricchimento senza causa a favore del committente: l'arricchimento è qui giustificato dalla volontà contrattuale e dal consenso prestato dalla parte impoverita[58].

Quanto detto fin qui non esclude che l'appalto, pur non essendo per sua natura aleatorio, possa assumere tale carattere per volontà delle parti, quando vi sia introdotto un coefficiente di assoluta incertezza nel rischio cui i contraenti vengono esposti, cioè l'assunzione dell'alea per ogni evento, anche il più anomalo. In tal caso, non solo non varrà l'art. 1664 c.c., ma, per il disposto dell'art. 1469 c.c., non saranno applicabili neanche le disposizioni degli art. 1467 e 1468 c.c. circa le conseguenze della eccessiva onerosità sopravvenuta[59] e dell'azione generale di rescissione.

Ma al di fuori di specifici patti contrari che conferiscano natura aleatoria all'appalto, questo è e rimane un contratto tipicamente commutativo.

58 Cass., 15 luglio 1996, n. 6393, *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 1997, p. 4017; App. Roma, 17 settembre 2007, *www.leggiditalia.it*

59 Cass., 29 agosto 1990, n. 8949, *Mass. Giur. it.*, 1990, in relazione al contratto di costruzione navale (che è assimilato all'appalto ai sensi dell'art. 241 cod. nav.) nel quale era stata inserita una clausola di blocco dei prezzi anche a fronte di futuri aumenti del costo dei materiali e della mano d'opera.

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE: *L'appalto*, in *Tratt. dir. comm.* fondato da V. BONOCORE, dir. da R. COSTI, Torino, 2023.

AMADIO: "Liberalità non donativa e collazione", *Contratti*, 2000, p. 527.

ASTONE: "Ingiustificato arricchimento senza causa", *Gius*, 1994, p. 178.

BASINI: "L'oggetto della liberalità ai fini della collazione, dell'imputazione ex se e della riunione fittizia, in ipotesi di «intestazione di beni a nome altrui»", *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 283.

BASINI: "Donazione indiretta e applicabilità dell'art. 179, lett. b), c.c.)", *Contratti*, 1998, p. 242.

BRECCIA: *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da RESCIGNO, IX, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984.

BURDESE: *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 5, Torino, 1980.

CAGNASSO: *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.

CAGNASSO: voce "Appalto nel diritto privato", *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987.

CAGNASSO: *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di COTTINO, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991.

CARNELUTTI: "Donazione di immobile o donazione di denaro?", *Foro it.*, 1956, IV, 1956, c. 185.

CESARO: "Acquisto di immobile con denaro fornito dal genitore e donazione indiretta", *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 613.

CUFFARO: *La collazione e il principio nominalistico*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale,* a cura di P. PERLINGIERI e M. SESTA, I, Napoli, 2007.

FORCHIELLI: voce "Collazione", *Enc. giur. it.*, VI, Roma, 1988.

FORCHIELLI: "Acquisto dell'immmobile con denaro del defunto", *Contr. e impr.*, 1994, p. 51.

Forchielli e Angeloni: *Della divisione*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2000.

Giannattasio: *L'appalto*[2], in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977.

Lorizio: *Il contratto di appalto,* parte gen., Padova, 1939.

Mangini, Iacuaniello Bruggi: *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1997.

Marinelli: *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996.

Mirabelli: *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991.

Morelli: *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1998, II.

Morelli: "Acquisto di immobile a favore dell'erede con denaro del testatore", *Giust. civ.*, 1998, II, p. 87 ss.

Moscarini: "L'appalto", in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984.

Polidori: *Codice civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 2, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2010.

Polidori: *Appalto*, in *Tratt. Dir. Civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015.

Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980.

Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2007.

Rubino Sammartano: *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996.

Santarsiere: "Tra *negotium mixtum cum donatione*, donazione indiretta e lesione di legittima. Riduzione infondata", *Arch. civ.*, 2001, p. 1268.

Scacchi: "Appalto. I) *Diritto privato*" (voce aggiornata), *Enc. giur.*, II, Roma, 2006.

Stolfi: "Appalto (contratto di)", *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

Tartaglia: *Eccessiva onerosità ed appalto,* Milano, 1983.

TORRENTE: "In tema di acquisto di immobile a favore dell'erede con denaro del testatore", *Foro it.*, 1946, I, c. 714.

TORRENTE: *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1956.

TRIMARCHI: *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

VIGNALI: "Formazione del corrispettivo", in *L'appalto privato*, a cura di COSTANZA, Torino, 2000.

CONTROL DE CONTENIDO DE LA CLÁUSULA SOBRE INTERESES MORATORIOS EN LA CONTRATACIÓN PREDISPUESTA ENTRE PROFESIONALES

CONTENT CONTROL OF THE LATE INTEREST CLAUSE IN PREDISPOSED CONTRACTING BETWEEN PROFESSIONALS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 448-473

Rocío LÓPEZ
SAN LUIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Las crisis económicas sufridas en los últimos tiempos han puesto en situación de vulnerabilidad al sector empresarial propiciando numerosos incumplimientos en contratos de financiación que terminan judicializándose. En este sentido, existen cláusulas incorporadas en dichos contratos que si bien no puede ser objeto de juicio de abusividad sí podrían someterse a control de contenido por otras vías. En este estudio ponemos de manifiesto como la doctrina y jurisprudencial tienen una visión aperturista de este control de las condiciones generales en la contratación mercantil y, en concreto, de la valoración de la cláusula de intereses moratorios cuando estos pueden resultar desproporcionados o existir entre las partes abuso de posición dominante y ejercicio antisocial del derecho contrario a la buena fe.

PALABRAS CLAVE: Condiciones generales de la contratación; cláusulas no negociadas, empresarios; transparencia; cláusula de buena fe.

ABSTRACT: *Economic crises experienced in recent times have left the business sector vulnerable, leading to numerous breaches in financing contracts that end up in court. In this regard, there are clauses incorporated in these contracts that, while they cannot be subject to an assessment of unfairness, could be subjected to content control through other means. In this study, we highlight how both doctrine and case law have an open view of this control of general conditions in commercial contracting, and specifically, of the assessment of the late interest clause when these can be disproportionate or when there's abuse of a dominant position and anti-social exercise of rights contrary to good faith among the parties.*

KEY WORDS: *General terms of contracting; non negotiated contract terms; entrepreneurs; transparency; general clause of good faith.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCION.- II. PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE ANTE CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS.- III. VIAS DE PROTECCIÓN ANTE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS ENTRE EMPRESARIOS.- 1. Reducción de los intereses moratorios abusivos por la vía del art. 1154 CC.- 2. La buena fe del art. 1258 CC como control de contenido de la cláusula de intereses moratorios.- IV. REFLEXIONES FINALES.

I.INTRODUCCION.

Las diversas crisis económicas y financieras, la más reciente derivada de Covid-19, han ocasionado que parte del tejido empresarial se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, y otra, incluso, haya desaparecido, al no ser capaces de soportar la tensión del mercado. Tanto es así que, son muchas las actuaciones salvíficas llevadas a cabo por empresarios como la refinanciación de deudas, novaciones de contratos de préstamos, y reclamaciones judiciales, con el objetivo de buscar solvencia económica.

Esta situación de vulnerabilidad unida a la abusividad de las condiciones en la contratación, ha provocado que tanto el legislador como los órganos judiciales busquen alternativas para los empresarios, al entender que es de justicia preocuparse por un sector de cuya estabilidad depende, al fin y al cabo, millones de consumidores y usuarios. Así, el TS ha deslindado los controles de incorporación y de transparencia evitando, por un lado, los inconvenientes de su aplicación a la contratación predispuesta entre empresarios[1], y, por otro, frenando la posición dominante de las entidades prestamistas frente al pequeño empresario[2], dado que estos tienen la misma sensación de engaño que en su día tuvieron los consumidores con determinadas cláusulas, como la de gastos de vencimiento anticipado y el IRPH, etc.

1 Sobre la negativa del TS a extender el control de transparencia material a las cláusulas no negociadas entre empresarios véase Albiez Dhrmann, K.J.: "La protección de los empresarios en la Proposición de Ley "De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta". Una solución a medias", *Revista Lex Mercatoria,* (2018), n.º 81, pp. 5-6. Álvarez Olalla, P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada. Al hilo de las SSTS 18 enero 2017 (RJ 2017, 602) y de 9 marzo 2017 (JUR 2017, 55055), entre otras", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017, pp. 1-9. Anchón bruñen, M.ª J.: "La problemática de los intereses remuneratorios y moratorios en las escrituras de hipoteca", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* núm. 5, julio-diciembre 2014, pp. 66-67.

2 Sánchez Ruiz valdivia, I.: "El Tribunal Supremo (hace apenas 1 año, en 2019), parece dispuesto a (pre) ocuparse por atajar, también, por la abusividad padecida por los autónomos y Pymes. También convencido de la necesidad de realizar el oportuno deslinde entre los controles de incorporación (recurso estrella para los profesionales atajen la abusividad padecida en la contratación predispuesta) y el control de transparencia (recurso estrella para que los adherentes-consumidores atajen la abusividad padecida en la contratación predispuesta)*, en Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y también, con autónomos y empresarios (Pymes),* ed. Thomson Reuteurs, Aranzadi, 2021, p. 26.

• Rocío López San Luis
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Almería. Correo electrónico: rlopez@ual.es

Se observa que en las resoluciones judiciales el nivel de protección en la contratación predispuesta entre empresarios ha ido en aumento. Así, se ha reconocido el derecho del autónomo o Pyme a expulsar del contrato la cláusula suelo, por entender que el adherente -no consumidor- no conoció ni tuvo oportunidad de conocer la cláusula en cuestión en supuestos donde el destino del préstamo hipotecario fuera profesional -compra de local para apertura de oficina de farmacia, adquisición de licencia de taxi, o el empresario que hipoteca su vivienda para la compra de local donde desarrollar su actividad profesional-[3]; y, todo ello porque, a pesar de que el TS es contrario a aplicar el control de transparencia material en la contratación predispuesta entre empresarios[4], en ocasiones, ha encontrado su potencialidad en la re-interpretación del principio de incorporación como control de cognoscibilidad real[5] y en las normas generales del sistema contractual -arts. 1255, 1258, 1154 y 1155 del CC-, abriendo, con ello, nuevas vías de protección para los empresarios en situación de dificultad económica[6].

Por tanto, podemos afirmar que en la doctrina jurisprudencial se observa una apertura hacia la determinación de la abusividad de las condiciones generales predispuestas entre empresarios. Si bien, no podemos decir que exista consenso

3 P. e. STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088); STS 28 mayo 2014 (RJ 2014, 3354); STS 30 abril 2015 (RJ 2015, 2306); STS 3 junio2016 (RJ 2016, 2550); SAP Cáceres 3 junio 2013 (AC 2013, 148); SAP Córdoba 18 junio 2013 (AC 2013, 1886).

4 La STS 3 junio 2016, en relación al control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, señaló que " 3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previene la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2.° de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de trasparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor", (FJ. 4), (RJ 2016, 2306).

5 STS 9 marzo 2021: "7.- Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad", (RJ 2021, 5177). Albiez Dhrmann, K.J., sostiene que "se ha sobredimensionado la transparencia como criterio de control de contenido de las cgc. Pienso que se podría reconducir la transparencia al ámbito que le es propio, que es la información general y personalizada que se debe dar en la contratación adhesiva al cliente -consumidor o empresario- Ello ha de pasar también por reconsiderar el modelo de información en la contratación en general y particularmente en sectores específicos, como p.e. el sector bancario", "La protección", cit., pp. 8-9.

6 STS 23 noviembre 2021: "1.- En primer lugar, al ser indiscutido que la prestataria carecía de la condición legal de consumidora, resulta evidente la improcedencia de la realización de controles de transparencia y abusividad propios de la legislación de consumidores, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras). Sin embargo, la Audiencia Provincial no realizó ninguno de tales controles ni de forma explícita ni de manera implícita, sino que consideró que la cláusula litigiosa fue impuesta a la prestataria de forma contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones, dado que la demanda junto a los arts. 8 a 10 LCGC, se invocaron también los arts. 1254, 1255, 1256 y 1258 CC y 57 Ccom". (FJ.3), (RJ 2021, 5177).

en los fundamentos jurídicos en los que sustentan las resoluciones. Aun así, en este trabajo analizaremos aquellos argumentos que nos permitan la protección de los empresarios en situación de vulnerabilidad ante la abusividad de condiciones generales y, en concreto, ante la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamos hipotecarios o financieros, procurando determinar cuál sería la vía para la obtención de una resolución judicial favorable de ineficacia de la cláusula penal moratoria cuando los intereses resultan desproporcionados.

II. PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE ANTE CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS.

En la determinación del concepto de consumidor del art. 3 TRLGCU[7] el legislador abandonó el criterio de destino final de los bienes o servicios establecido en la LGDCU de 1984, para adoptar el de celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional -según la interpretación flexible del concepto de consumidor realizada por TJUE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por estos-. Así, y a modo de ejemplo, la STJUE 3 septiembre 2015[8] objetivó el concepto de consumidor poniendo el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante, considerando que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con una entidad financiera un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo a la citada Directiva. Por el contrario, se concluyó que dentro del concepto de consumidor no se puede incluir a los profesionales -autónomos y Pymes- dando lugar a la inaplicación de los controles de transparencia material y abusividad de las condiciones generales en la contratación entre empresarios[9].

7 RD-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 (BOE. núm. 287, de 30/11/2007).

8 STJUE 3 septiembre 2015 (asunto C-110/14, caso Costea) ECLI:EU:C:205:538. También se puede consultar la STJUE 25 enero 2018 (asunto C-498/116, caso Schrems), ECLI:EU:C:2018:37, en la que se resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor estableciendo diferentes pautas.

9 Doctrina que ha quedado recogida, entre otras, en la STS, Sala de lo civil, sección 1.ª 7 noviembre de 2017 " 1.º Conforme al art. 3 del TRLGCU, "Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional 2.º como hemos dicho en diversas resoluciones (por ejemplo, sentencias 16/2017, de 16 de enero, o 224/2017, de 5 de abril, por citar solo algunas de las más recientes) este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Fruto de esta inspiración comunitaria, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, para adoptar el de celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". (FJ .3). (RJ 2017, 4763). En el mismo sentido, STS 13 junio 2018 (RJ 2018, 2445); STS 3 de junio 2016, (RJ 2016, 2303), STS 30 abril 2015, (RJ 2015, 2019); 18 enero 2017 (RJ 2017, 922), STS 20 enero 2017 (RJ 2017, 926), y STS 9 marzo 2021 (RJ 2021,1099).
Sánchez Ruiz Valdivia, I.: afirma que: "A mi juicio, en tanto en cuanto nuestro legislador no actúe como actuó el legislador catalán -dando cabida dentro del concepto de "persona consumidora" y dentro del control de abusividad a los autónomos y a empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado, así como a las relaciones entre empresas prestadoras de servicios básicos, servicios de trato

A más, en la reforma del concepto de persona consumidora vulnerable de 2021, a través del RD-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica[10], el legislador tampoco incluyó a los autónomos y empresarios, pues en el segundo párrafo del art. 2 TRLGDCU se omitió cualquier alusión a la situación de vulnerabilidad o exclusión social de este tipo de profesionales.

No obstante, el hecho de que sólo los consumidores puedan acogerse al control de transparencia material, creado por vía judicial, y al control de contenido de la LCGC que remite al TRLGCU, no significa que los profesionales -autónomos y Pymes- no puedan ser merecedores de protección, en tanto en cuanto son adherentes de la contratación. En tal sentido se pronunció la STS de 20 de enero de 2017[11] en la que se establece "…1. La Exposición de Motivos (en adelante EM) de la LCGC indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibro importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Sin embargo, lo expresado en la EM carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores. 2.- A su vez, la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), como no podía ser menos (…), rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233C que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir: En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los arts. 5.5 y 7 LCGC". (FJ. 3). Igualmente, la sentencia se refirió a la improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones

continuado, -los autónomos y Pymes, en tanto en cuanto empresarios con arreglo a la Recomendación 2003/361/CE, quedan fuera de los contornos taxados del art. 3 TRLGCU por mucho que en las reformas de este precepto se haya ampliado la definición legal en 2007, 2014, y 2021, en *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y también, con autónomos y empresarios (Pymes),* ed. Thomson Reuteurs, Aranzadi, 2021, p. 91.

10 BOE. núm. 17, de 20-01-2021.

11 STS 20 enero 2017, (RJ 2017, 926).

generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores: "Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la LCGC (…). Conexión entre transparencia materia y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309), (…), y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor" [12].

III. VIAS DE PROTECCIÓN ANTE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS ENTRE EMPRESARIOS.

Para un empresario es importante conocer las vías de protección normativa en las que se puede amparar ante una situación de vulnerabilidad en la contratación predispuesta. Son varias las opciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia por lo que vamos a intentar determinar cuál de ellas es, a nuestro juicio, la indicada para alcanzar el control de contenido de las condiciones generales abusivas en la contratación mercantil y, en concreto, la cláusula de los intereses moratorios como condición general accesoria en los contratos de préstamo o crédito hipotecario entre empresarios. Y, todo ello, con la finalidad de obtener su ineficacia o moderación cuando se observe que son desproporcionados al ocasionar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Por tanto, en este apartado, se pretende determinar las normas a través de las cuales podríamos alcanzar un control de contenido de las condiciones generales

12 Este criterio es el mantenido por las Audiencias Provinciales en sentencias relativas a la protección del deudor adherente (persona jurídica) frente a la abusividad de diferentes cláusulas contenidas en los contratos de adhesión (préstamo) y, en concreto, en la relacionada con la cláusula suelo, cuando el prestatario es persona jurídica en el ejercicio de su profesión. Así, la SAP Cáceres 3 junio 2013 (AC 2013, 148) "…Teniendo en cuenta los hechos en los que se fundamental la demanda y los argumentos expuestos en los fundamentos anteriores, se llega a la conclusión de que el examen de la cláusula impugnada por la entidad mercantil ha de hacerse desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y no desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Desde este punto de vista, la cláusula suelo debe reunir los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exige para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (arts. 5 y 7 LCGC). Y, SAP Córdoba 18 junio 2013: "… En relación con el problema expuesto, por un lado, es cierto que la sentencia de la Sala 1.ª del tribunal supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo, (…), rechaza expresamente que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero, por otro, el fundamento jurídico 201, recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia que el adherente sea consumidor o no (…)". (AC 2013, 1886)

en la contratación entre empresarios, que como se sabe está descartado[13], sin perjuicio de la nulidad de toda cláusula que no supere el control de incorporación[14].

Entrando en las diferentes vías para un posible control de contenido en la contratación predispuesta entre empresarios contamos, por un lado, con la LCGC[15] que, como vamos a ver, tiene escaso recorrido en el contexto de la contratación entre empresarios y, por otro, las normas ajenas a la contratación predispuesta, como las relativas al derecho de obligaciones y contratos en general: la autonomía de la voluntad y sus límites (1255 CC), el principio de la buena fe (art. 1258 CC), la moderación de las cláusulas penales (art. 1154 CC), así como los arts. 3 y 7 del CC en relación a la buena fe y el ejercicio antisocial del abuso de derecho[16].

La LCGC regula el control de contenido de los contratos mediante condiciones generales. En su art. 8 se observan dos regímenes distintos: El primero, que declara

13 Mato Pacín, M.ª N.: afirma que "El fundamento del control de contenido se basa en la diferente posición en que encuentran las partes respecto de las condiciones generales por el peculiar proceso de formación de la autonomía de la voluntad, lo que propicia un posible abuso del predisponente frente al adherente. Si la "característica jurídicamente relevante", la *ratio legis,* es evitar estos potenciales abusos de una parte sobre la otra dada la configuración negocial de las condiciones generales y, por otra parte, los problemas derivados de un déficit de funcionamiento de la autonomía privada no son exclusivos del adherente consumidor, sería posible argumentar la aplicación analógica de esta noma para procurar la protección de todo tipo de adherente parte débil, ya sea consumidor o empresario…", en *Cláusulas abusivas y empresario adherente,* ed. Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017.

14 SAP Córdoba 12 noviembre 2013: "En Efecto, dicho negocio jurídico consistió en un préstamo mercantil en que la `parte prestataria "Villautomóviles, S.L", no tiene la condición legal de consumidora, puesto que es una compañía mercantil con ánimo de lucro, en concreto una sociedad limitada, por lo que está excluida tanto del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículo 3), como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Además, el mencionado contrato no se celebró para financiar una operación con consumidores, sino que se trató de un préstamo entre una entidad de crédito y una sociedad mercantil (…), Ahora bien, ello no impide que el contrato celebrado entre las partes fuera un contrato sometido a condiciones generales, puesto que claramente se trató de un negocio en el que la prestamista predispuso las condiciones del contrato y los demandados (prestataria y fiadores solidarios), se adhirieron a las mismas, en los términos de los arts. 1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En relación, con lo cual, la jurisprudencia tiene declarado que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, diciendo por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo n.º 241/13, de 9 de mayo (JUR 2014, 11620).

15 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (BOE. núm. 89, de 14/04/1998.

16 La AAP Tarragona 27 mayo 2014, considera que el control de contenido de los intereses moratorios, cuando el prestatario no es un consumidor, puede tener amparo en la proscripción del abuso de derecho o del ejercicio antisocial del mismo del art.- 7.2 CC, aplicando dicha norma a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social de tiempo conforme al artículo 3.º del Código civil. "Por ello, para que ese control de abusividad de los intereses moratorios sea posible cuando el prestatario no es consumidor será necesario: 1) Que el prestatario lo alegue, no pudiendo por tanto el juez de oficio hacer tal control de abusividad; 2) Que el prestatario acredite la abusividad de los intereses moratorios en el caso concreto…". (AC 2014, 1957); SAP Málaga, Sección 4.ª, de 13 de noviembre 2008, "En el presente caso, esta Sala considera que las condiciones establecidas en el contrato de préstamo de litis supone una grave ruptura del equilibrio de las prestaciones de las partes contratantes, obteniendo una de ellas, el prestamista, un beneficio económico que supera, en mucho, las prácticas bancarias, incluso las actividades financieras más atrevidas. Estándose ante una conducta antisocial, representativa de un abuso de derecho, al sobrepasarse manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, referido éste a la obtención de un rendimiento económico razonable derivado de una actividad contractual, que ha de tener el adecuado reproche social y, por ello, la procedente reacción jurisdiccional), (Roj: SAP MA 1671, 2008); SAP Madrid, 8 junio 2021 (JUR 2021, 362740).

nulas de pleno derecho "las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que ellas establezcan un efecto distinto para el caso de contravención", y, el segundo, derivado del apartado segundo, que es de aplicación restringida a los contratos con consumidores, que sanciona con nulidad las cláusulas abusivas "definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"; que con la entrada en vigor del TRLCCU la remisión hay que entenderla al art. 82 y siguientes de la citada norma. Por tanto, a la contratación con condiciones generales entre empresarios tan solo les es aplicable el apartado primero del art. 8, pero en ningún caso el art. 82 TRLGCU, que está reservada para los contratos consumidores[17].

Esta posición contraria a la extensión del control de contenido basado en la cláusula general del art. 8.2 LCGC, -hoy art. 82 TRLGCU-, es la mantenida por la jurisprudencia[18]. Sin embargo, en la doctrina científica encontramos posiciones divergentes: Unos, sobre la base de la EM de la LCGC, han defendido la existencia de una laguna normativa permitiendo el recurso a la analogía para solucionar las deficiencias y proteger a los empresarios frente a las condiciones generales, cuando así lo requieran; y otros, como Mato Pacín, entiende que de dicho Preámbulo y de la letra del art. 8.1.º LCCG se deduce que el legislador sí concibe la existencia de un control de contenido para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, pero no sobre la cláusula de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones contenida en el art. 8.2 LCGC (hoy art. 82.1 TRLGCU), sino entrelazando diversos conceptos tales como "el abuso de posición de dominio", "buena fe", "desequilibrio importante de derechos y obligaciones"; partiendo siempre de la normativa "imperativa o prohibitiva" y teniendo en cuenta "las características específicas de la contratación entre empresas"[19].

17 Cañizares Laso, A., "El concepto de cláusula abusiva debe identificarse con un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, pues este concepto que está incluido expresamente en la norma sobre protección de consumidores está excluido por el art. 8 LCGC que no incluye el que el contrato se haya celebrado entre empresarios...", en "Comentario al artículo 82 al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (dir. A. Cañizares Laso, coord. L. Zumaquero Gil), t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 1180.

18 SAP Madrid, Sección 28.ª, 8 de junio de 2021, sobre si la condición de consumidor impide la revisión y declaración de abusividad de la cláusula de intereses de demora "… No sería posible el control de contenido o abusividad previsto en el art. 8. 2.º LCGC debido a que el prestatario no es consumidor Es muy reiterada la jurisprudencia que niega la posibilidad de efectuar el control de transparencia material en las operaciones entre empresarios…. (JUR 2021, 362740).

19 En este sentido, la STS 20 enero 2017: "…4. Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores". (FJ 4.) (RJ 2017, 926)
Mato Pacín, M.ª N.: *Cláusulas,* cit, pp. 151-152.

En cuanto a las normas del derecho de obligaciones y contratos en general -normas ajenas a la contratación predispuesta-, como mecanismos de protección para el empresario adherente, destacamos, en primer lugar, los límites a la autonomía de la voluntad, como regla fundamental del derecho privado (art. 1255 CC), pues esa libertad de los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente encuentra su límite en el propio precepto -siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público-, despejando cualquier tipo de duda respecto al carácter no absoluto de la autonomía de la voluntad.

Relacionada con esta segunda vía de protección, la STS 23 noviembre 2021[20] aludió a la libertad de pactos e improcedencia del control de abusividad en contratos entre profesionales[21] en relación a una cláusula de interés de demora afirmando que: "Es jurisprudencia de esta Sala que los intereses moratorios son una modalidad de cláusula penal para las obligaciones dinerarias mediante la que la indemnización de daños y perjuicios se calcula de forma anticipada, tal y como permiten los arts. 1152 CC y 56 Ccom (…), a su vez y como recordó la sentencia de pleno 530/2016, de 13 de septiembre, la posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el art. 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente". Y dicha sentencia hizo también la siguiente mención: "no sólo las cláusulas penales "opresivas" intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado (como el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (rec. 1440\2010), o las usurarias, aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla, en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor". (FJ. 3).

La regla contenida en el art. 1154 CC - "el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor"-, podría ser otra vía de control de contenido de las condiciones generales en la contratación mercantil, si tenemos en cuenta que

20 STS 23 noviembre 2021 (RJ 2021, 5177)

21 *Cfr.* STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306), STS 18 enero 2017 (RJ 2017, 922), STS 20 de enero 2017 (RJ 2017, 926), STS 3 de julio 2018 (RJ 2018, 2797).

la cláusula sobre intereses moratorios es una modalidad de cláusulas penales con efectos indemnizatorios. Para ello, es imprescindible analizar las posiciones doctrinales y ver si en caso de abusividad o desproporcionalidad de los intereses moratorios procedería la reducción de los mismos, pues el retraso en este tipo de cláusulas viene siendo considerando un incumplimiento total, además de la distorsión que provocaría su aceptación con los principios de la autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*.

Igualmente, la buena fe, como criterio de integración de los contratos, (art. 1258 CC) y en art. 7. 2.º CC relacionado con el abuso de derecho o ejercicio antisocial, y la cláusula *rebus sic stantibus*[22], han sido vinculados con la ineficacia o reducción de las cláusulas abusivas. No obstante, dada la imposibilidad de estudiar todas y cada una de las diferentes vías, solo me voy a referir a aquellas que podrían tener mayor viabilidad en nuestros tribunales en relación con la cláusula de los intereses moratorios y, todo ello, sin olvidar que el control de material o de contenido no está permitido en la contratación predispuesta entre empresarios[23].

1. Reducción de los intereses moratorios abusivos por la vía del art. 1154 CC.

Al ser la cláusula sobre intereses moratorios una modalidad cláusula penal con carácter sustitutivo o indemnizatorio[24], nos preguntamos si se podría realizar un control de contenido de la misma cuando estos fuesen abusivos o desproporcionados a través de la norma del art. 1154 CC[25].

22 De suma importancia es la nueva doctrina en torno a la aplicación e interpretación de la cláusula *rebus,* se puede consultar: Cintora Egea, M.ª C.: "Evolución en la aplicación de la cláusula rebus en tiempo de la Covid-19", *Lex,* n.º 29, año XX-2022, pp. 183-195. Gómez Pomar, F., y Alti Sánchez-Aguilera, J.: "Cláusula *rebus sic stantibus: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español", InDret,* 1.2021, pp. 502-577. Martín Fuster, J.: "La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus:* ¿Una incorporación urgente y necesaria?, *Revista de Estudios Jurídicos y criminológicos,* n.º 3 enero-junio, 2021, pp. 207-232. San Miguel Padrera, L.P.: "La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de obligaciones y contratos", *Anuario de la Facultad de Derecho UAM, (extraordinario),* 2021, pp. 39-61.

23 Sobre el tema es de sumo interés la STS 3 junio 2016, (RJ 2016, 2306).

24 STS 23 de noviembre 2021: "Es jurisprudencia de esta sala que los intereses moratorios son una modalidad de cláusula penal para las obligaciones dinerarias mediante la que la indemnización de daños y perjuicios se calcula de forma anticipada tal y como permiten los artículos 1152 y 56 del CCo (…), a su vez, como recordó la sentencia de pleno 530/2016, de 13 de septiembre. La posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía excedan extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente", (FJ. 3), (RJ 2021, 5177).

25 Moreno Martínez, J.A, señaló que el fundamento de este precepto se halla en el hecho de que las partes no han podido prever la cuantía de los daños posibles cuando el deudor cumpla solo en parte o cumpla irregularmente, imposibilitando el que se dicten normas de carácter general que puedan resolver estas situaciones. Ante este supuesto se delega al juzgador la misión de resolver el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que vienen a darse en él, basándose, como se infiere del art. 1154 CC, en criterios equitativos. No obstante, esta facultad viene a representar una excepción, pues como establece el art. 1091 del CC "Las obligaciones nacidas de los contratantes tiene fuerza de ley entre los contratantes", en "Modificación judicial de la pena convencional artículo 1154 CC", *Anales Facultad de Derecho,* 2007, pp. 137 CC.

Analizando la doctrina sobre la aplicación de la norma encontramos un sector que admite la reducción de la cláusula penal moratoria prevista para el incumplimiento del deudor, ya fuese total o parcial, siempre que la cuantía del resarcimiento que resulte de la aplicación de la cláusula penal pueda considerarse, por las circunstancias de ese concreto incumplimiento a que se aplica, desproporcionada o abusiva[26]; y por contra, los que sostienen que no se puede sustentar un control para las cláusulas penales abusivas sobre la norma del art. 1154 CC, ya que éstas pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y el juez solo puede entrar a moderar cuando se trata de un incumplimiento parcial y fuera de la situación prevista por las partes en la cláusula penal[27], incluyendo en estos casos las llamadas cláusulas penales moratorias, pues el retraso aquí constituye un incumplimiento total[28].

En cuanto a la doctrina jurisprudencial manifestar que, a pesar de que en un inicio se sostuvo una interpretación laxa en torno a la aplicación del art. 1154 CC a las cláusulas penales, hoy día contamos con una posición consolidada[29] destacando la STS Sala de lo Civil, 5 de julio de 2021[30], en la que se propugna una interpretación literal o restrictiva del citado precepto, afirmándose que el juez no está facultado para revisar o moderar la pena convencional cuando el incumplimiento de la obligacional es precisamente el previsto en dicha cláusula penal, aun cuando la cuantía de la pena haya resultado extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente sufrido, en tanto que la norma legal dispone que no cabe la moderación en caso de incumplimiento total o si en el incumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena[31]. A más, señala el Alto Tribunal: "…es reiterada jurisprudencia, basada en la potencialidad creadora del contenido contractual que a las partes brinda el artículo 1255 CC, así como derivada

26 Entre otros, Jordano Fraga, Rodriguez Tapia, Pagador López, citados por Matón Pacín, M.ª N.: *Cláusulas,* cit. p. 301.

27 Entre otros Moreno Martínez, J.A: "…hay que volver a resaltar la importancia de la autonomía de la voluntad que el art. 1255 viene a proclamar, y en este sentido estimar que las partes, haciendo uso de tal facultad, establecieron una pena para el caso previsto por ellas (que se produzca el incumplimiento total), independiente de si realmente se han producido daños…", en "Modificación", cit., p. 135.

28 SAP Málaga 13 noviembre 2008 " 2.- La aplicación rigurosa del art. 1154 CC, conforme a la jurisprudencia citada, nos llevaría en principio a apreciar la improcedencia de la moderación de la cláusula penal pactada por las partes en el contrato de préstamo de autos, al no darse el supuesto de hecho previsto en la norma (cumplimiento parcial o irregular) al que se supedita la actuación de la facultad moderadora atribuida a los tribunales; dado que la conducta de la deudora constituye un incumplimiento total de la obligación.." (FJ. 1). (Roj: SAP MA 167, 2008- ECLI:ES: APMA: 2008:1671).

29 SSTS 29 diciembre 2009 (RJ 2010, 406), 31 marzo 2010 (RJ 2010, 4032), 17 enero 2012 (RJ 2012, 287), 12 marzo 2019 (RJ 2019, 933), 17 julio 2020 (RJ 2020, 2514), 12 abril 2012 (RJ 2012, 5893). Para un análisis de la Jurisprudencia, véase Moreno Martínez, J.A: "Modificación", cit., pp. 136 y 138.

30 RJ 2021, 13266. En el mismo sentido, STS, Sala de lo civil, 12 de julio de 2011, (RJ 2011, 512)

31 En relación a la interpretación de la sentencia Fuentes-Lojo Rius, A., afirma que "no hay que estar a la proporcionalidad entre el importe de la pena y el de los daños y perjuicios causados, sino en la proporcionalidad entre la pena y el grado de cumplimiento de la obligación. No se trata de moderar una pena excesivamente elevada, sino de reducirla en proporción a lo cumplido de la obligación principal", "Análisis crítico de la doctrina de la DGRN sobre la validez cláusulas de renuncia a la moderación de la cláusula penal", https://elderecho.com/analisis-critico-de-la-doctrina-de-la-dgrn-sobre-la-validez-de-clausulas-de-renuncia-a-la-moderacion-de-la-clausula-penal.

del efecto vinculante de la *lex privata* del artículo 1091 del referido texto legal, que consagra el principio *pacta sunt servada,* la que rechaza la moderación, cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento total, o incluso parcial o deficiente de la prestación que se hubiera producido; casos en los que no puede aplicarse la facultad judicial del artículo 1154 del CC siempre que se produzca la infracción prevista para tales supuestos…".[32]

Ilustrativa es la STS 13 septiembre 2016 sobre la inaplicación del art. 1154 CC a la cláusula penal moratoria al afirmar que "(…) la norma del art. 1154 CC mantiene para nuestro Derecho un régimen claramente diferente, mucho más estricto, al que se ha impuesto en el Derecho comparado (…). "En definitiva, como, con cita de otras muchas, afirma, de modo contundente, la sentencia 1293/2007, de 5 de diciembre, "el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo (…) para el caso de incumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (…) o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (…). En el mismo sentido, la 61/2009, de 19 de febrero, según la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (…). Bien conoce esta Sala que en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General del Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, se contiene un artículo 1150 con el siguiente tenor: El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido. (…) Ahora bien, mientras el legislador no tenga conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esta sala debe mantener la jurisprudencia reseñada"[33] .

32 Doctrina recogida por la jurisprudencia menor, AAP Tarragona 27 mayo 2014 "Al no reunir la mercantil demandada el carácter de consumidor final, y no poderse tampoco aplicar la facultad moderadora del artículo 1154 del CC habida cuenta de que lo que sanciona con dicho interés moratorio es la falta de pago imputable al deudor, teniendo declarado la STS de 29-11-1997 que no es aplicable la citada facultad moderadora del artículo 1154 CC en los supuestos de incumplimiento de la obligación, no de mero retraso en el pago (AAP Tarragona, sección tercera, 20-10-2005), debe examinarse si resulta de aplicación al contrato suscrito por las partes litigantes en fecha de 10 de noviembre de 2003 la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de Contratación…". (AC 2014, 1957). En el mismo sentido también se puede consultar SAP Murcia 20 mayo 2010 (JUR 2010, 2384050); SAP Murcia 14 junio 2011 (JUR 2011, 265991).

33 (RJ 2016, 4107). Sobre esta sentencia, es interesante el estudio realizado por Góma Lazón y las observancias sobre la misma. En sus conclusiones, señala que "se trata, sin duda de una sentencia con numerosos aspectos técnicos jurídicos, pero también de metodología y filosofía jurídica merecedores de consideración. (…). En el de la metodología jurídica podríamos destacar tres cuestiones: Por un lado, el hecho de que existiendo ya una doctrina consolidada sobre la cuestión de la moderación de la pena, la Sala defienda que sí se puede moderar la pena en caso de desproporción, pretendiendo que con ello no varía su criterio anterior; por otro, que realice estas consideraciones a modo de reflexión académica, para a continuación rechazar su aplicación; pero generando con ello una doctrina novedosa y preocupante, que manifiesta en el futuro segura", *en* "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2016 (530/2016). https://vlex.es/vid/comentario-sentencia-tribunal-supremo-714249749. pp. 84-85. El AAP Tarragona 27

Sin embargo, la STS 23 noviembre 2021[34], rechazó la moderación de la cláusula de intereses moratorios no por la improcedencia de la aplicación del art. 1154 CC, sino porque la prestataria no llegó a probar que la cláusula de los intereses moratorios fuera totalmente desproporcionada en relación con el incumplimiento o extraordinariamente inadecuada a las circunstancias del caso: "La misma sentencia de pleno trató las cláusulas penales como mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, como la cláusula de intereses moratorios, que ahora nos ocupa, cuya moderación por aplicación analógica del art. 1154 resultaría admisible cuando la diferencia entre el daño producido por el incumplimiento y la cuantía de la pena convencional fuera tan extraordinariamente elevada, que debiera atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisibles al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se hubiera separado de manera radical en la entidad cuantitativa de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Pero dejando claro que la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causada al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que mantenga esa pretensión. Y en todo caso, lo que procedería es la moderación de la indemnización punitiva, no su absoluta exclusión (…), además, debemos insistir, lo que debería haber postulado la demandante, en su caso, hubiera sido la moderación de las cláusulas de intereses moratorios -en las circunstancias excepcionales antes expuesta- pero no su nulidad, puesto que ni le resulta aplicable la legislación tuitiva de consumidores, ni ha negado la realidad del incumplimiento contractual que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios causados".

Por tanto, podemos afirmar que el art. 1154 CC no es un mecanismo apto para moderar las cláusulas penales moratorias, como control de contenido de las condiciones generales en la contratación entre empresarios dado que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia consideran que el retraso constituye un incumplimiento total del contrato, además de que la reducción de los intereses moratorios por parte de juzgador distorsionaría el principio de la autonomía de la voluntad y el principio *pacta sunt servanda,* al incurrirse en la irregularidad sancionada con la cláusula penal[35].

mayo 2014 (AC 2014. 1957), recoge doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de aplicar el artículo 1154 del CC para el control de abusividad de los intereses moratorios cuando el prestatario no es un consumidor, así como el reducirlos a través de la normativa tuitiva de los consumidores.

34 (RJ 2021, 5177).

35 Interesante son unas palabras de Diez Picazo, L.: "Convendría irnos purgando, ir purgando a nuestros Tribunales, ir purgando a nuestros colegas de ese larvado anticontractualismo que anda por ahí (…) y aconsejarles que no es un buen camino a aplicar (…) inyecciones de equidad contractual. Si la las partes lo han querido, y esa es su voluntad sin que haya que aplicar equidad contractual", citado por Góma Lazón, I.: "Comentario", cit., p. 85.

2. La buena fe del art. 1258 CC como control de contenido de la cláusula de intereses moratorios.

Al principio de buena fe del art. 1258 CC se le atribuyen funciones de interpretación y de integración, y dentro de estas últimas la posibilidad de imponer a las partes contratantes ciertos deberes accesorios con independencia de que hubieran sido pactados expresamente, e incluso en contra de la voluntad de aquéllos. Sobre esta idea, la doctrina se ha cuestionado si al margen de la voluntad de los contratantes se puede poner en duda la validez de aquellos pactos que contravengan este principio y, en concreto, en el ámbito de la contratación predispuesta entre empresarios[36]. Es decir, atendiendo al principio de buena fe como mecanismo de control de contenido de las condiciones generales se puede realizar una injerencia positiva en el contrato con el objetivo de la moderación o ineficacia del contenido de una cláusula que podría ser considerada abusiva, que en nuestro caso sería la de los intereses moratorios.

Esta idea de vincular la buena fe con el control material o de contenido de las condiciones generales la sostuvo De Castro al afirmar que "en nuestro Derecho vigente las condiciones generales podrían ser impugnadas, en cuanto lo sean contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho"[37]. Postura que ha sido compartida, entre otros, como Mato Pacín al considera que, dado su carácter imperativo, su versatilidad y su faceta como mecanismo para adaptar el Derecho a la cambiante realidad social convierten a la buena fe del art. 1258 CC en el candidato ideal para representar un límite al contenido de los contratos mediante condiciones generales concertados entre empresarios[38]. Además, el hecho de que el precepto recoja, en principio, una regla de integración del contenido del contrato y no de nulidad del mismo, no impide que alguna de las consecuencias de su aplicación conlleve un efecto de mayor alcance, dándose una respuesta satisfactoria a la abusividad mediante condiciones generales en la contratación mercantil.[39]

36 Miquel González, J.M: señaló que "Este precepto tiene una clara función integradora del contenido contractual. La buena fe aquí impone contenidos contractuales no pactados expresamente. No se trata de una interpretación de la voluntad, si solamente de una reconstrucción conforme a una hipótesis sobre esa voluntad que no ha sido expresada, sino de normas objetivas que incluso se imponen a la voluntad de una de las partes (…). Esta concepción de la integración contractual presenta estrecho parentesco con la función de control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe de los arts. 80 y 82. No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes (el predisponente), y opinión compartida por Mato Pacín, Mª. N., *Cláusula*, cit. 404.

37 De Castro y Bravo, F., "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho civil,* 1961, pp. 323 y 331.

38 Mato Pacín, M.ª N.: *Cláusula,* cit., p. 407. Y, Albiez Dorhmann., K.J: "La protección", p. 218.

39 Según la autora, estaríamos ante un desarrollo del Derecho *extra legem* -rebasaría la función integrativa propia de este precepto- pero *intra ius*- se mantendría dentro del marco del Ordenamiento jurídico y de su principio, "Cláusulas abusivas", cit., p. 419. De la misma opinión es Miquel González al considerar que esta idea de desarrollo de la buena fe del artículo permite construir un puente entre la función integradora del

Desde esta perspectiva parte de la doctrina mantiene que un contrato no negociado en el que la voluntad de las partes se diluye -en el sentido de que se sustituye en cierto modo por la sola voluntad del predisponente- es difícil sostener la afirmación de que una cláusula que sea contraria a la buena fe sea válida por encima de este principio, considerando que cuando se afirma que el hecho de que el contrato obligue a "lo conforme a la buena fe" pasa de tener un sentido integrativo a implicar un límite en los contratos fruto de un déficit de la autonomía de la voluntad.

La jurisprudencia es partidaria de una injerencia mínima del Derecho en la vida contractual. No obstante, en la STS 8 abril 2011 la buena fe del art. 1258 CC ha sido entendida como límite a la autonomía de la voluntad, al señalar: "sin duda, lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que se recoge en el art. 1255 del Código civil, ahora bien, este principio se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos -art. 1258 CC- (…)[40]. Por tanto, la buena fe del art. 1258 CC nos permite considerarla un mecanismo de control para adaptar la normativa a la realidad cambiante atendiendo con ello a las necesidades de cada momento y siendo, a su vez, un freno a los desequilibrios en las prestaciones entre empresarios cuando existen condiciones generales[41].

Otra de las resoluciones de referencia es la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 3 junio 2016[42] en la que se afirmó: " 1.- Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible al menos, para las cláusulas

percepto y una función del control de contenido, dando con ello cumplimiento a la remisión a las normas generales del legislador en la EM de la LCGC, "Cláusula abusiva", citado por la autora, p. 421.

40 (RJ 2011, 3153).

41 En el mismo sentido la STS 7 noviembre 2017 "Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente, así el artículo 1258 ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc.- se derivan de la naturaleza del contrato)…". (RJ 2016, 2306). Y, STS 30 abril 2015, (RJ 2015, 2019).

42 STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306).

que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias-publicidad, actos preparatorios, etc., - se derivan de la naturaleza del contrato). 2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos ("Comisión Lando"), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de las cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que "causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato (art. 4:1101); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que "concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible", ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación". (FJ.5)[43].

No obstante, y a pesar de contar con resoluciones judiciales en las que se intenta paliar los abusos mediante condiciones generales en la contratación mercantil, a través de la noción de la buena fe objetiva del art. 1258 CC[44], no existe un desarrollo normativo ni jurisprudencial que permita de forma clara determinarla como límite a lo pactado en la contratación predispuesta entre empresarios. De todas formas, es compartido que en materia contractual la buena fe obliga a un comportamiento conforme a lo esperable y a considerar los intereses legítimos de la contraparte, por lo que no pueden admitirse cláusulas que hagan perder la

43 Otra resolución judicial de referencia fue la SAP Salamanca 30 diciembre 2010. En ella se configura de forma expresa la buena fe del artículo 1258 CC como verdadero control de contenido al que someter las condiciones generales del contrato entre empresarios, aportando como criterios para determinar la contrariedad con el principio: la posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente, la ajeneidad del contrato realizado del ámbito normal de contratación del adherente y la transparencia en la predisposición de las condiciones generales. Se trataba de un contrato de mediación inmobiliaria para el traspaso de un local de negocio. La cláusula controvertida dispone que, en caso de que la parte adquirente se volviera atrás la señal (arras penitenciales) será repartida entre la parte cedente y la inmobiliaria. El fallo determina que no hay duda de la validez de la misma sin que pueda, para valorar el aspecto, aplicársele la normativa sobre consumo. Sin embargo, lo realmente trascendental es que configura de forma expresa y sin ambages la buena fe contenida en el art. 1258 CC como verdadero control de contenido específico al que someter las condiciones generales del contrato entre empresarios e incluso aporta una serie de criterios a tener en cuenta. "Lo correcto será someter las condiciones generales del contrato realizado entre tales empresarios, no al control del TRLC, que no les es aplicable, sino a un control de contenido específico de conformidad a la buena fe del artículo 1258, siguiendo la sugerencia de la EM de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, control en el cual se valorarán, entre otras circunstancias, si se ha generado el contrato en el ámbito de la actividad habitual del empresario adherente". (JUR 2011, 68753)

44 STS 26 mayo 1986 (RJ 1986, 2823), y SAP León 29 abril 2004 (JUR 2004, 186010)

virtualidad al contrato como mecanismo para alcanzar la finalidad común que los contratantes perseguían[45].

A su vez, es opinión compartida que para que proceda un control de contenido de las condiciones generales entre empresarios tendrán que darse los presupuestos de falta de transparencia y de equilibrio, valoradas a la luz de la posición del adherente empresario. Considerando la transparencia en la contratación mercantil como el nivel de entendimiento y de experiencia contractual empresarial, evitando con ello tratar con la misma exigencia a todos los empresarios[46]. Por ello, la buena fe junto con el deber de transparencia obliga a considerar los intereses legítimos de la contraparte y a buscar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; Y, en esta búsqueda por una interpretación del contrato en favor de una mayor reciprocidad de intereses -art. 1289 del CC-, se considera al Derecho dispositivo como mejor representación de la regulación normal y de resultado de una ponderación cuidadosa de los intereses de las partes[47].

Podría pensarse que el art. 8. 1.º LCGC excluye la posibilidad de erigir en límite de la autonomía de la voluntad en la contratación entre empresarios al Derecho dispositivo en general -se reduce a la contradicción con las normas imperativas o prohibitivas la posibilidad de declarar nula una condición general-. Sin embargo, se ha venido considerando por algún sector doctrinal que las normas dispositivas sí que pueden cumplir la función de referencia o modelo respecto del que hay que

45 De Castro Y Bravo, F.: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo no parece mostrase remisa en atribuirse el poder de vigilar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales y, en su caso, en declarar su ineficacia. Las ha fundado, según nos dice, en la consideración de que respecto a los efectos del contrato (art. 1258 CC), "en la determinación de estos efectos podrá el juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes y que, en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación", e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación…en "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho Civil,* 1961, p. 326

46 SAP Madrid 8 junio 2021: "… para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros…" (JUR 2021, 362740).

47 Idea sostenida por De Castro y Bravo, F.: "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", en "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil,* octubre-diciembre, 1982, pp. 1059-1061.

valorar si la desviación que supone la cláusula predispuesta puede ser contraria a la buena fe y, por tanto, ineficaz (art. 1258 CC)[48].

Centrándonos en la contratación entre empresarios habrá que evaluar el distanciamiento de una cláusula predispuesta respecto del modelo establecido por el legislador junto con la existencia de un desequilibrio, como presupuestos de necesidad de control de contenido. Así, se entiende que, a mayor vinculación con el sector en el que se enmarque el contrato y, especialmente a mayor independencia o fuerza del adherente respecto del predisponente, menor será la intensidad de control a aplicar y, por tanto, más irrelevante que lo que pactado se aparte del modelo del Derecho dispositivo. Por tanto, si tenemos en cuenta estos presupuestos, a través de la buena fe del art. 1258 CC se podría dejar sin validez aquellas cláusulas que representan un desequilibrio de obligaciones y derechos en perjuicio del empresario adherente, y para que las que el derecho imperativo no supone un límite. Aceptadas estas consideraciones, una de estas cláusulas podría ser las indemnizaciones por incumplimiento desproporcionadas -intereses moratorios-, dado que la función que subyace en la indemnización en caso de incumplimiento de obligaciones es colocar al acreedor en las misma posición que tendría si no se hubiese lesionado su derecho de crédito, de tal modo que imponer una cuantía que, sin justificación alguna, exceda por mucho de la que razonablemente representaría las consecuencias del incumplimiento, supone aprovechar la posición contractual para desvirtuar la figura a favor exclusivamente del predisponente en perjuicio del adherente[49].

Ahora bien, admitido el principio de buena fe como norma de control de contenido, necesitamos concretar las consecuencias derivadas del recurso. Analizando la jurisprudencia podemos observar que algunas resoluciones

48 Miquel González, J. M.ª: "Ha de buscarse la norma aplicable en defecto de pacto, esto es, la norma dispositiva que la cláusula cuestionada haya excluido de aplicación. El parámetro del control lo proporciona el Derecho que sería aplicable si no existiera la cláusula que se cuestiona. Con esta regulación es con la que hay que comparar el equilibrio de derecho y obligaciones contrario a la buena fe. Es contraria a la buena fe la sustitución del Derecho aplicable a condiciones contractuales que establezcan unos derechos y obligaciones de los partes distintos de los legales en interés exclusivo del predisponente. Derechos y obligaciones legales, en el sentido del Derecho dispositivo, no del imperativo, pues este impone limites generales de la autonomía privada con independencia de que se trate de condiciones generales de contratos entre empresarios y consumidores", en "Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* n.º 27, 2013, pp. 223-252; Albiez Dohrmann, K.J.: "Desde hace tiempo, algunos juristas venimos reclamando que el control de "abusividad" material se extienda también a las cláusulas no negociadas en contratos entre empresarios mediante la inserción de una cláusula general de buena fe. Al menos hasta ahora el artículo 1258 CC ha resultado totalmente infructuoso como norma de control material de cláusulas en los contratos de adhesión entre empresarios", en "La protección", cit. p. 17.

49 Mato Pacín, analizando el párrafo 3.º del artículo 1262 de la Propuesta de Modernización, considera que hay tres supuestos en los que a su juicio podrían tener encaje en este control a través del art. 1258 CC: a) las cláusulas que excluyan o limiten la facultad legal del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente (letra e), b) las que impongan al adherente que no cumplan sus obligaciones una indemnización desproporcionada (letra h); c) las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual", cit., p. 436.

tienden a moderar la cláusula contraria a la buena fe sin declararla nula -cláusulas penales-[50], mientras que en otros casos se declara su ineficacia, cuestionándose si lo que procede es la integración de la cláusula o su eliminación sin posibilidad de reemplazo[51].

En el ámbito de los contratos con consumidores la respuesta es clara: el juez no puede alterar el contenido de una cláusula que ha sido declarada abusiva, es decir, no cabe la denominada reducción conservadora de la validez, sino que tiene que limitarse a dejarla sin aplicación[52]. Sin embargo, en la contratación mercantil se ha podido constatar que en el caso de los intereses moratorios tanto la doctrina como la jurisprudencia ha considerado que no es lo mismo moderar que integrar dejando actuar las normas del derecho dispositivo, -art. 1108 CC, interés legal- como reflejo de la composición de intereses más adecuada en defecto de voluntad[53]. Así Miquel González señala que hay que proceder a integrar cuando algo que las partes debían regular, según la lógica, no está regulado. Por ejemplo, si la cláusula de intereses moratorios se elimina por abusiva, como la regla contractual tiene que regular qué pasa cuando no se paga, se estaría con el art. 1108 CC. Si, por el contrario, lo abusivo es la imposición del pago de un impuesto que no era necesario que se regulara, se suprime la cláusula y no existe referencia

50 SAP Córdoba 12 noviembre 2013 (JUR 2014, 11620). SAP Murcia 20 mayo 2010: "Pero es lo cierto, sin embargo, como señala la doctrina, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1258 del CC, cabría integrar también aquellos casos en los que la pena sea desproporcionada operando entonces también la facultad de moderación o reducción de la misma en cuanto también sería una consecuencia del contrato y la buena fe contractual. De ahí por tanto que si bien la citada cláusula penal deba entenderse válida en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Es también cierto que ha de considerarse igualmente generadora de desequilibrio entre los contratantes en claro detrimento de la parte demandada hasta el extremo de afirmar que ha sido redactada en interés exclusivo de la actora al no contener el contrato norma alguna equivalente para el caso de incumplimiento de la mercantil actora suministradora de las máquinas recreativas. Por tanto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil, la moderación de la pena contenida en la sentencia a instancia debe conceptuarse correcta y acertada, pues sin duda ese desequilibrio contractual y la desproporción de la pena, pugna con el principio de la buena fe que proclama el artículo 1250 del CC". (FJ.4). (JUR 2010, 238450). SAP Murcia 14 de junio 2011 (JUR 2011, 2655991).

51 P.e. STS 7 noviembre 2017 "…puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1966, de 22 de octubre; 1141/2006, de 15 de noviembre; y 273/2016, de 23 de abril)", Aprovechando esta misma resolución de nuestro Alto Tribunal y abundado en la buena fe, señala que "hemos de tener en cuenta que los arts. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerase que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que supone un desequilibrio de la posición contractual del adherente". (RJ 2017, 4763).

52 STS 22 abril 2015: " 4.- "La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de la cláusula 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…", (FJ. 6). (RJ 2015, 1360); y, STJUE 14 junio 2012 (asunto C-618/10). ECLI:EU:2012:348.

53 STS 15 febrero 2012 (RJ 2012\2043). Alfaro Águila-Real, J., en relación a la nulidad de una condición general predispuesta, en este caso sobre intereses moratorios, considera que debe sustituirse *in totum* por la norma legal supletoria, esto es, por el art. 1108 CC- 316 CC, y por tanto, por el interés legal", en "La sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios", https://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios

alguna a ello.[54] Y, a Mato Pacín le parece más adecuada la ineficacia frente a una moderación, pues declarar la ineficacia de la cláusula impuesta contraria a la buena fe es integrar ese vacío, en su caso, recurriendo al derecho dispositivo que cumple la función de control de abusos en contratos en los que existe una plena autonomía bilateral de la voluntad. La nulidad, según la autora, conllevará en ocasiones a integrar el contrato mediante las fuentes generales de integración y en otras simplemente por su configuración implicará suprimir la facultad que se había reservado el predisponente o eliminar algunas limitaciones impuestas al adherente. Así, ante la supresión de la cláusula de intereses moratorios contraria a la buena fe entraría en juego el art. 1108 CC, -el interés legal.

Interesante la sentencia de la SAP Córdoba 12 noviembre 2013 que determina el carácter abusivo y nulidad de la cláusula de los intereses moratorios en un contrato de adhesión entre una importante entidad financiera y una pequeña empresa por alterar el justo equilibrio entre las prestaciones y ser contraria a la buena fe, estableciendo la moderación de la cláusula : "…Mejor suerte ha de correr el alegato relativo a los intereses moratorios, pues si bien no es aplicable -como ya ha quedado dicho-la normativa sobre consumidores y usuarios invocada en el recurso de apelación, ya hemos adelantado que la propia Ley de Condiciones Generales de la Contratación no impide que pueda tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento y equilibrio contractual. Y en el presente caso, teniendo en cuenta cuál era el interés legal en el año 2011 (4%), un interés moratorio del 24% constituye la imposición en un contrato de adhesión entre una importante entidad financiera y una pequeña empresa de una condición general que altera el justo equilibrio entre las prestaciones y es contraria a la buena fe. Por lo que debe ser la moderación el tipo que el legislador ha considerado últimamente como referencia de interés abusivo (el triple del interés legal), en aplicación analógica de la Ley 1/2013[55].

IV. REFLEXIONES FINALES.

Al igual que los consumidores, los empresarios están sometidos en la contratación a condiciones generales que podrían considerase abusivas cuando se produce una desproporcionalidad o desequilibrio entre las prestaciones. Es por ello que el sector empresarial viene demandado mayor protección tanto en el ámbito judicial como en el legislativo, al considerarse en situación de vulnerabilidad frente a los grandes empresarios - el sector bancario y financiero-.

54 Miquel González, J.M.: "Clausulas abusiva". Ponencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 7 de abril de 2014; citado por Mato Pacín, M.ª N., "Cláusulas", cit., p. 440.

55 (JUR 2014, 11620). También a modo de ejemplo se pueden consultar las SAP Murcia 20 mayo 2010 (JUR 2010, 238450), y SAP Murcia 14 junio 2011 (JUR 2011, 265991), en la que establece la moderación de cláusula penal en contrato de adhesión entre empresarios por considerarla excesiva y generadora de un desequilibrio entre los contratantes, sobre la base del principio de buena fe del artículo 1258 CC.

Como se ha manifestado, las condiciones generales predispuestas entre empresarios quedan fuera del control de contenido o juicio de abusividad, sin perjuicio del control de incorporación que se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no[56]. Sin embargo, teniendo en cuenta la vulnerabilidad del pequeño empresario se buscan alternativas que permitan la ineficacia o nulidad de aquellas cláusulas que puedan considerarse desproporcionadas o abusivas, como es el caso de la cláusula de intereses moratorios.

Esta apertura hacia una mayor protección del empresario vulnerable se ha podido observar en algunas resoluciones judiciales en las que la conocida clausula suelo establecida en los contratos de préstamo hipotecario por empresarios se ha considerado abusiva tras someterse al control de transparencia cualificado. Por ello, nos hemos planteado la posibilidad de que la cláusula sobre intereses moratorios establecida en la contratación mercantil pueda considerase abusiva cuando de sus términos se pueda vislumbrar una desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes contraria a la buena fe, consecuencia del abuso de posición dominante de la parte predisponente.[57].

Tras el análisis de las diferentes vías de protección que nos podría proporcionar el Ordenamiento jurídico, hemos considerado que el cauce más adecuado para lograr un control de contenido es sobre la base del principio de la buena fe del art. 1258 CC, pues a través del mismo se podrían frenar los desequilibrios entre las prestaciones de los empresarios cuando, como en el caso de los intereses moratorios, estos se consideran abusivos. Además, con la ineficacia de la cláusula sobre intereses moratorios, se podría integrar el contrato a través de la norma del art. 1108 CC -interés general del dinero-, obteniendo con ello una reducción conservadora del contrato.

En conclusión, ante la ausencia de una normativa expresa que regule la abusividad de cláusulas entre contratantes empresarios, especialmente cuando

56 STS 9 de mayo 2013 "Las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúne los requisitos de incorporación, tiene, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 CC y en especial las normas imperativas como recuerda el art. 8.1 LCGC..". (RJ 2013, 3088).

57 Sánchez Ruiz Valdivia, I.: "la mala fe con la que, a veces han actuado las entidades financieras, en calidad de predisponentes de la contratación seriada han actuado frente a consumidores, autónomos y empresarios. Siempre he defendido que el control de transparencia creado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por vía judicial, debe ser analizado con criterios objetivos que lleven a valorar al juez (de oficio, en el caso de un adherente-empresarios), y a instancia de parte (en el caso de un adherente-empresario, si es que se le hubiera dado (que no) la oportunidad de reclamar este cauce judicial) para que valore si el predisponente/entidad/el prestamista/ facilitó toda la información precontractual y contractual necesaria de cara a que la contratación resulte transparente no solo en el conocimiento/transparencia/formal/ incorporación (que es lo único que se les ha reconocido a los autónomos y Pyme) sino en el entendimiento/ la comprensión/trasparencia/ material a cerca de la carga y coste económico y jurídico que comporta el contrato…", en *Abusividad,* p. 28.

exista desproporción entre ambos a nivel de formación y conocimientos jurídicos y financieros, deberían ser los tribunales los que atendiendo al caso concreto valorasen estas circunstancias, permitiéndoles moderar la cláusulas de intereses moratorios desorbitada en base al principio de la buena fe como límite a la autonomía de la voluntad de los contratantes.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (dir. A. Cañizares Laso, coord. L. Zumaquero Gil), t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Achón bruñen, M.ª J.: "La problemática de los intereses remuneratorios y moratorios en las escrituras de hipoteca", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* núm. 5, julio-diciembre 2014, pp. 59-77.

Alfaro Águila-Real, J.: "La sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios", https://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios.

Álvarez Olalla, P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada. Al hilo de las SSTS de 18 de enero de 2017 (RJ 2017, 602) y de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017, 55055), entre otras, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5/2017, pp. 1-9.

Albiez Dohrmann, K.J.: "La protección de los empresarios en la Proposición de Ley "De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta". Una solución a medias", *Revista Lex Mercatoria,* (2018), n.º 81, pp. 1-21.

Cañizares Laso, A.: "Comentario al artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (dir. A. Cañizares Laso, coord. L. Zumaquero Gil), t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1181-1194.

Cintora Egea, M.ª C.: "Evolución en la aplicación de la cláusula rebus en tiempo de la Covid-19", *Lex,* n.º 29, año XX-2022, pp. 183-195.

De Castro y Bravo, F.: "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho Civil,* (1961), pp. 295- 342.

De Castro y Bravo, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil,* octubre-diciembre, 1982, pp. 987-1085.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "Análisis crítico de la doctrina de la DGRN sobre la validez cláusulas de renuncia a la moderación de la cláusula penal", https://elderecho.com/analisis-critico-de-la-doctrina-de-la-dgrn-sobre-la-validez-de-clausulas-de-renuncia-a-la-moderacion-de-la-clausula-penal.

Gomá Lanzón, I.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2016 (530/2016). https://vlex.es/vid/comentario-sentencia-tribunal-supremo-714249749.

Gómez Pomar, F., y Alti Sánchez-Aguilera, J.: "Cláusula *rebus sic stantibus: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español", InDret,* 1.2021, pp. 502-577.

Mato Pacín, M.ª N.: *Cláusulas abusivas y empresario adherente,* ed. Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017.

Martín Fuster, J.: "La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus:* ¿Una incorporación urgente y necesaria?, *Revista de Estudios Jurídicos y criminológicos,* n.º 3 enero-junio, 2021, pp. 207-232.

Miquel González, J.M.ª: "Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* n.º 27, 2013-I, pp. 223-252.

Miquel González, J.M.ª: "Clausulas abusiva", Ponencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 7 de abril de 2014.

Moreno Martínez, J.A.: "Modificación judicial de la pena convencional artículo 1154 CC", *Anales Facultad de Derecho,* 2007, pp. 133-144.

Sánchez Ruiz Valdivia, I.: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y también, con autónomos y empresarios (pymes),* ed. Thomson Reuteurs, Aranzadi, 2021.

San Miguel Padrera, L.P.: "La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de obligaciones y contratos", *Anuario de la Facultad de Derecho UAM, (extraordinario),* 2021, pp. 39-61.

FIANZA E INVALIDEZ DE LA OBLIGACIÓN AFIANZADA*

GUARANTY AND INVALIDITY OF THE GUARANTEED OBLIGATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 474-499

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 "Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscuros sustantivos y concursales" financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y en el Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco), de los que es IP el Dr. Galicia Aizpurua.

Sandra
CASTELLANOS
CÁMARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El carácter accesorio de la fianza impone como presupuesto para su existencia la validez de la obligación asegurada. Así lo enuncia el artículo 1824 del Código civil en su párrafo primero, al afirmar que "la fianza no puede existir sin una obligación válida". Sin embargo, esta regla no siempre se cumple, al menos en la interpretación que la communis opinio confiere al párrafo segundo de ese mismo artículo, en virtud de la cual la fianza subsistiría, en determinadas circunstancias, pese a que la obligación afianzada se anule, erigiéndose quien ostenta la condición de garante automáticamente en obligado principal. Esta conclusión, que introduce una anomalía en el régimen jurídico de la fianza, suscita algunos interrogantes y, entre ellos, singularmente, el de si cabría prestar atención a otras interpretaciones que se han enunciado de la norma. Ese es, en suma, el objetivo de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Fianza; nulidad; anulabilidad; minoría de edad; discapacidad.

ABSTRACT: *The accessory nature of the guaranty imposes the validity of the guaranteed obligation as a presupposition for its existence. This is stated in article 1824 of the Civil Code in its first paragraph, stating that "guaranty cannot exist without a valid obligation." However, this rule is not always complied with, at least in the interpretation that the communis opinio confers on the second paragraph of that same article. According to that interpretation, the guaranty would subsist, in certain circumstances, despite the fact that the secured obligation is annulled and the person who holds the status of guarantor automatically becomes the principal obligor. This conclusion, which introduces an anomaly in the legal regime of guaranty, raises some questions and among them, singularly, whether attention should be paid to other interpretations that have been stated of the norm. That is, in short, the objective of this paper.*

KEY WORDS: *Guaranty; absolute nullity; relative nullity; minor; disability.*

SUMARIO.- I. LA FIANZA: NOTAS DEFINITORIAS.- 1. Concepto y caracteres.- 2. Las obligaciones susceptibles de afianzamiento.- A) Regla general.- B) Algunas excepciones: la futuridad y la ineficacia de la obligación afianzada.- II. LA FIANZA DE OBLIGACIÓN INEFICAZ.- 1. Consideraciones generales sobre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.- 2. La fianza de obligación nula.- 3. La fianza de obligación anulable.- A) Las "excepciones puramente personales del obligado" y las que no lo son: doctrina dominante.- B) La subsistencia de la obligación fideiusoria pese a la anulación de la obligación asegurada: problemas que suscita.- III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA LECTURA ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 1824 CC?

I. LA FIANZA: NOTAS DEFINITORIAS.

1. Concepto y caracteres.

La fragilidad que para el acreedor reviste el carácter personal de la relación obligacional hace que sea cada vez más frecuente asegurar de un modo u otro que podrá satisfacer su interés, aunque el sujeto pasivo de la obligación no quiera o no pueda cumplir. Por ello, a la posibilidad de dirigirse coactivamente contra los bienes presentes y futuros del deudor (*cfr.* art. 1911 CC) y ante la eventualidad de su insuficiencia, se añade en muchas ocasiones otro tipo de refuerzo o garantía que permita al acreedor obtener satisfacción, bien asignándole un poder especial, directo e inmediato sobre un bien determinado propio o ajeno (garantía real) o bien poniendo a su disposición el patrimonio de un tercero que se obliga a cumplir en lugar del deudor (garantía personal)[1]. En esta última modalidad se incardina y sobresale indudablemente la fianza, cuya regulación exhaustiva en el Código se ha venido a considerar el "Derecho común" de este tipo de garantías[2].

Es sabido que la expresión "dar o prestar fianza" puede referirse en sentido amplio a garantizar de algún modo las consecuencias de una determinada situación jurídica. A esta acepción recurre el propio legislador en diferentes ámbitos (*vid.* arts. 167, 284, 491.2º, 800, 1050 y 1922.3º CC) en los que el término "fianza" bien puede sustituirse por cualquier otro tipo de caución o para aludir, incluso, al depósito de dinero que una persona entrega a otra para responder del buen cumplimiento de una obligación (*cfr.* art. 36 LAU)[3]. Ahora bien, en un sentido técnico o preciso, nos referimos exclusivamente a la garantía de tipo personal

1 Gil Rodríguez, J., Karrera Egialde, M. M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* T. IX: *Contratos de financiación y de garantía* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 286-287.

2 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II: *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008 (reimpr. 2011), p. 484.

3 *Ibid.,* p. 481.

• Sandra Castellanos Cámara
Profesora Adjunta de Derecho Civil, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Correo electrónico: sandra.castellanos@ehu.eus

prestada por un tercero que se compromete a cumplir frente al acreedor en defecto del deudor principal; así, como expresa el legislador, "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este" (*cfr.* art. 1822.I CC)[4].

La fianza supone, entonces, por definición, la injerencia en una esfera jurídica ajena[5] y, como tal, exige una reglamentación que comprenda las relaciones tripartitas que pueden producirse entre acreedor-fiador-deudor en el marco de la relación de fianza[6]. Nótese, de hecho, que pese a la vieja pretensión doctrinal que, con base en la literalidad del art. 1822 CC, presentaba al fiador como un simple responsable suplente o, dicho de otro modo, como alguien que respondía sin deber, la doctrina coincide hoy en apuntar que no nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad sin deuda; al contrario, no hay disociación entre el débito y la responsabilidad porque, ciertamente, el fiador *"por la fianza se obliga"* (art. 1822 CC) y, por consiguiente, responde de una obligación propia (obligación fideiusoria) que es dependiente pero distinta de la obligación garantizada y que no tiene por qué coincidir necesariamente con ella (*cfr.* art. 1826 CC). El fiador es deudor (desde que contrae la fianza[7]) y responde con todos sus bienes presentes y futuros frente al acreedor que, por esta misma razón, lo es, simultáneamente, tanto del deudor fiado como del fiador[8].

Con todo, entre estas dos relaciones jurídicas obligacionales existe indudablemente un vínculo: la relación de garantía que une al acreedor con el fiador se construye, desde una perspectiva objetiva, sobre la base de la relación obligacional garantizada y por relación a ella, es decir, el fiador se obliga, como mucho, a tanto como se hubiere obligado el deudor principal, pero nunca a más. Asimismo, desde la perspectiva del interés del acreedor y dada la función de garantía de la fianza, el cumplimiento se producirá una única vez, provenga del deudor principal o, en su defecto, del fiador.

4 Esta misma definición se asume por la jurisprudencia, que la describe como "aquel contrato por el que una parte (fiador) asume la obligación de cumplir la contraída por otro (fiado) en el caso de no hacerlo este, frente a su acreedor": *vid.* STS 17 noviembre 1998 (*Tol* 14.¡257).

5 Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria de fianza*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 115 y 120.

6 En efecto, pese a la ubicación sistemática escogida por el legislador al regular la fianza entre los contratos (Libro cuarto, Título XIV), la omisión en el uso de dicho término tanto en las rúbricas como en el texto articulado ha conducido a la doctrina a afirmar que lo verdaderamente relevante no es el "contrato" sino la "relación de fianza": Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F.; Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil*, T. II: *Derecho de obligaciones*, vol. 2: *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 5ª ed. (rev. y puesta al día por F. Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 2013, p. 317.

7 *Vid.* STS 12 noviembre 2008 (*Tol* 1432559).

8 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho*, cit., p. 482; Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1822", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII: *Artículos 1822 a 1886 del Código Civil* (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, Jaén, 1979, p. 11; Alventosa del Río, J.: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Granada, 1988, pp. 100-102; Castilla Barea, M.: "De la fianza", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, T. IX (dir. por R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12463; Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., pp. 292-293.

De lo anterior se infieren las dos características principales de la fianza: la accesoriedad, entendida como la dependencia y subordinación de la obligación fideiusoria a la existencia y subsistencia de otra obligación principal cuyo cumplimiento asegura[9]; y la subsidiariedad, que conecta con la idea del fiador como deudor suplente, es decir, como aquel que solo responde en última instancia y ante la pretensión fallida del acreedor en el cobro de su derecho de la persona y patrimonio del deudor principal[10].

En otras palabras: la fianza nunca es fin en sí misma y de ahí que no pueda nacer ni subsistir sin el fundamento de otra obligación válida (art. 1824 CC), cuya extensión cuantitativa debe respetar (art. 1826 CC) y con la que se transmite y extingue (arts. 1528 CC y 1847 CC)[11]. Sin embargo, no puede desconocerse que la afirmación anterior, sostenida como regla general por la doctrina, viene a exceptuarse después por la existencia de algunos supuestos en los que la obligación accesoria no resulta afectada por las vicisitudes de la principal.

Es lo que ocurre, por ejemplo, a tenor de la interpretación dominante del art. 1824.II CC, en algunas hipótesis en las que la obligación garantizada se anula y persiste, pese a ello, la fianza, lo que conduce a una situación absolutamente anómala.

9 Aunque con distinto alcance, esta característica de la fianza viene casi unánimemente reconocida por la doctrina, sea asignándole un valor esencial [Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1822", cit., p. 14; Pérez Álvarez, M. Á.: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 95 y 111; Colás Escandón, A. M.: *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre acreedor, deudor principal y fiador*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 18-20; Reyes López, M. J.: "Naturaleza y extensión de la fianza", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Civil: Las garantías*, T. I, vol. I: *Garantías Personales. Prenda y Anticresis* (dir. por L. Prats Albentosa), 2016, pp. 46-55] o un valor relativo (Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 94).
También la jurisprudencia alude insistentemente a ella como rasgo inherente a la fianza, incluso solidaria: SSTS 11 noviembre 1981 (*Tol* 1739802), 13 marzo 1987 (Tol 1736245), 13 abril 1989 (RJA 3051), 2 octubre 1990 (RJA 7464), 23 noviembre 1990 (Tol 1730014), 15 abril 1991 (Tol 1728874), 5 febrero 1992 (*Tol* 1661441), 4 mayo 1993 (*Tol* 1663753), 2 marzo 2006 (*Tol* 856101), 2 diciembre 2008 (*Tol* 1413616), 19 febrero 2019 (*Tol* 7083336), 27 enero 2020 (*Tol* 7831820).

10 Aunque la doctrina científica tampoco es unánime en cuanto al significado y alcance de esta característica. Algunos autores asimilan subsidiariedad y beneficio de excusión, de modo que no toda fianza es subsidiaria porque, faltando aquel beneficio (*cfr.* art. 1831 CC), el garante puede ser compelido en primer lugar a pagar la obligación: Pérez Álvarez, M. Á.: *Solidaridad en la fianza*, cit., p. 96; Alventosa del Río, J.: *La fianza: ámbito*, cit., pp. 88-93; Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 86. En cambio, otros autores entienden, a nuestro juicio acertadamente, que beneficio de excusión y subsidiariedad no son una y la misma cosa: el beneficio de excusión hace referencia a la necesidad de que el acreedor persiga los bienes del deudor, pudiendo recurrir al garante solo cuando la persecución haya sido infructuosa, mientras que la subsidiariedad exige tan solo el previo incumplimiento de la obligación principal para la ejecución de la obligación del fiador, es decir, que el deudor principal se haya constituido en mora. Desde esta perspectiva, toda fianza (incluso la solidaria) es subsidiaria: pese a la ausencia de beneficio de excusión, la subsidiariedad se mantiene porque el incumplimiento previo del deudor es presupuesto para que la reclamación al fiador sea viable: Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1822", cit., p. 19; Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho*, cit., p. 483; Reyes López, M. J.: "Naturaleza y extensión", cit., p. 56; Lacruz Berdejo, J. L. et al.: *Elementos de Derecho*, cit., p. 320; Colás Escandón, A. M.: "Fianza civil y mercantil", en AA.VV.: *Tratado de Contratos*, T. IV (dir. por R. Bercovitz y coord. por N. Moralejo Imbernón y S. Quicios Molina), Tirant lo Blanch, 3.ª ed., Valencia, 2020, p. 5055; Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., pp. 12464 y 12474; y Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria*, cit., p. 16, aunque esta autora sostiene que deben llevarse al ámbito de la subsidiariedad algunas reglas que tradicionalmente se vinculan con la accesoriedad. En este sentido también las SSTS 15 abril 1991 (*Tol* 1728874), 31 diciembre 1996 (*Tol* 5114261), 8 julio 2014 (*Tol* 4443375), 18 febrero 2015 (*Tol* 4799120) y 27 enero 2020 (*Tol* 7831820).

11 Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1822", cit., pp. 16-17.

Por ello, es preciso analizar si en esos supuestos se produce verdaderamente tal contradicción con el carácter accesorio de la fianza y, de ser así, si existe alguna razón que justifique dicha decisión del legislador o, en otro caso, si cabría una intelección alternativa que no contradiga tal nota y que permita, de igual modo, salvaguardar los intereses en juego.

2. Las obligaciones susceptibles de afianzamiento.

A) Regla general.

La obligación fideiusoria, como compromiso de cumplir la contraída por otro en el caso de no hacerlo este, evoca indudablemente la idea de que su ámbito objetivo debería ceñirse a las obligaciones con prestación fungible y pecuniarias, porque solo respecto de estas podría el fiador cumplir en lugar del deudor. Sin embargo, es común entender que la fianza puede constituirse para refuerzo de otras obligaciones distintas, incluso aquellas que consisten en una omisión o en un hacer personalísimo[12], aunque, claro está, en esos casos, en que la obligación solo se puede cumplir personalmente por el deudor, la fianza estaría dirigida en realidad a satisfacer la equivalencia económica de su cumplimiento[13].

Ahora bien, sea como fuere, a diferencia de lo que expresa el art. 37 LCCH en el ámbito mercantil, donde se admite el aval "aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma"[14], en el ámbito civil y de conformidad con lo que prevé el art. 1824.1 CC "la fianza no puede existir sin una obligación válida", al menos como regla general y sin perjuicio de las excepciones que a continuación introduce el precepto.

De la regla general enunciada se infieren, de inicio, y en consonancia con el carácter accesorio de la fianza, las dos siguientes consecuencias: primera, que si la obligación garantizada no existe o no es válida, tampoco nacerá o lo será la fianza (así, p. ej., la que garantice una deuda contraída por un falso representante);

12 Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., pp. 310-311.

13 Y no, como suele apuntarse en ocasiones, el equivalente a su incumplimiento, pues, en efecto, según cuál haya sido la causa de la falta de cumplimiento, las consecuencias para el deudor son distintas; entre ellas se incluye, por ejemplo, la extinción de la obligación cuando el incumplimiento responda a la imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación sin intervenir culpa del deudor (*cfr.* arts. 1156, 1182 y 1183 CC). Por ello no puede exigirse al fiador que se obligue a entregar una indemnización de daños y perjuicios cuando esto es algo que el acreedor puede exigir directamente al deudor y, además, ese incumplimiento puede determinar en alguna ocasión la extinción de la obligación del fiador, siendo más equitativo para el acreedor y el fiador que, en estos casos, el contenido de la obligación fideiusoria se determine de acuerdo con el contenido de la obligación afianzada a través de un equivalente: Alventosa del Río, J.: *La fianza: ámbito*, cit., pp. 114-115.

14 La regulación especial se aleja de este modo del régimen común y disipa cualquier género de dudas acerca del carácter autónomo del aval respecto a la parte sustancial de la obligación avalada y la accesoriedad solo respecto a sus elementos formales: *vid.* Moxica Román, J.: *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, Thomson-Aranzadi, 7ª. ed. (actualizada a cargo de F. Díaz Barco), Cizur Menor, 2015, pp. 497-502.

y, segunda, que la fianza inicialmente constituida decaerá si se declara nula la obligación principal. No obstante, ambas conclusiones deben matizarse pues, en efecto, la fianza puede constituirse en garantía de obligaciones futuras *ex* art. 1825 CC (ilíquidas o totalmente futuras: fianza ómnibus) y, asimismo, según la doctrina dominante, subsistirá en algunas circunstancias pese a que la obligación principal, anulable por un defecto de capacidad del contratante, finalmente se anule (*cfr.* arts. 1824 y 1853 CC)[15].

B) Algunas excepciones: la futuridad y la ineficacia de la obligación afianzada.

La admisibilidad de la fianza en garantía de deudas futuras, que expresamente contempla el art. 1825 CC, se ha percibido en ocasiones como una modulación de la regla del art. 1824.1 CC e incluso como una quiebra del principio de accesoriedad, en la medida en que permite el nacimiento de la obligación fideiusoria antes incluso de que exista una obligación principal susceptible de ser afianzada; de ahí que se llegara a exigir la concurrencia de un vínculo jurídico previo que sirviera de sostén a la fianza[16].

Esta tesis fue razonablemente criticada porque confundía futuridad con indeterminación y privaba de un sentido específico al art. 1825 CC[17]. Hoy es pacíficamente admitido por la doctrina moderna que, a la posibilidad de afianzar obligaciones ya nacidas, debe sumarse la de prestar fianza en garantía de deudas futuras, cuya inexistencia actual puede provenir de la de la cosa determinada que constituye su objeto o bien de la inexistencia de deber jurídico *pendente conditione*[18]. Pues, en efecto, "el fiador se obliga a *lo* que debe el principal obligado *porque* y *si* lo debe este"[19], de modo que solo podrá exigirse la prestación al fiador si también resulta exigible finalmente para el responsable principal.

Por lo que hace a la deuda futura afianzada, se distingue entonces entre la fianza de deuda ilíquida, es decir, aquella cuyo importe exacto se desconoce aunque la obligación ya haya sido contraída (que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que se liquide: art. 1825 *in fine*) y la fianza recayente sobre verdaderas obligaciones futuras en sentido estricto o totalmente futuras, es decir, que todavía no han sido contraídas, aunque su nacimiento se prevea en un futuro próximo.

En este último caso, no cabe duda de que la (amplísima) posibilidad de afianzar una obligación futura debe ponerse en relación con la necesaria determinabilidad y

15 Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., p. 306.

16 SSTS 20 febrero 1987 (RJA 701), 17 diciembre 1990 (RJA 10587), 29 abril 1992 (*Tol* 1662579).

17 Alventosa del Río, J.: *La fianza: ámbito*, cit., pp. 14-27; Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12493.

18 Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria*, cit., p. 39; Lacruz Berdejo, J. L. et al.: *Elementos de Derecho*, cit., p. 323; Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., pp. 310-311. Lo mismo afirman las SSTS 30 octubre 2006 (*Tol* 1006878) y 26 junio 2009 (*Tol* 1567593).

19 Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria*, cit., p. 38.

con el carácter expreso que se exige para la fianza[20], de suerte que deberá quedar determinada por relación a las partes entre quienes nacerá la obligación, por su importe máximo y por los criterios causales y temporales de nacimiento de la obligación afianzada, que deben permitir concretarla en el futuro sin necesidad de que medie un nuevo consentimiento entre el acreedor y el fiador (*cfr.* arts. 1261.2º y 1273 CC)[21].

Como una modalidad de la anterior y con una presencia cada vez más notable en el tráfico jurídico sobresale la que se ha venido a denominar fianza global, general u ómnibus, como aquella que refuerza una pluralidad de obligaciones totalmente futuras que tengan su origen en una concreta relación obligatoria[22]. El principal riesgo que entraña esta figura es, de igual modo, la posible indeterminación de su objeto, lo que trata de salvaguardarse mediante los requisitos que doctrina y jurisprudencia vienen exigiendo para acotar su ámbito de cobertura: la identidad de los sujetos entre los cuales surgirán las obligaciones aseguradas y que suelen aparecer ligados a una relación negocial o comercial; el importe máximo que puede alcanzar cada una de las obligaciones cubiertas o, en su defecto, el máximo de responsabilidad que asume el fiador; y el plazo determinado dentro del cual deben nacer las obligaciones objeto de garantía[23]. No obstante, puede constituirse también como una relación jurídica continuada, en cuyo caso el tiempo ilimitado de duración de la fianza aparece acompañado de un correlativo derecho de "denuncia" o desistimiento que el fiador puede ejercitar, sin necesidad de alegar justa causa, para dejar sin efecto la garantía[24].

Sea como fuere, es claro que, entendido en estos términos, el art. 1825 CC no contradice las notas típicas de la fianza (accesoriedad y subsidiariedad) puesto que esta solo actuará en el caso de que nazca finalmente la obligación u obligaciones futuras para cuya garantía se ha constituido, de igual modo que la prestación del fiador solo será exigible en el caso de que el deudor principal haya incumplido la suya[25].

Mayor complejidad reviste la segunda de las cuestiones que anunciábamos más arriba, a saber, la de determinar el destino de una fianza que recae sobre una obligación anulable, teniendo en cuenta las dificultades interpretativas que suscita el art. 1824.II CC, así como, también, en el ámbito de la legitimidad impugnatoria

20 Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1825", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII: *Artículos 1822 a 1886 del Código Civil* (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, Jaén, 1979, p. 86.

21 *Vid.* por todas SSTS 28 febrero 2006 (*Tol* 849951), 30 octubre 2006 (*Tol* 1006878) y 26 junio 2009 (*Tol* 1567593).

22 Para un análisis detenido sobre esta cuestión *vid.* Karrera Egialde, M. M.: "La fianza general (global)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, núm. 797, pp. 1339-1391.

23 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., pp. 12496-12498.

24 STS 28 septiembre 2023 (*Tol* 9740660).

25 Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1825", cit., p. 85.

del fiador, la aparente contradicción entre el art. 1302 CC, que genéricamente parece reconocérsela, y el art. 1853 CC, que se la niega al menos por lo que hace a las excepciones inherentes a la persona del deudor[26].

Como punto de partida debe recordarse que el carácter accesorio de la fianza conduciría a una inevitable conclusión cuando la obligación principal afianzada se anule: a su consiguiente extinción. Sin embargo, el art. 1824.II CC parece excluir dicha regla cuando sostiene, exceptuando el inciso que le precede, que "puede, no obstante, recaer -la fianza- sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad", si se entiende que dicho precepto permite la subsistencia de la fianza respecto de una obligación anulable (y anulada) en virtud de una "excepción puramente personal" del deudor principal.

En efecto, la doctrina viene interpretando con carácter general que no todo supuesto de ineficacia de la obligación afianzada produce la correlativa extinción de la fianza, lo que, en última instancia, depende del tipo de invalidez y de la causa propiciatoria de la misma.

II. LA FIANZA DE OBLIGACIÓN INEFICAZ.

1. Consideraciones generales sobre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.

En todo contrato el acuerdo de las partes se dirige a provocar unos determinados efectos jurídicos, haciendo nacer obligaciones (de dar, hacer o no hacer) para los contratantes. Lo normal es que el contrato produzca tales efectos, pero también puede ocurrir que en ocasiones no surta ningún efecto o no todos aquellos que habían sido declarados; se dice, entonces, que es *ineficaz*, porque no despliega los efectos que las partes buscaban con su perfección[27].

La ineficacia del contrato puede obedecer a distintas razones, que se engloban generalmente en dos grupos: las causas de *invalidez*, que concurren durante la formación o perfección del contrato y dañan su estructura *ab initio* (así, típicamente, la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad); y las causas de *ineficacia en sentido estricto o funcionales*, que sobrevienen al momento de la perfección del contrato y, por ende, no afectan a su validez, pero se entienden suficientes para producir su terminación extraordinaria y el cese de sus efectos:

26 Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., p. 308.

27 Delgado Echevarría, E.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", T. XVII, v. 2: *Artículos 1281 a 1314 del Código Civil* (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, Madrid, 1981, pp. 231-232.

así, p. ej., la resolución por incumplimiento o la rescisión[28]. Se sostiene, entonces, que, mientras la *invalidez* conlleva la privación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato (de su significado, entidad o "relevancia" como tal) por ser contrario a Derecho, las distintas formas de *ineficacia* vienen a negar o alterar los efectos "finales" del mismo, que variarán en función de su contenido. En definitiva, todo contrato inválido es ineficaz pero no ocurre lo mismo a la inversa: hay contratos ineficaces plenamente válidos[29].

La invalidez actúa, así, como reacción del ordenamiento jurídico (léase, sanción) contra la inobservancia por los contratantes de las normas dirigidas a disciplinar su actividad contractual y, por tanto, una vez constatada la discrepancia entre la normativa contractual (cómo ha sido previsto el contrato por el Derecho) y la realidad (cómo ha sido articulado por las partes). De este modo, priva de sus efectos propios al contrato, en virtud de una falla en su estructura simultánea a su formación; ahora bien, como tal sanción, es razonable modularla atendiendo a la infracción cometida, a la finalidad que persigue la norma infringida y a las exigencias prácticas de cada caso, aunque su configuración depende también, en última instancia, de razones de oportunidad y de política legislativa[30].

De ahí nacen las distintas modalidades o, en nuestro Derecho, regímenes "típicos" de la invalidez, por ser las únicas reguladas expresamente, a saber, la nulidad absoluta y la anulabilidad o nulidad relativa. Sin embargo, las conocidas deficiencias que presenta el Código, que no dedica ningún capítulo a la ineficacia contractual ni contiene el régimen jurídico aplicable a los contratos que adolecen de sus requisitos esenciales ni, en fin, utiliza con precisión la terminología implicada, ha conducido a la doctrina y jurisprudencia a reelaborar e interpretar sistemáticamente los datos legales[31], distinguiendo así entre los contratos inexistentes o nulos de pleno derecho, absoluta y radicalmente, y los anulables o nulos relativamente: los arts. 1300 a 1302 se aplicarían solo a estos últimos; los 1305 y 1306 a los nulos de pleno derecho; y los 1303, 1307 y 1308 CC, a ambos[32].

Aunque uno y otro tipos de invalidez se construyen más bien desde sus consecuencias y no desde la congruencia de sus causas[33], en términos generales, la nulidad absoluta o de pleno derecho es la respuesta que el ordenamiento prevé para los casos en que el contrato no reúna los requisitos para su formación (a

28 Quicios Molina, S.: "La ineficacia contractual", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. Bercovitz), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1526.

29 Delgado Echevarría, E.: "De la nulidad", cit., p. 232.

30 *Ibid.*, pp. 234-236.

31 *Ibid.*, p. 237.

32 Quicios Molina, S.: "La ineficacia contractual", cit., p. 1525.

33 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, T. VII: *Arts. 1265 a 1484* (dir. R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9239.

saber, consentimiento, objeto, causa -*cfr.* 1261 CC- o forma, cuando sea requisito *ad solemnitatem*), tenga un objeto imposible o ilícito, una causa ilícita, o vulnere normas imperativas o prohibitivas (*cfr.* arts. 6.3 y 1255 CC). Los rasgos que, en línea de principio, se asocian a la nulidad absoluta son los siguientes: a) puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga un interés legítimo e incluso apreciada de oficio; b) no es posible confirmar o convalidar el contrato nulo; c) la acción de nulidad no está sometida a plazo de prescripción alguno, pues el tiempo no puede sanar o convalidar el contrato (*quod nullum est, nullum producit effectum*); d) la sentencia es declarativa, pues se dirige a declarar una nulidad ya existente, si bien el pronunciamiento judicial se hace necesario para destruir la apariencia de validez que todo contrato importa; y f) el contrato nulo conlleva que se eliminen los efectos desplegados (efectos *ex tunc*)[34]. Sin embargo, el régimen jurídico que acaba de señalarse presenta también ciertas salvedades[35].

La anulabilidad, por su parte, se admite a tenor de los arts. 1300 y 1301 CC en los siguientes supuestos: i) vicios en la formación del consentimiento (intimidación, violencia, error y dolo); ii) defectos de capacidad de los contratantes, por razón de minoría o discapacidad; y iii) actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando fuere preceptivo. A la vista de las causas apuntadas, se percibe que estamos, en este segundo caso, ante una "nulidad de protección" que tiende a la salvaguarda del interés de una de las partes, sobre quien se deja recaer en última instancia el control sobre la validez del contrato[36]. De ahí derivan los rasgos principales de su régimen jurídico[37]: a) la anulabilidad requiere que el sujeto señalado por la norma, a quien se dispensa la protección, la invoque (art. 1302 CC); b) de la misma forma que esta parte contratante puede controlar la invalidez del contrato, puede asimismo confirmarlo, lo que "purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración" (arts. 1310 a 1313 CC); c) la impugnación está sujeta a un plazo de cuatro años (art. 1301 CC); d) la sentencia que declare la nulidad es, conforme a la doctrina mayoritaria, y a salvo ciertas excepciones, constitutiva[38], y conlleva la desaparición

34 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", cit., pp. 9240 y 9246-9249.

35 Quicios Molina, S.: "La ineficacia contractual", cit., p. 1530.

36 Jerez Delgado, C.: *La anulación del contrato*, cit., pp. 115-121 y 216-218.

37 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", cit., p. 9241.

38 En efecto, la doctrina dominante considera que el contrato anulable es inicialmente eficaz y válido mientras no se impugne o, dicho de otro modo, mientras no adquiera firmeza la sentencia constitutiva en que se establezca su anulación. Ahora bien, llegado ese momento, el contrato será considerado inválido retroactivamente, como si fuera radicalmente nulo. Se sostiene, entonces, que mientras la sentencia que pronuncia el carácter de acto nulo es declarativa, porque no crea la nulidad que ya existe en la naturaleza de las cosas, cuando el acto, en cambio, es anulable, la sentencia es constitutiva, pues modifica el estado jurídico preexistente. Sin embargo, Delgado Echevarría, E.: "Artículo 1300", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", t. XVII, v. 2: *Artículos 1281 a 1314 del Código Civil* (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, Madrid, 1981, p. 245, advierte que se adecúa mejor a los planteamientos del Código civil la consideración del contrato anulable como originariamente inválido e ineficaz, pues, en efecto, en la medida en que el ordenamiento jurídico no le reconoce más que un efecto provisional, en absoluto le otorga el efecto querido por las partes contratantes. Así, puede ser plenamente eficaz (haciendo nacer las obligaciones que de él derivan y dando sustento a las atribuciones patrimoniales correspondientes) si,

retroactiva del contrato, esto es, despliega sus efectos desde que el mismo se celebró.

Aunque la determinación sobre los casos que entran dentro del ámbito de la nulidad y de la anulabilidad depende, en cierta medida, de una opción más o menos libre del legislador, es común destacar la existencia de ciertos criterios, no exentos de crítica[39], que ayudan a la distinción entre una y otra modalidad y sirven como medida de discernimiento para los casos dudosos[40], como son: i) el criterio de la gravedad, en virtud del cual se reserva la invalidez más severa (la nulidad) para las irregularidades que atenten más gravemente contra la estructura y esencia del negocio, mientras que la invalidez más leve (la anulabilidad) vendría a responder a las irregularidades de menor entidad; y ii) el criterio del interés protegido, público o general para las hipótesis de nulidad y privado o particular en los casos de anulabilidad, lo que determina una legitimación y un plazo para el ejercicio de la acción más amplio o restringido, respectivamente.

De la imprecisión que en esta materia caracteriza al Código aparece contagiado el art. 1824.II CC, en virtud del cual la fianza puede "recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad". Pues, en efecto, en él se alude de primeras a un tipo específico de invalidez al que se denomina "nulidad" pero que se define por relación a la posibilidad de "ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado" y, por tanto, no por cualquier sujeto, lo que nos redirige inmediatamente a la esfera de la nulidad relativa o anulabilidad[41].

En definitiva, según si concurre o no una causa de invalidez y, en su caso, del tipo concreto de esta, puede suceder que haya obligaciones principales plenamente válidas, inexistentes, nulas o anulables, en cuyo caso es preciso determinar las consecuencias que se siguen para la garantía y hasta qué punto o en qué medida se cumple la regla de la accesoriedad de la fianza antes enunciada.

2. La fianza de obligación nula.

Tal y como acaba de señalarse, el hecho de que el apartado segundo del art. 1824 CC exprese la posibilidad de reclamar la "nulidad" en conexión con

a voluntad del sujeto protegido por la norma, no se hace valer la causa de anulación. Y, de igual forma, adquirirá validez si es confirmado (y sanado) por él. De lo contrario, hecha valer la causa de anulación, el contrato será desde siempre y para siempre ineficaz, en la misma medida en que lo es el contrato nulo de pleno derecho.

39 Pasquau Liaño, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 189-209; Grimalt Servera, P.: *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008, pp. 69-77.

40 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", cit., pp. 9241-9244.

41 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12484; Alventosa del Río, J.: *La fianza: ámbito*, cit., p. 44.

una excepción que sea "puramente personal del obligado" hace reconducir esa excepcional previsión a un ámbito (acotado) de la anulabilidad.

De este modo, es pacífico en la doctrina que la nulidad radical o absoluta de la obligación principal conlleva la de la fianza convenida para su refuerzo, a tenor del primer inciso de dicho precepto, es decir, porque, dado el carácter accesorio de la obligación fideusoria, "…no puede existir sin una obligación válida"[42]. En este sentido, y comoquiera que la validez del afianzamiento se hace depender de la validez de la propia obligación garantizada, queda excluida la posibilidad de afianzar una obligación inexistente (con la salvedad, antes referida, a la fianza de obligaciones futuras) o que nazca con un defecto de nulidad[43].

Es lo que sucede, por ejemplo, en el supuesto que resuelve la STS 23 noviembre 1990[44], en el que se declara que la no concesión de autorización por la autoridad administrativa competente hace ineficaz el contrato origen de la obligación principal garantizada y, de igual modo, el contrato de fianza suscrito, a tenor de lo dispuesto en el art. 1824.I CC: "tal autorización administrativa constituye, por disposición del ordenamiento regulador del tráfico aéreo, un elemento integrante del supuesto requerido para que el contrato sobre establecimiento de una línea regular de viajeros suscrito (…) produzca efectos (…) por lo que el contrato celebrado sin esa autorización devendría nulo de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil, lo que daría lugar a la inexistencia de la fianza que requiere, como establece el artículo 1.824 citado, una obligación válida sin que pueda extenderse la obligación del fiador a garantizar la devolución de aquello que, por efecto de esa nulidad, que no cumplimiento del contrato, deban restituirse, en su caso, las partes de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y siguientes del Código Civil".

En relación a esta última cuestión, es decir, a si, declarada nula la obligación principal, la fianza puede extenderse o no a la obligación secundaria de restitución, no existe un criterio unánime en la jurisprudencia. A juicio de Carrasco, "no existe problema de validez para una fianza prestada expresamente para el caso de que la obligación primaria resulte ser nula o ineficaz, extendiéndose la garantía a la obligación secundaria correspondiente (restitución, indemnización, reembolso, etc.). Se trata de una *fianza normal de una obligación válida* (secundaria) que se determina en virtud de una condición suspensiva (invalidez de la obligación primaria)", aunque reconoce que podría ser ineficaz si el contrato en que se presta la fianza es nulo por razones de contenido; así, por ejemplo, si la nulidad de la obligación primaria tiene su origen en la contravención de una norma imperativa de protección de un determinado colectivo, la fianza no puede ser válida, si a

42 Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., p. 308.

43 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12486.

44 STS 23 noviembre 1990 (*Tol* 1730014).

su través puede alcanzarse el mismo resultado que trataba de evitar la norma prohibitiva. En cambio, si la nulidad deriva, por ejemplo, de la ausencia de forma sustancial en el contrato, el juicio de reproche que el ordenamiento realiza sobre la obligación primaria no debería extenderse a la secundaria, que sería válida[45].

Por último, si la obligación principal es nula solo parcialmente, se considera que la fianza podría subsistir en garantía de la parte de la obligación fiada que continúe vigente[46].

3. La fianza de obligación anulable.

A) Las "excepciones puramente personales del obligado" y las que no lo son: doctrina dominante.

Es común entender, en la interpretación del art. 1824.II CC, que cuando la fianza se ha convenido para refuerzo de una obligación anulable, la suerte de la garantía será distinta en función de cuál haya sido la causa por la que esta sea anulada. En efecto, la dicción de dicho párrafo conduce a distinguir entre las obligaciones anulables por razón de una excepción puramente personal del obligado principal y aquellas otras que también son susceptibles de anularse, pero debido a otras excepciones que no comparten dicha calificación, de tal modo que el carácter, puramente personal o no, de la causa impugnatoria se erige en criterio para otorgar consecuencias jurídicas dispares en orden a la validez de la fianza de la obligación anulable[47].

Para delimitar qué circunstancias ostentan esa condición, es decir, cuáles tienen cabida dentro de la expresión "excepción puramente personal del obligado", se recurre a los arts. 1845 y 1853 CC, donde el legislador se refiere nuevamente a este tipo de excepciones o causas, distinguiendo entre las excepciones "inherentes a la deuda" (que el fiador puede oponer al acreedor) y las "puramente personales del deudor" (que no puede oponer). De igual modo, se trae a colación el art. 1148 CC, en el marco de las excepciones oponibles por el deudor solidario, dada la proximidad entre la solidaridad pasiva y la fianza[48], y que alude igualmente a la distinción entre excepciones "que se deriven de la naturaleza de la obligación" y las

45 Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., pp. 201-203. Por su parte, Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., pp. 12728-12729, aunque reconoce que es cuestión de interpretación, se inclina por entender que debería mantenerse la nulidad de la fianza (*ex* art. 1824.I CC), tanto si el fiador conocía el defecto de nulidad al prestar la garantía como si llegó a comprometerse incluso a no hacerla valer frente al acreedor: si la obligación principal no obtiene el respaldo del ordenamiento jurídico, no debería permitirse, por principio, que el acreedor pueda obtener del fiador lo que no le es permitido obtener del deudor principal; mientras que la validez de la renuncia podría cuestionarse *ex* art. 6.2 CC por ser contraria al orden público.

46 Colás Escandón, A. M.: "Fianza civil y mercantil", cit., p. 4002.

47 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12487.

48 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", cit., p. 9262.

"personales" del deudor solidario. De tales preceptos se deduce, en particular, la siguiente clasificación: las excepciones comunes o reales, las personales (vicios del consentimiento) y las puramente personales ("incapacidad" de los contratantes)[49].

Así, según la opinión doctrinal mayoritaria, la referencia a las excepciones puramente personales del obligado debe limitarse a aquellas que tengan su causa en defectos de capacidad de este, sea por razón de minoría de edad (circunstancia que, a modo de ejemplo[50], cita el propio legislador en el art. 1824.II CC), sea por razón de incapacidad. Ahora bien, esta cuestión se ha visto sensiblemente modificada tras la reforma del Código incorporada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Pues, en efecto, la persona con discapacidad no puede considerarse ya un incapaz legal ni natural y este cambio de paradigma ha afectado muy notablemente a la validez de los contratos celebrados por ella, con o sin las medidas de apoyo establecidas, así como a los remedios para impugnarlos[51].

Con carácter general, se distinguen las siguientes tres situaciones: i) cuando no existan medidas de apoyo pese a necesitarlas la persona con discapacidad; ii) cuando existen medidas de apoyo y son efectivas; y iii) cuando, existiendo medidas de apoyo, se prescinde de ellas para la celebración del acto o contrato. En el primer caso sería aplicable el régimen jurídico general (arts. 1261 y 1300 CC), de modo que, si el contrato se hubiera celebrado sin mediar consentimiento válido por concurrir cualquier circunstancia que impida un normal discernimiento (sea cuál sea la causa, entre ellas, una discapacidad), acreditada la misma, el contrato podrá declararse nulo de pleno derecho por falta de consentimiento, de la misma forma que son de aplicación las causas generales de la nulidad relativa (vicios del consentimiento, etc.) cuando concurran (art. 1301.1º, 2º y 5º CC)[52]. Por la misma solución se aboga por algunos autores para el segundo de los supuestos enunciados, es decir, pese a la existencia y concurrencia de la medida de apoyo, pues esto no hace al acto inmune y no debería privarle de toda posibilidad de control posterior[53]. Por último, cuando el contrato se haya celebrado prescindiendo de

49 *Ibid*., p. 9262.

50 Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1824", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, 1979, pp. 74-75; Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12485; Carrasco Perera, Á; Cordero Lobato, E; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 207.

51 *Vid.* sobre esta cuestión Jerez Delgado, C.: "Los contratos celebrados por personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, 2022, núm. 6.; Salas Murillo, S.: "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17, pp. 27-31 y, de la misma autora, "La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9841.

52 Jerez Delgado, C.: "Los contratos celebrados", cit., pp. 2-3.

53 Salas Murillo, S.: "El nuevo sistema", cit., pp. 28-29.

las medidas de apoyo establecidas, el mismo será anulable sin necesidad de alegar ninguna otra causa (arts. 1301.4º y 1302.3 CC)[54].

Así pues, a los efectos del art. 1824.II CC, sería excepción puramente personal del obligado la relativa a la falta de capacidad de la persona con discapacidad que hubiera intervenido sin las medidas de apoyo judicialmente establecidas o, en su caso, sin la autorización judicial del art. 287.8º CC exigida para la curatela con funciones representativas[55].

Volviendo al significado de la expresión del art. 1824.II CC "excepción puramente personal del obligado" como causa de anulabilidad de la obligación fiada, que alude, según la opinión dominante, a la carencia de capacidad personal del obligado (sea por minoría sea por discapacidad, en los términos recién expuestos), no comprendería, en cambio, los vicios del consentimiento, al ser estos de carácter objetivo y estar inmediatamente conectados al crédito[56]. Además, tampoco podría extenderse a ellos la norma, dado su carácter excepcional y claramente restrictivo de los derechos del fiador, lo que impide su aplicación extensiva o analógica a supuestos no comprendidos en ella[57].

La consecuencia que para el fiador se sigue de la concurrencia de una excepción de las señaladas como puramente personales como causa de anulabilidad de la obligación fiada es que no podrá oponerla frente al acreedor (art. 1853 CC) y seguirá obligado a pagar incluso aunque la representación del menor de edad (o la persona con discapacidad, sus herederos o, en su caso, la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo: *cfr.* art. 1302.3 CC) obtenga la declaración de nulidad o pueda rehusar el pago por razón de la falta de capacidad del obligado principal[58]. Dicho de otro modo: la nulidad de la obligación garantizada en ningún caso acarreará la de la propia fianza y el fiador no podrá invocarla frente al acreedor, en contra de lo que sugiere la letra del art. 1302.1 CC cuando sostiene que "pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos". Lo anterior se justifica por lo general sobre la base de que debe prevalecer la regla especial (arts. 1824.II y 1853 CC) sobre la general (1302.1 CC)[59], aunque también se apela a la natural cercanía entre fiador y deudor que explica que no se le permita a aquel aprovecharse (liberándose)

54 Jerez Delgado, C.: "Los contratos celebrados", cit.

55 *Vid.* Carrasco Perera, Á; Cordero Lobato, E; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., pp. 207-208.

56 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", cit., p. 9262; Delgado Echevarría, E.: "De la nulidad", cit., p. 277.

57 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12485.

58 Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios al Código civil español*, T. XII, 6ª ed., Reus, Madrid, 1973, p. 308; Lacruz Berdejo, J. L. et al.: *Elementos de Derecho*, cit., p. 321; Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1824", cit., p. 75; Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 206; Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12486. Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho*, cit., p. 489.

59 Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1824", cit., p. 75.

de una circunstancia (la falta de capacidad del deudor) que conocía o bien pudo conocer[60].

Por el contrario, cuando la nulidad pueda hacerse valer por concurrir algún vicio del consentimiento del deudor o por cualquier otra circunstancia que no pueda calificarse como puramente personal del deudor principal, la obligación fideiusoria nacerá y subsistirá con la misma eficacia claudicante de la obligación principal; así, confirmada la obligación o transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción, nada podrá oponer el fiador pero, en cambio, si la obligación principal se anula, también decaerá la fideiusoria (arts. 1824.I y 1853 CC)[61]. En este caso, se aplica con todas sus consecuencias la regla de la accesoriedad anunciada en el art. 1824.I CC: la fianza sigue la suerte de la obligación principal, ya se convalide o se anule esta[62].

No hay consenso, sin embargo, sobre si el fiador tiene en este último caso y mientras quepa impugnar la obligación (por no haber mediado confirmación ni haberse agotado el plazo para el ejercicio de la acción) legitimación para instarla. En contra se argumenta que la defensa del interés del fiador no reclama una protección más amplia que la de permitirle oponer como excepción temporal *ex* art. 1853 CC la existencia de una causa de anulación, que suspenderá el pago hasta que el deudor principal anule el contrato o lo confirme, o caduque el plazo de impugnación[63]. Cierto es que la mera suspensión del pago sería suficiente a los fines de proteger su derecho de reembolso, pero convendría configurarla como tal excepción y articular algún mecanismo que permita compeler al obligado principal para que decida definitivamente si impugna o confirma el contrato[64]. Mientras tanto quizá sea preferible la tesis favorable a que el fiador pueda también hacer valer la nulidad, por vía de acción o de excepción, a tenor de los arts. 1853 y 1302.1 CC y como derecho propio del que el deudor no puede disponer en su perjuicio[65].

60 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", cit., p. 9262; Jerez Delgado, C.: *La anulación del contrato*, cit., p. 241.

61 Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., p. 310.

62 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12486.

63 Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 206; Delgado Echeverria, J.: "La anulabilidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1976, Fasc. 4, pp. 1028-1029; Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria*, cit., pp. 52-56; Jerez Delgado, C.: *La anulación del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 240-241.

64 García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", cit., p. 9262.

65 Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1853", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, 1979, p. 341; Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., p. 310; Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12488.

Por último, el esquema se completa con la previsión del art. 1824.III CC, que, por razones históricas[66], exige exceptuar "de la disposición del párrafo anterior el caso de préstamo hecho al hijo de familia" y, por ende, la fianza constituida para garantizar la restitución de un préstamo hecho a menor de edad (y quizá también, aunque es discutible, menor emancipado: *cfr.* art. 247 CC[67]), que actúa al margen de la representación legal. De no existir esta previsión, la fianza que se hubiera otorgado para garantizar la devolución del préstamo realizado en favor del "hijo de familia" debería incluirse en el ámbito de aplicación del art. 1824.II CC, como excepción puramente personal, expresamente mencionada en él: "la de la menor edad". Aquí, sin embargo, el legislador opta por excluirlo de la regla anterior, aunque no prevé cuál debe ser la solución. Por tanto, cabría entender bien que se asimila a las obligaciones nulas de pleno derecho (con la consiguiente nulidad de la fianza) bien que se somete la fianza al régimen de las obligaciones anulables por razón de excepciones inherentes a la deuda (vicios del consentimiento)[68]. Se opte por una solución u otra, rige plenamente la regla de la accesoriedad: si el contrato de préstamo es impugnado por el menor o por sus representantes legales, el fiador quedará liberado; en otro caso, permanecerá obligado[69].

B) La subsistencia de la obligación fideiusoria pese a la anulación de la obligación asegurada: problemas que suscita.

Tal y como acaba de señalarse, entiende generalmente la doctrina en interpretación del art. 1824.II CC que el hecho de que la obligación principal afianzada pueda anularse en base a una excepción puramente personal del obligado no conlleva la invalidez de la obligación fideiusoria. El garante no puede instar la acción ante la inactividad del obligado principal ni, en cualquier caso, aprovecharse de ella, esgrimiendo frente al acreedor la anulación de la obligación principal cuando esta se haya impugnado con éxito por el sujeto afianzado.

En consecuencia, se plantean dos posibles escenarios: i) que el deudor principal confirme la obligación o deje transcurrir el plazo de impugnación sin atacarla, en cuyo caso la obligación principal habrá devenido inatacable y el fiador continuará obligado, pero en aplicación del párrafo I del art. 1824 CC[70], es decir, la fianza será válida porque existe una obligación válida, de modo que asistirán al garante todos los derechos que le confiere el régimen general y, entre ellos, singularmente, el

66 *Vid.* la glosa al art. 1735 del Proyecto de 1951 en el que se explica esta excepción, aprobada en el Derecho Romano y Patrio, porque "una tristísima experiencia había hecho ver que, abrumados los hijos de familias con las deudas que contraían y consumían en vicios, atentaban insidiosamente contra la vida de sus padres: García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. IV, Madrid, 1852, p. 143.

67 Reyes López, M. J.: "Naturaleza y extensión", cit., p. 81.

68 Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M. M; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit, p. 310.

69 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12488; Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 209.

70 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12489.

derecho de reembolso y, en su caso, la subrogación; ii) que, a instancia del obligado principal, por sí mismo o por su representante legal (o medida de apoyo, en su caso: *cfr.* art. 1302.2 y 3 CC) se anule la obligación afianzada, pese a lo cual la fianza sigue siendo plenamente exigible, ahora sí, a tenor del párrafo II del art. 1824 CC, de modo que el fiador seguirá obligado a responder como si tal circunstancia no se hubiera producido. Aún más: si el fiado hubiera cumplido la obligación garantizada e impugnara después el contrato con éxito, el fiador, que no habría quedado liberado por el cumplimiento (derogación del art. 1847.1º CC) vendría obligado a reintegrar al acreedor lo que el principal obligado debiera restituirle *ex* arts. 1301 y 1304 CC[71].

Sin embargo, esta intelección de la norma origina, en palabras de Díez-Picazo, "algunas secuelas de difícil solución"[72]. De hecho, a salvo algunos autores que sostienen que el fiador podría anular su fianza por error cuando contrató ignorando la falta de capacidad del fiado (siempre que acredite que el error era esencial y excusable)[73], la mayoría entiende que es indiferente si conocía o no dicha circunstancia[74] y, por lo tanto, deberá pagar ante la reclamación del acreedor, aunque no ostente después, pese a su condición de fiador *solvens*, derecho de reembolso ni acceso a la subrogación (arts. 1838 y 1839 CC) al ser nula la relación de valuta[75]. Parece que solo le restaría, entonces, dirigirse contra el deudor principal (menor de edad o persona con discapacidad), en la medida en que el pago le haya resultado útil (*cfr.* art. 1163 CC) o su patrimonio se haya enriquecido con las prestaciones derivadas del contrato anulable (*cfr.* art. 1304 CC)[76].

Sin lugar a dudas, esta solución supone una anomalía desde el punto de vista del concepto mismo de la fianza[77], si se tiene en cuenta que: i) hace quebrar el principio de accesoriedad; ii) contraviene igualmente el art. 1826 CC y la regla de que no puede exigirse al fiador más de lo que cabría exigir, en cuantía u onerosidad, al deudor principal; iii) aniquila la función de garantía propia de la fianza, una vez declarada ineficaz la obligación ajena sobre la que recae; y iv) elimina para el fiador los efectos típicos de la obligación que asume, privándole de toda acción de

71 Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria*, cit., pp. 50-51, de modo que, a su juicio, la fianza presenta aquí una doble utilidad para el acreedor, quien está especialmente protegido, a saber: no ostenta solo una garantía contra la eventual insolvencia del principal obligado sino que se protege, además, de una eventual restitución, "utilizando al fiador para convalidar la inutilidad de la obligación principal inexigible al deudor".

72 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho*, cit., p. 489.

73 Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios al Código*, cit., pp. 304-305; Gil Rodríguez, J.; Karrera Egialde, M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", cit., p. 309; Reyes López, M. J.: *Fianza y nuevas modalidades*, cit., p. 170.

74 Así, por ejemplo, Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1824", cit., p. 75, que entiende que solo cabría atender a esa circunstancia cuando el deudor y el acreedor hubieran, dolosamente, inducido al error al fiador, ocultándole el defecto de capacidad o afirmando expresa o tácitamente esta.

75 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., pp. 12489-12490.

76 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho*, cit., p. 489; Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 207.

77 Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1824", cit., p. 73.

regreso, a salvo, en su caso, una limitada al enriquecimiento efectivo del menor o persona con discapacidad[78].

De ahí que sea difícil encontrar un fundamento convincente, de entre las distintas explicaciones que se han formulado[79], y termine afirmándose que no estamos en estos casos ante una verdadera fianza, comoquiera que el fiador asume en realidad una obligación autónoma y principal, por la que queda obligado a satisfacer frente al acreedor el interés que correspondería a la obligación anulada[80]. Entendida en estos términos, la fianza sería en estos casos especialmente útil al acreedor y especialmente gravosa para el fiador, quien, en palabras de Casanovas, "vendrá obligado a SATISFACER lo que solo quiso GARANTIZAR"[81].

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA LECTURA ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 1824 CC?

Las dificultades que suscita la interpretación anterior hacen conveniente plantearse si cabría atribuir algún otro significado al art. 1824 del Código. En este sentido, lo primero que sorprende es que, asumiendo que el párrafo II del citado precepto está haciendo alusión a la fianza que recae sobre una obligación anulable, se dé un tratamiento distinto en función de cuál sea la causa propiciatoria de la anulación. Para ello, se parte del entendimiento de que solo son "excepciones puramente personales del obligado" las atinentes a defectos de capacidad de este (minoría y discapacidad, entendida hoy en el nuevo contexto introducido por la Ley 8/2021) y no, en cambio, los vicios en el consentimiento que pueda sufrir el deudor.

78 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12490.

79 Entre ellas, por ejemplo, la que presume una voluntad del fiador de obligarse en todo caso, la que sostiene que nos encontramos ante una obligación natural o la que ve en la norma una forma de incentivar que los menores puedan contratar sin verse expuestos a una acción de regreso. Sin embargo, coincidimos con Reyes López, M. J.: *Fianza y nuevas modalidades*, cit., p. 169, en que estas razones han quedado hoy superadas por la evolución de la propia institución de la fianza: "si en lugar de la tradicional figura del fiador considerada como una persona solvente relacionada con el deudor por algún vínculo de parentesco o de intereses comunes, se erige en fiador una entidad bancaria por ejemplo, el presupuesto previo en el que justificaban todos los autores clásicos que el fiador conocía la situación personal del deudor no tendrá que darse necesariamente", como tampoco "parece que se pueda respaldar la premisa de que el fiador debe complementar la falta de capacidad del deudor menor".
Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 207, encuentra justificación en la finalidad de la norma, que aspira a configurar la causa de impugnación (minoría de edad y, eventualmente, discapacidad) en beneficio exclusivo del deudor: "este no solo no sufre el riesgo del cumplimiento prometido al acreedor, sino que tampoco sufre el riesgo de una acción de regreso del fiador". Sin embargo, a nuestro juicio, el riesgo de que el menor se vea constreñido a reembolsar al fiador lo pagado por él puede conjurarse, a tenor del art. 1840 CC, siempre que hubiera pagado sin ponerlo en su conocimiento: "podrá -el deudor- hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago". Lo que no obsta, por tanto, a entender que el fiador no está obligado al pago si el deudor puede o ha podido anular.

80 Delgado Echevarría, E.: "De la nulidad", cit., p. 278; Guilarte Zapatero, V.: "Artículo 1824", cit., p. 74; Lacruz Berdejo, J. L. et al.: *Elementos de Derecho*, cit., p. 321.

81 Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria*, cit., p. 52.

Entre las razones de la exclusión se citan las siguientes: i) que así se deriva de la tradición legislativa y doctrinal, así como de los precedentes (en particular, de la glosa que realiza García Goyena a los arts. 1186, 1735 y 1767 del Proyecto de 1851, coincidentes con los vigentes arts. 1302, 1824 y 1853 CC, respectivamente)[82]; ii) que los vicios del consentimiento, como causa de anulación de los contratos, pueden ser invocados por los obligados principal o subsidiariamente (art. 1302 CC), lo que demuestra que no se trata de una excepción pura y esencialmente personal, a diferencia de la minoría de edad, única a la que se refiere el art. 1824. II CC[83]; iii) que, comoquiera que la norma, interpretada en el sentido de que la fianza subsiste pese a la invalidez de la obligación asegurada, tiene carácter excepcional y restrictivo de los derechos del fiador, lo que aconseja limitar en lo posible su ámbito de aplicación e impide su aplicación extensiva o analógica[84].

Sin embargo, si se parte de la premisa de que el art. 1824.II CC se refiere genéricamente a las obligaciones anulables, respecto de las cuales la anulación es una facultad personal del obligado, no transmisible a terceros, podríamos entender, con Díez-Picazo, que comprende tanto los defectos de capacidad como los vicios del consentimiento[85], "pues solo el incapaz y la víctima del error, dolo, violencia o intimidación pueden invocar la anulabilidad de la obligación u oponer la excepción de tal anulabilidad"[86]. Todas ellas serían, desde esa perspectiva, excepciones personales, que nacen de una situación puramente subjetiva y que solo conoce, en principio, quien ha padecido el defecto de capacidad y, más aún, los vicios del consentimiento[87].

En efecto, no parece existir ningún argumento fundado más allá de la tradición histórica que justifique comprimir la interpretación del art. 1824.II CC a los casos de anulabilidad por defecto de capacidad del obligado y excluir los vicios del consentimiento[88]. Si se admite que el artículo contempla (y permite) el afianzamiento de una obligación anulable, deberá concluirse que lo hace de forma genérica y sin importar la causa que haya provocado tal anulabilidad, estando, en efecto, mencionada la menor edad a meros efectos ejemplificativos, pero no excluyentes de otras causas que podrían derivar en la impugnación del contrato por quien las ha padecido: el obligado principal[89].

82 *Ibid.,* p. 277.

83 Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios al Código*, cit., p. 46.

84 Castilla Barea, M.: "De la fianza", cit., p. 12485.

85 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho*, cit., pp. 488 y 503.

86 Alventosa del Río, J.: *La fianza: ámbito*, cit., p. 48.

87 *Ibid*., p. 50.

88 *Ibid*., p. 49. En el mismo sentido, Reyes López, M. J.: *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1996, p. 128, aunque parece desmarcarse después (pp. 184-185).

89 *Ibid*., p. 50.

Si, conforme a este planteamiento, tanto la incapacidad como los vicios del consentimiento son defectos que solo puede denunciar quien los ha padecido, ambos constituyen "excepciones puramente personales" del deudor y no excepciones inherentes a la deuda, por lo que el fiador no podrá, a tenor del art. 1853 CC, oponerlas al acreedor. Ahora bien, siguiendo a Alventosa, "en cuanto ambos defectos hayan sido denunciados con éxito por el deudor principal, y, por tanto, se declara por ello la nulidad de la obligación, esta nulidad constituirá una excepción inherente a la deuda, de modo que, si el acreedor se dirige contra el fiador para que cumpla la obligación principal, este podrá oponerle tal excepción en virtud del citado art. 1853"[90].

En otras palabras: la eficacia de la fianza de una obligación anulable dependerá, en última instancia, de que se declare o no, a instancia del obligado principal, nula la obligación principal anulable. Si esta se confirma o convalida, la fianza será plenamente eficaz, mientras que, si dicho negocio se anula por denuncia del obligado principal, la fianza devendrá nula y el fiador se liberará de la responsabilidad contraída en su virtud.

En esta dirección, se hace notar que el art. 1824.II CC no expresa que la fianza "pueda subsistir" con independencia de la existencia de una obligación válida, sino que contempla, simplemente, que la fianza "puede recaer" sobre una obligación anulable (cualquiera que sea la causa: defecto de capacidad o vicios de consentimiento), matizando así la afirmación contenida en el párrafo anterior que niega el afianzamiento de una obligación no válida[91]. Con todo, la "subsistencia" de la fianza dependerá de si la obligación principal es finalmente anulada o no, de ahí que sea indiferente que el fiador conozca o ignore la existencia de la causa de anulabilidad: no está legitimado para instarla, pero sí podrá aprovecharse de ella esgrimiendo frente al acreedor la anulación de la obligación principal, cuando esta se haya invocado con éxito por quien la haya sufrido, o sea, por el deudor principal.

En fin, esta tesis viene a salvar la quiebra del carácter accesorio de la fianza a que induce el planteamiento anterior y hace decaer el argumento de que el art. 1824.II CC debe interpretarse de forma limitada dado su carácter excepcional y restrictivo de los derechos del fiador. Además, en la disyuntiva entre quién debe asumir el riesgo de incapacidad del deudor principal, postula una solución, a nuestro juicio, razonable, al hacerlo recaer sobre el acreedor (cocontratante) y no sobre el fiador, como sujeto que garantiza el cumplimiento de la obligación principal de un tercero "en el caso de no hacerlo este" (*cfr.* art. 1822.I CC) pero partiendo de la premisa básica de que el tercero, efectivamente, deba pagar o cumplir.

90 *Ibid*., p. 54. En el mismo sentido, Colás Escandón, A. M.: "Fianza civil y mercantil", cit., p. 5082.

91 *Ibid*., p. 54. En contra: Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos*, cit., p. 206.

BIBLIOGRAFÍA

Alventosa del Río, J.: *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Granada, 1988.

Casanovas Mussons, A.: *La relación obligatoria de fianza*, Bosch, Barcelona, 1984.

Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Castilla Barea, M.: "De la fianza", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, T. IX (dir. por R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12461-12743.

Colás Escandón, A. M.: *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre acreedor, deudor principal y fiador*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

Colás Escandón, A. M.: "Fianza civil y mercantil", en AA.VV.: *Tratado de Contratos*, T. IV (dir. por R. Bercovitz y coord. por N. Moralejo Imbernón y S. Quicios Molina), Tirant lo Blanch, 3.ª ed., Valencia, 2020.

Delgado Echevarría, E.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", T. XVII, v. 2: *Artículos 1281 a 1314 del Código Civil* (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, Madrid, 1981, pp. 230-346.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II: *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008 (reimpr. 2011).

García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. IV, Madrid, 1852.

García Vicente, J. R.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, T. VII: *Arts. 1265 a 1484* (dir. R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9238-9283.

Gil Rodríguez, J., Karrera Egialde, M. M.; De Miguel Hernando, D.: "El contrato de fianza", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* T. IX: *Contratos de financiación y de garantía* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 285-373.

Grimalt Servera, P.: *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008.

Guilarte Zapatero, V.: "Comentario a los artículos 1822 a 1886 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII: *Artículos 1822 a 1886 del Código Civil* (dir. por M. Albaladejo), EDERSA, Jaén, 1979, pp. 1-351.

Karrera Egialde, M. M.: "La fianza general (global)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, núm. 797, pp. 1339-1391.

Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F.; Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil*, T. II: *Derecho de obligaciones*, vol. 2: *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 5ª ed. (rev. y puesta al día por F. Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 2013, p. 317.

Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios al Código civil español*, T. XII, 6ª ed., Reus, Madrid, 1973.

Moxica Román, J.: *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, Thomson-Aranzadi, 7ª. ed. (actualizada a cargo de F. Díaz Barco), Cizur Menor, 2015.

Pasquau Liaño, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.

Pérez Álvarez, M. Á.: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

Quicios Molina, S.: "La ineficacia contractual", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. Bercovitz), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1361-1591.

Reyes López, M. J.: "Naturaleza y extensión de la fianza", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Civil: Las garantías*, T. I, vol. 1: *Garantías Personales. Prenda y Anticresis* (dir. por L. Prats Albentosa), 2016, pp. 39-62.

Reyes López, M. J.: *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1996.

Jerez Delgado, C.: "Los contratos celebrados por personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, 2022, núm. 6.

Salas Murillo, S.: "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17, pp. 16-47.

Salas Murillo, S.: "La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9841.

DALLA ESDEBITAZIONE DEL "FALLITO" A QUELLA DEL "SOVRAINDEBITATO". L'INCIDENZA DELLE NUOVE TECNICHE RIMEDIALI SULLE CATEGORIE GIURIDICHE TRADIZIONALI

FROM BANKRUPT'S DISCHARGE TO OVER-INDEBTED'S DISCHARGE. THE IMPACT OF NEW REMEDIAL TECHNIQUES ON TRADITIONAL LEGAL CATEGORIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 500-531

Veronica
GIORGIANNI

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: L'istituto della esdebitazione ha subito diverse modifiche ad opera delle novità contenute nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, recentemente entrato in vigore in Italia. In materia, tuttavia, anche dopo le ultime novità legislative, permangono contrasti interpretativi dottrinali e giurisprudenziali. Le novità in materia di esdebitazione da falcidia e, soprattutto, di esdebitazione da incapienza, invero, comportano rilevanti riflessi sullo statuto generale delle obbligazioni e sul principio della responsabilità patrimoniale del debitore al punto che la dottrina si domanda se tali novità, basate tra l'altro su necessità economiche, possano giungere, o meno, a scardinare i principi generali in materia.

PALABRAS CLAVE: Esdebitazione; sovraindebitamento; codice della crisi; statuto delle obbligazioni; responsabilità del debitore.

ABSTRACT: *The institution of debt discharge has undergone significant changes due to the innovations contained in the Business Crisis and Insolvency Code, which has been recently adopted in Italy. Even after the latest legislative changes, however, doctrinal and jurisprudential interpretative conflicts remain about the subject. The innovations regarding the discharge of debt from insolvency and, above all, the discharge of debt from insufficiency, indeed, have significant repercussions on the general statute of obligations and also on the principle of the financial responsibility of the debtor to a point where one wonders whether these innovations, based among other things on economic needs, may or may not lead to undermining the general principles of the matter.*

KEY WORDS: *Discharge of debt; over-indebtedness; crisis code; statute of obligations; liability of the debtor.*

SUMARIO.- I. INQUADRAMENTO NORMATIVO.- II. L'ISTITUTO DELL'ESDEBITAZIONE NELLA DISCIPLINA FALLIMENTARE MODIFICATA. LE APPLICAZIONI GIUDIZIALI.- III. L'ESDEBITAZIONE "RIFORMATA": L'ESDEBITAZIONE DA FALCIDIA E L'ESDEBITAZIONE DA INCAPIENZA. TRATTI RICOSTRUTTIVI TRA SOLUZIONI GIURIDICHE E RAGIONI ECONOMICHE. - IV. I RIFLESSI SULLO STATUTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI E SULLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. INQUADRAMENTO NORMATIVO.

La crisi dell'impresa commerciale e il conseguente dissesto patrimoniale dell'imprenditore rappresentano eventi che coinvolgono i creditori sociali che si trovano impossibilitati a realizzare, in tutto o in parte, quanto loro dovuto.

Seguendo l'evoluzione normativa, dalla L. fall. del '42, di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, sino alla L. 21 ottobre 2021 n. 147 ed al Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, di cui al D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal D.L. 29 dicembre 2022, n. 190 e convertito, da ultimo, dopo ulteriori modificazioni, dalla L. 10 agosto 2023, n. 10, è possibile affermare che si assiste a una tendenza sempre più marcata del legislatore nazionale, in linea con i dettami del legislatore europeo, volta a favorire una ristrutturazione, per quanto possibile, preventiva delle situazioni di crisi che possa consentire una continuità aziendale e agli imprenditori onesti ma insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare della opportunità della esdebitazione[1]. L'analisi della normativa italiana vigente in tema di crisi di impresa, dell'insolvenza e del sovraindebitamento, quindi, non può che inserirsi nel quadro delineato dalla direttiva (UE) 2019/1023, in tema di ristrutturazione ed insolvenza, del Parlamento Europeo e del Consiglio, entrata in vigore il 16 luglio 2019[2].

1 In materia v., tra gli altri, Pagliantini, S.: "L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Nuove leggi civ.,* 2019, p. 692, che afferma: "..siccome è incontrovertibile che, nell'economia dell'insolvenza civile, il grave mutamento incolpevole delle condizioni patrimoniali, anziché comportare una penalizzazione, torna a vantaggio del debitore, ci parrebbe acconcio guardare allo statuto del sovraindebitamento riformato a guisa di una concorsualità minore reinternalizzante quell'attività, facendo così dello squilibrio economico del singolo debitore, versante in una condizione di penuria finanziaria, una situazione rilevante in virtù della sua fonte".

2 La Direttiva de qua, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 26.06.2019, si occupa, in particolare, della disciplina dei quadri di ristrutturazione preventiva, dell'esdebitazione e delle interdizioni, nonché delle misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, con la finalità di garantire alle imprese sane ma con difficoltà finanziarie di accedere a normative nazionali valide ed efficaci volte a garantire una ristrutturazione preventiva che possa consentire la continuità aziendale ed agli imprenditori onesti ma insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare della opportunità della esdebitazione, il tutto cercando di ridurre al minimo i tempi di queste procedure. In particolare i tre settori di intervento della Direttiva, di cui all'art. 1 della stessa, sono le misure di ristrutturazione preventiva, le procedure di esdebitazione per l'imprenditore insolvente e le misure comuni per aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione. La Direttiva, invero, si è posta obiettivi ambiziosi, quali quello di rafforzare l'economia europea e stimolare gli investimenti, contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione di capitali e alla libertà di stabilimento, di prevenire l'accumulo di prestiti deteriorati, aumentare la resilienza delle economie europee, di sostenere le PMI in difficoltà economiche, di assicurare una piena informazione del debitore

• Veronica Giorgianni
Ricercatore di Diritto Commerciale. Università degli Studi di Enna Kore. E-mail: veronica.giorgianni@unikore.it

Sarà, pertanto, all'interno di tale cornice sovranazionale che occorrerà leggere e interpretare le nuove previsioni normative contenute nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, la cui più volte differita entrata in vigore ha consentito l'adeguamento della nostra normativa alla suddetta Direttiva Insolvency[3].

Nella versione ultima del CCII, invero, è stato dato maggiore rilievo alla procedura di composizione negoziata della crisi, quale strumento paraconcorsuale rapido e poco oneroso volto ad agevolare il risanamento delle imprese in stato di crisi risolvibile, per il quale non sono previsti specifici requisiti dimensionali, essendo stati, al contrario, ampliati i requisiti soggettivi di accesso a tali procedure (come nel caso del socio illimitatamente responsabile) e alla procedura di sovraindebitamento familiare[4].

Passando ora all'analisi dell'argomento principale della nostra trattazione, dal 2006, quando il D.lgs. n. 5 del 9 gennaio ha introdotto nel nostro ordinamento l'esdebitazione, ad oggi l'istituto esdebitatorio appare essersi notevolmente sviluppato, crescendo nell'ambito applicativo soggettivo, oggettivo e procedimentale, sino a giungere alla conformazione attuale di cui al CCII, seppur appaia una figura

e dei lavoratori circa gli strumenti concorsuali disponibili, di stimolare una ristrutturazione preventiva precoce per gli imprenditori in crisi, di ridurre i costi di ristrutturazione a carico di debitori e creditori, di consentire l'esdebitazione di debitori insolventi o sovraindebitati, di valorizzare professionalità e specializzazione dell'autorità giudiziaria e amministrativa e dei professionisti incaricati, di aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione per aumentare i tassi di recupero dei crediti insoddisfatti. Sul tema si rinvia all'ampia analisi compiuta da Vella, P..: "L'impatto della Direttiva Ue 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*", Fallimento,* 2020, 6, p. 747 ss.. V. ancora Panzani, L.: "L'adeguamento delle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza alla Direttiva 1023/2019 tra difficoltà tecniche e nuove opportunità*", Riv. esec. forzata,* 2021, p. 4 ss.. Già prima dell'ultima versione del Codice oggi in vigore, in verità, diversi recenti interventi normativi avevano introdotto rilevanti modifiche in materia nel nostro ordinamento, tra le quali quelle relative alle cc.dd. procedure di sovraindebitamento familiare, al cramdown nei confronti dell'amministrazione finanziaria ed alla esdebitazione per il debitore incapiente, di cui al D.lgs. n. 147/2020, alla L. n. 176/2020 ed al D.l. n. 137/2020; alcune novità particolarmente rilevanti, ancora, avevano già riguardato i quadri di ristrutturazione preventiva, la composizione negoziata della crisi e gli strumenti volti alla emersione anticipata della stessa, nonché la previsione di diverse procedure di esdebitazione a seconda del soggetto beneficiario.

3 In materia *cfr.* Benincasa, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. L'esdebitazione*", Giur. it.,* 2019, 8-9, p. 1943 ss., il quale tra l'altro evidenzia che le esperienze comunitarie "rivolgono una particolare considerazione agli elementi e caratteristiche di maggiore impatto per un efficace regime di discharge, quali la possibilità di accesso al beneficio de quo in tempi contenuti, l'opportunità, in alcuni casi, di esonerare il soggetto interessato dal dover rivolgere apposita e formale istanza all'autorità giudiziaria o amministrativa competente (c.d. esdebitazione di diritto) ed una latente avversione a condizioni oggettive eccessivamente ed asetticamente incentrate sulla percentuale di soddisfacimento dei creditori concorsuali, nonché avulse dalla situazione individuale dell'imprenditore e dalle cause che ne hanno determinato il dissesto".

4 Il nuovo CCII ha riscritto, invero, anche l'istituto del concordato preventivo, in particolare di quello in continuità aziendale, in linea col diritto unionale, agli artt. 84 ss. CCII. Sul punto si rinvia a Leuzzi, S.: "Il volto del nuovo concordato preventivo in continuità aziendale*",* in AA.VV.:*Studi sull'avvio del Codice della Crisi* (a cura di L. De Simone, M. Fabiani, S. Leuzzi), in www.dirittodellacrisi.it. Anche nel caso del nuovo concordato, evidenzia l'Autore, si assiste ad una rivisitazione del rapporto tra continuità aziendale e salvaguardia dei diritti dei creditori; dalla lettura dei sopracitati articoli emerge, infatti, che la liquidazione giudiziale costituisce una extrema ratio, atteso che l'interesse generale, anche dei lavoratori dell'impresa, è dato dalla prosecuzione dell'attività economica, ove possibile. Sul concordato v., inoltre, Arato, M.: "Il concordato con continuità nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*", Il fall.,* 2019, p. 855 ss.; D'Angelo, F.: "Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*", Dir. fall.,* 2020, p. 27 ss.; Zorzi, A.: "Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*", Dir. fall.,* 2020, p. 59 ss..

refrattaria alla integrazione nel sistema generale del codice civile[5]. Con la L. n. 3 del 27 gennaio 2012, inoltre, è stato introdotto nel nostro ordinamento il c.d. fallimento del debitore civile con lo scopo principale di "ristrutturare" l'esposizione debitoria di coloro che non hanno accesso alle procedure concorsuali tradizionali, consentendogli, alla ricorrenza dei requisiti previsti dalla legge, un quanto più rapido possibile fresh start[6].

Nel CCII oggi in vigore emerge un forte ridimensionamento della visione sanzionatoria e afflittiva del fallimento, oggi liquidazione giudiziale, e del relativo carattere repressivo, rispetto all'originaria visione della disciplina del 1942. Precedentemente, infatti, l'interesse pubblico si identificava con il profilo sanzionatorio - punitivo del fallimento, volto alla tutela dei creditori e alla "eliminazione" dal mercato delle imprese insolventi. Oggi, al contrario, si assiste a un sempre maggior favor del legislatore nei confronti dei percorsi di composizione negoziata della crisi, basati su un accordo tra creditori e debitore, da intraprendere il più presto possibile proprio al fine di evitare uno stato di grave insolvenza negativo anche per gli interessi creditori. L'interesse alla conservazione dell'impresa e alla continuazione dell'attività aziendale, quindi, risulta prevalente rispetto al passato quando, al contrario, appariva preponderante la finalità liquidatoria della procedura fallimentare; da una logica di tipo sanzionatorio si è passati dunque a una logica di tipo rimediale, volta a far emergere tempestivamente la crisi di impresa.

A fronte di una sempre più diffusa "privatizzazione delle procedure concorsuali", come è stata definita la superiore tendenza, legittimo pare, quindi, interrogarsi in ordine all'impatto di tali nuovi istituti, in particolare dell'esdebitazione nelle diverse articolazioni previste nel CCII, sulle tradizionali categorie civilistiche e, in particolare, sullo statuto generale delle obbligazioni e sul principio della responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c.. Si cercherà, più precisamente, di fornire una risposta alla domanda se l'istituto esdebitatorio abbia ormai assunto

5 In tale senso si esprime, tra gli altri, Nivarra, L.: "Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale", *Europa e diritto privato,* n. 2/2020, p. 313 ss.. *Cfr.* ancora Bartalini, G., Sandrelli, G.G.: "L'esdebitazione", in AA.VV.: *Fallimento e altre procedure concorsuali*(a cura di F. Marelli, M. Cimetti), Milano, 2010; Frascaroli Santi, E.: "L'esdebitazione del fallito", in AA.VV.:*Le riforme della legge fallimentare* (coordinato da A. Didone), Torino, 2009; Ghia, L.: "L'esdebitazione: evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici", in AA.VV.: *Trattato di diritto delle procedure concorsuali, La procedura fallimentare* (coordinato da U. Apice), Torino, 2010; Guidotti, R.: "L'esdebitazione del fallito: profili sostanziali", *Contr. e Impr.,* 2015, 4-5, pag. 1073 ss.; Pasi, F.: "*L'esdebitazione*", in AA.VV.: *Fallimento e altre procedure concorsuali* (a cura di G. Fauceglia, L. Panzani), Torino, 2009.

6 L'istituto dell'esdebitazione era già stato previsto nel 2006 dalla c.d. "Riforma Vietti" per l'imprenditore fallito; l'art. 14 terdecies L. n. 3/2012, invero, ha successivamente esteso il superiore istituto anche al sovraindebitato, in quanto tramite tale istituto anche il consumatore, ovvero l'imprenditore non fallibile, potrà liberarsi dai debiti residui e rientrare nel circuito bancario. Sulla questione del ritorno del debitore nel circuito bancario dopo l'utilizzo delle procedure di sovraindebitamento v. Soldati, N.: "La sorte dei contratti di finanziamento al consumo nelle procedure di sovraindebitamento e la valutazione di meritevolezza nell'accesso al credito", *Riv. Dir. Bancario,* gennaio 2021, p. 106 ss.. *Cfr.*, ancora in materia, Scarselli, G.: "L'esdebitazione arriva in Cassazione", nota di commento a Cass. Civ., sez. I, 13.11.2009, n. 24121, *Fallimento,* 2010, 6, p. 673 ss.. V. ancora sul punto Salerno, M.: *La riforma della crisi di impresa,* Milano, 2019, p. 65 ss.; Vattermoli, D.: "L'esdebitazione tra presente e futuro", *Riv. Dir. Comm.,* 2018, 3, p. 485 ss..

contorni talmente generali da costituire la regola (piuttosto che l'eccezione) e da scardinare e capovolgere i principi stessi su cui si fonda il sistema delle obbligazioni civili e della responsabilità debitoria[7]. Con il decreto che concede l'esdebitazione, infatti, come a breve si approfondirà, sono dichiarati inesigibili nei confronti del debitore i crediti concorsuali non soddisfatti integralmente[8].

II. L'ISTITUTO DELL'ESDEBITAZIONE NELLA DISCIPLINA FALLIMENTARE MODIFICATA. LE APPLICAZIONI GIUDIZIALI.

Il legislatore della riforma del 2006 aveva già fornito all'imprenditore nuovi strumenti, più idonei rispetto a quelli precedenti, per la soluzione di una eventuale crisi, talvolta anche in alternativa alla procedura di liquidazione dell'azienda[9]; l'intento ispiratore, infatti, era stato quello di cercare di salvaguardare e sostenere il più possibile l'impresa in crisi, eliminando l'istituto della riabilitazione e il registro dei falliti. In tali nuove previsioni normative, in cui particolarmente rilevante appariva già l'aspetto privatistico, rispetto a quello pubblicistico, un ruolo fondamentale rivestivano, invero, i creditori e la loro volontà di aiutare, o meno, l'imprenditore in crisi a risolverla.

Come noto, solitamente il debitore "fallito" rimane obbligato verso i creditori non interamente soddisfatti attraverso il fallimento (rectius la liquidazione giudiziale) delle ulteriori somme dovute. I creditori, infatti, anche dopo la chiusura della procedura potranno proporre azioni esecutive individuali contro l'ex "fallito"[10]. La liberazione totale del "fallito" anche dai debiti residui, dopo la chiusura della

7 *Cfr.* sul punto Norelli, E.: "L'esdebitazione del fallito*", Riv. Esecuzione forzata,* 2006, p. 4 ss., il quale, con riguardo alla *ratio* dell'istituto dell'esdebitazione, afferma: "Pare evidente che detto istituto è (a grandi linee) mutuato dal diritto anglo-americano, ove si definisce *discharge* quel tipico istituto, in virtù del quale il debitore viene liberato da tutte le sue obbligazioni grazie alla liquidazione concorsuale dei suoi beni, qualunque sia la percentuale percepita dai creditori. In altri termini, il fallimento viene a costituire (anche) la fonte di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio, che consente al debitore, nel concorso delle condizioni stabilite dalla legge, di provocare una modificazione della propria situazione patrimoniale, consistente - come precisa la norma - nella *liberazione dai debiti residui*, che non siano stati soddisfatti attraverso l'esecuzione concorsuale. In questa prospettiva, l'esdebitazione, trovando nel fallimento la sua *causa* remota, costituisce di esso un *effetto* ultimo (sia pure mediato dal necessario pronunciamento dell'autorità giudiziaria)". *Cfr.*, inoltre, Panzani, L.: "L'esdebitazione", in AA.VV.: *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di A. Jorio, B. Sassani), III, Milano, 2016. V., ancora, Ghedini, A., Russotto, M. L.: "L'esdebitazione ex art. 14 terdecies L. 3/2021", in www.ilcaso.it, 24 novembre 2020.

8 L'esdebitazione opera di regola su tutti i debiti anteriori all'apertura della liquidazione, anche per quelli per i quali non è stata presentata domanda di insinuazione al passivo. Rispetto ai creditori che non hanno partecipato al concorso, però, l'effetto liquidatorio si produce solo per l'eccedenza rispetto alla percentuale attribuita dalla procedura ai creditori concorrenti di pari grado, ex art. 278, comma 2, CCII. Sono, tuttavia, escluse dalla esdebitazione particolari categorie di debiti rispetto ai quali, perciò, il debitore resta pienamente obbligato ed, in particolare gli obblighi di mantenimento ed alimentari, gli obblighi derivanti da responsabilità extracontrattuale e le sanzioni pecuniarie penali ed amministrative che non siano accessorie a debiti estinti.

9 *Cfr.*, tanto per gli aspetti di diritto sostanziale quanto per quelli di diritto processuale, Giavarrini, S.: "La procedura di liquidazione del patrimonio nella legge n. 3/2012*", Giur. comm.,* 2016, 5, p. 712 ss..

10 Si ricordi che il nuovo CCII ha apportato rilevanti modifiche non solo sostanziali ma anche formali e linguistiche quali la sostituzione della definizione "fallimento" implicante una evidente accezione negativa, con quella di "liquidazione giudiziale".

procedura, potrà aversi invece solo in due casi: quando la procedura si concluda con un concordato fallimentare; ovvero quando il debitore ottenga il beneficio dell'esdebitazione dal Tribunale.

Sulla scorta dell'esperienza normativa statunitense della c.d. discharge, volta a consentire al debitore di "ripartire" anche dopo un dissesto che lo abbia colpito (c.d. fresh start) concedendogli una nuova opportunità di successo imprenditoriale (c.d. second chance), è stato, quindi, introdotto anche nel nostro ordinamento l'istituto dell'esdebitazione, in termini premiali dell'imprenditore fallito persona fisica onesta che, suo malgrado, per motivi di crisi economica, sia incorso nel fallimento, ma che, nonostante ciò, voglia rientrare nel mercato. Il Tribunale, in tal modo, gli concederà la possibilità di rientrare nel mercato potendo beneficiare della possibilità di liberarsi dai debiti pregressi residuati nei confronti dei creditori concorsuali che non siano stati integralmente soddisfatti, nel caso sussistano precise condizioni soggettive ed oggettive previste dalla legge. La ratio dell'istituto, quale emerge dalla Relazione Ministeriale al D.lgs. n. 5/2006, è, infatti, precipuamente quella di "recuperare l'attività economica del debitore" per permettergli un nuovo inizio, una volta azzerate tutte le posizioni debitorie, nonché di premiare il debitore "onesto, ma sfortunato" e, dunque, di incentivare l'imprenditore a tenere, sia prima che durante la procedura, una condotta irreprensibile tesa a salvaguardare le aspettative di soddisfacimento dei creditori.

Per la concessione al fallito del beneficio della esdebitazione, dovevano, prima dell'entrata in vigore del CCII, ricorrere requisiti soggettivi e oggettivi, ai sensi dell'art. 142, comma 2, L. fall., tra i quali, particolarmente rilevante risultava, anche da un punto di vista pratico applicativo, quello della non irrisorietà della percentuale di soddisfacimento dei creditori[11]. Su tale tema era intervenuta, tra le altre, la Cass. SS.UU. con le sent. 18 novembre 2011, nn. 24214 e 24215, le quali, ai fini dell'ammissibilità del beneficio, richiedevano che vi fosse stato il soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, riconoscendo solo in tal caso il beneficio dell'inesigibilità verso il fallito, persona fisica, dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti; la Suprema Corte aveva infatti affermato, in sintesi, che al debitore potesse essere riconosciuto tale beneficio anche quando alcuni creditori non fossero stati pagati affatto, ritenendosi sufficiente che almeno

11 In materia v. Cass., ord. 27.03.2018, n. 7550, con nota di commento di Vecchini, L.: "Il requisito soggettivo nel procedimento di esdebitazione", *Il diritto fallimentare e delle società commerciali,* n. 3-4/2019, pag. 894 ss.; in essa la Suprema Corte, riprendendo le pronunce del 2011, ribadiva, tra l'altro, che ai fini dell'esdebitazione occorreva sempre valutare il comportamento del debitore, in particolare la cooperazione da questi prestata agli organi della procedura, l'aver evitato comportamenti ostruzionistici intesi a ritardare lo svolgimento della stessa, il non avere contravvenuto all'obbligo di consegna al curatore della corrispondenza, il non aver beneficiato di altra esdebitazione negli ultimi dieci anni, il non aver distratto l'attivo e infine il non aver aggravato il dissesto attraverso il ricorso abusivo al credito. Per concedere il beneficio in questione, infatti, gli organi fallimentari al termine della procedura dovevano sempre considerare soggettivamente la condotta complessivamente tenuta dal debitore.

una parte dei debiti esistenti fosse stata soddisfatta[12]. Spettava al giudice di merito, pertanto, eseguire una valutazione comparativa della consistenza dei crediti soddisfatti rispetto a quanto dovuto nella totalità; ciò ha comportato pronunce molto disomogenee quanto alla percentuale dei crediti soddisfatti ritenuta soglia sufficiente per la concessione del beneficio ed alla conseguente valutazione della eventuale irrisorietà del soddisfacimento dei creditori ai fini della non concessione del beneficio.

Con la successiva ordinanza del 27 marzo 2018, n. 7550, invero, la Suprema Corte ha modificato il precedente orientamento, sopra richiamato, affermando che in tema di esdebitazione l'art. 142, comma 2, L. fall. dovesse essere interpretato nel senso che il beneficio andasse concesso, ferma restando la presenza delle condizioni di cui al primo comma, in presenza di un requisito oggettivo costituito dalla soddisfazione dei crediti in una percentuale non irrisoria e di un requisito soggettivo la cui valutazione andava riservata al Tribunale ed era fondata sull'esame dei comportamenti collaborativi del debitore. In base a questa seconda interpretazione, maggiormente "restrittiva", per riconoscere il beneficio in questione occorreva pertanto che vi fosse stato un soddisfacimento parziale di tutti i creditori concorrenti, seppur in misura minima[13].

La valutazione dei comportamenti del debitore, imposta ex art. 143 L. fall. al Tribunale, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi richiesti dalla legge, appariva dunque decisiva, nel senso che il comportamento del debitore, per essere considerato positivamente, doveva essere caratterizzato da un leale

12 V. Cass. Civ., SS.UU., 18.11.2011, nn. 24214 e 24215, in *Fallimento,* 2012, 3, p. 283 ss., con nota di Ferro M., nella quale si afferma che: "il beneficio della inesigibilità verso il fallito persona fisica dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti richiede, ai sensi dell'art. 142, 2° comma, R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare), che vi sia stato il soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, dovendosi intendere realizzata tale condizione, in un'interpretazione costituzionalmente orientata e coerente con il favor per l'istituto già formulato dalla legge delegante anche quando taluni di essi non siano stati pagati affatto, essendo invero sufficiente che, con i riparti almeno per una parte dei debiti esistenti, oggettivamente intesi, sia conseguita al giudice del merito, secondo il suo prudente apprezzamento, una valutazione comparativa di tale consistenza rispetto a quanto complessivamente dovuto; una diversa conclusione, volta ad assicurare il pagamento parziale ma verso tutti i creditori, introdurrebbe invero una distinzione effettuale irragionevole tra fallimenti con creditori privilegiati di modesta entità ed altri e non terrebbe conto del fatto che il meccanismo esdebitatorio, pur derogando all'art. 2740 c.c., è previsto nell'ordinamento concorsuale, all'esito del concordato preventivo (art. 184 L. fall.) e fallimentare (art. 135 L. fall.) e, nel fallimento, opera verso le società con la cancellazione dal registro delle imprese chiesta dal curatore (art. 118, 2° comma, L. fall.)". Ancora, nello stesso senso, v. Cass. nn. 16620/2012 e 9767/2012, nelle quali si ribadisce il concetto per il quale spetterà al giudice stabilire "quando la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l'entità dei versamenti effettuati, valutati complessivamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parziarità dei pagamenti richiesti per il riconoscimento del beneficio sul quale è controversia". Sull'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato v. Gabassi, G.: "Esdebitazione e pagamento parziale da parte dei creditori: valutazione del giudice di merito", *Fallimento*, 2017, p. 220 ss.. In tal senso *cfr.* Ghia, I.: *L'esdebitazione,* Milano, 2008, p. 182 ss., che accoglie una interpretazione estensiva dell'art. 142 L. fall. per la quale era sufficiente che almeno alcuni dei creditori ammessi al passivo ricevessero una seppur parziale soddisfazione dei loro crediti. V. ancora, Ferro, M.: "Il parziale soddisfacimento dei creditori nell'esdebitazione", *Fallimento*, 2012, p. 218 ss.; Pellizzoni, G.: "L'esdebitazione", *Fallimento,* 2012, p. 479 ss.

13 In tal senso v. Scarselli, G.: "La procedura di esdebitazione", in AA.VV.: *Manuale di diritto fallimentare,* Milano, 2007, p. 380 ss..

apporto materiale e informativo, nonché da una collaborazione con gli organi fallimentari nel rispetto dei canoni e dei criteri di tempestività, completezza e adeguatezza.

I giudici di legittimità, in particolare, evidenziavano come non fosse possibile considerare sufficiente ai fini della valutazione di ammissibilità del beneficio della esdebitazione un mero confronto dei dati contabili, senza che si tenesse conto dei comportamenti tenuti dal fallito prima dell'apertura della procedura fallimentare ed in pendenza della stessa.

Sulla base del superiore ragionamento la Suprema Corte aveva, quindi, interpretato l'art. 142 L. fall. nel senso che, ove sussistessero i presupposti oggettivi di cui al primo comma, il beneficio dell'esdebitazione dovesse essere concesso a meno che i creditori fossero rimasti completamente insoddisfatti o, comunque, soddisfatti in maniera assolutamente irrilevante, ferma restando la (comunque) necessaria valutazione dei comportamenti del fallito. La valutazione del presupposto oggettivo per ottenere il beneficio dell'esdebitazione veniva così rimessa al prudente apprezzamento del giudice chiamato a valutare se i pagamenti effettuati fossero da considerarsi sufficienti rispetto al complessivo valore indicato nello stato passivo. Ancora, ai fini della concessione del beneficio, era necessario che il soggetto non avesse già ottenuto nei dieci anni precedenti un'altra esdebitazione; né avesse distratto l'attivo o esposto debiti poi risultati inesistenti o cagionato o aggravato il dissesto dell'impresa rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio ovvero avendo fatto ricorso abusivo al credito. Le ultime condotte indicate, invero, risultavano già sanzionate anche da un punto di vista penale, ma in tali ipotesi il beneficio della esdebitazione sarebbe stato comunque escluso a prescindere. Infine, per poter richiedere ed ottenere il superiore beneficio era, altresì, necessario che il fallito non fosse stato condannato per bancarotta fraudolenta ovvero per delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio, ovvero per altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività di impresa.

III. L'ESDEBITAZIONE "RIFORMATA": L'ESDEBITAZIONE DA FALCIDIA E L'ESDEBITAZIONE DA INCAPIENZA. TRATTI RICOSTRUTTIVI TRA SOLUZIONI GIURIDICHE E RAGIONI ECONOMICHE.

Le menzionate difficoltà interpretative derivano, quantomeno in parte, dal fatto che la normativa in esame né prima né ora, dopo la riforma operata dal CCII, prevede l'esatta misura in cui debbano essere soddisfatti i debiti in relazione alla totalità degli stessi perché sia concesso il beneficio esdebitatorio, nè per l'esdebitazione del fallito, né per l'esdebitazione civile di cui alla L. n. 3/2012 e

successive modifiche[14]. Ulteriori dubbi, invero, sono sorti in dottrina quanto al diverso profilo del presupposto soggettivo, circa cioè la necessità di valutare il solo comportamento del debitore successivo alla ammissione alla procedura, ovvero anche quello precedentemente tenuto; al riguardo forse appare forse più convincente la tesi che comprende nella valutazione sia la condotta pregressa del debitore, vale a dire quella tenuta durante la "fase prefallimentare", sia quella successiva all'apertura della procedura, rispetto agli organi fallimentari. Come evidenziato da parte della dottrina, invero, proprio la meritevolezza rappresenta il solo baluardo e l'unica limitazione avverso il rischio di un uso eccessivo di tale strumento, da intendere, in linea con quanto già avviene a livello comunitario, anche quale strumento di supporto sociale e di sviluppo economico.

Quanto al sovraindebitato, al quale è riconosciuto il diritto di avviare una procedura di composizione negoziata della crisi da sovraindebitamento, invece, la giurisprudenza pone particolare accento sul fatto che già l'apertura della procedura preveda una valutazione giudiziaria *ex ante* circa l'esistenza, o meno, di comportamenti penalmente rilevanti, in presenza dei quali la legge vieta l'ammissione alla procedura de qua[15].

Una volta ottenuto il beneficio della esdebitazione, pertanto, l'imprenditore "fallito" e il sovraindebitato vedranno azzerarsi tutti i debiti che non sono stati soddisfatti sino a quel momento e potranno avviare una nuova attività produttiva, venendo così reimmessi nel mercato senza il rischio di essere nuovamente aggrediti dai creditori concorsuali rimasti insoddisfatti precedentemente (c.d. esdebitazione da falcidia)[16].

14 *Cfr.* Spiotta, M.: "Il parametro del soddisfacimento dei creditori ai fini dell'esdebitazione nel caso di fallimento in ripercussione", *Fallimento,* 2021, 1, p. 32 ss., nota di commento a Cass. Civ., sez. VI, ord. 30.07.2020, n. 16263, che si occupa anche dell'ambito soggettivo di applicazione dell'esdebitazione quando estende quest'ultimo anche al socio illimitatamente responsabile di una società, ossia al c.d. fallito in estensione.

15 Sul tema, v. De Matteis, S.: "L'esdebitazione del sovraindebitato nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Corriere giuridico*, 2020, n. 11, p. 1379 ss., che evidenzia, tra l'altro, come la disciplina contenuta nel D.L. n. 23/2020, abbia previsto norme utili per affrontare la crisi da Covid – 19, tra cui proprio la nuova disciplina della esdebitazione, che potrebbe configurarsi, secondo l'Autore, quale forma di "welfare sociale indiretto". V., ancora, sul tema D'Amico, G.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *I contratti*, 2019, p. 328 ss..

16 In un certo qual modo, quindi, nelle procedure di liquidazione giudiziale il nuovo istituto dell'esdebitazione appare oggi sostitutivo di quello precedente della riabilitazione civile che, come già detto, comportava la cessazione delle incapacità personali che colpivano il fallito per effetto della dichiarazione di fallimento e veniva pronunciata dal tribunale con sentenza in camera di consiglio, su richiesta del debitore o dei suoi eredi, previa acquisizione del parere positivo del PM. Il tribunale con la pronuncia di riabilitazione ordinava la cancellazione del nome del fallito dal pubblico registro dei falliti. L'elemento in comune di maggior rilievo pare potersi, invero, rinvenire nella circostanza che per poter beneficiare tanto dell'una quanto dell'altra occorreva che il fallito non sia stato condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica. *Cfr.* Cardosi, G.: "La riabilitazione del fallito: effetti del venir meno dell'istituto della riabilitazione civile e del registro dei falliti", *Disciplina Comm*., 2007, 2, p. 19 ss.; Conti, R.: "Il registro del fallito cade sotto la scure della consulta (grazie alla CEDU)", *Fallimento*, 2008, p. 404 ss.; Sandrelli, G.: "La riabilitazione dopo la riforma", *Giur. Merito*, 2007, p. 124 ss..

Una lettura ragionata, anche in chiave critica, degli istituti della esdebitazione e del sovraindebitamento, non può quindi essere avulsa dal contesto economico, oltre che giuridico, purtroppo sempre più caratterizzato nel nostro Paese da crisi societarie rilevanti[17]. Partendo, infatti, dalla funzione sociale dell'impresa, appare sempre più rilevante il valore riconosciuto all'unità produttiva di cui beneficia l'intera collettività. L'istituto dell'esdebitazione, invero, si basa proprio sull'idea che il risanamento dell'impresa con conseguente nuovo ingresso del debitore nel mercato comporti un maggior beneficio economico per la collettività rispetto a quello derivante dalla mera distribuzione del ricavato della sua liquidazione. Tale istituto, però, presenta ictu oculi vari e rilevanti "punti di attrito" con lo statuto dell'obbligazione pecuniaria e con la responsabilità patrimoniale del debitore; è proprio in tale mutato sentire sociale, giuridico ed economico che va letto il nuovo CCII, basato sull'idea, che assume tratti di centralità, secondo la quale una second chance giovi anche ai creditori, rappresentando un fattore di stabilità e di sviluppo dei mercati. In questa direzione, pertanto, va svolta un'indagine deputata a verificare l'incidenza del nuovo istituto con tradizionali e consolidate categorie civilistiche.

L'esdebitazione, da inquadrare all'interno di un processo di riscrittura delle regole di funzionamento del mercato, si presenta, infatti, quale vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, volta, precipuamente, a realizzare il reinserimento dell'imprenditore insolvente, ovvero del soggetto sovraindebitato, nel mercato imprenditoriale o consumeristico, libero da pregressi oneri e debiti; essa, pertanto, non costituisce una causa di estinzione dell'obbligazione che diviene,

17 Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d'ora in poi CCII), di cui al d. lgs. n. 14/2019, identifica il sovraindebitamento con uno stato di crisi o di insolvenza, ravvisabile in uno "stato di difficoltà economica e finanziaria che rende probabile l'insolvenza e che per le imprese si manifesta quale inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". Ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. A) della L. n. 3 del 2012, invece, per sovraindebitamento si intende una "situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, ovvero la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni". *Cfr.* E. Pellecchia, L. Modica: "La riforma del sovraindebitamento nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", in AA.VV. (a cura di E. Pellecchia, L. Modica) 2020, Pacini Giuridica, ove le Autrici evidenziano le importanti modifiche apportate dal CCII alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento nel dichiarato intento di rinnovarne l'*appeal* e promuoverne la più larga applicazione rilevando che, anche se calato nel corpo di una organica e generale risistemazione del fenomeno dell'insolvenza, il tema in esame rimane ricco di implicazioni problematiche, al crocevia tra diritto civile e diritto commerciale. V., ancora, Pellecchia, E.: "Indebitamento e sovraindebitamento: spunti di riflessione all'incrocio tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza", in AA.VV.: *Materiali per una revisione del codice civile,* vol. I (a cura di V. Cuffaro, A. Gentili), Milano, 2021, pag. 491 ss.. Altresì D'Amico, G.: "Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento", in AA.VV.: *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio* (a cura di G. D'Amico), Torino, 2018, p. 1 ss.; Lazzara, M.: "Esdebitazione e meritevolezza: lineamenti di una ricerca per definire la condotta che "libera" dai debiti", *Il diritto fallimentare e delle società commerciali,* I, 2021, p. 673 ss.. Particolarmente critico sulla L. n. 3/2012 appare Rordorf, R.: "Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza", *I contratti*, 2019, 2, p. 219 ss., quando evidenzia che la legge in esame è stata considerata da molti commentatori quale esempio negativo di tecnica legislativa, anche in quanto mal coordinata con la legge fallimentare. Con l'istituto del sovraindebitamento in essa già previsto, invero, sottolinea l'Autore, si era inizialmente inteso introdurre nel nostro ordinamento: "una sorta di "fallimento civile" (peraltro applicabile anche ad imprese commerciali di minori dimensioni), ampliando notevolmente la platea di coloro che possono fruire di una qualche forma di esdebitazione, ma con forte depotenziamento del principio - un tempo considerato basilare – della responsabilità patrimoniale estesa a tutti i beni presenti e futuri del debitore, ancora enunciato dal primo comma dell'art. 2740 c.c.".

invero, inesigibile per il creditore, come stabilito dal nuovo art. 281 CCII. Da dire, invero, che il concetto di inesigibilità qui formalizzato appare forse poco chiaro, collegandosi all'idea di un credito sussistente "in potenza" ma non azionabile e che verrebbe definitivamente meno col decorso del termine previsto dalla legge.

La portata dell'istituto dell'esdebitazione dovrebbe comunque, così come la relativa ratio, rimanere eccezionale e confinata alle seppur variegate ed estese previsioni del CCII, atteso che la prevista concessione costituisce pur sempre una deroga al principio generale di cui all'art. 2740 c.c.; diventando, infatti, il residuo dei crediti non soddisfatti integralmente inesigibile dai titolari a causa della esdebitazione, il relativo provvedimento giurisdizionale comporterà l'inapplicabilità nei confronti del debitore fallito della regola della responsabilità patrimoniale generale del debitore nei confronti dei creditori con tutti i suoi beni presenti e futuri, nonché della assoggettabilità del suo patrimonio all'azione esecutiva dei creditori. Dalla lettura della più recente giurisprudenza di legittimità e di merito in tema di concessione del beneficio della esdebitazione, pare in tal senso volersi privilegiare la tutela della imprenditorialità e del "valore impresa" in generale, di riflesso, dell'economia nazionale, in contrapposizione al tradizionale modello della tutela illimitata del ceto creditorio.

È pertanto possibile prevedere che nei prossimi anni assisteremo a una sempre maggiore richiesta di procedure di esdebitazione da parte, soprattutto, dei debitori minori, purchè non versino in stato di dolo, colpa grave o frode in relazione a un giudizio in concreto, sulla base della c.d. tecnica della prognosi postuma, attraverso cui venga accertato che si tratti di debitori onesti.

Rilevante, infine, appare la questione relativa alla valutazione preventiva del c.d. merito creditizio, che secondo parte della dottrina e della giurisprudenza più recenti dovrebbe ricadere sull'istituto bancario che eroga il credito; se così fosse, l'ascritta responsabilità in capo al creditore, portata alle estreme conseguenze, comporterebbe una ancora più radicale deresponsabilizzazione del debitore, e lo stesso giudizio di meritevolezza del consumatore sovraindebitato potrebbe addirittura divenire superfluo in caso di concessione abusiva del credito. In senso opposto, invero, altra parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che la eventuale colpa del finanziatore nella erogazione del credito e, quindi, nella precedente valutazione del merito creditizio, non possa comportare il superamento del requisito della meritevolezza del debitore; la condotta imperita, negligente e colpevole del finanziatore, quindi, secondo questa diversa lettura, maggiormente condivisibile a parere di chi scrive, troverà una propria sanzione

nell'ordinamento senza che ciò possa tradursi in una deresponsabilizzazione del debitore[18].

L'istituto de quo, quindi, se correttamente applicato, potrà assicurare rilevanti vantaggi, tanto in termini di comportamento del debitore, che tenterà, per ottenere tale beneficio, di non porre in essere condotte dilatorie o ostruzionistiche, quanto in termini di second chance concessa al debitore meritevole, interessato a rientrare, per così dire, in gioco all'interno del contesto di mercato.

La (sia pure breve) disamina dei profili procedurali che traducono le novità normative del CCII consentirà adesso di cogliere appieno il senso delle precedenti considerazioni di carattere generale. Va in primo luogo rilevato che il corpus degli artt. 278 – 281, da leggere in combinato disposto con la normativa sovranazionale in materia, conferma l'adozione nel nostro ordinamento di un c.d. "sistema del doppio binario", quando si distingue l'esdebitazione nella liquidazione giudiziale da quella nella liquidazione controllata da sovraindebitamento.

Il nuovo art. 278 CCII, in particolare, delinea l'oggetto e l'ambito di applicazione dell'istituto volto alla liberazione dai debiti e alla inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti nella procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata; beneficio che oggi non è più limitato agli imprenditori persone fisiche, essendo stato esteso altresì anche agli imprenditori costituiti in forma societaria[19]. In tale seconda ipotesi, essendo il debitore una società o un ente, le condizioni per la concessione, di cui all'art. 280 CCII, devono sussistere nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e nei confronti dei legali rappresentanti e, di converso, l'esdebitazione della società avrà efficacia nei confronti di tali soci illimitatamente responsabili; rimangono, tuttavia, salvi i diritti vantati dai creditori contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via regresso. Da un punto di vista temporale, ai sensi dell'art. 279 CCII, il debitore può conseguire l'esdebitazione decorsi 3 anni dall'apertura della procedura di liquidazione o al momento della chiusura della procedura, se antecedente.

18 Sul tema v. Cass. Civ., sez. I, 14 settembre 2021, n. 24725, ove si afferma che il Curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito qualificabile come tale quando l'istituto bancario eroghi credito con dolo o colpa ad impresa in stato di difficoltà economico – finanziaria ed in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi, integrandosi in tal modo un illecito da parte del soggetto finanziatore per essere lo stesso venuto meno ai suoi doveri primari, per cui sarà obbligato al risarcimento del danno, nel caso in cui ne discenda un aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività di impresa. Diversamente, non integra abusiva concessione di credito la condotta della banca che lo abbia erogato, seppur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi, ad una impresa suscettibile secondo una concreta valutazione *ex ante* di superare lo stato di crisi e di permanere sul mercato. In materia v., inoltre, Depetris, E.: "Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale", *Dir. fall.,* 2019, n. 2, p. 468 ss..

19 In merito Modica, L.: "Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris", *I contratti,* 4, 2019, p. 471 ss..

In caso di esdebitazione c.d. di diritto, che consegue a liquidazione controllata in virtù di un provvedimento del Tribunale, la nuova previsione normativa non prevede invero la condizione che il debitore debba aver soddisfatto, almeno in parte, i creditori concorsuali. Tale esdebitazione è, inoltre, efficace nei confronti dei creditori anteriori che non abbiano partecipato al concorso, ma solo per la parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso stesso ai creditori di pari grado, ex art. 278, comma 2, CCII, in conformità a quanto già previsto nell'art. 144 L. fall.[20]. E', tuttavia, previsto che sia possibile ottenere l'esdebitazione anche prima della chiusura della procedura di liquidazione controllata per ottenere un regime efficiente ed evitare che il trascorrere di un rilevante lasso temporale possa impedire una "rinascita" dell'imprenditore[21].

In virtù della liberazione dai debiti, pertanto, il debitore non potrà più subire lo spossessamento per eventuali beni che dovessero entrare nel suo patrimonio dopo la concessione del beneficio, in ossequio a una concezione "personalistica", e non "patrimoniale", dell'obbligazione[22].

20 I creditori che vantino un titolo posteriore all'ammissione del debitore alla procedura di liquidazione, al contrario, non essendo titolari di pretese opponibili alla massa dei creditori concorrenti, non potranno vedersi opporre gli effetti della esdebitazione; una volta chiusa la procedura di liquidazione, pertanto, costoro potranno agire anche esecutivamente sui beni nel frattempo entrati a far parte del patrimonio del debitore. Si ritiene, invero, che anche all'esdebitazione di diritto possa applicarsi l'art. 279, comma 2, CCII, in base al quale il debitore che abbia tempestivamente proposto istanza di composizione assistita della crisi possa richiedere l'esdebitazione entro due anni, atteso che in tal modo si incentiva la emersione anticipata della crisi da parte del debitore in linea con la ratio normativa.

21 Dubbi procedurali, invero, sorgono con riguardo a tale fattispecie di "esdebitazione anticipata" rispetto al momento di chiusura della procedura di liquidazione, in quanto dalla lettura del dato normativo non risulta chiaro se tale possibilità consista in una sorta di prenotazione del beneficio in questione, che potrà, invero, essere conseguito solo al termine della stessa, ovvero se operi con effetto anticipato, come sembrerebbe più conforme ai dettami della Direttiva comunitaria in materia. Accogliendo tale ultima lettura, pertanto, il debitore potrebbe evitare lo spossessamento dei beni che dovesse acquisire da quel momento in poi, ferma restando la destinazione della massa attiva prima realizzata al soddisfacimento dei creditori concorsuali. I dubbi interpretativi di cui sopra, invero, risultano ulteriormente alimentati in seguito alla lettura degli artt. 281, comma 5, CCII che prevede che l'esdebitazione non abbia effetti sui giudizi in corso e sulle operazioni liquidatorie, anche se posteriori alla chiusura della liquidazione giudiziale e 236 CCII in tema di chiusura della procedura di liquidazione giudiziale, che precisa che è proprio dal momento della chiusura che cessano gli effetti della procedura di liquidazione giudiziale sul patrimonio del debitore e le conseguenti incapacità personali, in uno con la decadenza degli organi preposti alla procedura stessa. *Cfr.* ancora Benincasa, D.: "L'esdebitazione", *Giur. it.*, 2019, 8-9, p. 1943 ss.; Lamanna, F.: *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2019; Nardecchia, G. B.: *La riforma della legge fallimentare*, Bari, 2019.

22 Al riguardo Salerno, F.:, "L'esdebitazione del consumatore, tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore", *Fall.,* 2019, 11, p. 1377 ss., nota a commento di Tribunale di Rimini, 01 marzo 2019; l'Autore, in particolare, non ritiene condivisibile *in toto* l'orientamento della giurisprudenza secondo cui il requisito della meritevolezza quale presupposto per la concessione dell'esdebitazione del consumatore andrebbe valutato anche alla luce della condotta del finanziatore, in quanto riterrebbe maggiormente conforme al principio di giustizia ed equità che, anche qualora il finanziatore abbia agito in modo irresponsabile, venisse compiuto in giudizio un accertamento puntuale circa la correttezza del comportamento del consumatore. L'Autore, invero, evidenzia che il: "Codice ha precluso al creditore che abbia erogato credito in modo scorretto o disinvolto di sindacare la proposta e, soprattutto, la condotta del debitore, escludendo che in tal caso a far dubitare della meritevolezza possa essere lo stesso finanziatore". In senso conforme, invero, anche la giurisprudenza di merito ha evidenziato che ogni volta in cui il comportamento economico del debitore dovesse risultare falsato da quello del finanziatore che, non fornendo corrette informazioni, lo ha indotto erroneamente ad assumere un altro debito, pare evidente che il debitore non abbia tenuto una condotta colposa nella stipula del contratto che, poi, ha determinato una situazione di sovraindebitamento, in quanto la valutazione compiuta dal finanziatore ha supportato il suo convincimento circa l'idoneità del reddito a far fronte al nuovo finanziamento. In tal senso v. anche Trib. Napoli Ord. 7 dicembre 2017.

L'art. 281 CCII, al comma 2, non indica, come già accennato, alcuna necessità di una percentuale di soddisfacimento "minimo" che consenta al debitore di ottenere il beneficio in questione (come in precedenza, al contrario, stabilito dall'art. 142 L. fall.); nonostante ciò, tuttavia, parte della dottrina continua a ritenere ugualmente necessaria tale condizione del soddisfacimento almeno parziale dei creditori concorrenti, in linea con alcune pronunce giurisprudenziali di legittimità e di merito[23].

Al sovraindebitato sono dedicati, invece, gli artt. 282 e 283 CCII, disciplinanti il primo l'esdebitazione di diritto, quale rimedio che può attivare lo stesso sovraindebitato al termine della procedura di liquidazione controllata e il secondo l'esdebitazione del debitore del tutto privo di utilità anche future[24]. Si tratta di due autonome fattispecie, distinte in ragione della peculiare situazione patrimoniale in cui versa il sovraindebitato, la seconda delle quali è destinata a operare senza necessità dell'apertura di una procedura di tipo concorsuale[25].

23 Sul punto, di recente, Cass. Civ., ord. 12 agosto 2022, n. 15246, nel cui caso di specie il contribuente aveva chiesto di essere ammesso al beneficio della esdebitazione dai debiti residui di due procedure fallimentari, che lo avevano coinvolto quale socio illimitatamente responsabile di altrettante società di persone. Il Tribunale aveva respinto la domanda, motivando la decisione col fatto che la prima procedura era stata chiusa l'11 febbraio 2016, e che, rispetto a tale termine, l'istanza era stata proposta oltre l'anno. Il reclamo era poi stato respinto dalla Corte d'Appello e avverso tale decisione era stato infine proposto ricorso per Cassazione. Con un motivo di impugnazione si deduceva la violazione e falsa applicazione dell'art. 142 L. fall. in ordine alla condizione di soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, desunto dalla irrisorietà della percentuale relativa ai crediti privilegiati. Tale censura, secondo la Cassazione, era invece fondata. Evidenziano i giudici di legittimità che la Corte d'appello aveva ritenuto dirimente, al fine disattendere la domanda di esdebitazione relativa al fallimento, che in questo la valutazione ponderata della percentuale di pagamento in concreto realizzata fosse tale da non integrare il requisito della "parziale soddisfazione" dei creditori concorsuali. Tale affermazione, però, secondo la Suprema Corte, non soddisfaceva l'onere motivazionale e non si armonizzava comunque con la giurisprudenza di legittimità in materia.

24 Sul tema dell'esdebitazione in generale, v. ancora Ghedini, A.: "L'esdebitazione. Tra la L. n. 3/212 ed il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza", in AA.VV.: *Sovraindebitamento del consumatore* e *crisi d'impresa* (a cura di C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi), Torino, 2021, p. 234 ss..

25 In merito la decisione del Tribunale di Ferrara del 07.04.2021, secondo cui la violazione del merito creditizio da parte di chi ha erogato il credito, pure verificata dal gestore, non ha incidenza sulla valutazione della meritevolezza del debitore, né costituisce una presunzione relativa di meritevolezza. In particolare nella pronuncia si afferma: "…dopo la legge n. 176…la meritevolezza, *ridimensionata* alla colpa grave, malafede o frode, è divenuta un presupposto di ammissibilità della procedura. Non pare che la norma positiva consenta di ritenere superato il requisito soggettivo della meritevolezza...la colpa del finanziatore ha una propria sanzione che si declina nella limitazione alla impugnazione, mentre la colpa, ora solo grave, del debitore nell'assumere il debito si declina in inammissibilità della proposta di piano. La sciatteria, colpevole o meno, del finanziatore non può assolutamente tradursi in deresponsabilizzazione del debitore". Le superiori affermazioni, invero, suscitano delle riflessioni, da un canto, circa la possibilità che uno stato di necessità possa portare all'esclusione della colpa grave in analogia a quanto affermato dall'art. 54 c.p., ove è prevista tale scriminante in caso di commissione di un reato; e, dall'altro, circa la necessità di valutare con estremo rigore anche il comportamento del finanziatore qualora si ravvisi nello stesso una volontà di approfittamento della sua posizione di vantaggio per concedere un prestito che non doveva essere concesso, con la eventuale prospettiva di poter agire in via esecutiva sui beni del debitore inadempiente. In tale ultima ipotesi parte della dottrina ritiene conforme a giustizia ed equità, a seconda del caso concreto e valutata la condotta del debitore, poter derubricare la eventuale colpa del debitore da grave a lieve. In materia *cfr.* Modica, L.: "Tutela del sovraindebitamento incolpevole o sanzione per omessa verifica del merito creditizio? Il piano del consumatore in funzione punitiva", *Diritto civile contemporaneo*, Anno I, n. II, luglio/settembre 2014.

Ai sensi degli artt. 280 e 282, comma II, CCII, invero, l'esdebitazione del sovraindebitato è preclusa nei casi di mancanza di meritevolezza del debitore e, in particolare, quando questi abbia cagionato il sovraindebitamento per colpa grave, malafede tendenzialmente rilevante al momento della contrazione del debito, o frode ai creditori, normalmente operante nelle fasi precedenti o successive all'ammissione alla procedura, come si legge nella Relazione illustrativa al nuovo Codice[26]. Affinchè, pertanto, possa ritenersi sussistente il requisito della meritevolezza, ai fini della concessione occorre che il sovraindebitato non abbia concorso alla formazione di tale stato con frode, dolo, quale comportamento volontario di recare torto agli altri, o colpa grave, per cui parte della dottrina ritiene potersi affermare che il legislatore della riforma configuri tale tipo di esdebitazione quale forma premiale della condotta "virtuosa" del sovraindebitato. Ai sensi dell'art. 283 CCII il sovraindebitato incapiente sarà, quindi, la persona fisica meritevole ma incapace di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura, alla quale il legislatore vuole concedere una nuova opportunità in quanto, in caso contrario, non potrebbe in alcun modo superare il proprio stato di sovraindebitamento; tale particolare forma di esdebitazione, però, potrà essere concessa solo per una volta, fatto salvo l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni dal decreto ove sopravvengano utilità rilevanti che consentano

26 Di interesse una recente pronuncia della Corte di Appello di Venezia, 5 giugno 2023, in cui si afferma, nel merito, che risulta fondamentale l'analisi del requisito della meritevolezza del debitore, non essendo previsto il soddisfacimento di condizioni di natura oggettiva (tipicamente il pagamento di una parte del debito maturato, la cui previsione sarebbe illogica in quanto si porrebbe in contraddizione con le finalità dell'istituto). Appaiono di rilievo per la valutazione del presupposto soggettivo della colpa grave i parametri delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata nell'assumere obbligazioni, riferiti alla fase di formazione dell'indebitamento, mentre il compimento di atti di frode o il dolo (*id est* assunzione di debiti nella consapevolezza di non poterli adempiere) rende il debitore immeritevole del beneficio a prescindere da ogni indagine sulle motivazioni o sulle circostanze che lo hanno indotto ad assumere l'obbligazione. La colpa grave invece può configurarsi in tutte le ipotesi in cui il debitore assume il debito in misura spropositata rispetto alla consistenza del proprio patrimonio e della correlata situazione reddituale, in spregio al basilare canone della ragionevolezza in forza del quale non sarebbe plausibile poterlo restituire alla prevista scadenza, mentre il dolo può prefigurarsi allorquando l'anzidetta obbligazione è assunta con la specifica consapevolezza di non poterla adempiere al suo scadere. La valutazione sulla possibilità di restituire l'obbligazione non può esaurirsi in un giudizio di mera proporzionalità tra ammontare del patrimonio o dei redditi al momento dell'assunzione ed entità del debito, occorrendo indagare anche la sussistenza di ragioni, attinenti la persona del debitore, tali da fargli confidare nell'adempimento dell'obbligo restitutorio. Qualora si tratti di debito assunto in forza di fideiussione, è essenziale compiere anche un'indagine sui rapporti con il debitore principale e la valutazione di meritevolezza deve essere formulata anche alla luce delle ragioni, di natura personale o patrimoniale, che hanno portato al rilascio della garanzia. L'indagine sulla colpa grave del debitore deve tener conto, nel caso di debiti di natura bancaria, anche della condotta tenuta dall'istituto di credito. L'OCC, nella relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita. Si veda, in questo senso, la recente pronuncia del Trib. di Ivrea 01.08.2023, che ha negato l'esdebitazione dell'incapiente per l'omesso reiterato versamento di tributi, non ritenendo plausibile che il debitore si sia ritrovato in una condizione di incolpevole sovraindebitamento, in cui si afferma: "…ritenuto infatti che l'esdebitazione dell'incapiente, che non ha natura concorsuale, non ha come scopo la soddisfazione (ancorchè parziale) dei creditori, ma piuttosto mira alla dichiarazione di inesigibilità dei crediti antecedenti al ricorso del debitore: si tratta quindi di istituto che comporta un deciso e radicale vulnus al principio generale di responsabilità patrimoniale previsto dall'ordinamento, sicchè, trattandosi di norma eccezionale, per la sua applicazione deve essere attentamente vagliata l'esistenza dei requisiti previsti dalla legge, ed in particolare la meritevolezza del debitore alla concessione dei suddetto beneficio e l'assenza, in capo ad esso, di colpa grave o malafede nella causazione della propria situazione di indebitamento".

il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore complessivamente al dieci per cento[27].

Questione ulteriormente dibattuta in dottrina e giurisprudenza è stata poi quella relativa ai debiti da sovraindebitamento falcidiabili, con particolare riguardo ai crediti tributari, previdenziali e contributivi, sui cui è intervenuta di recente anche la Corte Costituzionale[28]. Invero tali crediti ricevono una specifica disciplina nel nuovo CCII, ove è anche prevista la possibilità di cessione del quinto dello stipendio ai creditori, tanto nel caso di piano del consumatore, quanto nel caso di procedura di liquidazione[29].

27 *Cfr.*, sul punto, Ambrosini, S.: "I "principi generali" nel Codice della crisi d'impresa", in AA.VV.: *Sovraindebitamento del consumatore* e *crisi d'impresa* (a cura di C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi), Torino, 2021, p. 54 ss.; Irrera, M.: "Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza: struttura e finalità della riforma", in AA.VV.: *Sovraindebitamento del consumatore* e *crisi d'impresa* (a cura di C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi), Torino, 2021, p. 17 ss..

28 Il Tribunale di Livorno, con ordinanza del 7 aprile 2021, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1 bis, della legge 27 gennaio 2012 n. 3 come introdotto dall'art. 4 *ter,* comma 1, lettera d), del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 16 con riferimento all'art. 3 Cost. nella parte in cui non stabilisce che il piano del consumatore possa prevedere, alle medesime condizioni, anche la falcidia e la ristrutturazione dei debiti per i quali il creditore abbia già ottenuto ordinanza di assegnazione di quota parte dello stipendio, del trattamento di fine rapporto o della pensione; è stata, pertanto, sollevata d'ufficio la relativa questione di legittimità costituzionale, ritenendosi che la semplice natura concorsuale della procedura del piano del consumatore non possa comportare di per sé la possibilità di applicazione analogica delle disposizioni dettate per il fallimento, e segnatamente dell'art. 44 L. Fall.; nel piano del consumatore non si verifica, infatti, alcuno "spossessamento" del debitore e la Suprema Corte, con riferimento al concordato preventivo (procedura per molti versi analoga al piano del consumatore) ha avuto modo di chiarire, anche di recente, che non operando alcuno "spossessamento" del debitore non possa trovare applicazione l'art. 44 L. Fall.. Secondo il giudice livornese, pertanto, non può applicarsi l'art. 44 L. Fall. né estendersi in via meramente interpretativa, all'ordinanza di assegnazione dei crediti intervenuta prima dell'omologa del piano del consumatore, la disciplina dettata espressamente per la sola cessione del quinto, sebbene il meccanismo attraverso il quale opera il soddisfacimento del credito sia del tutto analogo - con riferimento alla cessione del quinto dello stipendio ed alla ordinanza di assegnazione relativa a crediti ancora non sorti - atteso che in entrambi i casi si ha una modificazione soggettiva del rapporto creditorio, con effetto liberatorio posteriore condizionato all'effettiva riscossione successiva, ossia pro solvendo; a parere del giudice, appare contrario a ragionevolezza ex art. 3 Cost., limitare la possibilità di falcidia e di ristrutturazione ai soli debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del trattamento di fine rapporto o della pensione, e non anche dei debiti per i quali il debitore abbia già ottenuto ordinanza di assegnazione di quota parte dello stipendio, del trattamento di fine rapporto o della pensione.

29 Indubbiamente i debiti tributari rivestono un ruolo rilevante nella valutazione della condizione di difficoltà in cui versa il debitore e per tale ragione il Legislatore nel CCII ha dato agli stessi particolare importanza. Ai sensi dell'art. 15, infatti, i debiti tributari di rilevante importo, scaduti e non versati, sono considerati un elemento che può portare alla tempestiva emersione di una situazione di difficoltà della impresa, affinchè la stessa non divenga irreversibile. Gli artt. 63 e 88, in particolare, prevedono e disciplinano l'istituto della transazione fiscale quale strumento per ridurre il passivo gravante sulla impresa in crisi. In particolare, il debitore, nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, può proporre all'Amministrazione una transazione fiscale, accompagnata da una relazione redatta da un professionista indipendente che ne attesti la convenienza per l'Ente Pubblico rispetto ad una procedura di liquidazione giudiziale. L'Amministrazione ha un termine di sessanta giorni per valutare la proposta e nel caso in cui non provveda o nel caso in cui rigetti la proposta il Tribunale potrà, in ogni caso, omologare l'accordo di ristrutturazione qualora l'adesione della pubblica parte sia decisiva per il raggiungimento delle percentuali richieste dalla legge e la proposta risulti più conveniente per l'amministrazione rispetto ad una alternativa liquidatoria. In materia sulla "nuova" transazione fiscale v. Allena, M.: "La transazione fiscale nel nuovo codice della crisi di impresa: la conclusione di un percorso?", *Jus* n. 3/2019, p. 318 ss.. Sul punto v. Trib. Milano, 25 novembre 2021, secondo il quale il debitore che abbia negli anni accumulato debiti tributari per rilevanti importi, per mancato versamento di imposte dirette, pur mantenendo una gestione disordinata delle proprie entrate, può comunque accedere al beneficio dell'esdebitazione dell'incapiente, in presenza di tutti i presupposti di legge, ove il sopravvenire di una grave malattia gli abbia impedito di proseguire l'attività lavorativa.

Conclusivamente, pertanto, si può evidenziare che l'esdebitazione dell'incapiente non deriva da una procedura di liquidazione; essa, al contrario, è direttamente collegata alla circostanza che il debitore sia un nullatenente e non abbia prospettive future di miglioramento economico. Trattasi, pertanto, di una esdebitazione, per così dire, giudiziale, atteso che la stessa non è inserita in una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento né in una procedura di natura concorsuale, basata sulla previa verifica da parte del Giudice della sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge. Se, in un momento successivo, l'esdebitato volesse avvalersi del medesimo beneficio potrà farlo nella forma della esdebitazione in senso stretto, cioè tramite il soddisfacimento, almeno parziale, dei propri creditori all'esito di una procedura di liquidazione controllata[30]. La domanda di esdebitazione, ex art. 283 CCII, è materialmente presentata tramite un Organismo di Composizione della Crisi al Giudice insieme alla documentazione necessaria e richiesta per legge[31] .

La finalità della disciplina del sovraindebitamento è, quindi, quella, anche sociale, del reinserimento del debitore insolvente nel circolo economico, superando altresì la logica microeconomica dei singoli rapporti obbligatori[32].

30 In materia *cfr.* Salerno, F.: "L'esdebitazione del consumatore, tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore", nota di commento a Tribunale Rimini, 01.03.2019, cit., ove l'Autore evidenzia che l'inammissibilità di contestazioni da parte del finanziatore irresponsabile non esclude, tuttavia, che il giudice possa comunque ritenere la condotta del consumatore non meritevole e conclude evidenziando che: "per quanto sia vero che i sistemi stranieri ed ora anche il nostro siano molto focalizzati sull'esdebitazione quale strumento di supporto sociale e di sviluppo economico, ciò non toglie che la liberazione dai debiti necessiti di regole e che la meritevolezza rappresenti, in tale contesto, il solo baluardo e l'unica limitazione avverso i rischi di un eccesso di azzardo morale".

31 L'Organismo di Composizione della Crisi dovrà allegare una propria relazione in cui indicherà, tra l'altro, le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal debitore nell'assunzione delle obbligazioni, atteso che l'assunzione di debiti insostenibili è considerata preclusiva dell'accesso alle procedure concorsuali speciali ed alla concessione del beneficio dell'esdebitazione, in ossequio ai canoni generali di buona fede e di correttezza ai quali deve improntare il proprio comportamento il debitore, ex art. 4, comma I, CCII; le ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; l'indicazione di eventuali atti del debitore impugnati dai creditori; la valutazione sulla completezza e l'attendibilità della documentazione depositata. Nel valutare la meritevolezza del debitore ai fini della concessione del beneficio, pertanto, il tribunale dovrà verificare l'insussistenza di atti in frode alla legge, nonché la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dello stato di indebitamento, estendendo la propria analisi ad una valutazione della condotta del debitore, che dovrà risultare esser stata improntata a diligenza e liceità. Ad ogni modo è da dire che da un punto di vista procedurale le conclusioni alle quali giungerà l'OCC non saranno vincolanti per il giudice che potrà chiaramente disattenderle. La riforma tende a evitare un utilizzo eccessivo dello strumento della esdebitazione volto a creare un mezzo per liberarsi dalle proprie obbligazioni. In questo senso v. Benincasa, D.: "L'esdebitazione", cit., evidenzia come anche la L. n. 3/2012 avesse cercato di disincentivare la "serialità" del ricorso a procedure esdebitatorie nell'ambito delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento nonché nell'ambito della procedura di ristrutturazione dei debiti, nel caso in cui il debitore abbia goduto del beneficio in oggetto nei cinque anni precedenti la domanda, ovvero abbia beneficiato dell'esdebitazione già due volte, ovvero abbia determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode.

32 Il Tribunale di Alessandria, 15 dicembre 2022, ha invece ritenuto di estendere l'ambito di applicazione della procedura di cui all'art. 283 CCII, prevedendo che non osta a ritenere sussistente il requisito della meritevolezza la circostanza che tutti i debiti del ricorrente derivino dall'attività imprenditoriale precedentemente svolta, in mancanza di elementi da cui risulti che il debitore abbia assunto i debiti con colpa grave. Con riferimento al ricorso presentato da un debitore libero professionista, il Tribunale di Modena, 2 marzo 2022, ha invece ritenuto che la sistematica, reiterata e continuativa omissione del versamento di imposte, tributi e contributi in relazione alla propria attività libero professionale esclude che possa riconoscersi la sussistenza del necessario requisito della meritevolezza richiesta dall'art. 14 quaterdecies l. 3/2012 per la concessione del beneficio ella esdebitazione. Secondo il giudice modenese

IV. I RIFLESSI SULLO STATUTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI E SULLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE. RILIEVI CONCLUSIVI.

Evidenziate, seppur per grandi linee, le principali differenze sostanziali e procedurali tra l'esdebitazione da falcidia e l'esdebitazione da incapienza nonché le evoluzioni giurisprudenziali in materia, qualche riflessione conclusiva può svolgersi in merito alle obbligazioni dell'imprenditore e del sovraindebitato e ai connessi profili di responsabilità per come delineati dal nuovo CCII. Dalla lettura di quest'ultimo, per le parti che qui vengono in rilievo, emerge infatti una rilevante modifica nel rapporto tra debito, responsabilità ed esecuzione coattiva, in linea con una nuova visione europea dell'obbligazione nel diritto della crisi[33]. Sebbene, infatti, la normativa sia volta a consentire all'imprenditore onesto ma sfortunato di ripartire, ciò dovrà essere valutato con estrema prudenza, rigore e serietà dal Giudice, in modo da assicurare che l'utilizzo del beneficio dell'esdebitazione non si trasformi nella concessione di un privilegio immotivato, con gravi effetti distorsivi del sistema[34]. La portata dell'istituto in esame, quindi, deve, come la corrispondente *ratio,* rimanere eccezionale e confinata alle ipotesi, seppur diverse, contemplate dal CCII. La relativa concessione costituisce, infatti, pur sempre una deroga al principio generale di cui all'art. 2740, comma 1, c.c., atteso che il residuo dei crediti non soddisfatti diverrà integralmente inesigibile dai titolari. Il provvedimento giurisdizionale di esdebitazione, comporterà, infatti, l'inapplicabilità nei confronti del debitore delle regole codicistiche generali sulla responsabilità patrimoniale nei

poiché le imposte ed i contributi hanno per loro natura carattere proporzionale e progressivo, è possibile immaginarne una omissione che non privi di meritevolezza il debitore unicamente per ragioni gravi ed eccezionali, del tutto indipendenti dalla sua volontà, quali la malattia, i lutti, le calamità naturali, e tutte le evenienze che determinino la perdita incolpevole e repentina di chances economico-patrimoniali (si pensi ad un licenziamento per ragioni oggettive, all'inatteso assoggettamento di un debitore primario a procedura concorsuale, etc.). Ad avviso del Tribunale di Avellino, 16 aprile 2022, inoltre, la prova della meritevolezza dovrebbe essere fornita dallo stesso debitore incapiente, il quale sarebbe chiamato a fornire una chiara rappresentazione cronologica delle proprie scelte negoziali, attraverso un completo corredo documentale, al fine di consentire all'OCC di esprimere il proprio parere intorno alle cause dell'indebitamento e dell'insolvenza, alla diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni, alle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte e, successivamente, al Tribunale di vagliare la congruità e ragionevolezza delle conclusioni rassegnate dall'organismo. Si segnala, infine, un'ulteriore pronuncia di interesse del Tribunale di Modena, 5 febbraio 2023, secondo cui, per la valutazione del requisito della meritevolezza, è necessario procedere con un esame delle obbligazioni assunte e rimaste inadempiute a partire dal loro momento genetico, ossia considerando se l'obbligazione stessa sia stata assunta con la consapevolezza dell'impossibilità di adempierla, ovvero in modo fraudolento, ovvero fosse palesemente sproporzionata alla possibile futura capacità di adempimento (Tribunale Modena, 05 febbraio 2023).

33 Può al riguardo rilevarsi che l'espressione di cui al testo traduce uno dei due possibili significati del rapporto tra il diritto e la crisi, come appropriatamente segnalato da Luminoso, A., "Introduzione", in AA.VV.: *Diritto e crisi, Atti del convegno di studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda (27-28 novembre 2015 – Cagliari)* (a cura di A. Luminoso), Milano, 2016, p. 6 ss., ossia rispetto "alle ripercussioni più immediate sull'esperienza giuridica e quindi fuori del diritto" .

34 V. Benincasa, D.: "Nuove questioni in tema di esdebitazione e di "second chance", *Giur. It.,* 2018, 2, p. 493 ss., ove si che evidenzia, tra l'altro, con riguardo alla Direttiva Europea in materia: " L'esigenza di armonizzare e modernizzare la normativa europea in tema di ristrutturazione preventiva e di seconda opportunità, dato atto della frammentazione legislativa in materia di insolvenza e del limite che essa rappresenta all'espansione degli investimenti e alla salvaguardia delle imprese solide, appare fondamentale per l'obiettivo più generale di migliorare il funzionamento del Mercato Unico, sia dei beni che dei capitali".

confronti dei creditori[35], da cui discenderà l'inesigibilità strettamente collegata alla ineseguibilità della prestazione originariamente dovuta.

La più recente giurisprudenza di legittimità e di merito, in linea con le ultime pronunce della Corte Costituzionale[36], pare voler privilegiare in primis la tutela del valore impresa e, di riflesso, dell'economia nazionale, anziché la tutela illimitata del ceto creditorio[37]. Il rischio, tuttavia, potrà essere quello di lasciarsi "affascinare" in maniera eccessiva dal concetto di inesigibilità, apparendo divisa al momento la dottrina civilistica, quanto cioè alla sostanziale riconduzione a tale categoria di tutte le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, con buona pace, per così dire, dei creditori.

Dalla ricostruzione tradizionale della responsabilità patrimoniale e del rapporto obbligatorio quali principi di "ordine pubblico", con il consequenziale riconoscimento del potere in capo al creditore di sottoporre a esecuzione forzata i beni del debitore, per garantire la giuridicità del vincolo obbligatorio, si è passati, quindi, a un notevole ridimensionamento di tali principi in ordine alla esposizione debitoria dell'imprenditore e del sovraindebitato[38]. In quest'ottica il fresh re – start, applicazione del principio solidaristico ex art. 2 Cost., risponderebbe a una diversa logica di distribuzione del rischio che ricadrebbe, in tal caso, maggiormente sul ceto creditorio[39], delineando per tali specifiche fattispecie un nuovo punto di equilibrio tra favor debitoris e favor creditoris, che tuttavia, a parere di chi scrive, in linea con gran parte della dottrina richiamata, non deve essere generalizzato oltre le puntuali e precise applicazioni introdotte dalla nuova disciplina di settore.

Si esorbita, pertanto, nel CCII dalla mera logica del rapporto di carattere bilaterale, appartenendo le recenti scelte normative alle regole mercantili e agli indirizzi di politica economica. Ecco allora che il diritto della crisi appare sempre più quale diritto speciale "sfidante" il diritto privato tradizionale, anche e soprattutto con riguardo al principio della responsabilità patrimoniale generale di derivazione codicistica.

35 *Cfr.* sul punto Costantino, G.: "La esdebitazione", *Foro It.,* 2006, V, p. 208 ss..

36 *Cfr.* Corte Cost. n. 87/2022 che ha ribadito l'eccezionalità delle deroghe al principio di cui all'art. 2740 c.c. atteso che il diritto del creditore a soddisfarsi in sede esecutiva costituisce componente essenziale del suo diritto di accesso al giudice ex art. 24 Cost..

37 V. D'Attorre, G.: "I principi generali nel diritto della crisi d'impresa", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1091 ss.; Fabiani, M.: "Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione", *Foro it.*, 2019, I, p. 166 ss.. *Cfr.*, ancora, Camardi, C.: "Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile", in AA.VV.: *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio* (a cura di G. D'Amico), Torino, 2018, p. 138 ss.; D'Orazio, L.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Fall.,* 2019, p. 697 ss.; Pellecchia, E.: "Chi è il consumatore sovra indebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali", *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 1228 ss..

38 In tal senso v. D'Amico, G.: "Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) dei creditori", *Questione Giustizia,* n. 2/2019, p. 171 ss.

39 In questo senso v. Forcellini, F.: "Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria", *Europa Dir. Priv.,* 2015, n. 1, p. 109 ss..

L'esdebitazione appare, invero, sempre più una regola, anziché una eccezione, nel diritto della crisi che tende a "normalizzarla", estendendone le possibilità applicative in maniera esponenziale.

Con la nuova disciplina della esdebitazione dell'incapiente, peraltro, notevolmente diversa dalla prima e ancora più stridente da un punto di vista civilistico, il debitore anche assolutamente incapiente può ottenere l'esdebitazione, una sola volta e in base a un decreto del giudice che ne valuti la meritevolezza ex art. 283 CCII; risulta così duramente messo alla prova il principio stesso della indifferente permanenza dell'obbligazione pecuniaria, in quanto si assiste in tal caso a un ancor più drastico depotenziamento della forza dei creditori in ragione della evidente riduzione del grado e della misura di attuazione della propria pretesa. Per la prima volta, con riguardo a tale peculiare ipotesi, nel CCII si fa esplicito riferimento al "debitore meritevole", probabilmente perché il legislatore ha voluto eliminare il richiamo alla clausola di meritevolezza per tutte le altre ipotesi ma non per quella di cui all'art. 283 CCII, ove il debitore viene esdebitato senza, tuttavia, soddisfare in alcun modo i creditori[40].

Dal CCII emerge, quindi, una configurazione del rapporto obbligatorio ampiamente derogatoria rispetto a quella codicistica "ordinaria", quando una parte sia una impresa alla quale il legislatore vuole cercare di assicurare il più possibile la continuità per tutelarne il valore economico e sociale, prima ancora che giuridico, riconoscendo al debitore imprenditore, in nome della continuità aziendale, una serie di prerogative peculiari anche in fase di c.d. pre-insolvenza.

Può dunque affermarsi che l'esdebitazione costituisce ormai una vera e propria regola nel diritto della crisi, atteso che in tale ambito si assiste a un sovvertimento del sistema generale delle obbligazioni e della responsabilità patrimoniale del debitore, per cui in certi casi l'esdebitazione rappresenta un beneficio che, se richiesto, non potrà più essere negato persino quando i creditori non verranno soddisfatti neppure in parte. Il nuovo obiettivo di concessione "a tutti i costi" di una seconda opportunità al debitore, anche alla luce della normativa comunitaria consente, quindi, a quest'ultimo, quando insolvente, un fresh start che porta quasi a considerare la liquidazione giudiziale, constatata l'impossibilità di percorsi alternativi in continuità aziendale, come una vera e propria opportunità.

Il CCII, fornendo all'art. 1 una nozione unitaria di debitore, ha inoltre dato maggiore impulso agli strumenti extragiudiziali, volti alla risoluzione negoziale della crisi di impresa e del sovraindebitamento. Il relativo art. 4, rubricato "Doveri delle parti", ribadisce, in particolare, il principio di carattere generale per il quale il

40 In materia *cfr.* Soldati, N.: "Il sovraindebitamento e la babele della meritevolezza", *Diritto della crisi*, 2021, p. 54 ss.

debitore e il creditore nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e nei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione delle crisi e dell'insolvenza, devono comportarsi secondo buona fede e correttezza. L'auspicio del legislatore, quindi, è che l'imprenditore e il sovraindebitato intraprendano, non appena si manifestino indici oggettivi rivelatori della crisi, procedure pre – concorsuali e negoziate o di esdebitazione, in modo tale da trovare una composizione della crisi con i creditori, in ossequio alla tendenza sempre più marcata alla privatizzazione delle funzioni pubbliche in materia; in questo contesto le procedure concorsuali e in primis la nuova liquidazione giudiziale rimangono quindi l'*extrema ratio*, da evitare in ogni modo per il buon funzionamento giuridico, sociale ed economico della società. In quest'ottica si inserisce anche la previsione dell'art. 3 in tema di obbligo in capo all'imprenditore collettivo di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili ai sensi del riformato art. 2086 c.c., il cui mancato rispetto potrà comportare una responsabilità anche contrattuale degli amministratori nei confronti dei creditori per non aver operato con diligenza c.d. conservativa nell'amministrazione dell'impresa[41].

L'esdebitazione, poi, oltre a costituire una significativa deroga ai principi generali in tema di responsabilità patrimoniale, altera anche il funzionamento della procedura di esecuzione e di espropriazione *ex* art. 2910 c.c.[42], per tutelare il valore, primario per il legislatore, della continuità aziendale in ossequio al quale si giustifica la limitazione di alcuni diritti dei creditori[43]. Sebbene, infatti, non si possa

41 In materia, tra i tanti, v. D. Arcidiacono, V. Di Cataldo: "Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgement rule", *Giur. comm.,* 1/2021, p. 69 ss.; Benedetti, L. "L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori", *Riv. soc.,* 2019, p. 413 ss.; Calandra Buonaura, R.: "Amministrazione e gestione dell'impresa nel Codice della crisi", *Giur. comm.,* 2020, I, pag. 55 ss.; Formisani, R.: "Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine", *RDS*, 2018, p. 455 ss.; Fortunato, S.: "Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità", *Riv. soc.,* 2019, p. 971 ss..

42 In materia v. Nivarra, L.: "Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale", cit., p. 331 che sottolinea come l'obbligazione pecuniaria, sottratta alla regola tradizionale della responsabilità patrimoniale, restituisce l'immagine di un sistema economico in cui il sostegno alla domanda non avviene più nelle forme proprie del welfare bensì attraverso il sacrificio dell'interesse della classe dei finanziatori, anche al di là delle ragioni e delle aspettative dei singoli operatori.

43 Con riguardo alle nuove procedure per il sovraindebitamento, nonché alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore dalla legge di conversione del decreto, sono stati ampliati i requisiti soggettivi di accesso alle suddette procedure, atteso che la nuova previsione normativa prende in considerazione sia la posizione del socio illimitatamente responsabile che, quindi, potrà beneficiare degli effetti dell'accordo di composizione della crisi proposta dalla società ai suoi creditori; sia le cc.dd. procedure di sovraindebitamento familiari, per le quali è previsto che i membri di una stessa famiglia (i.e. coniuge, parenti entro il quarto grado, affini entro il secondo, parti dell'unione civile e conviventi di fatto di cui alla l. n. 76/2016) possano presentare una unica procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento quando siano conviventi o quando il sovraindebitamento abbia una origine comune, sebbene le masse attive e quelle passive vengano mantenute distinte. La previsione delle procedure cc.dd. familiari, di cui all'art. 66 CCII, infatti, consente ai membri di una stessa famiglia di presentare un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento, evidentemente risponde ad una logica di efficienza volta alla risoluzione della crisi, atteso che la definizione di quest'ultima con riguardo ad un solo componente della famiglia, qualora siano coinvolti anche altri componenti, non appare risolutiva in quanto il debitore "salvato" sarebbe comunque chiamato a sostenere le difficoltà anche degli altri membri della famiglia . Con tale novella, pertanto, si è ritenuto equo consentire ai componenti di uno stesso nucleo familiare di affrontare in modo unitario uno squilibrio finanziario derivante dalla loro vita in comune, in quanto sarebbe, al contrario, illogico pretendere che ogni componente debba fronteggiare in modo autonomo una situazione di dissesto che, comunque, è unitaria.

parlare propriamente di estinzione del credito, come dimostrato peraltro dal fatto che anche in caso di concessione del beneficio dell'esdebitazione rimangono pur sempre in vita le obbligazioni dei garanti, in via indiretta viene neutralizzata la possibilità di esercitare esecutivamente lo stesso diritto di credito, nell'intento normativo di deflazionare i ruoli dei procedimenti esecutivi italiani, particolarmente appesantiti negli ultimi decenni.

Può allora in buona sostanza rilevarsi che le stesse, importanti, modifiche apportate dal CCII alla l. n. 3/2012, hanno consentito di trovare un, seppur difficile, equilibrio tra due esigenze contrapposte, ma entrambe meritorie e rilevanti quali la tutela del debitore, da un canto, e il recupero del credito, dall'altro[44]. Il CCII, all'art. 2, lett. e), ha accolto la nozione di "consumatore" propria del Codice del Consumo, in quanto basata su una valutazione, di volta in volta compiuta, dello scopo consumeristico del debito contratto, e non su una valutazione soggettiva aprioristica[45]. In tale ultimo caso, infatti, di fronte a un consumatore incapiente occorrerà che questi presenti la domanda di esdebitazione, che negli altri casi opererà automaticamente, e che venga espresso sullo stesso un giudizio di meritevolezza positiva da parte del giudice, anche se in ipotesi abbia causato la crisi con i suoi comportamenti, perché in questa ipotesi estrema non vi sarà alcunché a pretendere da parte dei creditori.

Occorrerà, quindi, valutare l'istituto del sovraindebitamento non solo da un punto di vista giuridico ma anche da un punto di vista economico, sulla base di una nuova interpretazione del patto sociale tra le varie componenti della società, tra le parti economicamente più forti e quelle economicamente più deboli, tra debitori

In presenza di tale ipotesi, inoltre, i creditori potranno accedere ad una procedura meno complessa e procedimentalizzata che consentirà di giungere alla vendita unitaria dei beni in comunione indivisa, purchè le masse rimangano distinte. Non pare, infine, potersi dubitare che la procedura familiare sarà preclusa nell'ipotesi in cui anche uno solo dei debitori, facenti parte del nucleo familiare, non sia consumatore, in quanto in tale ipotesi sarà possibile solo addivenire ad un accordo di composizione della crisi. In materia *cfr.* Amagliani, R.: "Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*", Giustizia Civile,* n. 3 / 2021, p. 531 ss..

44 *Cfr.* S. Ambrosini, S. Pacchi.: *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020; M. Arato, G. D'Attorre, M. Fabiani: *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza,* Torino, 2020. Sui principi generali fondanti il CCII si rinvia a D'Attorre, G.: "La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*",* in AA.VV.: *La nuova disciplina delle procedure concorsuali,* Torino, 2019, p. 253 ss.; si veda, ancora, D'Attorre, G.: "La formulazione legislativa dei principi generali nel codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*", Banca, borsa, tit. cred*., 2019, I, pp. 461-477.
Il procedimento di composizione assistita della crisi davanti un OCRI si può attivare, oltre che in seguito alla segnalazione degli organi di controllo o del revisore o dei creditori qualificati, anche si istanza del debitore, ex artt. 17, comma 1, e 19, comma 1, CCII.

45 In tale ambito ricca appare la casistica giurisprudenziale anche con riguardo ad alcune fattispecie particolari, quali, ad esempio, il sovraindebitamento del soggetto ludopatico, nel cui caso occorre valutare la meritevolezza dello stesso in uno con una eventuale sua colpa scusabile; ed ancora, il sovraindebitamento delle vittime di usura ed estorsione quale eventuale forma di sovraindebitamento incolpevole, in cui può essere di aiuto il "Fondo di solidarietà e di prevenzione del fenomeno dell'usura", di cui alla L. n. 108/1996 destinato alle famiglie colpite da usura; ovvero il caso di sovrafinanziamento a causa di sovraindebitamento, ove la meritevolezza del debitore andrà valutata anche alla stregua del comportamento tenuto dalla banca al momento della erogazione del finanziamento stesso; ovvero, ancora, l'ipotesi di abusiva concessione del credito a fronte del merito creditizio, sulla quale si è pronunciata anche la Corte di Giustizia UE, con sentenza del 6 giugno 2019, causa C-58/18.

e creditori[46]. In questa rinnovata visione dell'istituto del sovraindebitamento un ruolo fondamentale rivestono sicuramente i meccanismi di prevenzione del nuovo CCII, seppure, de iure condendo, sarebbe auspicabile una maggiore responsabilizzazione in capo agli istituti eroganti il credito, che operano a volte con troppa leggerezza, insieme a nuovi meccanismi di raccordo sull'erogazione dello stesso. In linea con i Paesi di common law si potrebbe infatti prevedere anche nel nostro sistema giuridico, a seguito di una procedura di sovraindebitamento, che il debitore debba obbligatoriamente essere sottoposto da parte dell'ordinamento a un percorso formativo di "educazione finanziaria" che possa aiutarlo nel futuro a orientarsi con maggiore consapevolezza nelle proprie scelte economiche[47]. Solo cambiando la prospettiva con cui affrontare e gestire la crisi di impresa sarà, infatti, possibile evitare che la stessa divenga irreversibile e risolverla con modalità "non liquidatorie" ma compositive; per far ciò, in ossequio alle nuove previsioni legislative, sarà quindi necessaria la collaborazione attiva di tutti i protagonisti (*i.e.* il debitore, i creditori, le banche, gli organi di controllo) ai quali la nuova normativa attribuisce importanti ruoli di garanzia, informazione, controllo, vigilanza e segnalazione[48].

Se il diritto deve essere inteso come regolamentazione necessaria tra due posizioni giuridiche anche contrapposte per divenire strumento di risoluzione di problemi concreti, senza limitarsi alla valorizzazione esclusiva di una singola situazione giuridica soggettiva, ecco che si sposa una concezione relazionale del sistema, in cui pare prevalente il rapporto giuridico sulla posizione giuridica soggettiva. In tale ottica sarà, quindi, possibile inquadrare e leggere anche l'istituto della esdebitazione, ove la riconosciuta prevalenza del rapporto giuridico porta a una superiore considerazione dei diritti dei debitori nella soluzione del caso concreto, per la cui disciplina risulta necessario un appropriato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, in quanto non sarebbe funzionale all'ordinamento

46 In merito, diffusamente, già Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento,* Napoli, 2012.

47 Le disposizioni della Direttiva possono essere estese dagli Stati membri, quanto alla esdebitazione dei debiti, anche ai consumatori. Gli Stati membri, inoltre, devono garantire all'imprenditore insolvente la possibilità di accedere ad almeno una procedura che porti all'esdebitazione integrale in un tempo ragionevole e possono subordinare l'esdebitazione integrale al rimborso parziale del debito; l'esdebitazione non può, in ogni caso, essere concessa a fronte di un comportamento, in senso lato, disonesto dell'imprenditore.

48 Nello stesso senso v. Rordorf, R.: "Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*", I contratti,* 2019, 2, p. 129 ss., che afferma: "…sarebbe stato preferibile cercare di favorire un approccio più flessibile di questi nuovi istituti, soprattutto puntando sui caratteri della confidenzialità e della stragiudizialità, non certo per sfiducia nei confronti del mondo giudiziario ma per l'inevitabile effetto di deterrenza che produce sull'imprenditore in crisi la prospettiva di dovere eventualmente comparire dinnanzi ad un giudice o di vedersi confrontato con un pubblico ministero che indaga sulla sua situazione". Sul tema v., inoltre, Macario, F.: "Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *I contratti*, n. 4/2019, p. 369 ss.. In tal senso, ancora, *cfr.* Minervini, V.: "Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*", Diritto della crisi,* cit., che, tra l'altro, afferma: "A voler coniare un neologismo, si potrebbe dire allora che il Decreto introduce una earliest warning, una sorta di allerta precocissima, e però su basi concettuali e procedimentali ben diverse da quelle delineate dal Codice e certo più affini a quelle predicate dalla Direttiva".

giuridico nel complesso limitarsi a una mera applicazione delle norme codicistiche astratte[49].

Pare potersi affermare, quindi, che occorre, nonostante il nuovo impulso dato all'istituto, che l'esdebitazione, rappresentando una importante opportunità di liberazione del debitore da tutti i debiti residui, mantenga, comunque, la propria natura eccezionale, sì da non mortificare gli interessi della massa concorsuale in ordine alla soddisfazione, per quanto possibile, dei propri crediti; ciò assicurando tuttavia al debitore, alla ricorrenza dei requisiti di legge, la possibilità di riacquistare la dignità economica necessaria per riavviare una nuova attività imprenditoriale in virtù del principio del c.d. fresh start. Se da un canto, quindi, obiettivo primario del legislatore appare quello di ristrutturazione dell'esposizione debitoria di chi non ha accesso alle procedure concorsuali "tradizionali" per consentirgli la "ripartenza", in quanto soggetto giuridico non funzionale a una economia sana, dall'altro, in virtù della rivisitazione generale dell'istituto dell'esdebitazione contenuta nel CCII, sulla base delle pressanti indicazioni comunitarie in materia nonché della prevalente tutela riconosciuta al mercato economico e alle attività imprenditoriali[50], con inevitabili ricadute sul generale principio della responsabilità patrimoniale debitoria coinvolgente "tutti i beni presenti e futuri" ai sensi dell'art. 2740 c.c.[51].

Deve pertanto prendersi atto che oggi convivono nel nostro ordinamento due sistemi alternativi e autosufficienti, uno nel codice civile e l'altro nel CCII. I problemi della crisi di impresa e del sovraindebitamento troveranno soluzione nel quadro normativo delineato da quest'ultimo e non dal primo, senza tuttavia che possa ritenersi essere stato creato un nuovo sistema generale delle obbligazioni, atteso che il CCII ha colmato un vuoto normativo prima esistente nel settore della crisi di impresa, in base alle direttive comunitarie (sotto l'aspetto normativo) e

49 V. D'Attorre, G.: "La responsabilità sociale dell'impresa insolvente", *Rivista di diritto civile*, 1/2021, p. 60 ss.; Minervini, V.: "La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della Direttiva "Insolvency". Prime riflessioni", *Ristrutturazioni Aziendali,* 17.10.2021; Rende, F.: "Esdebitazione e regole di comportamento", *Rivista di diritto privato,* 2/2021, p. 281 ss. che, tra l'altro, evidenzia come l'art. 120 quinquiesdecies T.u.b. abbia sostituito e superato la tutela del credito "rigida" prevista dall'art. 1218 c.c. con una tutela sicuramente più elastica. Dall'analisi normativa compiuta, pertanto, emerge la necessità di una tutela del credito "cucita" di volta in volta sulla singola fattispecie, al pari del beneficio dell'esdebitazione che verrà, di volta in volta, concesso in seguito ad una valutazione complessiva e comparativa dei vari interessi, contrapposti, in gioco (da un canto quelli del debitore, dall'altro quelli dei creditori) anche alla luce di una analisi economica del diritto. In tal senso, già, Macario, F.: "Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori non fallibili. Il completamento della riforma", *Osservatorio dir. civ. comm.,* 2012, p. 219 ss..

50 In materia *cfr.* ancora Pagliantini, S.: "L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti ell'esdebitazione", in AA.VV.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare* (a cura di E. Llamas Pambo, L. Mezzasoma, U. Roma, V. Rizzo), Edizioni scientifiche italiane, 2019, p. 96 ss..

51 In tal senso *cfr.* Lazzara, M.: "Esdebitazione e patrimonio vincolato a garanzia dei creditori concorsuali", *Rivista italiana di* diritto del turismo, 20 (2/3), 413-419, 2017, in cui, tra l'altro, l'Autrice afferma: "..l'effetto determinato dall'esdebitazione coinvolge le categorie giuridiche dell'inesigibilità e dell'impossibilità personale dell'adempimento, prospettando difficoltà metodologiche e sistematiche di non poco conto poiché si ripercuotono sul rapporto tra normativa generale e speciale..ove si assuma l'esdebitazione quale deroga al principio della garanzia patrimoniale generica, ovvero che la si collochi tra i casi di limitazione della responsabilità stabiliti dalla legge non è facile individuare l'ambito di operatività della deroga o i confini di questa limitazione".

ai principi del mercato (sotto il profilo economico), fornendo una soluzione che incide in maniera rilevante sul tradizionale funzionamento degli artt. 2740 e 2910 c.c.

È allora possibile ipotizzare che il ricorso alla esdebitazione, nelle diverse forme oggi previste e nel CCII, sarà sempre più frequente, venendo utilizzato quale strumento per superare criticità economiche e patrimoniali da parte sia delle imprese che dei singoli consumatori, sempre più spesso in difficoltà nell'adempiere le obbligazioni assunte, nella speranza, dopo aver azzerato i debiti pregressi, di una rinascita economica e di una second chance. Tale previsione, peraltro, appare in linea con la tendenza giurisprudenziale più recente, richiamata nel corso della trattazione, ad ampliare i presupposti soggettivi di accesso alle procedure di sovraindebitamento a beneficio di un numero sempre più significativo di soggetti economicamente valutabili. Occorrerà, tuttavia, verificare in concreto quali saranno i riflessi di tale nuova scelta di politica del diritto, fondata su un evidente favor debitoris rispetto al ceto creditorio, compresa la Pubblica Amministrazione e l'Agenzia delle Entrate, secondo un'ottica non solo microeconomica ma anche macroeconomica.

A tal proposito uno strumento fondamentale per evitare possibili effetti distorsivi del sistema può essere quello dell'adozione di prassi di controllo e segnalazione virtuose, in grado di evitare, da un canto, una facile e non ben ponderata erogazione del credito e, dall'altro, una emersione quanto più possibile anticipata della crisi. In tal modo, infatti, il diritto, allineandosi con le esigenze del mondo economico quanto a incentivo dei consumi e di sostegno del mercato, favorisce l'utilizzo anche nel nostro ordinamento degli strumenti di protezione dell'imprenditore e del debitore sovraindebitato per concedergli un nuovo ingresso nel mercato ove riprenderà a spendere e consumare, concedendo spazi sempre maggiori all'autonomia privata[52].

52 V. in tal senso Modica, L.: "Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris", in AA.VV. (a cura di E. Pellecchia, L. Modica), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza,* Pacini Giuridica, 2020, p. 393 ss.

BIBLIOGRAFIA

Allena, M.: "La transazione fiscale nel nuovo codice della crisi di impresa: la conclusione di un percorso?", *Jus* n. 3/2019, p. 318 ss.

Amagliani, R.: "Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici", *Giustizia Civile,* n. 3 / 2021, p. 531 ss.

Ambrosini, S., Pacchi, S.: *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020.

Ambrosini, S.: "I "principi generali" nel Codice della crisi d'impresa", in AA.VV., *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa* (a cura di C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi) Torino, 2021, p. 54 ss.

Arato, M.: "Il concordato con continuità nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", *Il fall.,* 2019, p. 855 ss.

M. Arato, G. D'Attorre, M. Fabiani: *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza,* Torino, 2020.

D. Arcidiacono, V. Di Cataldo: "Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgement rule", *Giur. comm.,* 1/2021, p. 69 ss.

G. Bartalini, G.G. Sandrelli: "L'esdebitazione", in AA.VV.: *Fallimento e altre procedure concorsuali* (a cura di F. Marelli, M. Cimetti), Milano, 2010.

Benedetti, L. "L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori", *Riv. soc.,* 2019, p. 413 ss.

Benincasa, D.: "Nuove questioni in tema di esdebitazione e di "second chance", *Giur. It.,* 2018, 2, p. 493 ss.

Benincasa, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. L'esdebitazione", *Giur. it.,* 2019, 8-9, p. 1943 ss.

Benincasa, D.: "L'esdebitazione", *Giur. it*., 2019, 8-9, p. 1943 ss.

Calandra Buonaura, R.: "Amministrazione e gestione dell'impresa nel Codice della crisi", *Giur. comm.,* 2020, I, pag. 55 ss.

Camardi, C.: "Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni, Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile", in AA.VV.: *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio* (a cura di G. D'Amico), Torino, 2018, p. 138 ss.

Cardosi, G.: "La riabilitazione del fallito: effetti del venir meno dell'istituto della riabilitazione civile e del registro dei falliti", *Disciplina Comm.*, 2007, 2, p. 19 ss.

Conti, R.: "Il registro del fallito cade sotto la scure della consulta (grazie alla CEDU)", *Fallimento*, 2008, p. 404 ss.

Costantino, G.: "La esdebitazione", *Foro It.,* 2006, V, p. 208 ss..

D'Amico, G.: "Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovvraindebitamento", in AA.VV.: *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio* (a cura di G. D'Amico), Torino, 2018, p. 1 ss.

D'Amico, G.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *I contratti*, 2019, p. 328 ss.

D'Amico, G.: "Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) dei creditori", *Questione Giustizia,* n. 2/2019, p. 171 ss.

D'Angelo, F.: "Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza", *Dir. fall.,* 2020, p. 27 ss.

D'Attorre, G.: "I principi generali nel diritto della crisi d'impresa", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1091 ss.

D'Attorre, G.: "La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", in AA.VV.: *La nuova disciplina delle procedure concorsuali,* Torino, 2019, p. 253 ss.

D'Attorre, G.: "La formulazione legislativa dei principi generali nel codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, pp. 461-477.

D'Attorre, G.: "La responsabilità sociale dell'impresa insolvente", *Rivista di diritto civile,* 1/2021, p. 60 ss.

De Matteis, S.: "L'esdebitazione del sovraindebitato nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Corriere giuridico*, 2020, n. 11, p. 1379 ss.

Depetris, E.: "Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale", *Dir. fall.,* 2019, n. 2, p. 468 ss.

D'Orazio, L.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Fall.,* 2019, p. 697 ss.

Fabiani, M.: "Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione", *Foro it*., 2019, I, p. 166 ss.

Forcellini, F.: "Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria", *Europa Dir. Priv.,* 2015, n. 1, p. 109 ss.

Formisani, R.: "Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine", *RDS*, 2018, p. 455 ss.

Fortunato, S.: "Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità", *Riv. soc.,* 2019, p. 971 ss..

Frascaroli Santi, E.: "L'esdebitazione del fallito", in AA.VV.: *Le riforme della legge fallimentare* (a cura di Didone), Torino, 2009.

Ferro, M.: "Il parziale soddisfacimento dei creditori nell'esdebitazione", *Fallimento*, 2012, p. 218 ss.

Gabassi, G.: "Esdebitazione e pagamento parziale da parte dei creditori: valutazione del giudice di merito", *Fallimento*, 2017, p. 220 ss.

Ghedini, A., Russotto, M. L.: "L'esdebitazione ex art. 14 terdecies L. 3/2021", in www.ilcaso.it, 24 novembre 2020.

Ghedini, A.: "L'esdebitazione. Tra la L. n. 3/212 ed il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza", in AA.VV.: *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa* (a cura di C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi), Torino, 2021, p. 234 ss.

Ghia, L.: *L'esdebitazione,* Milano, 2008, p. 182 ss.

Ghia, L.: "L'esdebitazione: evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici", in AA.VV.: *Trattato di diritto delle procedure concorsuali,* II, *La procedura fallimentare* (diretto e coordinato da U. Apice), Torino, 2010.

Giavarrini, S.: "La procedura di liquidazione del patrimonio nella legge n. 3/2012", *Giur. comm.,* 2016, 5, p. 712 ss.

Guidotti, R.: "L'esdebitazione del fallito: profili sostanziali", *Contr. e Impr.,* 2015, 4-5, pag. 1073 ss.

Irrera, M.: "Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza: struttura e finalità della riforma", in AA.VV.: *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa* (a cura di C. Cracolici, A. Curletti, B. Gardella Tedeschi), Torino, 2021, p. 17 ss.

Lamanna, F.: *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2019.

Lazzara, M.: "Esdebitazione e patrimonio vincolato a garanzia dei creditori concorsuali", *Rivista italiana di* diritto del turismo, 20 (2/3), 2017, p. 413 ss.

Lazzara, M.: "Esdebitazione e meritevolezza: lineamenti di una ricerca per definire la condotta che "libera" dai debiti", *Il diritto fallimentare e delle società commerciali,* I, 2021, p. 673 ss.

Leuzzi, S.: "Il volto del nuovo concordato preventivo in continuità aziendale", in AA.VV.: *Studi sull'avvio del Codice della Crisi* (a cura di L. De Simone, M. Fabiani, S. Leuzzi), in *www.dirittodellacrisi.it*

Luminoso, A., "Introduzione", in AA.VV.: *Diritto e crisi* (a cura di A. Luminoso), Milano, 2016, p. 6 ss.

Macario, F.: "Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori non fallibili. Il completamento della riforma", *Osservatorio dir. civ. comm.,* 2012, p. 219 ss..

Macario, F.: "Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *I contratti*, n. 4/2019, p. 369 ss.

Minervini, V.: "Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi", *Diritto della crisi,* 30.03.2022.

Minervini, V.: "La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della Direttiva "Insolvency". Prime riflessioni", *Ristrutturazioni Aziendali,* 17.10.2021.

Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento,* Napoli, 2012.

Modica, L.: "Tutela del sovraindebitamento incolpevole o sanzione per omessa verifica del merito creditizio? Il piano del consumatore in funzione punitiva", *Diritto civile contemporaneo*, Anno I, n. II, luglio/settembre 2014.

Modica, L.: "Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris", *I contratti,* 4, 2019, p. 471 ss.

Modica, L.: "Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris", in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* (a cura di E. Pellecchia, L. Modica), Pacini Giuridica, 2020, p. 393 ss.

Nardecchia, G. B.: *La riforma della legge fallimentare*, Bari, 2019.

Nivarra, L.: "Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale", *Europa e diritto privato,* n. 2/2020, p. 313.

Norelli, E.: "L'esdebitazione del fallito", *Riv. Esecuzione forzata,* 2006, p. 4 ss.

Pagliantini, S.: "L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Nuove leggi civ.,* 2019, p. 692 ss.

Pagliantini, S.: "L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti dell'esdebitazione", in AA.VV.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare* (a cura di E. Llamas Pambo, L. Mezzasoma, U. Roma, V. Rizzo), Edizioni scientifiche italiane, 2019, p. 96 ss..

Panzani, L.: "L'esdebitazione", in AA.VV.: *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di A. Jorio, B. Sassani), III, Milano, 2016.

Panzani, L.: "L'adeguamento delle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza alla Direttiva 1023/2019 tra difficoltà tecniche e nuove opportunità", *Riv. esec. forzata,* 2021, p. 4 ss.

Pasi, F.: "*L'esdebitazione*", in AA.VV.: *Fallimento e altre procedure concorsuali* (a cura di G. Fauceglia, L. Panzani), Torino, 2009.

Pellecchia, E.: "Chi è il consumatore sovra indebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali", *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 1228 ss.

Pellecchia, E., Modica, L. (a cura di): "La riforma del sovraindebitamento nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", 2020, Pacini Giuridica.

Pellecchia, E.: "Indebitamento e sovraindebitamento: spunti di riflessione all'incrocio tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza", in AA.VV.: *Materiali per una revisione del codice civile,* vol. I (a cura di V. Cuffaro, A. Gentili), Milano, 2021, p. 491 ss.

Pellizzoni, G.: "L'esdebitazione", *Fallimento,* 2012, p. 479 ss.

Rende, F.: "Esdebitazione e regole di comportamento", *Rivista di diritto privato,* 2/2021, p. 281 ss.

Rordorf, R.: "Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza", *I contratti*, 2019, 2, p. 219 ss.

Rudorf, R.: "Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza", *I contratti,* 2019, 2, p. 129 ss.

Salerno, M.: *La riforma della crisi di impresa,* Milano, 2019, p. 65 ss.

Salerno, F.:, "L'esdebitazione del consumatore, tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore", *Fall.,* 2019, 11, p. 1377.

Sandrelli, G.: "La riabilitazione dopo la riforma", *Giur. Merito*, 2007, p. 124 ss.

Scarselli, G.: "La procedura di esdebitazione", in AA.VV.: *Manuale di diritto fallimentare,* Milano, 2007, p. 380 ss..

Scarselli, G.: "L'esdebitazione arriva in Cassazione", nota di commento a Cass. Civ., sez. I, 13.11.2009, n. 24121, *Fallimento,* 2010, 6, p. 673 ss.

Soldati, N.: "La sorte dei contratti di finanziamento al consumo nelle procedure di sovraindebitamento e la valutazione di meritevolezza nell'accesso al credito", *Riv. Dir. Bancario,* gennaio 2021, p. 106 ss.

Soldati, N.: "Il sovraindebitamento e la babele della meritevolezza", *Diritto della crisi,* 2021, p. 54 ss.

Spiotta, M.: "Il parametro del soddisfacimento dei creditori ai fini dell'esdebitazione nel caso di fallimento in ripercussione", *Fallimento,* 2021, 1, p. 32 ss.

Vattermoli, D.: "L'esdebitazione tra presente e futuro", *Riv. Dir. Comm.,* 2018, 3, p. 485 ss.

Vecchini, L.: "Il requisito soggettivo nel procedimento di esdebitazione", *Il diritto fallimentare e delle società commerciali,* n. 3-4/2019, pag. 894 ss.

Vella, P.: "L'impatto della Direttiva Ue 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno", *Fallimento,* 2020, 6, p. 747 ss.

Zorzi, A.: "Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette", *Dir. fall.,* 2020, p. 59 ss.

ACCIONES JUDICIALES EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS FRENTE A LA ALTERACIÓN Y OCUPACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES

LEGAL ACTIONS TO DEFEND THE COMMUNITY OF OWNERS' RIGHTS AGAINST ALTERATION AND OCCUPATION OF COMMON ELEMENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 532-571

Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La falta de concreción en la Ley de Propiedad Horizontal sobre la naturaleza y el plazo de ejercicio de las acciones judiciales para hacer frente a las alteraciones y ocupaciones de elementos comunes por parte de vecinos que no cuentan con la preceptiva autorización de la junta de propietarios, plantea una rica problemática de calificación jurídica sobre la que ha sido oscilante la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El objeto de este trabajo será precisamente analizar esta perspectiva jurisprudencial, atendiendo a las distintas situaciones que se pueden plantear en la práctica.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal; elementos comunes; acciones judiciales; prescripción extintiva; consentimiento tácito.

ABSTRACT: *The lack of specificity in the Spanish Horizontal Property Act regarding the nature and time period for the exercise of legal actions to deal with alterations and occupations of common elements carried out by neighbours without the required authorization from the owners' general assembly, raises a complex issue of legal classification, on which the Supreme Court's jurisprudence has been swinging. The purpose of this paper is precisely to analyze this jurisprudential perspective, taking into account the different situations that may arise in practice.*

KEY WORDS: *Horizontal property; common elements; legal actions; extinctive prescription; tacit consent.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II.- LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.- III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ELEMENTO COMÚN?- IV. ACCIONES FRENTE A LA ALTERACIÓN Y OCUPACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES.- 1. Delimitación de las acciones.- A) La acción obligacional ex artículos 7.1 y 9.1 LPH.- B) Las acciones reales: reivindicatoria, declarativa y negatoria.- C) Las acciones de protección de la posesión.- 2. Legitimación activa y pasiva.- 3. Prescripción y tensión entre prescripción extintiva y usucapión.- V. LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO TÁCITO Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD.- 1. Las condiciones para que exista consentimiento tácito y las actuaciones contrarias a la buena fe (el retraso desleal o Verwirkung).- 2. El abuso del derecho y el principio de igualdad de trato.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Los arts. 7.1, 7.2 y 9.1 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, LPH), atribuyen al propietario del piso o local una serie de obligaciones de respeto y buen uso de los elementos privativos y comunes en el ámbito de la propiedad horizontal frente a la comunidad y los demás propietarios, prohibiendo las obras y alteraciones en elementos comunes sin la correspondiente autorización de la junta de propietarios. Dichas obligaciones no son otra cosa que una manifestación de la idea de buena vecindad, del principio *alterum non laedere* y de la peculiar naturaleza que tiene este tipo de copropiedad, donde el derecho de cada propietario se ve limitado por la concurrencia del derecho de los demás comuneros sobre los elementos comunes.

En concreto, el art. 7.1 párrafo 1.º LPH prohíbe al propietario realizar modificaciones en elementos privativos cuando menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad. En cuanto al resto del inmueble, tanto los propietarios como los ocupantes de un elemento privativo por cualquier título no pueden hacer alteración alguna que pueda causar daños a la finca o estén prohibidas en los estatutos (art. 7.2 LPH). Por su parte, el art. 9.1 a) LPH establece como obligaciones de cada propietario respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos[1].

1 El art. 9.1 apartado b) LPH obliga, además, a cada propietario a mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, resarciendo de los daños que ocasione a la comunidad o a los demás propietarios, por su descuido o el de "las personas por quienes deba responder". Y el art. 9.1.g) LPH, establece como obligación a cargo de cada dueño "observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados".

• Virginia Múrtula Lafuente
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: vmurtula@ua.es

En la práctica suele ser bastante habitual que alguno de los vecinos obvie las reglas exigidas por la LPH y se lance a hacer alguna alteración de algún elemento común, sin conseguir el necesario acuerdo de los otros comuneros, o bien lo ocupe pensando que el resto de vecinos no hará nada ante hechos consumados. Pudiendo darse el caso de hacer las dos cosas a la vez, como cuando el propietario de un primero amplia una habitación cogiendo espacio del patio de luces comunitario (aunque sea de uso privativo) o el del ático hace lo propio, construyéndose una terraza en un espacio que a la postre es común. La concesión de licencias o permisos administrativos con los que pueda contar el ejecutor de estas obras, no le va a eximir de haber debido solicitar antes la correspondiente autorización del resto de propietarios.

El problema que se plantea en la práctica cuando se realiza una alteración de un elemento común o una ocupación del mismo, es que la Ley de Propiedad Horizontal no contempla en su articulado unas acciones concretas para actuar frente a estas actuaciones unilaterales. Lo que ha dado lugar a una rica casuística jurisprudencial no siempre homogénea.

De ello es consciente el propio Tribunal Supremo cuando afirma en su más reciente STS 4 mayo 2022[2], que el complejo régimen jurídico que deriva de la Ley de Propiedad Horizontal, donde confluye el derecho singular y exclusivo de cada propietario sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y la copropiedad de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes: "determina un haz de relaciones del que dimanan una serie de derechos y obligaciones que, en caso de ser desconocidos, engendran el planteamiento de acciones judiciales, cuyo plazo de ejercicio no ha sido establecido en su propia ley reguladora de la propiedad horizontal, lo que plantea una rica problemática de calificación jurídica sobre la que ha tenido esta Sala la oportunidad de pronunciarse" (FD 6.2)

Precisamente, el objeto del presente trabajo será analizar esta perspectiva jurisprudencial, centrándonos en el ejercicio de las acciones que pueden corresponder a la comunidad para actuar frente al propietario que ha alterado u ocupado un elemento común de forma contraria a lo establecido en la LPH. Para ello será necesario abordar, como cuestiones previas, las obras que necesitan autorización de la Junta y qué se entiende por elemento común, de acuerdo con el Código civil y la clasificación que de ellos ha hecho la doctrina y la jurisprudencia.

2 STS 4 mayo 2022 (RJ 2022, 4090).

II. LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.

La modificación de elementos comunes en el ámbito de la propiedad horizontal precisa –como indicábamos antes– autorización de la junta de propietarios. Las obras inconsentidas son aquellas que se realizan por parte de algún propietario o arrendatario sobre elementos comunes, tengan o no su uso privativo, obviando el consentimiento, en principio, unánime de la comunidad por cuanto afectan al título constitutivo (art. 17.6 LPH).

La regla de la unanimidad (que consagraba el derogado art. 12 LPH)[3] ha quedado flexibilizada y desplazada por la mayoría de tres quintos de los propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para la aprobación de un número importante de acuerdos. Como los que versan sobre la división material de los pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y "cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio"[4], incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética de los edificios [de acuerdo con el art. 10.3 b) LPH, modificado por la Ley 8/2013, de 26 de junio].

Hay que tener presente, también, que quedan excepcionados del régimen de unanimidad trabajos y obras necesarias para el mantenimiento y la conservación del inmueble, de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal conforme a lo dispuesto en el art. 10 LPH, que, afecten o no al título constitutivo, no requieren acuerdo previo de la junta de propietarios; y las que, por la materia de que se trata, están sometidas a las mayorías especiales del art. 17 LPH.

Con todo, regla la unanimidad no ha desaparecido de la LPH cuando se trata de cambiar la configuración, constitución o normas esenciales del inmueble, como cuando hablamos de la ocupación de elementos comunes (como un patio o una terraza) por parte de algún propietario[5].

3 De acuerdo con el anterior art. 12 LPH: "La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo". Previsión que remitía al art. 17.1 LPH que exige unanimidad para cualquier modificación del título constitutivo o de los estatutos de la comunidad.

4 Como aprecia Ordás Alonso, M.: *Propiedad horizontal: derechos y deberes de los propietarios*, La Ley, Madrid, 2023, p. 416, el término "cualquier otra alteración de la estructura o fábrica" que introduce el art. 10.3 LPH, ha posibilitado que un buen número de autores estimen que, en la actualidad, en materia de obras y otras actuaciones no juega la regla de la unanimidad, de tal manera que salvo que se trate de los apartados 1 a 5 del art. 17 LPH, es necesario solo la doble mayoría de los tres quintos que establece el art. 10.1.3 b) LPH. Interpretación que todavía no ha podido ser desmentida por la jurisprudencia del TS.

5 En este sentido, Ordás Alonso, M.: *Propiedad,* cit., p. 417.; y RDGRN 17 enero 2018 (RJ 2018, 55), en relación con la creación de trasteros sobre una azotea (elemento común).

Algunos propietarios piensan que la mera comunicación de las obras al presidente de la comunidad, a la que se refiere el art. 7.1 LPH, es suficiente para emprenderlas. Sin embargo, como precisa la RDGRN 5 octubre 2016[6]: "no tiene carácter de autorización y su finalidad es permitir que se tomen las medidas oportunas de verificación para impedir obras que contravengan los límites en el ejercicio de la facultad conferida en los términos expuestos, además de permitir tomar las precauciones necesarias en aras a la protección de elementos comunes, que puedan verse afectados con motivo de su ejecución".

El TS ha concretado, además, que el acuerdo autorizando la realización de una obra que afecta a un elemento común no adoptado con todos los requisitos legales para ello, entre ellos su inclusión en el orden del día como exige la LPH (STS 25 febrero 2013)[7] o su adopción por mayoría, cuando requiere unanimidad (STS 27 febrero 2013)[8] es anulable, no nulo de pleno derecho. La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año (art. 18.3 LPH).

En cuanto a la necesidad de autorización comunitaria para la realización de obras, habría que tener en cuenta también que tanto el TS y como la DGRN (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), admiten la posibilidad de que los estatutos comunitarios puedan conceder amplias facultades a los dueños de partes privativas, para realizar sobre su propiedad exclusiva y sin necesidad de autorización comunitaria operaciones de agrupación, segregación, agregación o división, siempre que haya una precisa descripción de todos los elementos necesarios para su ejecución y no comporten alteración de las cuotas de participación del resto o alteren la seguridad del edificio o su estructura[9]. Por el contrario, no se acepta la inclusión en los estatutos de una autorización previa y genérica para realizar obras que afecten a elementos comunes, sustrayendo de esta forma a la Junta las cuestiones que son de su interés (art. 14 LPH)[10].

6 RDGRN 5 octubre 2016 (RJ 2016, 5007).

7 STS 25 febrero 2013 (RJ 2013, 3478).

8 STS 27 febrero 2013 (RJ 2013, 2159).

9 Así, entre otras, SSTS 9 diciembre 2010 (RJ 2011, 1412); 25 febrero 2013 (RJ 2013, 2152) y 18 junio 2020 (RJ 2020, 2276), en esta última los estatutos autorizaban el cerramiento de las plazas de garaje; y RRDGRN 15 marzo 2004 (RJ 2004, 2387) y 6 mayo 2015 (RJ 2015, 3304). La modificación legal operada en la LPH por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, no ha sido un obstáculo para seguir admitiendo la validez de estas cláusulas estatutarias por parte de este Centro Directivo, como precisa la RDGRN 7 mayo 2014 (RJ 2014, 3249).
Cabe indicar, además, que dentro de lo que se denomina "estructura" del inmueble: "se incluye todo lo que forma parte de la armadura de fábrica de la edificación, como los forjados y la posibilidad de que cualquier propietario pueda verificar modificaciones en ella es contraria a la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 7.1 y 12) y también al principio básico de la copropiedad, por lo que requiere la autorización unánime de la Junta de Propietarios" [STS 17 febrero 2010 (RJ 2010, 1283)].

10 En este sentido, STS 7 julio 2010 (RJ 2010, 5711) en relación con la realización de obras en las terrazas de los pisos destinados a vivienda y la STS 17 marzo 2011 (RJ 2011, 2879) sobre la apertura de un hueco de nuevo acceso a la vivienda realizado por el recurrente en el descansillo de la escalera de la comunidad.

Por último, cuando hablamos de la fachada del edificio y obras que supongan su alteración, no cabe un idéntico tratamiento a la hora de valorar las obras de alteración en elementos comunes entre locales de negocio y pisos, sobre todo si están autorizadas *ex ante* en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad. Y ello por cuanto la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter y a la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia, haciendo atractiva su actividad para los clientes, por lo que la modificación en la fachada debe de considerarse implícita en su finalidad comercial[11] De tal manera que las obras en un local que producen una alteración en la configuración exterior del edificio no deben, simplemente por ese hecho, sujetarse a la regla de la unanimidad, sino que será necesario sopesar las circunstancias particulares de cada caso y ponderar tanto el grado como el alcance de dicha alteración (STS 5 junio 2023)[12].

III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ELEMENTO COMÚN?

El Tribunal Supremo ha venido caracterizado la propiedad horizontal, como una yuxtaposición de dos clases distintas de propiedad: la propiedad privativa o singular de "los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o la vía pública" (art. 396 CC) y la copropiedad sobre los elementos comunes del edificio[13].

El art. 396 pf. 1.º CC se refiere a los elementos comunes como "los necesarios para el adecuado uso y disfrute" de un edificio y a continuación hace una enumeración ejemplificativa o de *numerus apertus*, incluyendo instalaciones y servicios comunes del edificio[14]. Es comúnmente admitido que esta enumeración

11 SSTS 9 diciembre 2010 (RJ 2011, 1412), y 25 abril 2013 (RJ 3498), entre otras.

12 STS 5 junio 2023 (RJ 2023, 3776), donde las chimeneas litigiosas discurrían por la fachada del patio interior del edificio llegando a la azotea. También resulta de interés la STS 3 marzo 2021 (RJ 2021, 921) y la jurisprudencia que en ella se cita. En este caso el TS entendió, de acuerdo con la Audiencia, que, de la autorización contenida en los estatutos para la instalación de extracción de humos por parte de los locales comerciales, se puede deducir que un local destinado a bar (actividad permitida) puede instalar una chimenea extractora de humos anclada en la fachada, sin permiso de la comunidad, sin que se haya probado que afecte al forjado o produzca molestias o perjuicios constatables.

13 Así, SSTS 8 mayo 1989 (RJ 1989, 3674); 8 marzo 1995 (RJ 1995, 2154) y 21 abril 2004 (RJ 2004, 2334).

14 En ellos se incluye "el suelo, vuelo, cimentaciones, cubiertas; elementos estructurales, y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen y configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles".

no tiene carácter imperativo, pudiendo ser privativos elementos que enuncia como comunes (como el suelo o el vuelo). De manera que se limita a recoger lo que es normal que sean elementos comunes, sin prohibir que por disposición expresa del título constitutivo de la propiedad horizontal o por posterior acuerdo unánime de la Junta algunos de ellos puedan ser privativos.

Más allá de esta enumeración legal, cuando hablamos de elementos comunes, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, se distingue entre los que lo son "por naturaleza o necesarios" y aquellos que lo son "por destino". Esta distinción entre ambos tipos de elementos comunes, al no estar regulada en la LPH, ha sido concretada por nuestros tribunales y por las resoluciones de la DGRN y la DGSJFP. Básicamente, las diferencias entre uno y otro tipo estriban en que los elementos comunes por naturaleza no permiten su conversión en propiedad privada, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio. Entre ellos se incluirían las cubiertas del edificio[15], las cimentaciones, los muros de carga y divisorios entre inmuebles, las escaleras y los ascensores[16].

Por el contrario, los elementos comunes por destino, también llamados "procomunales", son los que siendo susceptibles de propiedad privada no se expresa así en el título constitutivo de la propiedad horizontal, estando destinados al servicio de todos o algunos de los propietarios. Entre ellos se encontrarían: los patios interiores, jardines y terrazas a nivel, las terrazas que forman la cubierta del edificio, los sótanos, un club social para la comunidad en los bajos del edificio o la casa del portero, entre otros. Estos últimos admiten que a través del título constitutivo de la propiedad horizontal o por acuerdo unánime de los propietarios,

De manera más sucinta, el art. 553-41 del CCCat. señala que son elementos comunes: "el solar, los jardines, las piscinas, las estructuras, las fachadas, las cubiertas, los vestíbulos, las escaleras y los ascensores, las antenas y, en general, las instalaciones y los servicios de los elementos privativos que se destinan al uso comunitario o a facilitar el uso y disfrute de dichos elementos privativos". Y, en cuanto al uso y disfrute de los elementos comunes, el art. 553-42 dispone que: "1. El uso y disfrute de los elementos comunes corresponde a todos los propietarios de elementos privativos y debe adaptarse al destino establecido por los estatutos o al que resulte normal y adecuado a su naturaleza, sin perjudicar el interés de la comunidad".

15 Nótese aquí que el TS ha declarado que las terrazas son unos de los denominados elementos comunes por destino o no esenciales y, por tanto, pueden ser objeto de desafectación. Pero esto no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, donde se sitúan las cámaras de aire, debajo del tejado y encima del techo, no sean elementos comunes por naturaleza, esenciales para la configuración y seguridad del edificio, por lo que no podrán convertirse en elementos de naturaleza privativa [como declaran entre otras las SSTS 17 febrero 1993 (RJ 1993, 1239), 8 abril 2011 (RJ 2011, 3156), 18 junio 2012 (RJ 2012, 9318) y 30 de diciembre de 2015 (RJ 2016, 197)]. Consecuencia de lo anterior es que no se puede confundir la terraza (elemento común por destino o no esencial), con un elemento común esencial como es la cubierta del inmueble.

16 Para mayor detalle sobre esta distinción véase Cañizares Laso, A.: "Artículo 396", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (dir. por J.M. Miquel González y coord. por J.M. Rodríguez Tapia y R. Aranda Rodríguez), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1.ª ed., 2011, pp. 795-823; y García García, J.M.: *La propiedad horizontal. En la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia,* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1.ª ed., 2017, pp. 742-747.

queden desafectados de ese carácter común, convirtiéndose en elementos privativos de todos los propietarios, de uno o de varios de ellos[17].

Siguiendo la clasificación propuesta, hay que tener en cuenta que tanto doctrina como jurisprudencia han resaltado el hecho de que ciertos elementos comunes, sin perjudicar esa naturaleza común, pueden ser de uso exclusivo de algún elemento privativo o de varios, como puede ocurrir con las terrazas, patios o jardines de los edificios, siempre que no se trate de un elemento común por naturaleza o esencial[18]. Sin embargo, la vinculación del uso exclusivo del elemento común a una vivienda concreta (atribuido en el título constitutivo o por acuerdo unánime tomado en junta de propietarios) no altera su naturaleza común, ni el régimen jurídico que le resulta aplicable[19]. De tal manera que el titular del derecho de uso deberá de contar con el preceptivo acuerdo de la junta de propietarios para realizar cualquier alteración sustancial del mismo, incluida una segregación, agregación, división o agrupación[20]. Sin que pueda incorporar a su propiedad privada la superficie perteneciente al elemento común[21].

Finalmente, interesa destacar que en la práctica surgen en no pocas ocasiones problemas acerca del carácter común o privativo de algunos elementos anejos a pisos o locales, cuando el espacio en litigio no figura claramente entre los elementos descritos en el título constitutivo de la propiedad horizontal. Tanto el TS como la DGRN/DGSJFP, cuando afrontan la tarea de proceder a la calificación de algún espacio de estas características, aplican la "presunción de comunidad" que se deriva del carácter abierto del art. 396 CC, lo que lleva a considerar como elemento común todas aquellas partes del edificio cuya naturaleza privativa no resulte claramente del título constitutivo, en concreto de la división horizontal[22].

17 En este sentido, SSTS 8 abril 2011 (RJ 2011, 3156) y 18 junio 2012 (RJ 2012, 9318).

18 RDGRN 17 abril 1986 (RJ 1986, 2130).

19 Para solucionar los problemas derivados de esta situación, el art. 553-43 del CCCat. ha establecido expresamente que en el título constitutivo o por acuerdo unánime de la junta de propietarios, podrá vincularse a uno o varios elementos privativos el uso exclusivo de patios, jardines, terrazas, cubiertas del inmueble u otros elementos comunes, sin que esta vinculación les haga perder su naturaleza de elemento común. Los propietarios que tengan el uso exclusivo de determinados elementos comunes asumirán todos los gastos de conservación y mantenimiento de estos y la obligación de conservarlos adecuadamente y en buen estado. Pueden también realizar obras de mejora para la eficiencia energética o hídrica en estos elementos comunes, haciéndose cargo de los costes y gastos de mantenimiento. Las reparaciones que se deban a vicios de la construcción o estructurales, originarios o sobrevenidos, o las reparaciones que afecten y beneficien a todo el inmueble, correrán a cargo de la comunidad, salvo que sean consecuencia del mal uso o de la mala conservación de aquellos.

20 RDGRN 5 julio 2016 (RJ 2016, 4033).

21 Como se desprende de las SSTS 3 abril 1990 (RJ 1990, 2692) y 20 abril 1993 (RJ 1993, 3016).

22 Esta jurisprudencia empieza con la STS 11 octubre 1967 (RJ 1967, 4479) y a la que siguen otras muchas, como las SSTS 13 marzo 1981 (RJ 1981, 912), 18 julio 1989 (RJ 1989, 5720), 4 mayo 1998 (RJ 1998, 3229), entre otras. Y entre las más recientes RDGSJFP 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 5511).

IV. ACCIONES FRENTE A LA ALTERACIÓN Y OCUPACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES.

Nuestro ordenamiento dota a la cotitularidad sobre los elementos comunes de una regulación especial en la que los intereses comunitarios predominan sobre los individuales y encuentran su debida protección jurídica a través de los órganos que la integran. En especial a través de la junta de propietarios, que con carácter general deberá de manifestar su consentimiento unánime ante las variaciones del título constitutivo o las alteraciones u ocupaciones en los elementos comunes, con las matizaciones realizadas en líneas anteriores. Cuando se omite dicho consentimiento la comunidad puede reaccionar judicialmente y también lo puede hacer el o los propietarios perjudicados.

1. Delimitación de las acciones.

Cuando se trata de acciones que tiene la comunidad de propietarios tendentes a restaurar a su estado original un elemento común, alterado u ocupado, vemos que no ha existido uniformidad por parte de la jurisprudencia en su calificación jurídica ante la falta de concreción para articular este tipo de acciones por parte de la LPH.

Con todo, de la casuística judicial, cabe entender que serían posibles tres tipos de acciones, dependiendo de los casos: A) la acción obligacional que se contempla en los arts. 7.1 y 9.1 LPH; B) las acciones reales reivindicatoria, declarativa de dominio y negatoria (*ex* art. 348 CC); y C) las acciones sumarias de protección de la posesión (art. 250.1.4º y 5.º LEC). En todos los casos la comunidad de propietarios se podrá apoyar en la infracción del art. 7.1 LPH, que contempla el marco legal específico que limita la libertad de los propietarios para hacer obras[23]. Asimismo, resulta conveniente la elección correcta de la acción ejercitada, porque de ello dependerá el plazo de prescripción aplicable, como veremos.

Una vez iniciado el procedimiento correspondiente en el supuesto de que estas normas no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, por error o imprecisión de parte, la autoridad judicial, en virtud del principio *iura novit curia,* debería operar un cambio en la calificación jurídica resolviendo conforme a las normas aplicables al caso, siempre que no se aparte de la causa de pedir (art. 218.1 LEC) y no se haya podido causar indefensión a cualquiera de los litigantes[24]. Por lo que habría que tener en cuenta, cuando se trata de las acciones sumarias de protección de la posesión, que procede apreciar la inadecuación del procedimiento cuando el seguido, por su carácter restrictivo, ya sea por su

23 Madurga Soriano, D.: *Obras inconsentidas en las comunidades de propietarios*, Sepín, Madrid, 2023, p. 79.

24 STS 28 junio 2011 (RJ 2011, 4889).

sumariedad, ya sea por su especialidad, suponga para las partes una merma de las garantías respecto del que debió de seguirse[25].

A) La acción obligacional ex artículos 7.1 y 9.1 LPH.

Una jurisprudencia oscilante del Tribunal Supremo ha admitido que si la acción se ejercita contra un titular que no tuvo ninguna intervención en el hecho y se le insta a que reponga a su primitivo estado un elemento común que en su día fue objeto de alteración por otro propietario, la conducta así exigida sería de carácter personal, encontrando su base en el art. 7.1 LPH. Y ello por cuanto la acción (de reposición) es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen de su pertenencia a una comunidad de propietarios sometida al régimen de la LPH [arts. 7 y 9.1 a) LPH, que regulan el deber que pesa sobre todos los comuneros de respetar los elementos comunes, con un uso adecuado de los mismos que no comporte su alteración], concluyendo que la acción vendría sujeta a la norma prescriptiva del art. 1964 CC (SSTS 13 julio 1995[26] y 6 febrero 2012[27]).

Esta línea jurisprudencial parece ya superada –como veremos seguidamente–, a favor de la naturaleza real de las acciones que tiene la comunidad frente a la alteración y ocupación de elementos comunes, sobre todo si el ejercicio de la acción por parte de la comunidad se ha demorado en el tiempo.

Bajo nuestro punto de vista, además, la reducción del plazo de prescripción de las acciones personales de quince a cinco años (art. 1964 CC), operada por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, contribuirá a la consolidación de esta línea jurisprudencial relativa al carácter real de las acciones en el ámbito de la propiedad horizontal, que aplica el plazo de treinta años, unificándose de esta forma cualquier tipo de reclamación que trate de reponer a su estado primitivo un elemento común como consecuencia de la actuación unilateral de un propietario o de un tercero, especialmente si ha ocupado un espacio común. Lo cual resulta más lógico a este tipo de situaciones que verdaderamente afectan a los derechos reales de propiedad de los demás condóminos sobre los elementos en copropiedad, pues

25 STS 16 enero 2023 (RJ 2023, 905).

26 STS 13 julio 1995 (RJ 1995, 5963). El caso de autos, los actores pretenden que el dueño de un local comercial situado en un edificio sometido a propiedad horizontal tape y deje en su estado primitivo el sótano socavado por el primer adquirente del local en el año 1973. La demanda fue desestimada en ambas instancias y el TS declara no haber lugar al recurso, por cuanto declara prescrita la acción *ex* art. 1964 CC. Además, aunque no cabe apreciar usucapión en el caso por falta de justo título, en aplicación de la doctrina de la prohibición de ir contra los propios actos y las normas de la buena fe, el TS entiende renunciado el posible derecho impugnatorio por el largo período de tiempo transcurrido.

27 STS 6 febrero 2012 (RJ 2012, 4707). A pesar de que esta sentencia se refiere a la naturaleza real de las acciones ejercitadas en el ámbito de la propiedad horizontal que se dirigen a obtener el reintegro de espacios comunes, considera en el caso de autos la acción prescrita por aplicación del plazo de 15 años, al entender que lo demandado por el actor (uno de los propietarios de la comunidad) es que otro copropietario retire unas obras realizadas por un anterior propietario en una terraza, de naturaleza común y uso privativo, que no habían sido consentidas por la comunidad.

estos tienen la facultad de exigir *erga omnes* el cese de una actividad o conducta que lesiona su derecho[28].

No obstante, en la práctica diaria de los tribunales, cuando la comunidad trata de reaccionar de forma más o menos rápida frente a las obras inconsentidas de menor calado, lo más habitual es encontrarnos con un juicio ordinario asentado solo en los arts. 7.1 y 9.1 a) LPH[29].

B) Las acciones reales: reivindicatoria, declarativa y negatoria.

Cuando hablamos de acciones tendentes a recuperar el dominio concreto de un espacio que, teniendo naturaleza común, ha sido objeto de apropiación y/o alteración por parte de otro vecino, nuestro Tribunal Supremo, tras dejar sentado que la naturaleza de este tipo de acciones no presenta caracteres muy claros, ha considerado en sus últimas sentencias que tienen naturaleza real y, por tanto, el plazo de prescripción de la acción es el de treinta años. Con ello se aparta de sentencias anteriores, como las ya citadas de 13 de julio de 1995 y de 6 de febrero de 2012, donde se había atribuido un carácter personal a este tipo de acciones, tomando como base los arts. 7.1 y 9.1 a) LPH, que regulan el deber que pesa sobre todos los comuneros de respetar los elementos comunes.

La línea jurisprudencial que da una naturaleza real a las acciones de recuperación y reposición de los elementos comunes ocupados ilícitamente se empieza a desprender, entre otras, de la STS 11 noviembre 2002[30]. En ella la comunidad actuó frente a la obra realizada 18 años después para recuperar la posesión de un pasillo. El Alto Tribunal afirma que: "No puede aceptarse la declaración que hace la Sala de instancia al declarar prescrita la acción por el transcurso de quince años […] olvida el Tribunal de instancia que la acción ejercitada, dirigida a obtener el reintegro del espacio ocupado de titularidad de la Comunidad de Propietarios, como elemento común, es una acción de carácter real, a la que son aplicables los arts. 1959 y 1963 del Código civil". Y en el mismo sentido va la STS 6 febrero 2012[31], donde la Sala 1.ª del TS afirma expresamente que "tienen una naturaleza real las acciones ejercitadas en el ámbito de la propiedad horizontal que se dirigen a obtener el reintegro de espacios comunes de titularidad comunitaria que son o han sido ocupados por algún copropietario. Se trata de acciones reivindicatorias

28 En este sentido, Gete-Alonso y Calera, M. C., "Comentario a la STS de 13 de julio de 1995", *CCJC,* n.º 40, 1996, p. 85.

29 En cuanto a las obras que se han considerado ilícitas o lícitas por nuestros tribunales, teniendo en cuenta la prohibición de alterar elementos comunes véase Bercovitz Álvarez, G.: "Comentario al art. 7.1 LPH", en A.A.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 6.ª ed. 2020, pp. 362-367; y Fuentes Lojo, J. / Fuentes-Lojo Lastres, A.: *Comentarios a la Ley Estatal de Propiedad Horizontal*, T. I, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 147-165; Madruga Soriano, D.: *Obras*, cit., pp. 109 y ss.

30 STS 11 noviembre 2002 (RJ 2002, 10017).

31 STS 6 febrero 2012 (RJ 2012, 4707).

tendentes a recuperar el dominio de un concreto espacio, que teniendo naturaleza común, ha sido objeto de apropiación por parte de un copropietario".

Refuerzan esta línea jurisprudencial sobre la naturaleza real de estas acciones la STS 14 septiembre 2016[32] y de forma más contundente la más reciente STS 4 mayo 2022[33]. En la primera de ellas se pretende obtener una condena de los demandados a reintegrar a su estado anterior el forjado que cubre el sótano y que había sido alterado para pasar a través del mismo ciertas conducciones de desagüe a las que no tenían derecho, según la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal. La naturaleza real, y no obligacional de la acción, comporta –a juicio del TS– "que sea el propietario actual del local quien esté legitimado pasivamente para soportar la acción y le competa la obligación de reintegrar el elemento común a su estado anterior sin perjuicio para la comunidad de propietarios. Es indiferente que haya sido o no el demandado el autor de la ocupación ilícita pues al adquirir el local lo hace exclusivamente con los derechos que le corresponden según el título constitutivo sin que una situación de puro hecho creada unilateralmente por un propietario anterior pueda beneficiarle frente a la comunidad"[34].

Con mayor claridad, la STS 4 mayo 2022 ha supuesto un espaldarazo importante para la consideración del carácter real de las acciones tendentes a recuperar la ocupación de espacios comunes. El litigio sobre el que resuelve versa en torno a la acción de cumplimiento de un acuerdo comunitario, con fecha de 8 de diciembre de 1995 y anotado en el Registro de la Propiedad, en virtud del cual se desafectaba como elemento común de una urbanización una porción de terreno (de 480m²), que pasaba a convertirse en anejo y parte inseparable de otra finca con una limitación en sus usos (pues solo podría dedicarse a sala de conferencias, centro de fitness y recepción de los chalets), y donde luego se edificó. La comunidad de la finca que adoptó el acuerdo reclama su cumplimiento y, por ende, que se ponga a su disposición ese espacio para que pueda servir de recepción de las viviendas que componen su comunidad. El TS, siguiendo el criterio de las dos instancias inferiores, encuentra que esta reclamación es lícita ya que estamos ante una acción

32 STS 14 septiembre 2016 (RJ 2016, 4108).

33 STS 4 mayo 2022 (RJ 2022, 4090).

34 Para ello trae a colación la Sala 1.ª en esta sentencia la tradicional distinción realizada por Gayo que "establecía que una acción es personal *(actio in personam)* cuando la reclamación se produce frente a quien está obligado con el demandante como consecuencia de un contrato o de un "delito", es decir, cuando se pretende del demandado que dé o haga algo a lo que resulta obligado personalmente o lo estaba su causante. Por el contrario, una acción es real *(actio in rem)* cuando se dirige respecto a un objeto corporal porque compete al demandante un derecho sobre dicho objeto que se considera conculcado, de modo que la acción se dirige contra su detentador que aprovecha indebidamente un derecho real sobre el objeto, o contra el titular cuando lo pretendido es que se nos reconozca un derecho sobre cosa ajena". Véase comentario a esta sentencia de Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Las obras realizadas por el comunero sobre un elemento común en la propiedad horizontal y el transcurso del tiempo", *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 43, 2017, pp. 247-262.

de naturaleza real[35] y, por ende, está sometida al plazo de prescripción de 30 años del art. 1963 CC.

Atendiendo a la jurisprudencia anteriormente expuesta, habría que acudir en la fundamentación de este tipo de demandas al art. 348 CC, que ampara el derecho de propiedad y con él el ejercicio de la acción reivindicatoria. Esta acción tiene como finalidad la recuperación del *ius possidendi* (no en el *ius possesionis,* como las acciones sumarias de protección de la posesión). En la medida en que la reivindicatoria es una acción dirigida a la recuperación de la posesión, esto la distingue de la acción declarativa de dominio (que también encuentra su base en el art. 348 CC). Esta última no exige sin embargo que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es el propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga.

De acuerdo con la jurisprudencia, los requisitos tradicionales de la acción reivindicatoria son tres (todos ellos imprescindibles para que la acción prospere): i) el dominio del actor (*dominium actoris*); ii) la posesión injustificada del demandado (*contraria possessio*); y iii) la identidad de la cosa objeto de la acción (*eadem res*).

En cuanto a la prueba del dominio (i), la comunidad de propietarios juega con una serie de presunciones a su favor, como la que deriva del art. 38 LH, bastándole probar el dominio del elemento que reclama mediante la inscripción en el Registro de la propiedad del título constitutivo, con la descripción que en el mismo se haga de los elementos comunes. Respecto a la posesión injustificada del demandado (ii), esta debe ser actual (esto es, el demandado posee, de forma mediata o inmediata, ese elemento común en el momento de iniciarse el proceso) e indebida (carece de título que justifique esa posesión). Por último (iii), habrá que describir perfectamente el elemento objeto de reclamación y su confrontación con el que posee el demandado y la comprobación de que tal cosa es la que aparece descrita o mencionada en los títulos del actor. La presunción de comunidad que lleva a considerar como elemento común todas aquellas partes del edificio cuya naturaleza privativa no resulte claramente del título constitutivo, en concreto de la división horizontal, puede jugar un papel importante en el ejercicio de esta acción por parte de las comunidades de propietarios.

Un ejemplo de ello es el caso de la STS 26 mayo 1994[36]. La parte demandada por la comunidad alega la usucapión ganada sobre el elemento común poseído (87 m² de un local que originariamente, según consta en su título, tenía tan sólo

35 Ya que "La acción no nace pues de un contrato, sino de una modificación del régimen jurídico de la mancomunidad, que implica la ocupación de una parte del inmueble construido para un uso predeterminado. En virtud de dicha modificación la parte actora ostenta un poder directo, excluyente y frente a todos para ocupar el espacio reclamado en la demanda, con el destino preestablecido por voluntad unánime de la mancomunidad y en virtud de una relación jurídica personal" (STS 4 mayo 2022, FJ 6.3).

36 STS 26 mayo 1994 (RJ 1994, 3746).

40,85 m² y ahora disfruta de 127 m²). Este aumento de superficie se atribuye por la comunidad a la apropiación de un espacio común (que quería destinar a trasteros), aunque no hubiera constancia del mismo con carácter expreso en el título constitutivo de la propiedad horizontal. El relato de los hechos probados no especifica la fecha en la que tuvo lugar su incorporación por parte del local, pero sí que fue realizada por el anterior titular, quien vendió al demandado en escritura de compraventa un local con dos superficies diferenciadas en altura y extensión. El TS estimó en este caso, apreciando el recurso de casación, que al no quedar acreditada la naturaleza privativa del trozo de terreno del local discutido, habría que aplicar la presunción de comunidad, y, atendiendo a la descripción del título presentado por la comunidad, considerar a éste como "una prueba de mejor derecho" en el ejercicio de la acción reivindicatoria[37].

Otro ejemplo donde la acción reivindicatoria ejercida por la comunidad de propietarios tuvo éxito, por aplicación de la presunción de comunidad del elemento litigioso, es el caso resuelto por la STS 20 mayo 2016[38]. Las demandadas eran propietarias de unas viviendas que registralmente figuraban como pisos, pero que el promotor y la inmobiliaria que publicitaba y gestionaba su venta las ofrecía como dúplex. Diecisiete años después de su compra, la comunidad de propietarios formula demanda ejerciendo acción reivindicatoria sobre este bajo-cubierta habitable. El TS, siguiendo el criterio de la Audiencia, estimó que ese espacio era elemento común, pues no constaba como elemento privativo ni en el Registro, ni en la división horizontal, ni en los estatutos, no pagaba cuota de participación, y tampoco se había hecho constar en la escritura de venta.

Consiguientemente, si se dan todos los requisitos y la acción reivindicatoria tiene éxito, dará lugar a una sentencia de condena en la que el demando estará obligado a restituir el elemento común poseído indebidamente y reponerlo a su situación anterior.

Otra de las acciones con las que puede contar la comunidad de propietarios es la acción declarativa. Esta acción no tiene como objetivo la recuperación de la posesión del elemento que se discute, sino constatar la titularidad del mismo que es cuestionada, por lo que su objetivo es hacer cesar una situación de inseguridad jurídica. Resulta útil en los casos de perturbación sin despojo de la posesión, o de inquietud de la misma. La acción declarativa exige la prueba del dominio por el actor y la identificación del elemento común en iguales términos que la acción

37 Obsérvese, sin embargo, que en la STS 4 junio 2009 (RJ 2009, 3379) considera que en el procedimiento dimanante del art. 41 LH, que se basa directamente en los asientos registrales y en la presunción del principio de legitimación registral del art. 38 LH, la apariencia del derecho creada por la inscripción (aun aplicando la presunción de comunidad) puede desvanecerse cuando el demando acredita que ha poseído ese elemento frente la comunidad que no ha demostrado la naturaleza común del mismo.

38 STS 20 mayo 2016 (RJ 2016, 1995).

reivindicatoria, pero no que el demandado se halle en su posesión. La legitimación pasiva corresponde pues a los que nieguen o contesten simplemente el derecho del propietario.

Para entender su funcionamiento podemos traer a colación la STS 29 octubre 2012[39], que tiene como objeto litigioso un departamento destinado a vivienda del portero y que la comunidad había adquirido en documento privado suscrito entre el promotor del edificio y los titulares de las viviendas, aunque no se elevó a escritura pública ni se inscribió en el Registro de la propiedad. El departamento en cuestión fue destinado por la comunidad a vivienda del portero durante 36 años. Frente a la actuación de los herederos del promotor que habían inscrito este bien como herencia paterna, la comunidad ejercitó con éxito la acción declarativa de dominio y encontró su reconocimiento en la validez de su título adquisitivo.

En cuanto a la tercera de las acciones reales mencionadas, la negatoria, hay que señalar que es una acción que compete al propietario de una cosa para defender la libertad de su dominio y que se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes sobre él. Aunque no tiene regulación específica, resulta comúnmente admitido que tiene su base también en el art. 348 CC, como las otras dos acciones. Se ejercitará frente a quien pretenda ser titular del gravamen, por ejemplo, una servidumbre de luces y vistas, de paso o de desagüe, entre las más frecuentes[40].

En la acción negatoria, el demandante deberá acreditar la concreta perturbación que hace el demandado. La acción será negatoria cuando el actor no sólo solicita que se declare la inexistencia del gravamen, sino, además, el cese del mismo, es decir, la reintegración a la situación anterior a la perturbación que se ha producido sobre el elemento común. El éxito de la acción produce la declaración de que la cosa objeto de propiedad del demandante (la comunidad en nuestro caso) no está gravada con el derecho que se irroga el demandado, la condena de este para que cese en las perturbaciones y prevenir las futuras, así como el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados.

39 STS 29 octubre 2012 (RJ 2012, 9731).

40 La jurisprudencia de la Sala 1.ª sobre la adquisición de servidumbres en virtud de título (art. 537 CC) "requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin, por más que no sea necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado [SSTS 2 de junio 1969 (RJ 1969, 3191) y 26 de junio 1981 (RJ 1981, 2614)], sin olvidar, por otra parte, que en el contrato donde se establezca el gravamen, como tal limitativo del dominio, ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo [SSTS 30 octubre 1959 (RJ 1959, 3971), 8 abril 1965 (RJ 1965, 2747) y 30 septiembre 1970 (RJ 1970, 3994)" [SST 27 febrero 1993 (RJ 1993, 1300)].
En particular, la plena acreditación del título constitutivo de una servidumbre de desagüe carente de constancia registral exige probarla y que, cuando no hay contraprestación alguna entre ambas fincas, quede acreditada en escritura pública (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 633 CC), sin que se pueda considerar signo exterior ostensible e indubitado de esta servidumbre, una tubería que desemboque en una arqueta propiedad de la finca vecina, pues puede confundirse con todas las demás tuberías del edificio [STS 18 noviembre 2003 (RJ 2003, 8329)].

Las servidumbres más habituales en el ámbito de la propiedad horizontal son las de luces y vistas, representada por las ventanas abiertas en pared propia, que es una servidumbre negativa[41]; la de tubo de salida de humos, que conforme al art. 533 CC, sería una servidumbre positiva, continua y aparente, que solo puede ser adquirida en virtud de título o bien por prescripción de 20 años; y también está la servidumbre de paso, que es discontinua[42].

Sirva como ejemplo de esta última la STS 24 mayo 2016[43], donde el demandado había abierto en su local una puerta que daba al patio perteneciente a la comunidad (para hacer una salida de emergencias de su negocio) y había colocado una escalera metálica invadiendo parte del mismo, sin haber pedido autorización previa. La comunidad ejercitó una acción negatoria de servidumbre de paso y solicitó la condena a cerrar la apertura del muro, retirar la escalera y restaurar la pared donde se había abierto la puerta. La Audiencia Provincial desestimó la demanda, porque no apreció perjuicio alguno para la comunidad demandante y por aplicación de la doctrina del abuso del derecho (a la que haremos mención más adelante). El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, por cuanto considera que ni se ha justificado un título de adquisición de la servidumbre de paso por la demandada "con lo que infringe el principio de libertad de la cosa objeto del derecho de propiedad"; ni se puede hacer depender el éxito de la misma de si hay perjuicio o no por parte de la comunidad de propietarios, pues se "deben seguir las normas del Código civil y de una constante jurisprudencia que no analiza el perjuicio o el beneficio, sino la normativa que se aplica desde hace más de cien años".

C) Las acciones de protección de la posesión.

Frente a la actuación de un propietario o arrendatario que ha ocupado un elemento común y lo ha alterado sin autorización de los demás partícipes o de cualquier modo haya faltado a lo convenido entre ellos, la jurisprudencia viene admitiendo que la comunidad o cualquiera de los sus miembros pueden acudir no sólo a las acciones declarativa del dominio y reivindicatoria (*ex* art. 348 CC), sino también a las de carácter provisional como las posesorias del art. 250.1.4º LEC, que tienden a lograr la restitución de la posesión de hecho a su estado anterior de forma rápida, provisoria y sin efectos de cosa juzgada material (art. 447.2 LEC).

41 Como establece reiteradísima jurisprudencia, de las que, por "clásicas", cabe citar las SSTS 15 de marzo 1934 y 19 junio 1951.

42 Hay que tener en cuenta que la servidumbre de paso, al ser discontinua, sólo puede adquirirse en virtud de título y, a falta del mismo, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por sentencia firme (arts. 539 y 540 CC) [como nos recuerda la STS 24 mayo 2016 (RJ 2016, 2282)].

43 STS 24 mayo 2016 (RJ 2016, 2282).

Y ello por cuanto precisamente la situación de indivisión a que se refiere el art. 445 CC (de acuerdo con el cual: "La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión"), da lugar en el caso de los elementos comunes en régimen de propiedad horizontal a una situación de coposesión y, en tal supuesto, la posesión, como hecho, "no puede reconocerse en dos personalidades distintas" como la propia norma prevé. Por lo que la Sala 1.ª del TS considera que resulta posible el ejercicio de estas acciones posesorias entre propietarios que sean a la vez coposeedores[44].

De forma perfectamente compatible con esta línea jurisprudencia, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo afirma que resulta posible el ejercicio de la acción prevista en el art. 250.1.5.º LEC cuando se está en presencia de una obra nueva, solicitando su suspensión provisional y debiéndose discutir en un declarativo posterior el derecho a la demolición de la obra o a continuarla hasta su conclusión.

Pero para la aplicación del art. 250.1.5.º LEC habría que tener en consideración dos elementos: "a) la importancia, entidad y envergadura de la obra, y b) la rapidez o inmediatez en su ejecución" (STS 28 febrero de 2022)[45]. Por lo que, cuando "las obras realizadas por la entidad demanda, como consta de las fotografías e informes periciales, no son de rápida e inmediata ejecución, ni la demandada se limitó a la simple ocupación material de un bien común, sino que son trabajos arquitectónicos de envergadura, comprendiendo obras de demolición y edificación, que se prolongaron en el tiempo y que se ejecutaron a la vista de la actora (la comunidad), que reaccionó tardíamente contra ellas" mediante la promoción del procedimiento posesorio del art. 240.1.4.º, no procede el mismo, ni el 240.1.5.º LCE –cabría añadir–, sino que habría que acudir a un juicio ordinario de propiedad horizontal en el que las partes pueden dirimir el mejor derecho sobre los trabajos realizados (STS 16 enero 2023)[46].

Por último, habría que traer a colación la reforma operada en el art. 250.1.4ª de la LEC, por la Ley 5/2018, de 11 de junio, donde se prevé expresamente un procedimiento *ad hoc* destinado a la recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella ocupada ilegalmente, pero lo limita a "la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social". Dicha reforma, como se desprende del Preámbulo de

44 SSTS 12 noviembre 2009 (RJ 2010, 98); 11 abril 2012 (RJ 2012, 5744) y 7 julio 2016 (RJ 2016, 3165). En el ámbito de la jurisprudencia menor véase SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3.ª, 8 de junio 2017 (JUR 2017, 233493).

45 STS 28 febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:792).

46 STS 16 enero 2023 (RJ 2023, 905). Llama la atención que esta sentencia acabe reconociendo el carácter de elemento común de los elementos alterados (aljibe y parterre vallado), en un claro *obiter dicta*, quizás pensando que esta apreciación facilitaría el correspondiente juicio ordinario que tendría que emprender la comunidad como consecuencia de esta sentencia.

la Ley, tiende a favorecer el desalojo de los "okupas" en el caso de que la ocupación afecte solo a personas físicas, a entidades sin ánimo de lucro o a entidades públicas. Por lo que plantea la duda de si las comunidades de propietarios estarían incluidas dentro este elenco de personas legitimadas para recuperar espacios comunes o desafectados destinados a un uso común que puedan tener la condición de vivienda, como es el caso de la vivienda del portero.

La respuesta debe ser afirmativa, por cuanto si estuviéramos hablando de un espacio común, cualquier comunero, persona física, como copropietario del mismo estaría legitimado para el ejercicio de estas acciones posesorias. Por otro lado, tampoco veo inconveniente en que las comunidades de propietarios puedan ser consideradas "entidades sin ánimo de lucro", cuando el conjunto de propietarios sean mayoritariamente personas físicas que habitan en el inmueble[47].

2. Legitimación activa y pasiva.

La legitimación activa para el ejercicio de estas acciones la ostentará la comunidad, representada por su presidente (art. 7.6 LEC en relación con el art.13.3 LPH), previo acuerdo correspondiente de la junta de propietarios, que autorice expresamente al presidente para ejercitar acciones judiciales en defensa de ésta, salvo que el presidente actúe en calidad de copropietario o los estatutos expresamente dispongan lo contrario[48]. No obstante, estará legitimado el presidente, sin necesidad de un acuerdo de la Junta, "cuando el acto perturbador se realiza en franca contradicción de un acuerdo precedente de la Junta de Propietarios" (STS 18 julio 2012)[49]. Si al presentar la demanda no se aporta el acuerdo comunitario que faculte al presidente para el ejercicio de acciones comunitarias cuando fuera necesario, estaríamos ante un defecto de representación subsanable (*ex* arts. 418 y 231 LEC)[50], aunque la jurisprudencia menor en muchas ocasiones lo ha considerado insubsanable[51].

Hay que indicar también que cualquier comunero puede actuar en cuestiones afectantes a elementos comunes cuando no lo haga la Junta, beneficiando a la comunidad en lo que fuere favorable a su actuación (SSTS 6 febrero 2012 y 30

47 Siguiendo en este punto en parte los planteamientos expuestos por Antonio Salas Carceller y Anabel Miró Panzano y recogidos por Fuentes-Lojo Rius, A.: "¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda de portería?, *La Ley* 3038/2019, pp. 3-5.

48 SSTS 10 octubre 2011 (RJ 2011, 7404), 27 marzo 2012 (RJ 2012, 4061), 12 diciembre 2012 (RJ 2013, 370); 19 febrero 2014 (RJ 2014, 1135), 30 diciembre 2014 (RJ 2014, 6808); 5 noviembre 2015 (RJ 2015, 4969) y 24 junio 2016 (RJ 2016, 3712).

49 STS 18 julio 2012 (RJ 2012, 8028).

50 De acuerdo con Fuentes-Lojo Rius, A.: "Cuestiones de interés práctico sobre la doctrina de la legitimación activa del comunero en el ejercicio de acciones comunitarias", *La Ley* 1445/2022, distingue en estos casos entre el defecto de representación y el defecto de legitimación, siendo este último es insubsanable al ser un elemento de configuración de la propia acción.

51 Entre otras, SAP Alicante, Secc. 5.ª, 2 febrero 2021 (JUR 2021, 148117).

octubre 2014)[52]; aunque no se haya hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma (STS 22 diciembre 2021)[53].

Interpreta el Tribunal Constitucional (STC 115/1999 de 14 junio)[54] que esta legitimación individual del comunero proviene de la propia naturaleza del régimen de propiedad horizontal, donde existe una "propiedad separada" (*ex* art. 396 CC) de los diferentes pisos o locales en que se divide el edificio o conjunto inmobiliario al que se aplica, y del que derivan los derechos, cargas, obligaciones y responsabilidades que la ley establece. Por lo que "cada propietario, pese a la representación orgánica que ostenta el presidente de la Comunidad de Propietarios, está legitimado para actuar en defensa de sus derechos" con independencia de los restantes propietarios.

La legitimación activa del comunero queda supeditada a la pasividad en la actuación de la Junta y a que el ejercicio de la acción beneficie a la comunidad. En cuanto a la pasividad de la comunidad para actuar, el comunero que tenga interés en accionar en nombre propio debería haber intentado que la comunidad se pronuncie sobre las obras inconsentidas (por ejemplo, aportando copia del acta comunitaria en la que queda acreditado la falta de interés en iniciar acciones por parte de la comunidad por no incurrir en costes…). Respecto al requisito de que el ejercicio de la acción beneficie a la comunidad, si la Junta hubiera decidido previamente no actuar contra el propietario que ha realizado las obras inconsentidas y el comunero opositor no estuviera de acuerdo con esta decisión, antes de emprender acciones legales (o de forma simultánea), debería impugnar este acuerdo comunitario [art. 18.1.b) y c) LPH][55].

De la práctica de los tribunales se desprende que el comunero que actúa de forma individual lo hace generalmente porque la actuación del vecino que ha realizado la obra inconsentida le perjudica, por la posibilidad de crear nuevas servidumbres (de luces y vistas, paso, tubo de salida de humos[56]) o por la emisión de ruidos u olores (cuando hablamos de chimeneas)

52 STS 6 febrero 2012 (RJ 2012, 4707) y STS 30 octubre 2014 (RJ 2014, 5430).

53 STS 22 diciembre 2021 (RJ 2022, 227) y la jurisprudencia que en ella se cita.

54 STC 115/1999 de 14 junio (RTC 1999/115).

55 Fuentes-Lojo Rius, A.: "Cuestiones", cit. pp. 2-3.
En este sentido también, STS 14 mayo 2007 (RJ 2007, 3110), donde se aprecia falta de legitimación activa de los titulares de un local comercial, integrado en una comunidad de propietarios, para ejercitar una acción confesoria de servidumbre de desagüe de aguas residuales a favor de la comunidad contra la voluntad de la misma manifestada en acuerdo de la Junta; y ATS 18 marzo 2015 (JUR 2015, 98211), que considera acorde con la doctrina de la Sala la apreciación de la instancia de falta de legitimación activa, al no actuar los comuneros en beneficio de la comunidad cuando consta de forma expresa un acuerdo retirar la denuncia presentada y no ejercitar acciones judiciales.

56 Es el caso de la SAP Alicante, Secc. 9.ª, 15 noviembre 2021 (JUR 2022, 106099), donde el tubo de extracción de humos de la demandada discurría en parte por el local del demandante.

Aunque en este trabajo no hemos entrado a tratarlas, sería posible también ejercitar por parte de la comunidad de propietarios la acción de cesación *ex* art. 7.2 LPH, contra el propietario y ocupante del piso o local en el caso de que se realicen, en elementos privativos o comunes, "actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas". De acuerdo con la jurisprudencia que se ha vertido sobre la materia, aunque se cumplan con las formalidades administrativas, la consecución de la oportuna licencia no obliga a la comunidad a soportar una actividad molesta, que priva o dificulta a los demás vecinos del normal y adecuado disfrute de sus derechos[57], entre ellos sobre los que recaen sobre elementos comunes.

Antes de ejercitar la acción de cesación *ex* art. 7.2 LPH, el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los vecinos, ha debido requerir fehacientemente a quien realice estas actividades para que cese en las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes[58]. Si el infractor persiste en la actividad, después de haber transcurrido un tiempo razonable desde el requerimiento, la comunidad tiene acción directa contra él, cualquiera que sea su título de ocupación. La facultad del presidente de actuar en nombre de la comunidad ejercitando la acción de cesación, deviene del correspondiente acuerdo adoptado en junta de propietarios (como en las demás acciones), que deberá ser aportado en la demanda, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de cesación, junto al requerimiento fehaciente realizado al infractor (art. 7.2 pf. 4.º LPH)[59].

En aquellos supuestos en los que el interesado en la cesación lo comunica al presidente, se lleva a cabo el requerimiento al infractor, pero no se convoca la junta de propietarios que autorice el ejercicio de la acción de cesación o una vez convocada no se obtiene la mayoría requerida (art. 17.7 LPH), el vecino perjudicado puede llevar a cabo por sí solo tanto la acción del art. 7.2 LPH[60]; como también las acciones generales en el marco de las relaciones de vecindad, que se fundamentan en los arts. 590, 1902, 1908 y 7.2 CC[61] y en el art. 9.1.a),b) y g) LPH (obligaciones de cada propietario), así como en el art. 18 CE (en materia de ruidos). Si finalmente la sentencia es estimatoria, el órgano judicial podrá disponer la cesación definitiva de

57 SSTS 4 marzo 1992 (RJ 2163) y n.º 431/2003 29 abril 2003 (RJ 3041).

58 Señala la SAP Madrid, Secc. 14.ª, 7 octubre 2013 (JUR 2014, 3710) que: "la finalidad del mismo es obviamente evitar el pleito…Para que esta finalidad pueda cobrar realidad, es preciso, de un lado que el requerimiento llegue a los destinatarios, que no son otros que los infractores y de otro, que se otorgue a los requeridos un plazo razonable para llevar a cabo las actuaciones necesarias para eliminar las molestias".

59 Su omisión es causa de su rechazo *a limine litis* [SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 22 marzo 2016 (AC 722), SAP La Rioja, Secc. 1.ª, 26 abril 2017 (AC 1395) y SAP Madrid, Secc. 8.ª, 18 noviembre 2019 (AC 2020, 346)].

60 SSTS 14 octubre 2004 (RJ 6569) y 18 mayo 2016 (RJ 3676).

61 Este conjunto normativo regulador de las relaciones de vecindad, como afirma la SAP A Coruña, Secc. 6.ª, 11 septiembre 2009 (JUR 437420): "presta protección contra las inmisiones injustificadas, posibilitando la exigencia de su cese. La legitimación para exigir el cese sólo requiere la condición de perjudicado por las inmisiones" (FD 2.º).

la actividad dañosa para la finca, la reposición a la situación anterior a la infracción y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados (generalmente daños morales).

Volviendo a las acciones de recuperación y reintegración de los elementos comunes alterados, estas se deberán de dirigir frente al propietario o propietarios del elemento alterado en el momento de interponer la demanda y a quien se le podrá exigir la demolición. Si la obra ilícita la realizó el anterior propietario, el nuevo se subrogará en la posición del anterior, ya que la transmisión del bien no subsana los actos clandestinos o inconsentidos realizados, pues estamos ante una obligación *propter rem* derivada de los arts. 7 y 9 LPH[62].

Ante la falta de concreción de la LPH, cabría preguntarse ¿contra quién tiene que actuar la comunidad cuando es el arrendatario quien realiza las obras inconsentidas u ocupaciones ilícitas en los elementos comunes?[63]

Nuestros tribunales vienen manteniendo desde hace años que es el propietario, y no el arrendatario, el obligado frente a la comunidad por los daños y alteraciones producidas por este último en elementos comunes. Así de claro lo expresa la STS 18 diciembre 2009[64], primera que interpreta el alcance del art. 9.1.g) LPH tras su actual redacción. De acuerdo con la misma, el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones relacionadas con el art. 9 LPH le corresponde "única y exclusivamente al propietario. (…) de tal forma que las consecuencias de los actos de los inquilinos u ocupantes pueden hacerse repercutir en los dueños en virtud del carácter real o *propter rem*, que tienen todas las obligaciones del art. 9 de la Ley, y no en el infractor. Supone, por tanto, que el sujeto responsable frente a la comunidad del cumplimiento de las obligaciones que establece el art. 9 será siempre el dueño del piso o local, por más que la relación jurídico procesal pueda integrarse con el autor material de las obras, por ser a aquel y no a este a quien corresponde realizar las obras de reposición, si el infractor no lo hace o deja de ocupar el piso o local, respondiendo a la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias" (FD 1.º). Como consecuencia de estas consideraciones, en el pleito del que trae razón esta sentencia, el propietario debió responder frente

62 Madurga Soriano, D.: *Obras*, cit., p. 91. Véase también en esta dirección STS 9 marzo 2004 (RJ 2004, 815), en la que se pronuncia sobre la obligación del comprador de demoler las obras inconsentidas ejecutadas antes de la adquisición.

63 Más específico en su redacción, aclarando muchas de las dudas que aquí se suscitan, es el art. 553-37.2 CCCat. En él se establece expresamente la responsabilidad del propietario frente a la comunidad y terceros por los daños causados por su arrendatario en el incumplimiento de las obligaciones que le son propias en el ámbito de la propiedad horizontal, al decir que: "Los propietarios, en los casos de arrendamiento o de cualquier otra transmisión del disfrute del elemento privativo, son responsables ante la comunidad y terceras personas de las obligaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal".

64 STS 18 diciembre 2009 (RJ 2010, 295).

a la comunidad de la construcción de tres chimeneas instaladas en el muro interior del edificio por su arrendatario, condenándole junto a él a realizar a su costa y cargo las obras necesarias para suprimirlas.

De la casuística de las distintas sentencias de las Audiencias se constata un seguimiento de esta doctrina del TS, de tal forma que cuando la comunidad dirige su acción frente al propietario del inmueble y su arrendatario por obras no autorizadas en elementos comunes, se considera que ambos deben responder de forma solidaria[65]. Pero si la comunidad ejercita su acción solo frente al propietario, no cabe apreciar falta de legitimación pasiva, pues el verdadero y directo obligado frente a la comunidad en virtud del art. 9 LPH es el propietario[66]. Si bien resulta conveniente demandar también al arrendatario, ya que la demolición de las obras o la retirada de las instalaciones podrá afectar a la actividad que desarrolla en el inmueble o el propietario verse en la dificultad de ejecutar las obligaciones derivadas de la condena, si no tiene la posesión del bien[67].

3. Prescripción y tensión entre prescripción extintiva y usucapión.

Cuando se trata de recuperar los espacios comunes invadidos por obras o actuaciones inconsentidas, nuestro Tribunal Supremo deja sentado en sus últimas sentencias la naturaleza real de estas acciones (STS 14 septiembre 2016 y 4 mayo 2022). Por tanto, estamos hablando de un plazo de prescripción de treinta años, conforme a lo establecido en el art. 1963 CC.

Quedaría pendiente por ver una de las cuestiones que todavía está abierta en el ámbito doctrinal y es si se debe extinguir sin más la acción reivindicatoria por el transcurso del tiempo o es preciso que tenga lugar, además, la usucapión de elemento ocupado[68].

Aunque el Código civil regula conjuntamente la prescripción extintiva de las acciones reales y la usucapión (art. 1930), es comúnmente admitido que estamos ante dos figuras diversas. Sin embargo, sigue siendo una cuestión controvertida si, tras esta distinción, la acción real debe extinguirse sin más por el transcurso del tiempo cuando su titular no la ejercita en el plazo legalmente señalado (treinta

65 SAP Alicante, Secc. 9.ª, 18 octubre 2010 (JUR 2011, 23138), SAP Valencia, Secc. 6.ª, 4 noviembre 2011 (JUR 2012, 77155), y SAP Madrid, Secc. 14.ª, 4 diciembre 2014 (JUR 2015, 49932), entre otras.

66 Así SAP Madrid, Secc. 18.ª, 15 septiembre (JUR 230035), SAP Málaga, Secc. 4.ª, 12 junio 2017 (AC 1183) y las sentencias que en esta última se citan. Si bien, en aplicación de la doctrina sentada en la STS 18 diciembre 2009, cabría considerar [como manifiesta la SAP Alicante, Secc. 9.ª, 24 octubre 2011 (JUR 411808)] que el propietario tendrá un interés legítimo en que venga al proceso como demandado el arrendatario.

67 Madurga Soriano, D.: *Obras*, cit., p. 99.

68 De ahí que hayamos cogido como título de este epígrafe el de la monografía del profesor M. Yzquierdo Tolsada que lo expresa muy bien, pues se titula: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Dykinson, Madrid, 1998.

años sobre inmuebles)[69]; o bien su extinción sólo se produce cuando tiene lugar la adquisición por usucapión de otro sujeto[70].

Parece claro que una cosa es que la comunidad de propietarios no pueda obligarnos a retirar una obra no consentida sobre un elemento común por prescripción de la acción y otra muy distinta la adquisición de un derecho real sobre ese elemento. Adquisición que se puede referir no sólo al derecho de propiedad, sino, también a otros derechos reales que impliquen posesión, como las servidumbres. Con la lógica consecuencia, en este último caso, de que el nuevo titular del derecho adquirido por usucapión pueda valerse de las facultades y acciones inherentes a su derecho.

Aunque podemos pensar que el efecto práctico de la prescripción extintiva de la acción real y la usucapión es al fin y al cabo el mismo, esto es, la consolidación de la obra o instalación realizada o continuación con el uso no consentido; no es lo mismo el reconocimiento de un derecho por usucapión, que la circunstancia de que la comunidad conserve la propiedad sobre el elemento común, aunque no pueda reclamar el derecho lesionado porque este ha prescrito.

En este estado de cosas, debemos entrar a valorar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Tanto en la STS 11 julio 2012[71], como en la STS (Pleno) 19 noviembre 2012[72] consideró que la acción declarativa de la propiedad, pese a tener una naturaleza real: "no prescribe aisladamente considerada…mientras que el demandante sea portador de un interés legítimo…y resulte ser el propietario", por lo que estará legitimado para reclamar la declaración judicial de su derecho. "Del propio modo que una pretensión de tal contenido debería ser desestimada si es el demandante nunca fue dueño o hubiera dejado de serlo"[73].

69 Postura doctrinal mantenida entre otros por Albaladejo García, M.: "Comentarios a los artículos 1962 y 1963 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXV, vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 149 y ss.; Yzquierdo Tolsada, M.: *Las tensiones*, cit., pp. 44 y ss.; Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho Civil I Parte General, Volumen tercero. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Madrid, 2000, p. 338; y Paniza Fullana, A.: "La discutida cuestión de la prescripción extintiva y la usucapión en las acciones reales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3, 2013 (BIB 2013/1160).

70 Sostienen la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria mientras no se haya consumado la usucapión de un tercero, Díez-Picazo, L.: *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2.ª ed. 2007, pp. 54 y ss. Id.: "Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987)", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pp. 221 y ss.; De Pablo Contreras, P.: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 32 y ss.; y Espejo Lerdo de Tejada, M.: "La prescripción extintiva de las acciones confesoria y negatoria, en su relación con la usucapión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril 2016 (RJ 2016/1341) y al Auto del Tribunal Supremo de 1 junio 2016 (JUR 2016/128871), de la Sala de lo Civil", *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 41, 2016, pp. 307-325.

71 STS 11 julio 2012 (RJ 2012, 10117). Comentada por Martínez Velencoso, L. M.: *CCJC*, n.º 92, 2013, pp. 271-291.

72 La STS (Pleno) 19 noviembre 2012 (RJ 2013, 1246)

73 Sin embargo, en anteriores sentencias, como la STS 29 abril 1987 (RJ 1987, 2731) concluye que las acciones reales sobre bienes inmuebles se extinguen por el paso del tiempo sin su ejercicio y ello "como efecto

Aunque la verdadera naturaleza de la acción ejercitada en el caso de esta sentencia del Pleno –como señala el voto particular formulado por el Magistrado D. Francisco Marín a la misma[74]– fuera la reivindicatoria y no la declarativa, en la medida en que se trata de recuperar una finca poseída por otro[75], siendo el plazo prescriptivo de treinta años aplicable tanto a una como a otra (el art. 1963 CC se refiere genéricamente a las "acciones reales sobre bienes inmuebles"), la doctrina sentada por la STS (Pleno) 19 noviembre 2012 sería extrapolable también a la acción reivindicatoria. Y con esta interpretación nuestro Alto Tribunal se posiciona del lado de quienes sostenían la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria mientras no se haya consumado la posesión de un tercero.

En otras palabras, lo que viene defendiendo el TS en esta jurisprudencia, es que solamente si el demandado ha adquirido el dominio por usucapión podría apreciar el tribunal la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (o declarativa) ejercitada, de manera que la usucapión actuaría como un condicionante para que la prescripción extintiva pudiera producirse. Doctrina que se ha extendido también a la acción negatoria de las servidumbres, que protege la propiedad frente a servidumbres inconsentidas[76].

distinguible y separable y autónomo de la pérdida mediata del dominio que se sigue a través de la perfección de la usucapión". Seguida por otras posteriores como la STS 28 diciembre 2006 (RJ 2006, 9609).

74 Esta sentencia no es nada pacífica, pues cuenta con dos votos particulares. El voto particular realizado por el Magistrado D. Antonio Salas Carceller, que sostiene que tanto la acción reivindicatoria como la declarativa de la propiedad, en tanto acciones de carácter real, prescriben sin más (de acuerdo con el tenor de lo dispuesto en los arts. 1962, 1963 CC y *a sensu contrario* 1965 CC, que no enumera entre las acciones imprescriptibles ni a la reivindicatoria ni a la declarativa). De forma que, aunque nadie haya llegado a usucapir la cosa, tales acciones se extinguen por respeto a un principio elemental de seguridad jurídica.
El otro voto particular fue formulado por el Magistrado D. Francisco Marín (al que se adhiere el Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo), que va en la dirección de considerar que esta sentencia creaba "incertidumbre jurisprudencial e inseguridad jurídica". Por cuanto consideran que la prescripción de las acciones reales es un mecanismo autónomo respecto de la usucapión, y está fundada en la seguridad jurídica derivada del transcurso del tiempo y en la Constitución (art. 9.3). Asimismo, se prescinde de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 241/1992, de 21 de diciembre), que distingue entre la acción y el derecho que mediante la misma se intente hacer valer, lo que acaba conculcando la dimensión procesal de la acción como medio de acceso a la jurisdicción.

75 La STS (Pleno) de 19 de noviembre de 2012 resuelve el recurso formulado por un matrimonio que pretendió la declaración de su cotitularidad sobre varias fincas y en particular sobre la mitad indivisa de una calificada como urbana, que se encontraba doblemente inmatriculada a nombre de los demandantes y de los demandados. Estos últimos acreditaron durante el proceso que desde el año 1959 la finca litigiosa era una y había sido adquirida por la esposa y madre de los demandados en escritura pública en los años 1963 y 1964, que la poseyeron desde julio de 1964 y a partir de un acto de conciliación (sin avenencia de los contendientes) de forma pública, pacífica e ininterrumpida. Atendiendo a estos hechos, el Juzgado de Primera Instancia de Cambados desestimó íntegramente la demanda porque entendió que los demandantes habían adquirido el dominio de las fincas por usucapión. No obstante, la AP de Pontevedra, que igualmente declinó el recurso de apelación, lo hizo en consideración a que la acción declarativa de dominio ejercitada por los demandantes había prescrito por el transcurso del plazo de 30 años establecido en el art. 1963, en relación con el 1969 del CC. El TS no apreció el recurso de casación, a pesar de que consideró que la acción del demandante no había prescrito y los demandados habían adquirido el dominio por usucapión, por aplicación de la jurisprudencia sobre la equivalencia de resultados, contenida en numerosas sentencias de esta Sala [entre ellas las SSTS 30 marzo 2011 (RJ 2011, 3134) y 13 julio 2012 (RJ 2012, 8359)] y conforme a la que procede desestimar el recurso cuando, no obstante ser merecedor de estimación, la decisión recurrida deba ser mantenida con otros argumentos.

76 Como se desprende de la STS 15 abril 2016 (RJ 2016, 1341). *Véase* aquí Espejo Lerdo de Tejada, M.: "La prescripción", cit., pp. 314-319 quien afirma que "es una solución que asegura que no pueda cobrar carta de naturaleza una restricción ilegal del derecho de propiedad que no se haya consolidado como derecho real"

¿Cuáles son las consecuencias de esta interpretación jurisprudencial? En el ámbito de la propiedad horizontal, puede llevar a que la acción real (reivindicatoria, declarativa o negatoria, en su caso) que pueda ejercitar la comunidad frente al propietario que ha ocupado elementos comunes, sea considerada imprescriptible, en tanto en cuanto el demandado no pueda acreditar que ha adquirido por usucapión (art. 1959 CC). De tal manera que, como ha señalado una parte de la doctrina, no podría invocarse en estos casos la prescripción de la acción y la comunidad de propietarios podría recuperar la posesión de la parte del inmueble ocupada por el comunero en cualquier momento[77]. Sólo decaería su derecho si el demandado invocara a su favor la usucapión ganada, siendo la prescripción de la acción reivindicatoria un efecto reflejo de aquella[78].

La cuestión desde luego no es baladí en el ámbito que nos ocupa, pues se trata de averiguar si es posible apreciar que la acción real puede prescribir frente a quien no ha podido adquirir por usucapión el bien que está poseyendo (porque por ejemplo se considere una posesión tolerada por la comunidad); o bien hay que mantener la línea sentada por la sentencia del Pleno de 19 de noviembre de 2012 y considerar legitimada a la comunidad para el ejercicio *sine die* de las acciones declarativas, reivindicatorias o negatorias, frente al comunero que ha ocupado elementos comunes y no pueda acreditar la usucapión.

Seguramente la postura más favorable para la comunidad de propietarios sea la que propugna el Tribunal Supremo en su sentencia del Pleno de 2012, de manera que mientras no se haya producido usucapión[79], la comunidad puede reclamar el espacio ocupado si es "portadora de un interés legítimo". A su vez, lo que habría que hacer también es que los tribunales fueran más permeables a la idea de que es posible adquirir por usucapión (ordinaria o extraordinaria) los elementos comunes cuando se cumplen los requisitos para ello, tema sobre el que ahora no voy a entrar y abordé en un anterior trabajo[80].

Por último, y siguiendo con la prescripción de las acciones en defensa de los derechos de la comunidad de propietarios frente a la alteración y ocupación de

y "es coherente con el hecho de que ni el derecho de propiedad, ni sus concretas facultades, se extinguen en nuestro sistema por el no uso, salvo que otro sujeto los adquiera por usucapión".

77 Escrig Orenga, M. C.: "Propiedad Horizontal: la modificación de los elementos comunes y privativos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Comunidad de bienes* (coord. por M. J. Reyes López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 828 y 830.

78 Cabezuelo Arenas, A.L.: *La usucapión de elementos comunes en la propiedad horizontal. ¿Pueden los propietarios de pisos o locales apropiarse de superficies comunes por el paso del tiempo?*, Reus, Madrid, 2023, p. 179.

79 Sobre la alegación de la usucapión en el juicio seguido por acción reivindicatoria véase en particular Barceló Doménech, J.: "Ejercicio de la acción reivindicatoria y efectos de la usucapión ganada", *Revista de Derecho Privado*, n.º 6, nov.-dic., 2014, pp. 3-29.

80 Véase al respecto Múrtula Lafuente, V.: ¿Es posible la usucapión de elementos comunes en la propiedad horizontal?, *Revista de Derecho Privado*, 2018, pp. 22 y ss. Y también el más reciente de Cabezuelo Arenas, A.L.: *La usucapión,* cit.

elementos comunes, cuando se trata de acciones posesorias, habrá que tener en cuenta que estas caducan al año desde que se produjo el acto de apropiación y que el ejercicio de cualquiera de estas acciones interrumpiría el plazo de una hipotética usucapión iniciada por alguno de los comuneros (art. 1945 CC), siendo otros mecanismos de interrupción prescriptiva el acto de conciliación (siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre la posesión o el dominio de la cosa cuestionada -art. 1947 CC-); o bien cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño (art. 1948 CC).

V. LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO TÁCITO Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD.

Los tribunales no siempre dan la razón a las comunidades de propietarios en los casos de obras inconsentidas realizadas por algún vecino, sobre todo si ha transcurrido un periodo importante de tiempo y/o la oposición de la comunidad a esas obras carece interés, porque no ocasionan ningún perjuicio.

Una de las cuestiones que se ha planteado y debatido en el ámbito de la propiedad horizontal y que está relacionada con el tema aquí estudiado, es el valor del silencio por parte de la comunidad, la relevancia del comportamiento del resto de los propietarios que consienten una determinada situación, cuando la comunidad ejerce una acción contra estas obras inconsentidas[81], pasado un periodo considerable de tiempo y pareciendo que con el paso del tiempo ha habido un consentimiento tácito de esa situación por parte de la comunidad.

En estos casos, el tiempo transcurrido desde que se ejecutó la obra por el comunero o se ocupó el espacio común, junto con otras circunstancias adicionales, puede ser determinante para entender que ha habido un ejercicio del derecho contrario a la buena fe (art. 7.1 CC), consolidando así la obra realizada. Y ello por cuanto, en algunas ocasiones, como vamos a ver, el Tribunal Supremo ha apreciado que "el transcurso pacífico de un largo período de tiempo (sin formular reclamación alguna), debe de producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones

81 Sobre el tema véase Hornero Méndez, C.: "Tacitismo y propiedad horizontal: consentimiento tácito en la alteración de elementos comunes. Comentario a la Sentencia del TS de 19 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 152)", *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 17, 2006, pp. 349-356; Colina Garea, R.: "Comentario a la STS de 16 de julio de 2009 (RJ 2009, 4476)", *CCJC*, n.º 83, 2010, pp. 985-1015; Cordero Cutillas, I.: "Mantenimiento de la alteración unilateral de elemento común en la Propiedad horizontal: criterio jurisprudencial", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vicente L. Montés Penadés*, T. I (coord. por F. Blasco Gascó, M. E. Clemente Meoro, F. J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa y R. Verdera Server), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 665-681; Castilla Barea, M. "Comentario a la STS de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3787)", *CCJC*, n.º 90, 2012, pp. 153-168; Madurga Soriano, D.: *Obras*, cit., pp. 18 y ss.

contractuales y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los propios actos y las normas de la buena fe" (STS 16 octubre 1992)[82].

1. Las condiciones para que exista consentimiento tácito y las actuaciones contrarias a la buena fe (el retraso desleal o *Verwirkung*).

Frente a una determinada línea minoritaria, que considera que el conocimiento por parte de la comunidad de las obras realizadas unilateralmente por un propietario que afecten a elementos comunes del edificio y su inactividad, no implica necesariamente un consentimiento tácito a las mismas. Recogida en resoluciones como la STS 19 diciembre 1990[83], o la STS 10 junio de 2002[84], donde el TS mantuvo que no hay que confundir el "consentimiento tácito" con la inactividad durante un cierto periodo de tiempo "ya que, si se actuara conforme a una interpretación laxa se procedería por esta vía soterrada a acortar, sin fundamento razonable, el tiempo para el válido ejercicio de la acción, antes de que ésta se extinga por prescripción"[85]. La jurisprudencia predominante del TS, sin embargo, va en la dirección de interpretar el silencio y la falta de actuación de la comunidad de propietarios como un consentimiento tácito determinante para producir el efecto de tener por renunciado el derecho a atacar las obras inconsentidas[86]. De esta forma se flexibiliza, vía jurisprudencial, el régimen establecido en la LPH para la adopción del acuerdo sobre alteración de elementos comunes, que exige como regla general la unanimidad (art. 17. 6.º LPH).

Ahora bien, se trata, como señala nuestro Alto Tribunal, de situaciones concretas, donde una determinada relación entre los propietarios y las circunstancias del caso evidencian que "el modo corriente y normal de proceder, implica el deber de

82 STS 16 octubre 1992 (RJ 1992, 7829). En esta sentencia el demandado adquiere el piso en el año 69 y sobre el patio construyó la habitación que se cuestiona en la demanda. Quedó acreditado en el juicio que el constructor fue quien consintió y autorizó la construcción de la habitación de la terraza, mientras que el resto de los propietarios, bien consintieron la edificación cuando se realizó, bien dejaron transcurrir 20 años sin formular reclamación alguna. Este largo transcurso de tiempo lleva al Alto Tribunal a entender renunciado el derecho a reclamar (sentencia comentada por Dávila González, J., en *CCJC*, n.º 30, 1992, p. 895-903).

83 STS 19 diciembre 1990 (RJ 1990, 10287). En este caso el demandado convirtió dos ventanas existentes en la fachada del edificio (elemento común) en sendas puertas para el acceso directo desde la calle a su vivienda, y habían transcurrido nueve años desde la realización de las obras hasta la interposición de la demanda por parte de sus otros dos hermanos, propietarios del resto de los pisos del inmueble sujeto a propiedad horizontal. Esta sentencia cuenta con un voto particular que después sentó la doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento tácito (véase el comentario a esta sentencia de Blasco Gascó, F. en *CCJC*, n.º 25, 1991, p. 153-165). Esta sentencia fue seguida por otras posteriores como las SSTS 11 julio 1994 (RJ 1994, 6388), 27 junio 1996 (RJ 1996, 4795).

84 STS 10 junio 2002 (RJ 2002, 8580). En este caso la controversia procesal versa sobre el uso indebido por un establecimiento comercial del suelo común al instalar en él terrazas. Mientras que la AP había estimado que el paso de los 7 años de tiempo, desde que la terraza estaba instalada hasta que la comunidad requirió su restablecimiento al estado original, había sido tiempo más que suficiente para considerar que se había producido un consentimiento en la utilización de esa zona común.

85 En esta dirección también STS 9 enero 2012 (RJ 2012, 1775).

86 Así, SSTS 28 abril 1992 (RJ 1992, 4467); 16 octubre 1992 (RJ 1992, 7829); 13 julio 1995 (RJ 1995, 5963); 3 octubre 1998 (RJ 1998, 7326); 31 enero 2007 (RJ 2007, 590); 5 noviembre 2008 (RJ 2008, 5897); 16 julio 2009 (RJ 2009, 4476); y 13 marzo 2013 (RJ 2013, 2419), entre otras.

hablar y, concretamente, de manifestar conformidad u oposición (de la comunidad) a una situación que puede afectar a sus derechos, porque si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe" (art. 7.1 CC) (STS 23 octubre 2008)[87].

Idea que encaja con la conocida doctrina del retraso desleal o *Verwirkung* en el ejercicio de los derechos, que no hay que confundir con la prescripción extintiva –aunque tenga ciertas conexiones–, pues estamos ante una conducta contraria a la buena fe consistente en el ejercicio del derecho realizado tan tardíamente, que la otra parte pudo pensar que no iba a hacerlo valer en vista de las circunstancias objetivas y es contemplado como un medio de excepción o paralización de la acción no prescrita. El retraso desleal o *Verwirkung,* por tanto, persigue una finalidad objetiva de normalización de situaciones jurídicas[88].

De manera que, como señala la doctrina jurisprudencial, habrá que estar a los hechos concretos para decidir si el silencio debe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad (y en consecuencia puede actuar como medio de paralización de la acción). Pues el mero conocimiento de las obras o su tolerancia no son expresivos por sí solos de tal consentimiento (STS 27 junio 2011)[89]. Es más, el consentimiento tácito comprobado en relación con unas obras realizadas en el pasado, no equivale a un consentimiento tácito genérico para obras de futuro que afecten a elementos comunes, aunque el elemento común sea el mismo (STS 29 febrero 2012)[90].

Consiguientemente, el problema estará en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse el silencio como una tácita manifestación de ese consentimiento[91],

87 STS 23 de octubre 2008 (RJ 2008, 5788).

88 Véase aquí con mayor detalle, Díez-Picazo, L.: *La prescripción*, cit. pp. 84-91.
En este sentido, cuando hablamos de obras realizadas en el ámbito de la propiedad horizontal, Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "Comentario a la Sentencia de 26 de noviembre de 2010", *CCJC*, n.º 87, 2011, afirma que habría que distinguir lo que constituye propiamente un consentimiento tácito, de un retraso desleal contrario al ejercicio del derecho acorde con la buena fe (art. 7.1 CC). El primer supuesto encajaría mejor en aquellos casos donde la obra realizada ha sido tratada en la junta de propietarios, pero no se llega a un acuerdo o el propietario se extralimita respecto de lo acordado, donde se podría hablar de consentimiento tácito si hay tolerancia prologada en el tiempo. Mientras que el retraso desleal actuaría en aquellos casos donde hay una actuación unilateral sin protestas durante un tiempo prolongado, y el comunero ha podido confiar que la misma no sería objeto de controversia. Si bien ambas categorías llegan al mismo resultado.

89 STS 27 junio 2011 (RJ 2011, 4893).

90 STS 29 febrero 2012 (RJ 2012, 4996), donde la Sala sí apreció que había habido consentimiento tácito respecto de unas obras realizadas hace más de catorce años. Sin embargo, puntualizó que "esta actitud comunitaria frente a tales obras, no puede traducirse en un consentimiento irrevocable y de futuro para que el hotel pueda realizar todas aquellas que considere oportunas, afecten o no a un elemento común, tan esencial como es la pared de cierre del edificio", donde volvió a abrir un nuevo hueco en otra de las plantas para llevar a efecto una nueva comunicación entre su hotel y unos nuevos inmuebles adquiridos en el edificio colindante.

91 A modo de ejemplo, véanse las SSTS, 9 febrero y 29 febrero 2012 (RJ 2012, 1775 y 4996, respectivamente) –en esta última se concluye que el consentimiento tácito de unas obras realizadas en el pasado, no equivale a un consentimiento tácito genérico para obras de futuro que afecten a elementos comunes, aunque el elemento común sea el mismo-; y SSTS 6 marzo 2013 (RJ 2013, 2923), 4 octubre 2013 y 14 septiembre 2016 (RJ 2016, 4108).

donde "deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento" (STS 6 marzo 2013)[92].

Estos actos o conductas que se han de agregar al mero silencio, suponen en algunos casos que previamente debe haber habido conocimiento de los hechos que motivan la actuación unilateral inconsentida del propietario (por lo que habrá que acreditar el conocimiento de las obras ejecutadas) y que se han producido otros hechos que impliquen la tácita aceptación de los demás copropietarios[93].

Así, por ejemplo, en la STS 5 noviembre 2008[94], las obras de cerramiento de las terrazas podían observarse desde la vía pública, por lo que había conocimiento de ellas por parte de los vecinos; en la STS 28 marzo 2012[95], considera también el Supremo que existió consentimiento tácito de unas obras en elementos comunes, cuando se dividió un bajo comercial en dos locales distintos para el desarrollo de dos actividades comerciales diferentes y desde entonces se giraron dos recibos de comunidad para cada uno de ellos; y en la STS 13 marzo 2013[96] la comunidad había exigido al comunero la conclusión de las obras que ejecutaba en un plazo determinado debido a las molestias que generaban. Por tanto, en todas estas sentencias se apreció que el ejercicio de las acciones entabladas por la comunidad de propietarios era contrario a la buena fe, porque se conocían y a pesar de ello, se accionó de forma tardía y contraria a la buena fe.

No obstante, el silencio tácito puede apreciarse cuando no se lleva a cabo más acto o comportamiento por parte de la comunidad que la mera inactividad, sin venir acompañado de otros hechos o conductas concluyentes (v.gr. STS 16 julio 2009)[97].

Esta especie de atajo temporal que proporciona la doctrina del consentimiento tácito, para convertir lo común en privativo o consolidar las obras inconsentidas, no se puede sin embargo generalizarse –como advierte el Tribunal Supremo– pues si no "dotaría al sistema de una evidente dosis de inseguridad jurídica tanto

92 STS 6 marzo 2013 (RJ 2013, 2923). En este caso, el TS consideró que no existió consentimiento tácito de la comunidad en el uso privativo por un local de hostelería de elementos comunes (zona de tránsito y fachada), durante casi veinte años, mediante la instalación de un cerramiento y cubierta de aluminio y cristal, toda vez que constaban requerimientos expresos efectuados en distintas juntas de propietarios celebradas al menos desde el año 1997, instando a los demandados a que cesaran en la ocupación o al menos retribuyeran a la comunidad en el uso privativo de los elementos comunes.

93 Nótese aquí que, no se considera que hay consentimiento tácito de la comunidad, cuando el propietario que quiere atacar las obras ilícitamente realizadas pretende que se debata en la correspondiente Junta, pero este punto no se introduce en el orden del día, como es el caso de la STS 22 diciembre 2021 (RJ 2022, 227).

94 STS 5 noviembre 2008 (RJ 2008, 5897).

95 STS 28 marzo 2012 (RJ 2012, 5590).

96 STS 13 marzo 2013 (RJ 2013, 2419).

97 STS 16 julio 2009 (RJ 2009, 4476).

con relación al tiempo que se debe computar para procurar esa conversión como a los actos que son necesarios para consolidarla" (STS 4 octubre 2013)[98].

De manera que la Sala 1.ª nos recuerda que esta doctrina es aplicable: i) con carácter excepcional y requiere que se refiera ii) a alteraciones de elementos comunes que resulten inocuas para los demás comuneros, iii) hayan sido toleradas durante años, y iv) la oposición no reporte beneficio alguno para la comunidad (STS 20 noviembre 2007)[99]. Aparte de estos criterios generales, no podemos decir, sin embargo, que la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Supremo haya sido mucho más clara a la hora de precisar los criterios delimitadores para la apreciación del consentimiento tácito de la comunidad.

En concreto, respecto a lo que debe entenderse como "largo periodo de tiempo" no se aprecia un criterio uniforme. Pues si bien en algunos casos el tiempo transcurrido desde la realización de las obras parece lo suficientemente dilatado como para considerar contraria a la buena fe una actuación tan tardía de la comunidad que ha dejado transcurrir más de 15 años hasta incoar la acción. Por poner algunos ejemplos, fueron 20 años en las sentencias del TS 16 octubre 1992[100]; 16 julio 2009[101] y 12 enero 2022[102]; 18 años en las sentencias del TS 13 julio 1995[103]; y 19 diciembre 2005[104]; y 17 años en el caso de la STS 31 enero 2007[105]. En otras ocasiones, sin embargo, el plazo es bastante inferior. Así, en la STS 3 octubre 1998[106] es de 10 años para una escalera interior de unión entre un piso bajo y un local; en la STS 5 octubre 2007[107], para la instalación de una chimenea de extracción de humos en un local de planta baja habían transcurrido 8 años; y en la STS 5 noviembre 2008[108] relativa a un cerramiento de terraza entre 7-15 años antes de la presentación de la demanda. En algún caso asilado podemos incluso hablar de un plazo bastante corto para considerar que haya habido consentimiento tácito de la comunidad, como el que resultó en la STS

98 STS 4 octubre 2013 (RJ 2013, 7439). Obsérvese que en el asunto litigioso que trae causa esta sentencia no apreció la Audiencia ni el Supremo consentimiento tácito en unas obras realizadas por un local sobre un elemento común que tenían 15 años.

99 STS 20 noviembre 2007 (RJ 2008, 249). De acuerdo con esta sentencia, el mero conocimiento no equivale al consentimiento. Esto es, el hecho de que unos propietarios puedan tener conocimiento de unas obras, en modo alguno equivale al consentimiento prestado a las mismas, cuando se omiten las concretas formalidades legales establecidas por la LPH.

100 STS 16 octubre 1992 (RJ 1992, 7829).

101 STS 16 julio 2009 (RJ 2009, 4476).

102 STS 12 enero 2022 (RJ 2022, 54).

103 SSTS 13 julio 1995 (RJ 1995, 5963), véase el comentario a la misma de Gete-Alonso Calera, M..C, en *CCJC*, n.º 40, 1996, p. 77-90.

104 STS 19 diciembre 2005 (RJ 2006, 152).

105 STS 31 enero 2007 (RJ 2007, 590).

106 STS 3 octubre 1998 (RJ 1998, 7326).

107 STS 5 octubre 2007 (RJ 2007, 6469)

108 STS 5 noviembre 2008 (RJ 2008, 5897).

28 abril 1992[109], donde fueron tan sólo cuatro años, quizás porque las obras se realizaron durante la construcción del edificio por el promotor de la misma.

Toda esta inconcreción sobre los criterios para que opere el consentimiento tácito crea inseguridad jurídica y ha sido criticada por la doctrina, que aboga en esta materia por seguir los plazos de la prescripción extintiva y la usucapión[110].

La doctrina jurisprudencial del consentimiento tácito también ha sido aplicada por las Audiencias, siendo más las resoluciones que, atendiendo a las circunstancias del caso, rechazan su aplicación, que las que lo aprecian[111].

Entre las que aprecian el consentimiento tácito, la mayor parte de ellas se justifican por el dilatado periodo de tiempo que tardó en reaccionar la comunidad de propietarios frente a las obras inconsentidas. Así, a modo de ejemplo, más de treinta años en el caso de la SAP Barcelona, Secc. 16.ª, 19 junio 2002[112], relativa a la instalación de un cobertizo en la azotea del inmueble, autorizado por el entonces único propietario del entero edificio al que fue arrendatario y luego propietario; en la SAP Madrid, Secc. 11.ª, 25 abril 2016[113], desde el cerramiento de la plaza de aparcamiento, anexionando el cuarto de contadores colindante y dando lugar a un local de 40 m², habían pasado más de 20 años; en el caso de la SAP Valladolid, Secc. 1.ª, 23 mayo 2016[114], 27 años desde el cerramiento de terraza común de uso privativo; y en la SAP Valladolid, Secc. 1.ª, 19 mayo 2016[115] desde el cerramiento de la terraza de uso privativo habían pasado 24 años hasta que la comunidad reaccionó.

A pesar del paso del tiempo, cabe entender que no puede pretenderse tal consentimiento tácito cuando la alteración ejecutada se revela como contraria a la normativa urbanística y directamente perjudicial para los intereses de la comunidad. Como es el caso de la SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª, 22 abril 2014[116], donde la construcción inconsentida sobre la terraza comunitaria afectaba a la escorrentía natural de las aguas del terreno, siendo aconsejable la demolición de la obra para

109 STS 28 abril 1992 (RJ 1992, 4467).

110 En este sentido, Gete Alonso y Calera, M.C.: "Comentario", cit., p. 89; Colina Garea, R.: "Comentario", cit., p. 1009; Cabezuelo Arenas, A. L.: *La usucapión*, cit., p. 226-227; Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Las obras", cit., pp. 248 y ss.; y Ordás Alonso, M.: *Propiedad horizontal*, cit., pp. 432-433.

111 De entre todas las sentencias estudiadas, llama la atención la SAP A Coruña, Secc. 6.ª, 9 junio 2016 (AC 2016, 1254) que aprecia consentimiento tácito en la división de un piso en dos viviendas a pesar de que la presidenta de la comunidad había interpuesto una denuncia ante el Ayuntamiento en la que manifestaba que se estaban realizando obras en la terraza del edificio sin autorización de la comunidad y que el comportamiento de la comunidad frente a los demandados había sido beligerante desde el principio de las obras.

112 SAP Barcelona, Secc. 16.ª, 19 junio 2002 (JUR 2002, 269855).

113 SAP Madrid, Secc. 11.ª, 25 abril 2016 (JUR 2016, 142675).

114 SAP Valladolid, Secc. 1.ª, 23 mayo 2016 (JUR 2016, 173602).

115 SAP Valladolid, Secc. 1.ª, 19 mayo 2016 (JUR 2016, 153700).

116 SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª, 22 abril 2014 (JUR 2014, 136378).

garantizar el correcto aseguramiento de tierras en dicha zona comunitaria, donde se apoya la cimentación del edificio. Por lo que no fue relevante que la obra tuviera una antigüedad entre 20 a 25 años.

2. El abuso del derecho y el principio de igualdad de trato.

La doctrina del consentimiento tácito, que obliga a ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), se compagina jurisprudencialmente con la del abuso del derecho (art. 7.2 CC) y el principio de igualdad de trato (art. 14 CE) en materia de obras inconsentidas.

En concreto, la doctrina del abuso del derecho "se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho exigiendo su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)" (STS 27 octubre 2011)[117].

En este entendimiento, el Tribunal Supremo ha señalado que los elementos esenciales del abuso del derecho son[118]: 1.º) el uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2.º) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3.º) inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada en forma objetiva (anormalidad en el ejercicio del derecho) o subjetiva (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo). Por lo que, "la actuación calificada como abusiva no puede entenderse fundada en una justa causa y su finalidad no será legítima" (STS 12 enero 2022)[119].

En materia de propiedad horizontal "el abuso del derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma" (STS 26 septiembre 2012 y las que en ella se citan)[120].

117 STS 27 octubre 2011 (RJ 2016, 3938), recogiendo lo dicho por la STS 1 febrero 2006 (RJ 2006, 711).

118 Siguiendo la conocida jurisprudencia del TS sobre el abuso del derecho que recoge la STS 2 julio 2002 (RJ 2002, 5834), cuando habla de las pretensiones de la comunidad.

119 STS 12 enero 2022 (RJ 2022, 54).

120 La STS 26 septiembre 2012 (RJ 2012, 9018) declara abusiva y con ausencia de interés legítimo la acción ejercitada frente a obras en la cubierta, habiéndose ejecutado una nueva, muro y forjado, en tanto comporta una "importantísima mejora en el conjunto del inmueble" sin afectación de la estabilidad del edificio y ningún daño o perjuicio a terceros. La restitución al estado originario era, además, casi imposible desde el punto de vista técnico. Pero, en cambio, califica de legítimo el interés de la demandante en cerrar

Esta doctrina es aplicable también a la posibilidad de impugnar acuerdos comunitarios que hayan sido adoptados con abuso de derecho [art. 18.1 c) LPH][121]. De tal manera que cuando alguno de los propietarios mantiene una postura obstruccionista que impide alcanzar la unanimidad o la mayoría del acuerdo preciso para aprobar una obra, sin que exista causa, motivo o fundamento para el voto contrario a la autorización y la alteración del elemento común es mínima, no afectando a la estética, ni a la seguridad del edificio, ni compromete su estabilidad, convierte dicha negativa en injustificada y arbitraria, y, por tanto, roza el abuso del derecho, por lo que permite su sustitución por la voluntad judicial en virtud de lo dispuesto en el art. 17.7 LPH (STS 9 diciembre 2010)[122].

Resulta también frecuente que el vecino demandado achaque discriminación de trato (contraria al art. 14 CE) cuando las obras por él realizadas han sido impugnadas por la comunidad, mientras que otras no lo han sido, amparándose en la ilegalidad de los otros propietarios.

En cuanto al principio de igualdad de trato en las obras realizadas por distintos propietarios sobre los elementos comunes, el TS ha declarado que no cabe estimar una discriminación o desigualdad de trato cuando, de las circunstancias fácticas del caso concreto, se desprende que las actuaciones emprendidas se sustentan en unas finalidades claramente amparadas en la norma (arts. 12 y 17.1 LPH). Por lo que el principio de igualdad de trato "encuentra un límite en el principio de legalidad, cesando su virtualidad cuando esa igualdad conduzca al mantenimiento o constitución de situaciones ilegales o disconformes a derecho" (STS 16 octubre 2002)[123]. Sin que, por otro lado, pueda resultar abusiva la actuación de la comunidad o de algún propietario cuando persigue una finalidad que beneficia al conjunto de ellos, como puede ser la preservación de la fachada del edificio respecto de alteraciones no autorizadas (STS 17 junio 2015)[124].

---

la apertura de dos huecos hechos en el edificio por la demandada que pueden crear servidumbre y son innecesarios para su negocio.
En ocasiones, la actuación de la comunidad ha sido amparada, aunque se podría estimar que ejerció su derecho de forma abusiva. Este es el caso, a juicio de Estruch Estruch, de la STS 10 octubre 2007 (RJ 2007, 8420), comentada en *CCJC*, n.º 78, 2008, donde considera que existían razones suficientes para pensar que la comunidad actora, a la que le dieron la razón, actuó abusivamente al exigir que unas obras realizadas en dos locales de la ONCE, que no causaban perjuicio a la comunidad, fueran demolidas.

121 Véase con mayor detalle, Carrasco Perera, Á. / González Carrasco, M. C.: "Comentario al art. 18 de la LPH", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 746-752.

122 STS 9 diciembre 2010 (RJ 2011, 1409). En este caso la obra pretendida era una escalera interior para comunicar la planta baja y la primera, pertenecientes al mismo propietario, lo que afectaría solo al forjado y tarima de su planta primera, sin que afectara a la estructura general de edificio, ni a su resistencia o estabilidad.

123 STS 16 octubre 2022 (RJ 2002, 8898).
Así viene a aceptar la posibilidad de recurrir al principio de igualdad de trato en supuestos de cerramientos de terrazas, aunque rechaza su aplicación cuando se produce la invasión de una zona común con el cerramiento sin estar amparada en ningún título [STS 20 junio 2011 (RJ 2011, 4644)].

124 STS 17 junio 2015 (RJ 2015, 4476). En este caso la comunidad sólo había autorizado a los pisos bajos el cerramiento en la zona del salón en el año 2003 y el demandado había realizado en el año 2008 una obra

La apreciación de los hechos por los tribunales de instancia sobre si ha existido o no desigualdad de trato o consentimiento tácito tiene un especial valor, pues –como es sabido– es doctrina constante de la Sala 1.º que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada. Como consecuencia de lo cual, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida, constituyendo causa de inadmisión recurrente que se vuelva a someter a su consideración los que en su día fueron apreciados por los Tribunales de apelación[125].

En suma, atendiendo a todo lo expuesto, para que prospere la impugnación de la alteración de elementos comunes sin consentimiento de la comunidad y se pueda ejercitar el *ius prohibendi* del art. 7 LPH, es preciso que no haya transcurrido un dilatado periodo de tiempo sin formular reclamación, si hay conocimiento de los hechos por parte de los otros propietarios, la alteración no resulta inocua (art. 7.1 CC); ni la pretensión discriminatoria respecto de otros comuneros que han realizado obras similares, contraviniendo el principio de igualdad de trato (art. 14 CE)[126]; y la obra produce algún quebranto o perjuicio para cualquier propietario o para la comunidad (art. 7.2 CC).

Desde luego, más sencillo hubiera sido la previsión de este tipo de situaciones por parte de la LPH, como ha hecho el legislador catalán en el art. 553-36.4 del CCCat., al entender que la comunidad ha dado su consentimiento a las obras no autorizadas realizadas por el propietario, cuando la ejecución de las mismas es "notoria, no disminuye la solidez del edificio ni supone la ocupación de elementos comunes ni la constitución de nuevas servidumbres y la comunidad no se ha opuesto en el plazo de caducidad de cuatro años a contar desde la finalización de las obras". Fijando de esta forma que, pasado este plazo de caducidad (por lo que no podrá ser interrumpido), si no ha habido impugnación, existe consentimiento presunto de la comunidad a las alteraciones de menor calado realizadas de forma inconsentida en elementos comunes[127].

de remodelación, afectando a la cubierta, cerramientos de la fachada, ancho de los huecos de la ventana y de salida del salón y acabados del edificio.

125 Así, entre los más recientes, ATS 20 septiembre 2023 (JUR 2023, 357837) respecto de un cerramiento realizado en un patio común de uso privativo; ATS 8 febrero 2023 (JUR 2023, 210517) en relación a si hubo consentimiento tácito respecto de la conducta obstativa del presidente demandado; ATS 20 julio 2022 (JUR 2022, 255923) en relación con el cerramiento de una terraza; ATS 7 julio 2021(JUR 2021, 227367) en relación con un toldo.

126 SSTS 31 octubre 1990 (RJ 1990, 8277) y 5 marzo 1998 (RJ 1998, 1577). En ambas sentencias se trata de dar uniformidad a un elemento común alterado o modificado, cual es, la fachada del edificio, por lo que, en aras a la igualdad, se permite el cerramiento de la terraza privativa en iguales términos a los cerramientos ya existentes, -sobre los cuales la comunidad de propietarios no realizó actuación alguna, consintiéndolos tácitamente-, y se elimina, de ese modo, la afectación o modificación anterior de la fachada.

127 Como precisa la STSJ Cataluña 24 marzo 2021 (RJ 2021, 4200): "la interpretación sistemática de las normas en juego permite concluir que las obras que conllevan la ocupación de elementos comunes –un ejemplo

En fin, ya en trámite de conclusiones y teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos afirmar que la aplicación de la doctrina del consentimiento tácito en el caso de ocupación y alteración de elementos comunes lleva a una situación *de facto* que implica no poder exigir al copropietario que reintegre el bien a su anterior estado, conforme declara la sentencia que la aprecia, sin dejar de ser un elemento común al que el tribunal reconoce un determinado uso exclusivo, cuando hablamos de un espacio común ocupado. Esta situación de hecho, reconocida judicialmente, no impide, sin embargo, que en el futuro el resto de comuneros puedan revocar este consentimiento tácito en cuanto al uso exclusivo de ese elemento y asignarle otro uso o reclamarlo[128]. Lo que, desde luego, crea bastante incertidumbre jurídica y hace que nos debamos plantear que en estos casos debe jugar la prescripción de las acciones reales (art. 1963 CC) y la usucapión ganada, cuando hablamos de ocupación de elementos comunes.

Bajo mi punto de vista, la solución aportada por el legislador catalán resulta útil y da seguridad jurídica a todas las obras inconsentidas, estableciendo un doble régimen jurídico. Por un lado, estarían aquellas alteraciones menores, que no disminuyen la solidez del edificio ni suponen la ocupación de elementos comunes, ni la constitución de nuevas servidumbres (v.gr., todo lo relativo a elementos ornamentales, como cierre de terrazas sin ocupación de elementos comunes, cambiar la configuración de una ventana que da a la fachada, colocación de toldos, marquesinas o letreros sin permiso, por poner los casos más frecuentes), a las que podría ser de aplicación en el Derecho común el plazo de 5 años establecido para las acciones personales en el art. 1964 CC [*ex* arts. 7.1 y 9.1 a) LPH] y entender que ha prescrito el derecho a reclamar pasado ese periodo. Salvo que exista un interés de la comunidad acreditado (por ejemplo, no poderse beneficiar de una determinada subvención para reformar la fachada del edificio por la obra realizada).

Y luego deberían entrar en juego las acciones reales, que serían aplicables para aquellas alteraciones de elementos comunes que disminuyen la solidez del edificio, suponen la ocupación de elementos comunitarios o pueden crear servidumbres, en las que es de aplicación el plazo prescriptivo de treinta años que marca el art. 1963 CC, pudiendo jugar en contra de la comunidad la usucapión ganada por el comunero cuando se cumplan las condiciones para ello. Si no se cumplen y la comunidad de propietarios pretende reclamar la restitución de los elementos comunes ocupados, podrá hacerlo sin estar sujeta al plazo de prescripción de las acciones reales, de acuerdo con la interpretación dada por la STS (Pleno) 19 noviembre 2012, siempre que la comunidad sea "portadora de un interés legítimo".

paradigmático de las que es el de la construcción de piscinas– no pueden ser aprobadas por la vía del consentimiento tácito previsto en el artículo 553-36.4 CCCat.".

128 Como observa Gete-Alonso y Calera, M. C., "Comentario", cit., p. 88.

La doctrina del consentimiento tácito debería aplicarse por los tribunales con carácter excepcional –como precisa el TS–, siempre que se refiera a alteraciones de elementos comunes que resulten inocuas para los demás comuneros (y no lo serían, bajo mi punto de vista –y creo que así se desprende también de las sentencias del Supremo–, las que suponen ocupación de elementos comunes, crean servidumbres o disminuyen la solidez del edificio); además, la alteración del elemento común ha debido de ser tolerada durante años y la oposición a la misma no debe reportar beneficio alguno para la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: "Comentarios a los artículos 1962 y 1963 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* T. XXV, vol. 2.º (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), EDERSA, Madrid, pp. 149-202.

Barceló Doménech, J.: "Ejercicio de la acción reivindicatoria y efectos de la usucapión ganada", *Revista de Derecho Privado*, n.º 6, nov.-dic., 2014, pp. 3-29.

Bercovitz Álvarez, G.: "Comentario al art. 7.1 LPH", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 6.ª ed. 2020, pp. 347-372.

Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "Comentario a la Sentencia de 26 de noviembre de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 87, 2011, pp. 1689-1700.

Blasco Gascó, F.P.: "Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1990", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 25, 1991, pp. 153-166.

Cabezuelo Arenas, A.L.: *La usucapión de elementos comunes en la propiedad horizontal. ¿Pueden los propietarios de pisos o locales apropiarse de superficies comunes por el paso del tiempo?* Reus, Madrid, 2023.

Cañizares Laso, A.: "Artículo 396", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (dir. por J.M. Miquel González y coord. por J.M. Rodríguez Tapia y R. Aranda Rodríguez), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1.ª ed., 2011, pp. 795-823.

Carrasco Perera, Á. / González Carrasco, M. C.: "Comentario al art. 18 de la LPH", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Castilla Barea, M.: "Comentario a la STS de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3787)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 90, 2012, pp. 153-168.

Colina Garea, R.: "Comentario a la STS de 16 de julio de 2009 (RJ 2009, 4476)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 83, 2010, pp. 985-1015.

Cordero Cutillas, I.: "Mantenimiento de la alteración unilateral de elemento común en la Propiedad horizontal: criterio jurisprudencial", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vicente L. Montés Penadés*, T. I (coord. por F. Blasco Gascó, M. E. Clemente Meoro, F. J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa y R. Verdera Server), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 665-681.

Dávila González, J.: "Comentario a la STS de 16 de octubre de 1992", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 30, 1992, pp. 895-904.

De Pablo Contreras, P.: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Tecnos, Madrid, 1992.

Díez-Picazo, L.: "Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987)", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pp. 221-232.

Díez-Picazo, L.: *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2.ª ed. 2007.

Escrig Orenga, M. C.: "Propiedad Horizontal: la modificación de los elementos comunes y privativos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Comunidad de bienes* (coord. por M. J. Reyes López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 815-847.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: "La prescripción extintiva de las acciones confesoria y negatoria, en su relación con la usucapión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril 2016 (RJ 2016/1341) y al Auto del Tribunal Supremo de 1 junio 2016 (JUR 2016/128871), de la Sala de lo Civil", *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 41, 2016, pp. 307-325.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Las obras realizadas por el comunero sobre un elemento común en la propiedad horizontal y el transcurso del tiempo", *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 43, 2017, pp. 247-262.

Estruch Estruch, J.: "Comentario a la STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8420)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 78, 2008, pp. 1095-1118.

Fuentes Lojo, J. / Fuentes-Lojo Lastres, A.: *Comentarios a la Ley Estatal de Propiedad Horizontal*, T. I, Bosch, Barcelona, 2009.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda de portería?, *La Ley* 3038/2019.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "Cuestiones de interés práctico sobre la doctrina de la legitimación activa del comunero en el ejercicio de acciones comunitarias", *La Ley* 1445/2022.

García García, J.M.: *La propiedad horizontal. En la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia,* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1.ª ed., 2017.

Gete-Alonso Calera, M. C.: "Comentario a la STS de 13 de julio de 1995", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* n.º 40, 1996, pp. 77-90.

Hornero Méndez, C.: "Tacitismo y propiedad horizontal: consentimiento tácito en la alteración de elementos comunes. Comentario a la Sentencia del TS de 19 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 152)", *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 17, 2006, pp. 349-356.

Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho Civil I Parte General, Volumen tercero. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Madrid, 2000.

Madurga Soriano, D.: *Obras inconsentidas en las comunidades de propietarios*. Sepín. Madrid, 2023.

Martínez Velencoso, L.M.: "Comentario a la STS de 11 de julio de 2012 (RJ 2012, 10117)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 92, 2013, pp. 271-292.

Múrtula Lafuente, V.: ¿Es posible la usucapión de los elementos comunes en la propiedad horizontal?, *Revista de Derecho Privado*. marzo-abril/2, 2018, pp. 3-44.

Ordás Alonso, M.: *Propiedad horizontal: derechos y deberes de los propietarios*, La Ley, Madrid, 2023.

Paniza Fullana, A.: "La discutida cuestión de la prescripción extintiva y la usucapión en las acciones reales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3, 2013 (BIB 2013/1160)

Yzquierdo Tolsada, M.: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Dykinson, Madrid, 1998.

LAS DEUDAS POR GASTOS DE COMUNIDAD. LA REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL POR LEY 10/2022, DE 14 DE JUNIO

THE DEBTS OF THE COMMUNITY MEMBERS FOR COMMON EXPENSES. THE REFORM OF THE HORIZONTAL PROPERTY LAW BY LAW 10/2022, OF 14 JUNE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 572-595

José Arturo
PÉREZ
MIRALLES

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Revisión de los recursos, procedimientos o mecanismos, legales, negociales y judiciales, a disposición de las Comunidades de Propietarios frente a las deudas de los comuneros por gastos comunes en el régimen de la Propiedad Horizontal. En el presente trabajo se hace un análisis de los distintos instrumentos, ya sean de carácter disuasorio frente a una morosidad todavía no producida, advirtiendo al propietario de sus consecuencias; ya de tipo judicial, o extrajudicial, cuando tal morosidad ya está presente y se pretende por la Comunidad el cobro de lo adeudado.

PALABRAS CLAVE: Morosidad; comunidades de propietarios; medidas disuasorias y judiciales; afección real y preferencia; privación de derechos; responsabilidad solidaria; ejecutividad de los acuerdos; recursos judiciales; intereses; juicios ordinario y monitorio; mediación y arbitraje.

ABSTRACT: *Review of the legal, negotiating, and judicial resources, procedures or mechanisms, available to the Communities of Owners against the debts of the community members for common expenses in the Horizontal Property regime. In this work, an analysis is made of the different instruments, whether they are of a deterrent nature against a default that has not yet occurred, warning the owner of its consequences; either judicial or extrajudicial, when such default is already present, and the Community seeks collection of what is owed.*

KEY WORDS: *Default; communities of owners; dissuasive and judicial measures; real affection and preference; deprivation of rights; enforceability of agreements; judicial resources; interests; order for payment; mediation and arbitration.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONCEPTO DE "MOROSIDAD" EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS.- III. LAS MEDIDAS DISUASORIAS.- 1. Las medidas legales.- A) Privación del derecho de voto.- B) Privación del derecho a impugnar acuerdos.- a) Requisito de procedibilidad- b) Puesta a disposición de los propietarios de las cuantías consignadas.- C)La responsabilidad solidaria del anterior titular.- D) La ejecutividad de los acuerdos. E) Interposición de recursos judiciales.- 2. Las medidas negociales.- A) Su regulación positiva.- B) Las medidas introducidas en la LPH tras reforma por Ley 10/2022 (art. 21 LPH).- a) Intereses.- b) Privación de uso.- IV. LAS MEDIDAS JUDICIALES Y SUS ALTERNATIVAS.- 1. Las medidas previas al contencioso.- 2. El Proceso judicial.- A) El Juicio Monitorio.- B) Otros procedimientos. La afección real y preferencia del crédito comunitario.- 3. Las alternativas a la vía judicial: mediación y arbitraje

I. INTRODUCCIÓN.

La crisis económica y social surgida en España a finales del año 2008 agravó considerablemente la llamada "morosidad" en las comunidades de propietarios, tal y como se ha venido constatando desde entonces por diversos observatorios y plataformas de cooperación e investigación, que actúan en programas de lucha contra la morosidad en comunidades de propietarios.

Expresión esta de "lucha contra la morosidad" que ya venía acuñada en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, con la que ya se quería hacer referencia entonces, y actualmente se sigue utilizando, para referirse al conjunto de medidas o exigencias demandadas por la sociedad que tienden a que las comunidades puedan legalmente disuadir a los copropietarios de dejar de abonar sus cuotas de comunidad para el adecuado sostenimiento del inmueble, y de sus servicios e instalaciones, y, en su caso, hacer efectivas las deudas que puedan generarse.

Entre las primeras, han sido más conocidas en particular por los integrantes de la comunidad aquellas que han observado los propietarios directamente en el devenir del funcionamiento habitual de las juntas de propietarios, como es la privación del voto al propietario moroso, con una afección directa a los derechos esenciales de todo propietario que en su momento ya fue objeto de análisis y pronunciamiento constitucional.

Y respecto a las judiciales, sin duda el juicio monitorio es el más habitualmente utilizado para la reclamación de las deudas comunitarias, y por sus teóricas ventajas como procedimiento ágil y eficaz para el cobro de las deudas con las especialidades del artículo 21 LPH respecto a las normas generales contempladas en los artículos 812 a 819 de la LEC, y junto a otras como sucede con la necesidad

• José Arturo Pérez Miralles
Profesor Asociado de Derecho Civil UV, Profesor-Tutor UNED. Correo electrónico: joarpemi@uv.es

de consignar para impugnar judicialmente los acuerdos, o para recurrir por el propietario condenado al pago de los gastos de comunidad en primera instancia (artículo 449.4 de la LEC).

Pero no quizás haya de considerarse por ello el juicio monitorio la medida judicial más efectiva, debiendo reconocerse en este sentido, en particular cuando las cuantías adeudadas son importantes, la sujeción o afección real de los inmuebles al pago de las deudas generadas en la anualidad corriente, y en los últimos tres años, calificada también de hipoteca legal tácita, y los procedimientos que en este sentido también pueden accionarse en defensa del interés comunitario y no solo frente al propietario deudor, sino también frente a otros acreedores de aquel.

Aun su aparente abundancia y repercusión no resultan suficientes, y así la última reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 10/2022 sigue introduciendo medidas, como el cobro de intereses, o la privación de uso de servicios o instalaciones comunes, recogiendo con ello en realidad lo que en la práctica ya se venía acordando en las comunidades.

A todas ellas, y a otras, son a las que nos vamos a referir a continuación en el presente trabajo, con la certeza de que tampoco serán las últimas que integren las contenidas en la denominada lucha contra la morosidad dentro del ámbito o régimen jurídico de la Propiedad Horizontal.

II. EL CONCEPTO DE "MOROSIDAD" EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS.

Desde el punto de vista jurídico-civil sería morosa la persona, física o jurídica, que incurre en "mora", o retardo culpable en el cumplimiento de la obligación una vez vencido el plazo, o con más detalle, "un retraso cualificado en la ejecución de la prestación debida por el deudor, siempre que esta sea todavía posible y que, si se ejecuta tardíamente, aún satisfaga objetivamente el interés del acreedor"[1], y a la que se refiere los artículos 1100 y concordantes del Código civil. No obstante, la situación de "mora" del deudor, y a salvo los supuestos de mora automática, requeriría conforme al precepto mencionado de la previa intimación o requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor.

Por dicha circunstancia, en cuanto a la exigencia de requerimiento previo como regla general, no podemos confundir la "mora" del Código Civil, con el término "propietario moroso" que se emplea de forma coloquial en las comunidades

1 Serra Rodriguez, A.: "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual", en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 107.

de propietarios, donde más bien concurre un supuesto de mora automática del artículo 1100 del Código Civil cumplidas las circunstancias que aquella haya establecido mediante acuerdos o pactos.

En la propiedad horizontal, como en toda deuda, es necesaria para incurrir en morosidad[2], y como premisa, la existencia de una deuda líquida y vencida. Existencia de deuda liquida y vencida que, en tal régimen, y tratándose de gastos periódicos y previsibles, al menos los ordinarios, se producirá en el momento del giro de la correspondiente derrama según el sistema de administración adoptado (liquidación trimestral a gasto vencido, giro de recibos mensuales previa aprobación de presupuesto anual, etcétera). Y, caso de extraordinarios, cuando previo acuerdo comunitario igualmente se proceda al giro de las derramas extraordinarias.

Existiendo la deuda liquida y vencida, lo que será trascendente en la propiedad horizontal consistirá en fijar, mediante acuerdo comunitario, el plazo o circunstancias para su pago. Y transcurrido él, considerar automáticamente en mora al propietario, evitando que un comunero pueda ser considerado en la convocatoria como moroso de forma inmediata al giro de una liquidación ya que iría en contra del fundamento de la privación del voto al propietario deudor, que es la indebida e injustificada dilación en el pago de sus cuotas, lo que exige un período específico.

Así, es frecuente en las comunidades establecer mediante acuerdo comunitario[3] un plazo o período de tiempo para el pago voluntario por parte del comunero del gasto comunitario que le corresponda conforme a lo especialmente establecido, o a su cuota de participación, y que suele oscilar entre los 20-30 días desde el giro de la liquidación o recibo, o, como máximo, hasta el giro de la próxima liquidación o derrama. Transcurrido tal plazo sin satisfacer la deuda se producirá la situación de morosidad. con todas sus consecuencias[4]. En su caso, con necesidad de aprobar la liquidación de deuda en junta de propietarios como requisito para su posterior reclamación judicial.

También será importante conocer por qué el propietario no ha atendido, o ya desde un inicio se manifiesta reacio a atender, el pago de la liquidación o recibo. Conociendo el motivo podrá la comunidad, en su lucha contra la morosidad, aplicar con mayor eficacia las medidas preventivas o la eventual solución.

2 Definida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española como "lentitud, dilación, demora".

3 Mayoría simple del artículo 17.6 LPH

4 Sin perjuicio del establecimiento de un protocolo que le recuerde su situación, mediante apercibimientos o requerimientos por parte del Secretario-Administrador, como órgano de gobierno de la comunidad.

De una forma global, los observatorios de lucha contra la morosidad realizan una clasificación que podemos resumir en dos grandes categorías: los que no pueden, o tienen dificultades económicas, y los que no quieren contribuir a los gastos de comunidad, incluyendo estos últimos desde el profesional de la morosidad, que sistemáticamente deja de atender los gastos, hasta los que discuten su obligación de pago en cuanto a los conceptos en los que participan, o la forma de participación.

A la anterior clasificación pueden añadirse problemas puntuales planteados en determinados momentos, como los de los Bancos y Cajas de Ahorro, que dilatan en el tiempo desde la adjudicación de los inmuebles en ejecuciones forzosas el pago de los gastos de comunidad; o las promotoras y sus cláusulas exoneratorias de gastos de comunidad mientras no transmitan las viviendas o locales, y que si ya plantean dificultades económicas a las comunidades en épocas de normalidad del mercado inmobiliario cuando existe una justa causa, y una proporción en la disminución del gasto en relación al menor uso del servicio o instalación (por ejemplo, de un 25% conforme indicó la STS 14 diciembre 2005[5]), en momentos de crisis económicas, en que pueden transcurrir años hasta la efectiva traditio de los inmuebles, no digamos ya cuando las exoneraciones sean totales, dichas cláusulas se tornan abusivas y no sólo susceptibles de ser así declaradas, a través del contencioso civil, sino también sujetas a control por el Registro de la Propiedad, en trámite de calificación, denegando la inscripción de la cláusula estatutaria abusiva (Resolución DGRyN 15 abril 2010[6]).

III. LAS MEDIDAS DISUASORIAS.

Dentro de las medidas frente a la morosidad cabría distinguir entre aquéllas que están dirigidas a disuadir a los propietarios de incurrir en dicha situación, so pena de quedar privado de derechos[7] o acarrear una sanción, de aquéllas otras que, ya estando en situación de morosidad, lo que ofrecen a la comunidad es una solución o procedimiento en su pretensión de satisfacer su crédito.

Las primeras son llamadas disuasorias en tanto en cuanto que, al menos en un primer momento, lo que se persigue con su adopción es prevenir o evitar la morosidad. Dentro de estas habrá que distinguir, a su vez, según el origen de la medida sea la ley, o el acuerdo o consentimiento de los comuneros, y a las que llamaremos negociales.

5 STS 14 diciembre 2005 (RAJ 2005, 7398)

6 Modificación estatutaria otorgada por el promotor como titular registral único del inmueble que pretendía la exclusión de gastos comunes de los elementos privativos inscritos a su nombre por un plazo de 3 años.

7 La STC 145/1998, de 30 junio (RTC 1998, 145) ya sentó que el ejercicio y la prestación de los derechos, como el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a recurrir, están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que establezca el legislador.

1. Las medidas legales.

A) Privación del derecho de voto.

Entre las medidas legales caben enumerar, en primer lugar, la contenida en el artículo 15.2 de la Ley de Propiedad Horizontal y la privación del derecho de voto a los propietarios que en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeuda, y cuya persona y cuota no se computarán a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en la ley, y que ha de ponerse en relación con el artículo 16.2 del mismo texto legal en cuanto a que la convocatoria contenga una relación de los propietarios morosos.

Tal normativa, desde el primer momento planteó problemas de interpretación tales como qué ocurre si el propietario moroso no figuraba en la convocatoria; si cabe admitir el pago momentos antes de iniciarse la junta mediante cheque u otro documento mercantil; si es preciso, o no, el voto del moroso cuando la ley exige que el acuerdo se alcance por unanimidad; etcétera.

Respondiendo a ellas, las resoluciones judiciales han venido considerando mayoritariamente en el tiempo que "la existencia de la preceptiva relación de morosos no tiene un contenido meramente formal en la ley, sino que es garantía de que la persona afectada conocerá su situación de morosidad y los efectos de la misma de no subsanarla al verse privada del derecho al voto"[8]. De otro lado, con relación al pago con títulos valores, aplicando el Código Civil (artículo 1170 CC) la entrega de cheques u otros documentos mercantiles, solo producen los efectos del pago cuando se hubiesen realizado. Y sin perjuicio de que la junta de propietarios pueda acordar aceptar ese título valor todavía no realizado al inicio de la junta, y el voto del propietario que lo presenta, a condición de que se realice.

Más discutida resulta la cuestión de si se precisaría del voto del propietario moroso, del cual a priori estaría inicialmente privado por tal circunstancia, para entenderse alcanzada la unanimidad, y para los acuerdos en que esta sea necesaria. Controversia que surge a colación de la redacción del artículo 15.2 de la Ley de Propiedad Horizontal que refiere que el voto del propietario moroso

8 SAP Madrid 18 diciembre 2020 (Roj:15620/2020). Se encuentra en línea con las resoluciones que interpretan que la aparición en la convocatoria del moroso lo es, conforme el artículo 16.2 de la LPH, para advertirle y permitir al propietario ponerse al día y votar, y que son normas que son de carácter imperativo por lo que la privación sin previa aparición en la convocatoria es causa de nulidad de los acuerdos. Sin embargo, parte de la doctrina [Echeverria Summers, F. (coord.): *Propiedad Horizontal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, p. 304 precisa que la norma no condiciona la privación del voto a que el propietario conozca la morosidad; y que existe una posición intermedia e integradora que entiende cumplido el requisito cuando, aun no existiendo ese listado, de la liquidación de ingresos y gastos que se acompaña a la convocatoria se especifica qué propietarios tienen un saldo negativo.

"no será computado a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley". En consecuencia, para la unanimidad sí sería imprescindible computar su voto a favor.

Frente a las posturas que entienden acogiendo una interpretación restrictiva de la norma, en cuanto limitadora de derechos, que en el supuesto de que el acuerdo afecte directamente al propietario moroso[9] no se puede prescindir de su voto, la mayoría de las resoluciones judiciales[10] afirman que para alcanzar la unanimidad no se precisa del voto del propietario moroso ya que la unanimidad es la máxima mayoría posible, pretendiendo con ello conciliar lo que parece lógico con, según nuestro criterio, la deficiente redacción contenida en la Ley especial.

B) Privación del derecho a impugnar acuerdos.

a) Requisito de procedibilidad.

Igualmente acaece con el artículo 18.2 de la misma Ley especial, y con la privación del derecho a impugnar al propietario moroso si no está al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o procede previamente a la consignación judicial de las mismas.

La finalidad del se ha fundamentado en los principios de lealtad, solidaridad y reciprocidad, y en que "los copropietarios que no guardan un mínimo de lealtad en el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias puedan, en cambio, enfrentarse judicialmente a la comunidad exigiéndole que ajuste sus acuerdos a Derecho" [11].

Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional[12] ha resaltado que "los condicionamientos o limitaciones en el ejercicio de acciones ante los Tribunales de Justicia no resultan en sí mismos contrarios al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando no impidan u obstaculicen gravemente el ejercicio de la acción y respondan a la salvaguarda de otros derechos e intereses protegidos constitucionalmente".

Por "deudas", y conforme a la STSJ Cataluña 9 marzo 2023[13] debe entenderse "aquellas que se derivan de sus obligaciones como propietario incluido en el régimen de propiedad horizontal -cuotas ordinarias, extraordinarias y fondos de reserva- y por vencidas las no atendidas por el propietario a su vencimiento según los acuerdos de la Junta. 8. Esta interpretación es que es la que mejor se aviene

9 Por ejemplo, modificando la cuota del Título Constitutivo.

10 SAP Valencia 17 octubre 2001 (SP/SENT/32688); SAP Madrid 26 abril 2010 (Roj: 5594/2010) y 29 noviembre 2013 (Roj: 14704/2013); SAP Barcelona 26 abril 2004 (SP/SENT/59093).

11 Echeverria Summers, F. (coord.): "La Propiedad", cit., p.358.

12 SSTC 3/83, 62/83, 158/87, 197/88, 84/92 y 119/94, entre otras. (doctrina recogida en SAP 19 noviembre 2020 (Roj: 13343/2020).

13 STSJ Cataluña 9 marzo 2023 (Roj: 3282/2023).

con un criterio de equidad - art. 111-9 CCC- y de proporcionalidad que debe existir entre un requisito legal que restringe el libre acceso a la jurisdicción (art. 24 CE) y, por tanto, de interpretación estricta, y el cumplimiento de los fines que la ley persigue y que no son otros que incentivar el cumplimiento de las obligaciones económicas de los propietarios para con la comunidad por las cuotas devengadas para que ésta pueda seguir prestando los servicios que requiera sin perjudicar a los propietarios que sí cumplen con sus obligaciones".

Y el propietario de varios elementos privativos, conforme a la doctrina más autorizada[14], debe estar al corriente en el pago de todas las deudas comunitarias que tales propiedades hayan generado, bajo la premisa de que el voto es un derecho del propietario, no del inmueble, y tendrá en este sentido la carga de la prueba de estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o haber procedido previamente a su consignación judicial conforme al artículo 217 de la LEC, pudiendo emplear cualquier medio probatorio que, normalmente, consistirá en un certificado del secretario-administrador de la comunidad.

Certificado que será el que también podrá aportar la comunidad para demostrar todo lo contrario. Es decir, que el impugnante no se encontraba al corriente en el momento en que se admitió a trámite la demanda a través del correspondiente decreto de admisión por parte del juzgado, que es el momento en el que habrá de entenderse interpuesta la demanda, conforme SAP Valencia 28 abril 2021[15].

b) La puesta a disposición de los propietarios de las cuantías consignadas.

La doctrina se encuentra dividida entre quienes entienden que esta medida o requisito de la consignación encuentra su fundamento en la lucha contra con la morosidad, y, en consecuencia, la consignación debe hacer con puesta a disposición de la comunidad conforme al artículo 1176 y siguientes del Código Civil, y artículo 99 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y quienes, por el contrario, entienden que no es necesario.

La segunda postura, pudiendo incluir en ella la STS 22 octubre 2014[16], y cierta doctrina, trata la medida como un requisito de procedibilidad, también

14 Fuentes-Lojo Rius, A.: *Ley de Propiedad Horizontal: comentarios, concordancias, jurisprudencia, normas complementarias e índice analítico*, Colex, A Coruña, 2021, p. 216; Navarro Rosado, J.L.: *Manual de presidentes y miembros de juntas directivas de comunidades de propietarios*, Colegio de Administradores de Fincas de Málaga y Melilla, 2017, p.157.

15 SAP Valencia 28 abril 2021 (Roj: 1905/2021).

16 STS 22 octubre 2014 (Roj: 4455/2014).

apreciable de oficio[17], y puramente procesal, de manera que podrá plantearse por la demandada en la contestación a la demanda y habrá de resolverse como un incidente de previo pronunciamiento en la Audiencia Previa.

Así, la SAP de Madrid 19 junio 2020[18] plantea si la excepción de "ausencia de requisito de procedibilidad" se debe resolver mediante auto en el acto de la audiencia previa, o, al ser objeto de prueba debe ser resuelta en sentencia. Y concluye en que "Este Tribunal estima que debió hacerse en la Audiencia Previa, porque se incluye entre sus finalidades, donde, además, no se contempla un elenco cerrado de cuestiones procesales (en este supuesto se justifica, si cabe, con mayor relevancia, al tratarse de un requisito de procedibilidad), sino cualquier motivo que obstara la prosecución del juicio para dictar Sentencia sobre el fondo. Incluso considerando que se tratara de una excepción, tendría naturaleza *ad procesum*, no *ad causam*, por tanto, demandaba su examen en la Audiencia Previa y su resolución en los términos normativamente previstos (artículos 414. segundo párrafo, 416.1 y 425 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, debió resolverse la *regla de procedibilidad* en forma de Auto dentro de los cinco días siguientes a la Audiencia (artículo 421.3 por remisión del artículo 425, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil)".

La primera postura, por el contrario, con apoyo de parte de las audiencias[19], entiende que la medida es una exigencia de fondo o presupuesto de la acción, de forma que esta no prosperará "no por una cuestión procesal sino por el incumplimiento de una obligación material que afecta a la legitimación"[20], y que habrá de ser objeto de prueba y resolverse en sentencia.

Para la doctrina[21] que defiende esta interpretación de la medida como requisito o exigencia de fondo, la necesaria puesta a disposición de la comunidad de las cuantías consignadas con fundamento en los artículos 1176 y ss. del Código Civil, se ha de enmarcar entre las medidas que luchan contra la morosidad, ya que entienden que la filosofía última de la ley no es otra que evitar situaciones económicas difíciles para las comunidades. Y así, Magro Servet[22] la forma de llevar

17 Para Magro Servet si no se cumple con la consignación la demanda deberá ser rechazada por el órgano judicial al haberse incumplido el requisito (Magro Servet, V.: *Guía práctica para juristas, vecinos y presidentes de comunidades de propietarios, La Ley*, Madrid, 2022, p. 223).

18 SAP Madrid, 19 junio 2020 (Roj: 5907/2020). Para Echeverria la demanda se admitirá a trámite aun cuando no se aporte certificado ni justificante de consignación, y será la comunidad la que deberá oponerlo como excepción en el primer trámite procesal, y dar lugar a un incidente de previo pronunciamiento, resolviéndose en la audiencia previa [Echeverria Summers F. (coord.): "La Propiedad", cit., p. 358].

19 Por todas, SAP Barcelona 23 noviembre 2022 (Roj: 12420/2022), que cita a profesionales del sector inmobiliario y juristas como Vendrell Santiveri.

20 Echeverria Summers F. (coord.): "La Propiedad", cit., p. 358. Con cita de cita de la SAP Zaragoza 14 marzo 2006 (EDJ 277350) o Bizkaia auto 31 marzo 2008 (EDJ 71576).

21 Como más reciente puede citarse a Loscertales Fuertes, D. *Propiedad Horizontal. Legislación y Comentarios*, Dykinson, S.L., Madrid, 2020, p. 267.

22 Magro Servet, V.: "Guía práctica", cit., p. 228-9.

a efecto una consignación es haciendo constar en el escrito que "se entregue la cantidad consignada al acreedor", equiparando la situación a las consignaciones judiciales de las aseguradoras en materia de accidentes de tráfico.

C) La responsabilidad solidaria del anterior titular.

Establece el artículo 9.1, letra i, de la Ley de Propiedad Horizontal, que es obligación del propietario comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, pudiendo pensar en este sentido tanto en escritos firmados por el secretario, como receptor de la comunicación, como en fehaciencias privadas (burofax premium, con acreditación de contenido, por ejemplo), como públicas (vía notarial), el cambio de titularidad de la vivienda o local.

Y el segundo párrafo, y para el supuesto de incumplimiento por el propietario cedente de tal deber, el seguir respondiendo de las deudas devengadas con posterioridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular, sin perjuicio del derecho de aquel a repetir sobre este.

Lo bien cierto, es que en la práctica el cedente habrá desaparecido de la esfera fáctica de la comunidad, y será difícil localizar a dicho cedente para que en tal supuesto responda de las deudas posteriores a la transmisión. Quizás, de *lege ferenda*, hubiera sido más efectivo a efectos de proteger el crédito de la comunidad establecer la responsabilidad solidaria y personal del adquirente o nuevo propietario, al margen, o además, de la afección real del inmueble del que hablaremos más adelante, y que sí estará localizable, respecto de la totalidad de las deudas personales que pudiera haber dejado pendientes el cedente, incluso ampliando el plazo de prescripción de las acciones personales abarcando más allá de los últimos 5 años desde la transmisión.

D) La ejecutividad de los acuerdos.

La necesidad de contar con recursos económicos, y el adecuado mantenimiento de los inmuebles, también constituye fundamento del tratamiento que la Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 18.4, dispensa a la ejecución de los acuerdos. En particular, aquellos aprobatorios de liquidación de deuda.

Así, el Artículo 18. 4 LPH[23] establece que "La impugnación de los acuerdos de la Junta no suspenderá su ejecución, salvo que el juez así lo disponga con carácter

23 Y el artículo 19.3 LPH que "El acta deberá cerrarse con las firmas del presidente y secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes. Desde su cierre los acuerdos serán ejecutivos, salvo que la ley previere lo contrario". Pero las actas no tienen un efecto constitutivo de los acuerdos, siendo sólo un medio probatorio, por lo que la inexistencia del acta, o la falta de firma del presidente y/o secretario, no podrán ser determinantes en orden a la ejecutividad de los acuerdos, razón de que no deba

cautelar, a solicitud del demandante, oída la comunidad de propietarios". Esto es, ni tan siquiera la impugnación del acuerdo por sí sola suspende la ejecución, a salvo se interese como medida cautelar su suspensión. Medida cautelar prevista en el artículo 18.4 de la LPH que por su brevedad habrá de completarse con lo dispuesto en los artículos 721 y ss. de la LEC.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo[24] afirma con relación a la fuerza ejecutiva de los acuerdos que "... no puede excusarse el impago de las cuotas sin la previa impugnación de los acuerdos que lo establezcan", y a salvo que difícilmente prosperase una medida cautelar de suspensión.

Suspensión de la ejecución de un acuerdo, que cuando es liquidatorio de deuda, aun solicitada le medida cautelar, será difícil que prospere, como afirma la SAP Madrid 7 abril 2022[25], por cuanto "para el caso de que finalmente se declararan inválidos los acuerdos, ser susceptible de reintegro por la comunidad al comunero".

E) Interposición de recursos judiciales.

La medida legal prevista en el artículo 449.4 de la LEC, y la no posibilidad de interponer recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación en proceso en que se condene al propietario al pago a la comunidad de propietarios de cantidades debidas si no acredita, al interponerlos, tenerlas satisfechas o consignadas, puede ser también considerada entre las estudiadas.

Y ello, por cuanto tiene por finalidad conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional[26] que el sistema de los recursos no sea utilizado como instrumento dilatorio, junto al principio de interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y a la regla general del artículo 11.3 LOPJ[27].

Como ocurre con todas las medidas en las que la ley exige el pago o consignación, debe distinguirse el hecho de estar al corriente o haber consignado en el momento de presentar la demanda, que es insubsanable, no pudiendo ser subsanado mediante un pago o consignación extemporánea, ya que es considerado no un

interpretarse literalmente el artículo 19.3 de la LPH cuando dice que desde el cierre de las actas con las firmas del presidente y secretario los acuerdos serán ejecutivos.

24 Doctrina jurisprudencial recogida en SSTS 16 junio 1995 y 6 noviembre 2013, recogidas por la SAP Madrid 24 septiembre 2020 (Roj: 10860/2020).

25 SAP Madrid 7 abril 2022 (Roj: 5126/2022).

26 SSTC 346/93, 249/94, 100/95, 26/96, 216/98, 10/99. Referenciadas todas ellas en STS 30 noviembre 2011 (EDJ 291809).

27 Desestimación por motivos formales solo cuando el defecto fuese insubsanable.

mero requisito formal sino una exigencia sustantiva o esencial[28], de la acreditación o prueba del hecho, que puede realizarse en un momento posterior[29].

También, de la misma manera que acontece con la ejecución de los acuerdos, el último inciso del artículo 449.4 de la LEC advierte que tal consignación no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada.

2. Las Medidas negociales.

A) Su regulación positiva.

A las previsiones del legislador, aplicables por ley a toda comunidad sometida al régimen de la propiedad horizontal, también es posible que la comunidad de propietarios particular establezca sus propias medidas, y a las que llamaremos negociales en la medida en que son fruto de su voluntad soberana, llámese cláusula estatutaria[30] o acuerdo de junta de propietarios, y que es posible partiendo del carácter dispositivo de la materia al afectar a los *gastos* que, conforme el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, forma parte de ese contenido que, en este régimen especial, es susceptible de ser objeto de autorregulación por la comunidad.

Hasta la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley/2022, cabía preguntarse cuáles eran esas medidas convencionales que podía acordar o establecer la comunidad en uso de sus facultades dispositivas, y en la medida que carecían de regulación positiva, lo que generaba cierta discusión. El punto de partida se encontraba en los límites generales establecidos por el Código civil en su artículo 1124 (Ley, por supuesto imperativa, moral y orden público).

Así parecía admitirse el supuesto de sanciones económicas, o aplicación de intereses por mora. Más dudoso se presentaban los casos de conllevar como consecuencia la privación del acceso a servicios o instalaciones comunitarias (como las de carácter deportivo). Y totalmente descartables medidas como el corte de servicios básicos necesarios para la habitabilidad de los inmuebles como la calefacción, luz o agua, o privación del ascensor, etcétera, que podría ser además constitutivo de un delito de coacciones.

28 ATS 29 abril 2008 (EDJ 58389).

29 SAP Las Palmas 21 enero 2011 (Roj: 138/2011) en el ámbito de los recursos; y otras como la SAP Barcelona 23 noviembre 2022 (Roj: 12420/2022) en materia de impugnaciones de acuerdos de comunidades de propietarios.

30 En el I Simposio sobre la Propiedad Horizontal (celebrado en Valencia en 1972) se consideró que el otorgamiento del título constitutivo/estatutos es un "negocio de disposición configurador de una nueva forma de propiedad, que es la propiedad horizontal" (Gómez Martínez, C. y Gómez Martínez, J. *La ley de Propiedad Horizontal*. Aranzadi. Navarra. 1999, pp. 72-3). Igualmente admiten ese carácter contractual o negocial de los Estatutos de las comunidades de propietarios, entre otras, la STS 27 mayo 2007 (Roj: 4499/2007).

B) Las medidas introducidas en la LPH tras reforma por Ley 10/2022 (Art. 21 LPH).

Con objeto de regular las medidas disuasorias que la comunidad puede acordar en su lucha contra la morosidad, finalmente la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con entrada en vigor el 16 de junio de 2022, permite explícitamente que la junta de propietarios pueda acordar establecer intereses superiores al interés legal del dinero o la privación temporal del uso de servicios o instalaciones, siempre que no puedan reputarse abusivas o desproporcionadas, o que afecten a la habitabilidad de los inmuebles.

a) Intereses.

La medida sin duda más extendida, antes y después de la reforma por Ley 10/2022, fue, y es, la del devengo de intereses al propietario que deja de pagar los gastos de comunidad.

Es decir, la junta de propietarios puede acordar, o los estatutos establecer, que el propietario estará en mora transcurrido un determinado plazo desde el giro de la correspondiente liquidación, derrama o recibo, por gastos ordinarios o extraordinarios, y además el acuerdo o cláusula calificar dicha mora como automática a efectos del pago de intereses, permitiendo ahora la ley de forma explícita lo que antes también era frecuente, de forma que estos puedan ser superiores al interés legal del dinero[31], cumpliendo así con el requisito establecido en el artículo 1101, apartado 1, del Código Civil para los supuestos de mora automática consecuencia de pactos o acuerdos. Y el propietario habrá de pagar los intereses legales desde dicho momento conforme establece el repetido Código civil (artículo 1108), y artículo 21.1 de la LPH.

Supuestos de acuerdos o pactos sobre intereses convencionales que habrán de sustituir a los legales y procesales[32], adquiriendo la norma o acuerdo la calificación de cláusula penal indemnizatoria de los daños y perjuicios (artículos 1101 y 1152 Código civil).

El acuerdo en materia de intereses plantea diversos problemas. El principal, no resuelto, es cual ha de ser el régimen de adopción del acuerdo. Obviamente si la cláusula se encuentra contenida en los estatutos inicialmente otorgados por el promotor, como propietario único, antes de iniciarse la transmisión de los

31 Interés legal incrementado en 5 puntos; o directamente un interés del 8%; o un recargo del 15% o 20%, etcétera. Magro Servet, recomienda como máximo que la cuantía esté en torno al 10% para evitar que se declare abusivo o desproporcionado (Magro Servet, V.: "Guía práctica", cit., p. 107).

32 SAP Las Palmas 8 abril 2010 (Roj: 1659/2010).

inmuebles, e inscritos en el Registro de la Propiedad, no hay problema[33], en la medida en que cada propietario al adquirir los asume como parte del contenido normativo por el que se rige su comunidad.

La pregunta surge en el caso que tales intereses sean fruto del acuerdo comunitario, como prevé el actual apartado 1 del artículo 21, de la LPH, y en la medida en que tal precepto no fija el régimen de adopción del acuerdo.

La SAP Málaga 5 diciembre 2017, antes de la reforma por Ley 10/2022, y que recoge LA LEY[34], consideró que el acuerdo no puede considerarse una modificación del título constitutivo, y que se trata de un acto de mera administración. Y manifiesta sus dudas respecto al régimen necesario tras la Ley 10/2022.

Mi criterio es que habrán de diferenciarse los eventuales supuestos que pueden darse. Si la junta de propietarios se limita a establecer un período de tiempo a contar desde el giro a fin de que los comuneros atiendan los pagos, y a acordar la mora automática transcurrido el mismo, estaríamos ante un mero acto de administración siendo los intereses legales una consecuencia prevista por la ley para los supuestos de mora automática (artículos 1100.1 y 1108 CC), por lo que parece claro será suficiente el acuerdo por mayoría simple del 17.7 de la LPH.

En cambio, si la junta pretende el pago de unos intereses mayores, como permite el artículo 21.1 de la LPH puede ser más discutible el régimen del acuerdo.

De un lado, cabría sostener que, no fijando la Ley especial una mayoría cualificada, ni la unanimidad, habrá de aplicarse el régimen residual que representa la mayoría simple del artículo 17.7 de la LPH, máxime cuando su fijación no contraviniese normas estatutarias[35].

De otro lado, el establecimiento de una cláusula penal, siendo la obligación del pago de intereses una obligación accesoria respecto a la principal de pagar los gastos que participa de su naturaleza de gastos comunes[36], y siendo los "gastos" de comunidad materia de naturaleza estatutaria conforme el artículo 5, párrafo tercero, de la LPH, cuyo establecimiento o modificación precisa de unanimidad a tenor del artículo 17.6 de la repetida LPH, la consecuencia no puede ser otra que la de precisarse la unanimidad para establecer el pago de unos intereses superiores a los legales a modo de cláusula penal. Ello permitiría, además, la posterior elevación a escritura pública del acuerdo y su inscripción en el Registro de la Propiedad

33 A salvo se pida su nulidad por abusivos.

34 La Ley: *Aspectos legales de las comunidades de propietarios*, Bosch-La Ley, Madrid, 2023, pp. 174-5.

35 Para la SAP de Granada 23 julio 2010 (Roj: 1382/2010 – E) es suficiente la mayoría en la medida en que no se opongan a los estatutos de la comunidad. Se pregunta la sentencia por qué sería contrario dicho establecimiento de intereses a la Ley de Propiedad Horizontal.

36 SAP Valencia 1 diciembre 2010 (Roj: 6178/2010).

como norma estatutaria que afectaría a los futuros terceros adquirentes (art.5, párrafo tercero, *in fine* LPH).

El pago o impago de estos intereses también plantea otros problemas tales como el de su retroactividad o irretroactividad a las deudas anteriores a la junta en que se aprobaron, inclinándose sentencias como la de Las Palmas 12 mayo 2011[37], por su irretroactividad en cuanto se trata de medidas sancionatorias (art. 9. 3 CE).

En cuanto a su posible reclamación en proceso monitorio junto con el principal, se admite siempre que hayan sido previamente objeto de liquidación[38]. Y también se ha planteado si los intereses integran el concepto de deuda a efecto de privación del voto al propietario que no los haya satisfecho debiendo concluirse en sentido positivo a la vista del artículo 15.2 de la LPH que indica estar al corriente en "todas" las deudas, incluidas la de intereses; y si el pago también queda garantizado con la afección real de los inmuebles al igual que los gastos comunes, pudiendo entenderse, aun cuando sea discutible, que como obligación accesoria participa de la naturaleza de la principal, y por tanto también quedaría garantizado el pago de los intereses por la afección real.

b) Privación de uso.

También el actual artículo 21, apartado 1, permite ahora expresamente, y tras reforma por Ley 10/2022, de 14 de junio, que la junta de propietarios pueda acordar la privación temporal del uso de servicios o instalaciones, siempre que no puedan reputarse abusivas o desproporcionadas, o que afecten a la habitabilidad de los inmuebles.

Plantea LA LEY[39], como también lo hace respecto al acuerdo relativo a intereses sancionatorios, cuál será el régimen necesario para su adopción. Y, más concretamente, si será necesario el acuerdo unánime.

Reflejándose ahora en la Ley especial lo que, desde siempre, se ha afirmado cuando se ha planteado tal posibilidad. A saber, que la privación nunca puede ser definitiva, sino solo mientras permanezca en situación de morosidad, argumento que puede fundamentar sostener que para su adopción bastará la mayoría simple del artículo 17.7 de la LPH[40]; y que no puede consistir en la privación de uso

37 SAP Las Palmas 12 mayo 2011 (Roj: 1011/2011).

38 SAP Alicante 1 abril 2005 (Roj: 975/2005).

39 La Ley: "Aspectos legales", cit. p. 175

40 Ya que la privación definitiva, y como cuestión de naturaleza estatutaria, precisaría de la unanimidad del artículo 17.6 de la LPH.

de elementos, instalaciones o servicios, esenciales para la habitabilidad de los inmuebles, como, por ejemplo, el ascensor[41].

Si, por el contrario, se trata de una medida de mayor alcance en el tiempo, o concurra cualquier otra circunstancia ajena a la morosidad, entonces habrá de aprobarse como acuerdo de naturaleza estatutaria, y podrá incluirse en los estatutos e inscribirse en el Registro de la Propiedad, como previene también el artículo 21.1 de la LPH.

Para Magro Servet[42] el problema lo constituirá el control del incumplimiento de estas prohibiciones, que habrán de solventarse por la vía de la acción de cesación del artículo 7.2 de la LPH, tratándose de una prohibición que, además, no solo afectará al propietario moroso sino también el resto de los miembros de la unidad familiar que con él convivan.

Incluso podríamos añadir que también se extenderá la prohibición a quien tenga derechos de uso sobre el inmueble consecuencia de derechos reales distintos a la propiedad, como los usufructuarios, o personales como los arrendamientos.

IV. LAS MEDIDAS JUDICIALES Y SUS ALTERNATIVAS.

1. Las medidas previas al contencioso.

Expuestas las medidas preventivas o disuasorias dirigidas a evitar la morosidad, y antes de referirnos a las que tendrían por objeto, fracasadas las primeras, cobrar vía contenciosa del propietario moroso las cuantías adeudas por razón de las liquidaciones, recibos o derramas impagadas por gastos de comunidad, habrían de mencionarse con carácter previo algunas otras medidas que serían más que recomendables, al menos en los procedimientos ordinarios de reclamación distintos al monitorio antes de la interposición de la demanda, y a efectos de costas, aun cuando sería muy discutible si tratándose de cuantías de las que el deudor propietario tiene sobrado y previo conocimiento a través de su comunidad para apreciar su mala fe fuera preciso el previo requerimiento. Incluso gastos tales como burofax, etcétera, originados por motivo de la morosidad, y porque se precisa a efectos obligacionales (artículo 1101 y 1108 CC).

41 Magro Servet, indica como ejemplos de elementos o instalaciones respecto a los que cabe la privación el acceso al gimnasio, a la piscina, plazas de aparcamiento en zonas comunes, club social, ludoteca y zonas recreativas o polideportivas (Magro Servet, V.: "Guía práctica", cit., p. 106).

42 Magro Servet, V.: "Guía práctica", cit. p. 106. Debiendo notificar del acuerdo al propietario moroso, advirtiéndole de acudir a la vía judicial si persiste en el uso de los servicios prohibidos, y mientras no pague (p. 175).

Tales medidas no serán precisas en el juicio monitorio en la medida en que son exigidas por mandato legal como es la necesaria notificación del acuerdo con carácter previo a la petición inicial del procedimiento monitorio (artículo 21.2 LPH), con gastos que luego son reclamables conforme al artículo 21.3 de la misma Ley, siempre que conste documentalmente y se justifique.

Por el contrario, hay acciones o conductas que han de ser totalmente descartadas como pudiera ser la practica consistente en colocar directamente en lugares visibles, como el zaguán de entrada al edificio, listas de morosos con el fin de difundir la situación de morosidad, e invitar con ello al pago de las deudas. Y decimos no aconsejables por cuanto, si no se ajustan a los supuestos previstos en la Ley de Propiedad Horizontal[43], y además de no surtir efectos al objeto de proceder por la vía del juicio monitorio[44], pueden infringir la normativa en materia de protección de datos o atentar a derechos personales[45].

2. El proceso judicial.

A) El Juicio Monitorio.

Dentro de las medidas judiciales dirigidas directamente a solucionar un problema de morosidad el proceso monitorio[46] es el procedimiento principal, dentro de las distintas opciones (entre el procedimiento ordinario o monitorio conforme la expresión "podrá" del 21.1 de la LPH), por tratarse de un procedimiento especial ágil (de naturaleza mixta declarativo-ejecutivo)[47].

Ventaja a la que debe añadirse, en el particular de la propiedad horizontal, el pago de los gastos y honorarios de Abogado y Procurador (artículo 21.6 LPH) y otras, como la citación edictal (artículo 815.2 LEC) o la posibilidad de embargo directo del piso o local. Procedimiento monitorio especial, el de la propiedad horizontal, objeto de continuas modificaciones y que exige observar

43 Comunicaciones de actas, etcétera, en tablón de anuncios, o lugar visible, conforme el artículo 9.1.h, último párrafo, de la LPH a la vista de ser imposible practicar la comunicación en los lugares prevenidos en párrafo anterior.

44 Si la notificación pudo realizarse directamente se desestima dicha forma de comunicación conforme SAP Valencia 4/11/2010 (Roj: 5988/2010).

45 Si bien la STS 31 marzo 2010 (Roj: 1722/2010) entendió que las misivas informando de la morosidad sin juicios valorativos, ni términos injuriosos, no atentan al derecho al honor conforme el artículo 7.7 de la LO 1/82, de 5 de mayo.

46 Cuyo embrión fue la Iniciativa Legislativa Popular del Consejo General de Administradores de Fincas de España. Obsérvese que el monitorio especial de la propiedad horizontal fue introducido en la Ley de Propiedad Horizontal con la Reforma de abril de 1999 (Ley 8/1999, 6 de abril, que introduce el artículo 21), antes de su regulación en la LEC 1/2000.

47 Así fue calificado tras reforma por Ley 13/2009 de implantación de la nueva oficina judicial por Domingo Monforte. J. y Gil Gimeno, C.: "La Reforma del proceso monitorio. Luces y sombras", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, marzo. núm. 11. p. 125), analizándose por dichos autores las consecuencias de la transformación del declarativo especial en un "procedimiento distinto" caso de oposición o falta de pago, como reza la Exposición de Motivos de la Ley de reforma.

escrupulosamente los presupuestos exigidos en el artículo 21.2 LPH, a riesgo de inadmisión.

El carácter especial y sumario del juicio monitorio en materia de alegaciones y prueba se traslada al propietario deudor al que se le reclama la deuda utilizando dicho procedimiento, ya que también su oposición estará limitada a las condiciones extrínsecas del título, a hechos extintivos como el pago, y la compensación, o en hechos impedientes como la prescripción, la pluspetición o el pacto de no pedir.

En consecuencia, no puede oponer en juicio monitorio a la comunidad que el acuerdo por el que se aprobaba la liquidación de la deuda era nulo, argumentando que no fue convocado, o que las cuantías o forma de participación no son las correctas, etcétera; porque ello sólo podría haberlo hecho impugnando previamente dicho acuerdo en tiempo y forma. Es lo que se conoce como la "indisputabilidad de acuerdo liquidatario no impugnado", o "indisputabilidad del crédito", según reiteradas resoluciones judiciales en la materia[48] y doctrina[49].

Y, respecto a una posible demanda reconvencional impugnatoria del acuerdo aprobatorio de liquidación de deuda por el propietario moroso, que la articule a colación de la contestación a una demanda interpuesta por la comunidad en procedimiento verbal u ordinario derivado de un monitorio, la doctrina parece negar tal posibilidad bajo el argumento de que si bien no hay límite en cuanto a las causas de oposición, sí existe en cuanto a la finalidad del procedimiento, que es de reclamación de cuotas y no para impugnar acuerdos que debe llevarse a cabo conforme establece el artículo 18 LPH, y de forma independiente al monitorio[50].

B) Otros procedimientos. La afección real y preferencia del crédito comunitario.

No obstante, no es el juicio monitorio el único procedimiento para resolver todos los problemas de morosidad o, al menos, para asegurar el cobro efectivo del crédito.

Si se quiere, puede suponer la solución en un 60-70 % de los casos, cuando hay una insolvencia, o dificultades económicas en que se priorizan los pagos por su onerosidad, o por estar en vías de reclamación judicial, o en los casos de profesionales de la morosidad, pero en el resto deberá valorarse la conveniencia de emplear tal procedimiento.

48 Entre otras, la SAP Alicante 15 mayo 2023 (Roj: 1070/2023); SSAP Valencia 27 mayo 2020 (Roj: 731/2020), 14 octubre 2020 (Roj: 4073/2020) y 28 diciembre 2021 (Roj: 5000/2021); y SAP Madrid 1 julio 2021 (Roj: 8623/2021).

49 Martín Jiménez, C.M. y Martín Jiménez, J.J.: *Determinación y reclamación de cuotas de comunidades de propietarios*, Libertas, Valladolid, 2015 (1.ª ed.), p. 322.

50 Del Vas González, J.M.: *La morosidad en la Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004, p. 283.

Así, por ejemplo, debería acudirse directamente al ordinario cuando se tenga constancia de la oposición al pago del propietario deudor por no estar conforme con su participación en el gasto, o con la cuota con la que participa. De lo contrario, de emplear inicialmente el monitorio, únicamente se conseguiría dilatar el contencioso, consecuencia de la oposición y consiguiente resolución definitiva en juicio que corresponda (artículo 818 LEC).

De otro lado, es calificada por un sector de la doctrina[51] de hipoteca legal tácita la afección real contemplada en el artículo 9.1, letra e, de la LPH, en el caso de transmisión de vivienda de manera que el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios por los gastos de comunidad hasta el límite de la a anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años anteriores quedando el inmueble afecto al cumplimiento de esta obligación.

Para Zurilla Cariñana[52] el adquirente es deudor de la comunidad, si bien tiene derecho de regreso contra el vendedor por el todo de la deuda, no perdiendo la comunidad la posibilidad de dirigirse también contra el vendedor para su cobro, o contra cualquiera de ellos y a su elección.

En otros casos, puede resultar necesario demandar a otras personas distintas de los propietarios, transmitente o adquirente, o titulares registrales, a los que hace referencia el artículo 21.4 LPH, únicos en los que parece que pensó el legislador.

Magro Servet[53] afirma que si bien el deudor de los gastos es el propietario del inmueble en el período en el que se devenga los gastos, pero si el titular registral es distinto se podrá demandar a este a efectos del embargo del inmueble en el Registro de la Propiedad.

Sujeción al gasto de quien en cada momento sea propietario que es calificable como de obligaciones propter rem definidas por la doctrina[54] como aquellas "que vinculan a un sujeto por razón de una determinada titularidad jurídico-real o conexión jurídica con la cosa".

51 Recoge los criterios o calificaciones discrepantes La Ley; y así se puede calificar no solo de hipoteca legal tácita (Zurilla Cariñana), sino también como "afección que produce efectos en orden a la prelación del crédito con efectividad inmobiliario-registral" (Sapena; Ventura-Traveset; García Gil); y como de "gravamen preferente" la califica la DGRN 15 enero 1997 (LA LEY 5508/1997) (La Ley: "Aspectos legales", cit. p. 168)

52 Zurilla Cariñana, Mª.A.: *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 230.

53 Magro Servet, V.: "Guía práctica", cit. p. 163.

54 Blasco Gasco, F..: *El derecho real*, en AA.VV.: *Derecho Civil III. Derechos Reales* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte y A. Serra Rodriguez), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023. pp. 27-8.

En otros supuestos se trataría de demandar a otros acreedores del propietario, a los que no hace referencia el artículo 21 de la LPH, habitualmente de carácter hipotecario, y para asegurar la preferencia del crédito comunitario sobre estos al ejecutar la garantía que supone la afección real del piso o local por la anualidad corriente y los tres años anteriores, también calificada de hipoteca legal tácita, y a los efectos de que reconozcan la preferencia de tal crédito privilegiado.

Aunque la preferencia del crédito y la afección real ya venga establecida en la Ley de Propiedad Horizontal, y pueda hacer valer tal preferencia mediante la correspondiente tercería de mejor derecho, en ocasiones es necesario demandar a los acreedores a efectos de reconocer dicha preferencia, y anotar preventivamente la demanda en el Registro de la Propiedad como medida cautelar (artículos 727.5 LEC y 42.1 y 43 LH) en procedimientos que pueden tener cierta duración con vistas a que conste en el registro la afección real frente a acreedores o adquirentes futuros, y con el fin de evitar que puedan alegar en el momento de la adquisición, o constitución de la carga, la buena fe registral, o desconocimiento de la afección, protegiendo en definitiva la seguridad del tráfico.

El problema es que en el juicio especial monitorio en el ámbito del régimen de la propiedad horizontal no se permite la llamada al procedimiento de estos acreedores respecto al cual se pretende la preferencia, no la condena al pago. Razón de que tales pretensiones se deban ventilar a través de los procedimientos ordinarios.

Preferencia del crédito por gastos de comunidad que no es sino expresión de la protección de los gastos debidos con origen en el necesario mantenimiento del edificio, y de los pisos y locales en él integrados, precisamente para que todos ellos conserven su valor.

Objetivo en lo que estará indudablemente interesado quien tiene otorgados tales inmuebles en garantía del cumplimiento de una obligación normalmente dineraria, es decir el acreedor hipotecario, respecto del cual el artículo 9.1, letra e, de la LPH otorga preferencia al crédito comunitario, y para que tales bienes gravados como garantía no pierdan su valor. Para LA LEY "no parece dudoso que se trata de un crédito -con eficacia real- que la Ley declara preferente a todo crédito que, a su vez, no lo sea frente a la hipoteca"[55].

3. Las alternativas a la vía judicial: mediación y arbitraje.

Por último, no podemos dejar de hacer referencia a la mediación y al arbitraje como soluciones complementarias, o alternativas, a la vía judicial y como medio

55 La Ley: "Aspectos legales", cit. p.170). Y recoge la STS 23 julio 1990 (LA LEY 13286-R/1990) que decreta la preferencia frente al crédito por cuotas de cotización a la Seguridad Social.

de dar solución, en particular, a aquellas morosidades que supongan en realidad un conflicto respecto a los conceptos o forma de participación en los gastos, incluidas los repetidos problemas de interpretación de cláusulas estatutarias exoneratorias de gastos.

En este sentido, el arbitraje, de larga tradición histórica[56] y de naturaleza heterocompositiva, exigirá un contenido mínimo del convenio arbitral, dentro del cual habrá de encontrarse como relación jurídica sometida al instituto del arbitraje los conflictos intracomunitarios por razón de morosidad surgidos entre la comunidad y los comuneros por razón de discrepancias en orden a la interpretación de los estatutos, o a las formas de pago, o sus vencimientos, etcétera.

De otro lado, el diseño de la mediación en la esfera civil[57], y su carácter autocompositivo, permite que, una vez resuelto el conflicto, sea posible una convivencia futura entre las partes. Así, y como dice Pérez Miralles[58], en el ámbito de las comunidades de propietarios la mediación tiene un especial atractivo, por cuanto como recoge la doctrina las partes implicadas necesitan mantener una convivencia posterior viable, como también sucede en otro tipo de relaciones familiares o sociales.

Por tal motivo, es en particular en la propiedad horizontal, como ya sucede en materia de mediación familiar, un medio eficaz de evitar el contencioso solventando sin excesivas cicatrices la eventual discrepancia entre los comuneros, o soluciones de aplazamientos de pagos que pueden presentarse con mayor habitualidad en tiempos de crisis económicas[59].

Convenios o pactos relativos a la mediación, o al arbitraje, o a las dos instituciones, que, si se encuentran insertos en los estatutos comunitarios, podrán vincular a los terceros adquirentes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5, párrafo tercero, in fine, de la Ley de Propiedad Horizontal.

56 Hoy regulada en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, con sus modificaciones posteriores.

57 Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

58 Perez Miralles, J.A.: *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 46.

59 Y sin perjuicio de que este tipo de aplazamientos puedan ser acordadas directamente sin necesidad de acudir a mediaciones por la junta de propietarios presentando escrito al presidente para que se acuerde por mayoría simple su fraccionamiento (Magro Servet, V.: "Guía práctica", cit., p. 167).

BIBLIOGRAFÍA

Blasco Gasco, F..: *El derecho real*, en AA.VV.: *Derecho Civil III. Derechos Reales* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte y A. Serra Rodriguez), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

Echeverria Summers, F. (coord.): *Propiedad Horizontal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.

Del Vas González, J.M.: *La morosidad en la Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Thomson-Aranzadi. Madrid, 2004.

Domingo Monforte. J. y Gil Gimeno, C. *La Reforma del proceso monitorio. Luces y sombras. Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, marzo, núm. 11.

Fuentes-Lojo Rius, A.: *Ley de Propiedad Horizontal: comentarios, concordancias, jurisprudencia, normas complementarias e índice analítico*, Colex, A Coruña, 2021.

Gómez Martínez, C. y Gómez Martínez, J. *La ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Navarra, 1999.

La Ley: *Aspectos legales de las comunidades de propietarios*, Bosch-La Ley, Madrid, 2023.

Loscertales Fuertes, D. *Propiedad Horizontal. Legislación y Comentarios*, Dykinson, S.L., Madrid, 2020.

Magro Servet, V.: *Guía práctica para juristas, vecinos y presidentes de comunidades de propietarios, La Ley*, Madrid, 2022.

Martín Jiménez, C.M. y Martín Jiménez, J.J.: *Determinación y reclamación de cuotas de comunidades de propietarios*, Libertas, Valladolid, 2015 (1.ª ed.).

Navarro Rosado, J.L.: *Manual de presidentes y miembros de juntas directivas de comunidades de propietarios*, Colegio de Administradores de Fincas de Málaga y Melilla, 2017.

Pérez Miralles, J.A.: *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

Serra Rodriguez, A.: *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual*, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

ZURILLA CARIÑANA, Mª.A.: *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995.

SHARING ECONOMY Y DERECHOS REALES: DE LA PROPIEDAD A NUEVAS FORMAS DE GOCE EN TIEMPO COMPARTIDO

SHARING ECONOMY AND PROPERTY RIGHTS: FROM OWNERSHIP TO NEW FORMS OF TIME-SHARING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 596-621

Marco FARINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La multipropiedad, en sus varias facetas, se difunde rápidamente como instituto que logra maximizar la productividad de la *res*, componiendo el interés empresarial con el interés del usuario en una gestión eficiente y racional de los bienes inmuebles. Analizada la complejidad del fenómeno y el rol central que la autonomía negocial tiene en este contexto, el ensayo se enfoca en la contribución sistemática de la multipropiedad a la re-conceptualización de la relación entre *res* y propiedad en la economía del intercambio. Siguiendo la trayectoria evolutiva más reciente, el análisis se concentra en las potencialidades de las nuevas tecnologías, investigando el posible rol que sistemas de registro distribuido y *token* pueden jugar en la circulación inmobiliaria y en la difusión de nuevas formas de goce en tiempo compartido.

PALABRAS CLAVE: Derechos reales; multipropiedad; circulación inmobiliaria; *sharing economy*; *token*.

ABSTRACT: *Time-sharing, in its various models, rapidly spreads as a tool that manages to maximize the productivity of goods, combining both the entrepreneurial interest and the user's interest in an efficient and rational management of real estate wealth. After analyzing the complexity of the phenomenon and the central role played in this context by private autonomy, the essay focuses on the systematic contribution of time-sharing in the reconceptualization of the relationship between res and ownership in the sharing economy. Following the most recent evolutionary trajectory, the analysis moves to the potential of new technologies, investigating the possible role that distributed ledger technologies and tokens can play in real estate circulation and in the diffusion of new forms of time-sharing.*

KEY WORDS: *Property rights; time-sharing; real-estate circulation; sharing economy; token.*

SUMARIO.- I. MULTIPROPIEDAD Y *TIME-SHARING*: EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO. – II. TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES, MODELOS DE MULTIPROPIEDAD Y GOCE EN TIEMPO COMPARTIDO DE LOS BIENES INMUEBLES. – III. DERECHO DE PROPIEDAD Y PODER DE DISPOSICIÓN: DE LA EXCLUSIVIDAD AL ACCESO. – IV. *TOKEN* Y NUEVAS FORMAS DE ACCESO AL GOCE COMPARTIDO DE LOS BIENES INMUEBLES.

I. MULTIPROPIEDAD Y *TIME-SHARING*: EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO.

El término "multipropiedad" es bastante polisémico. De hecho, actualmente el concepto de multipropiedad designa, de manera atécnica, una pluralidad de operaciones económicas con rasgos peculiares que no se pueden subsumir en una única situación[1].

Junto al tradicional contrato de multipropiedad –sobre el cual se ha pronunciado ampliamente la doctrina[2] para aclarar la naturaleza del derecho que nace en cabeza del multipropietario y en virtud del cual un bien susceptible de utilidad repetida se convierte en objeto de goce en tiempo compartido por parte de más sujetos– se han agregado técnicas negociales atípicas que, aunque no incidan en la transferencia de un derecho real o una cuota, se han revelado idóneas para satisfacer intereses económicos sustancialmente análogos a aquellos subyacentes a la multipropiedad tradicional que ya se ha mencionado arriba[3].

En su forma históricamente más difundida, el contrato de multipropiedad (llamado "inmobiliario") permite la enajenación de una cuota de propiedad de un inmueble o de un complejo inmobiliario en favor de varios sujetos, normalmente realizada en una localidad turística. Dichos sujetos se hacen copropietarios del bien y adquieren el derecho "perpetuo y transmisible" de gozar del mismo de

1 Véase, *infra*, esp. § III con referencia a los llamados contratos de *time-sharing*; pero *cfr.* también el más antiguo Majello, U.: "I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici", *Rivista di diritto civile*, 1987, p. 493 ss., esp. p. 499.

2 Véase, sin pretensión de exhaustividad, Granelli, C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà (analisi di una prassi commerciale)", *Rivista di diritto civile*, 1979, p. 687 ss.; Alpa, G.: "La multiproprietà: fenomeno reale o 'montagejuridique'", *Rivista del notariato*, 1980, p. 1187 ss.; Pelosi, A.C.: "La multiproprietà tra comunione e proprietà temporanea", *Rivista di diritto civile*, 1983, p. 463 ss.; Santoro Passarelli, F., "Multiproprietà e comproprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 19 ss.; Confortini, M.: *La multiproprietà*, Cedam, Padova, 1983, p. 6 ss.; Morello, U., "Multiproprietà", *Digesto Discipline Privatistiche*, sezione civile, XI, Utet, Torino, 1994, p. 490 ss.; Di Rosa, G.: *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 33 ss.

3 Véase, *ex multis*, Calice, E., *Vendite di diritti di «godimento ripartito» di beni immobili: formalismo* e *tutela dell'acquirente*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*; Gennari, A. y Nurra, M.G.: *Multiproprietà* e timesharing. *L'evoluzione delle tipologie di prodotto nel settore della ricettività turistica*, Il Sole 24 ore, Milano, 2005, p. 8 ss.; Finessi, A.: "La nuova disciplina del contratto di multiproprietà", *Nuove leggi civili commentate*, 2012, p. 509 ss.; Bernes, A.: "Il turismo residenziale fra proprietà e consumo: il modello del *condhotel*", *Persona e mercato*, 2020, p. 252 ss., esp. p. 253, que subraya la cada vez mayor proclividad del mercado a ofrecer "nuevos" productos negociales para satisfacher los intereses emergentes de los contrayentes.

• Marco Farina
Ricercatore di Diritto Privato, Università di Milano. Correo electrónico: marco.farina@unimi.it

forma plena y exclusiva durante un periodo limitado en el curso del año y repetido en el tiempo[4].

La génesis del instituto se encuentra en la oportunidad de responder contextualmente a dos distintos ordenes de exigencias[5]: la del propietario-constructor del complejo residencial o turístico (generalmente operador profesional) de recoger capital por montos superiores a los que resultarían de ventas ordinarias, y la del sujeto adquirente de poder acceder, con costos de adquisición y administración reducidos, a soluciones de alojamiento que puedan ser dispuestas, por el periodo acordado, como segunda casa y satisfacer así el interés por vacaciones, ahora objeto de protección jurídica por parte del ordenamiento[6]. Por un lado, para maximizar las ganancias, el empresario que comercializa la multipropiedad diferencia el precio de goce por turnos según la temporada, en razón de la utilidad económica que el bien puede producir en determinados periodos del año. Así, se amplía la posibilidad de despertar el interés de distintas categorías de adquirentes e inversionistas y se tiende a un aprovechamiento integral del valor de uso del

4 Morand, M.: "La copropriété saisonnière ou multipropriété depuis dix ans", *Gazette du Palais*, 1979, p. 245 ss.; Quadri, E.: "La «multiproprietà» tra logica speculativa e interessi sociali", *Foro italiano,* 1984, c. 225 ss.; Cervale, M.C.: "La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà, *Rassegna di diritto civile*, 2014, p. 358 ss. Más ampliamente, sobre la función de la autonomía privada y del contrato en la creación de nuevas situaciones jurídicas, véase Sangiorgi, S., *Multiproprietà immobiliare* e *funzione del contratto*, Jovene, Napoli, 1983, y, también con referencia a la multipropiedad, Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, esp. p. 123, quien afirma que la multipropiedad representa un ejemplo concreto en el cual "el contrato toma un papel decisivo porque ya no se limita a componer los intereses de las partes con respecto a un bien", sino que "participa en la determinación del nacimiento, es decir, configura un punto de referencia objetivo de la posible configuración de una definición", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 2666 ss. [Todas las traducciones del italiano son propias].

5 Lezza, A. y Selvarolo, S.G.: "Un modello di proprietà: la «multiproprietà»", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1977, p. 17 ss.; Granelli, C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà", cit., p. 686; Fadda, M.L.: "Il problema della multiproprietà", *Vita notarile*, 1984, p. 755 ss.; Quadri, E.: "La «multiproprietà» tra logica speculativa e interessi sociali", cit., esp. p. 227 ss.

6 A este propósito ver la previsión del art. 46 del Código del turismo (decreto legislativo del 23 de mayo de 2011, n. 79), que establece el derecho del viajero a obtener la reparación del daño por "vacaciones arruinadas" (en efecto, según el primer inciso de la disposición, "[en] el caso en que el incumplimiento de las prestaciones que son objeto del paquete no sea de escasa importancia según el art. 1455 c.c., el viajero puede pedir al organizador o al vendedor, según la responsabilidad por la violación de las obligaciones respectivas derivadas de los relativos contratos, una reparación del daño relativo al tiempo de vacaciones transcurrido inútilmente y a la irrepetibilidad de la ocasión perdida, además, e independientemente, de la resolución del contrato,"). Dicha disposición eleva las "vacaciones" a bien jurídico protegido por el ordenamiento como fuente de bienestar y, por lo tanto, funcional para la plena realización de la personalidad individual. Al respecto, *cfr.* Morandi, F.: "Il danno da vacanza rovinata", *Il danno esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile* (ed. P. Cendon e P. Ziviz), Giuffrè, Milano 2000, p. 638 ss.; Romeo, F.: "Il "nuovo" danno da vacanza rovinata: primi rilievi sull'art. 47 del codice del turismo", *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, p. 56 ss.; Venchiarutti, A.: "Il danno da vacanza rovinata tra normativa nazionale ed europea", *ivi*, 2013, p. 1075 ss.; Palmieri, A.: "In tema di danno da vacanza rovinata", *Foro italiano*, 2017, c. 3615 ss. En la jurisprudencia, v. Cas. 10 de enero de 2011, n. 297, *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 2537 ss., con nota de Rufo Spina, C.: "Tutela del consumatore-viaggiatore e termini per il reclamo"; Cas., 11 de mayo de 2012, n. 7256, *Repertorio del foro italiano*, 2012, voz "Danni in materia civile", n. 223; y, por último Cas., 9 de julio de 2019, n. 18320, *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2021, p. 87 ss., con nota de Ruggiero Perrino, C.: "Responsabilità del vettore aereo per smarrimento del bagaglio e risarcimento del danno esistenziale", según quien "[e]l daño por vacaciones arruinadas en cuanto daño no patrimonial debe entenderse como daño existencial, tratándose de un perjuicio que altera los hábitos de vida y la configuración relacional de la persona, alterando su cotidianidad y privándola de ocasiones para expresar y realizar su personalidad en el mundo exterior".

inmueble acelerando además los tiempos de colocación en el mercado[7]. Por el otro, quien adquiere en multipropiedad accede a una forma de goce pleno, aunque circunscrito temporalmente, de un inmueble durante determinados periodos del año, con evidentes consecuencias económicas apreciables con referencia al precio de adquisición y a los costos de administración[8]. Además, para el adquirente se agregan los beneficios por la certeza de disponibilidad de un alojamiento turístico, que comporta el ahorro de tiempo y energía en el agotador intento de reservar un hospedaje adecuado.

Estas premisas son suficientes para identificar los intereses —patrimoniales y no patrimoniales— que el fenómeno de la multipropiedad compone y para poner en evidencia el peculiar rol de la autonomía negocial en tal contexto. En efecto, en este contexto la misma expresa su máximo potencial, incidiendo en las situaciones dominicales de pertenencia y desarticulando el derecho de propiedad para permitir una administración aún más productiva de la *res*[9]. La necesidad de conciliar las aspiraciones económicas del profesional y, al mismo tiempo, las expectativas, incluso no patrimoniales, del contratante no profesional promueve la difusión de paradigmas de goce de bienes en tiempo compartido y de disfrute de servicios comunes en los cuales la relación entre la *res* y quien la usa no se puede reconducir a uno de los modelos tradicionalmente conocidos de derecho real (o incluso menor o parcial)[10].

La praxis conoce hoy distintos modelos de multipropiedad que, en distinta medida, realizan la operación económica descrita. La primera consagración

7 Además, Santagata, R.: *Diritto del turismo*, Utet, Torino, 2014, esp. p. 252, considera los perfiles ventajosos para el profesional.

8 Alpa, G.: "Multiproprietà. Problemi attuali e prospettive di normazione", *Rivista del notariato*, 1987, p. 1097 ss.; Di Rosa, G.: *Proprietà e contratto*, cit., p. 28.

9 Gambaro, A.: "Il diritto di proprietà", *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.; Ruscello, F.: *Comunità condominiale e regole di convivenza*, Aracne, Roma, 2012, p. 11 ss.; Alcaro, F.: "Comunione e condominio. Introduzione", *Trattato di diritto immobiliare* (diretto da G. Visintini), III, *La comunione e il condominio*, Cedam, Padova, 2013, p. 1 ss.; Mezzanotte, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli, 2015, *passim*; Bernes, A.: "Il turismo residenziale fra proprietà e consumo", cit., p. 256, quien nota que "[de] una visión idiosincrática de la propiedad se pasa a una objetiva, que, sin perder de vista la centralidad del *dominus*, se enfoca en los múltiples intereses conectados al recurso y, sobre todo, en las técnicas contractuales de satisfacción de los mismos".

10 Véase Drudi, A.M.: "Multiproprietà", *Contratto e impresa*, 1985, p. 239 ss., según quien la referencia a la "propiedad" en el contrato de multipropiedad tiene, con respecto a las cláusulas sobre el goce y la administración de la estructura, unos puntos de ruptura con el contenido típico de la propiedad. Sobre el mismo tema, véase Gritti, F. e Leixner, C.: "Diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: il *time-sharing*, la direttiva CE, il *teilzeitnutzungsgesetz* (TNG) austrico", *Vita notarile*, 2003, p. 1059 ss.; Caterini, E.: "Proprietà", in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (diretto da P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, esp. p. 273 ss.; Capponi, M.C.: "Multiproprietà e comproprietà alberghiere: vecchi e nuovi profili d'indagine", *Contratto e impresa*, 2007, p. 30 ss.; Finessi, A.: "Contratti su multiproprietà", *Trattato dei contratti* (dir. V. Roppo), IV, *Opere e servizi*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 549 ss., Alvisi, C.: *Il diritto del turismo nell'ordine giuridico del mercato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 67 ss. En la jurisprudencia, refiriéndose específicamente a la propiedad accionaria, *cfr.* Cas. pen., 31 de enero 1987, *Banca borsa e titoli di credito*, 1988, p. 173 ss., con nota de Biffani, A.: "Riflessioni in tema di multiproprietà azionaria"; Cas. 10 de mayo de 1997, n. 4088, *Giustizia civile*, 1998, I, p. 1147 ss., con nota de Proto, M.: "Nuove prospettive in tema di multiproprietà azionaria (in attesa dell'intervento del legislatore)".

positiva está en el decreto legislativo del 9 de noviembre de 1998, n. 427 (cuyo contenido fue transcrito en los artículos 69 ss. del Código del consumo), establecido para dar aplicación a la directiva europea sobre *time-sharing* (dir. 1994/47/CE)[11]. Las características peculiares del fenómeno, que irrumpe en un sistema definido por el principio del llamado *numerus clausus* de los derechos reales, hacen que el legislador de inmediato advierta apremiantes exigencias de orden definitorio y clasificatorio en interés del consumidor/adquiriente final y del correcto funcionamiento del mercado interno. El contrato de "multipropiedad" es tal si pretende la transferencia o promesa de transferencia de "un derecho real u otro derecho que tenga por objeto en tiempo compartido de uno o más inmuebles": en primer lugar, el elemento distintivo de la situación es, entonces, el derecho de goce (real, pero también personal) de un inmueble[12].

Llega luego el decreto legislativo del 23 de mayo de 2011 n. 79 que, dando cumplimiento a la directiva europea 2008/122/CE, elimina significativamente la referencia a la realidad del derecho: el goce de un alojamiento limitado a un periodo de tiempo determinado y recurrente se vuelve un rasgo constante en la complejidad del fenómeno de la multipropiedad[13]. Según el art. 69 del Código del consumo, en su versión actual, la multipropiedad se define como "un contrato de duración superior a un año mediante el cual el consumidor adquiere a título oneroso el derecho de goce sobre uno o más alojamientos para pernoctar por más de un periodo de ocupación".

Una definición así —que se emancipa del dificultoso contraste con el llamado principio del *numerus clausus* de los derecho reales[14]— induce a preguntarse sobre las técnicas negociales que hoy permiten la circulación de la multipropiedad entendida tradicionalmente, así como sobre los instrumentos negociales de los cuales se puede valer la autonomía privada para llevar a cabo operaciones económicas funcionalmente equiparables a la transferencia de una cuota de multipropiedad, en lo concerniente a los intereses configurados.

11 Sobre el tema, véase Smorto, G.: "La multiproprietà e la tutela dei consumatori: il recepimento della direttiva 94/47/CE", *Europa e diritto privato*, 1999, p. 296 ss.; Di Ciommo, F.: "Multiproprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela dell'acquirente", *Foro italiano*, 1999, c. 37 ss.; Miletti, A.: "Dalla multiproprietà ai "condhotel": l'inestricabile intreccio dei nuovi diritti tra mutevolezza e rischi di gestione, diritti di godimento ed equilibri precari", *Rivista di diritto dell'impresa*, 2019, p. 453 ss.

12 Es más, el art. 4, inciso 1, d. lgs. 427/1998, establecía que "el vendedor utiliza el término 'multipropiedad' en el documento informativo, en el contrato y en la publicidad comercial relacionada con el bien inmueble sólo cuando el derecho objeto del contrato es un derecho real".

13 Lo subrayan, entre otros, Parodi, N.: "Multiproprietà", *Trattato dei diritti reali* (dirs. A. Gambaro y U. Morello), II, *Diritti reali parziari*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 449 ss.; Di Rosa, G.: "Profili ricostruttivi della nuova disciplina del condominio negli edifici", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 791 ss.

14 Realmente, no ha faltado quien ha considerado el contrato de multipropiedad como un contrato mediante el cual se constituye un derecho real atípico, admisible en lo que concierne a su contenido, establecido mediante contrato celebrado, y que realiza un interés merecedor de tutela *ex* art. 1322 c.c. y art. 42 Const. (para todos), ver Caselli, G.: *La multiproprietà. Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1984, *passim*).

II. TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES, MODELOS DE MULTIPROPIEDAD Y GOCE EN TIEMPO COMPARTIDO DE LOS BIENES INMUEBLES.

La determinación de la naturaleza jurídica de la multipropiedad es, sin duda, funcional para aclarar las características del derecho del multipropietario y, de este modo, establecer —aunque no expresamente regulado por las disposiciones de los artículos 66 ss. del Código del consumo— las reglas aplicables en la circulación de los modelos multipropietarios[15].

En tal contexto, la posición de quien adquiere una cuota de multipropiedad asume relevancia tanto en las relaciones con los terceros, respecto de los cuales es necesario garantizar a un mismo tiempo la oponibilidad del derecho y su idoneidad para circular, como en las relaciones con los otros multipropietarios o con el administrador de los servicios comunes, para definir las modalidades de goce del alojamiento y de los servicios esenciales coligados[16]. Aparece de inmediato evidente cómo, al margen de la perspectiva que se prefiera[17] y no obstante la articulada taxonomía del fenómeno multipropietario, la "relacionalidad" intrínseca a la multipropiedad determina, sin duda, la existencia de un complejo de relaciones en las cuales coexisten aspectos de realidad y aspectos de obligatoriedad[18].

En lo atinente a las relaciones internas, la doctrina ha evocado principalmente las reglas dictadas para la comunidad y para el condominio, consideradas como un parámetro útil de referencia para la identificación de la disciplina de las partes y de los servicios comunes del edificio en donde se encuentra la unidad objeto de la relación[19]. Por su parte, respecto de las relaciones externas y, más precisamente,

15 Ciatti, A.: "Il recepimento della direttiva comunitaria in tema di godimento turnario di beni immobili (multiproprietà)", *Contratto e impresa. Europa*, 1999, p. 520 ss.; Bulgarelli, A.: "Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente", *Rivista del notariato*, 2001, p. 535 ss.; De Marzo, G.: "Trasparenza contrattuale e multiproprietà, *Corriere giuridico*, 1999, p. 16 ss.; De Nova, G.: "Multiproprietà e disciplina dei contratti", *Rivista di diritto privato*, 1999, p. 5 ss.

16 V. Bernes, A.: "Il turismo residenziale fra proprietà e consumo", cit., p. 261; Morello, U.: *Multiproprietà e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 71 ss.

17 Sin querer reconstruir completamente el debate doctrinal acerca de la naturaleza del fenómeno multipropietario, es suficiente recordar la posición de Santoro Passarelli, F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 19 ss.; Valbonesi, F.: "*La multiproprietà quale ipotesi di coesistenza di proprietà esclusive: verso il condominio?", Rassegna di diritto civile*, 1994, p. 48 ss., per le analogie tra multiproprietà e condominio; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2017, esp. p. 397, quien reconduce la multipropiedad a una forma de comunión ordinaria; Calliano, O.: "La multiproprietà", en *Trattato di diritto privato* (dirigido por P. Rescigno), VII, Utet, Torino, 1982, p. 245 ss., para la configuración de un derecho real sometido a un limite temporal; Drudi, A.M.: "Multiproprietà", cit., 1985, p. 238 ss., quien traslada el nivel de investigación de la cotitularidad de un mismo derecho a la coexistencia de más derechos de propiedad. Recentemente, Ricci, A.: "Sulla rinunciabilità del diritto di multiproprietà immobiliare", *Giustizia civile*, 2020, p. 480 ss, ha recurrido sintéticamente las principales orientaciones doctrinales concernientes la naturaleza de la multipropiedad.

18 Di Rosa, G.: *Proprietà e contratto*, cit., p. 33 ss.

19 Sobre el tema, véase Alpa, G.: "Aspetti e problemi attuali della multiproprietà", cit., p. 96 ss.; De Cupis, A.: "La durata della proprietà turnaria", *Giurisprudenza italiana*, p. 193 ss.; Vincenti, U.: "Multiproprietario apparente e responsabilità per il pagamento delle spese di gestione", *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, p. 848 ss.; Id., "Sull'amministrazione delle cosiddette multiproprietà", *Giurisprudenza italiana*, 1990, c. 199

de las modalidades de circulación de la multipropiedad, dicha configuración ha permitido afirmar la libre transferibilidad por acto entre vivos de la porción de cada multipropietario a título gratuito oneroso y, en opinión de algunos, la posibilidad de constituir derechos reales menores y derechos personales de goce sobre el bien objeto de multipropiedad[20].

Según esta configuración, en la definición de las relaciones entre multipropietarios de las unidades inmobiliarias y el eventual administrador de las partes comunes restan amplios espacios de operatividad para la autonomía privada: salvo las cargas impuestas al profesional por el Código del consumo en relación con la información precontractual, los requisitos del contrato de multipropiedad y el derecho de retracto del consumidor (ex art. 71 ss. del Código del consumo)[21], las normas sobre la comunidad se aplican de manera residual y allí donde los intereses de las partes no sean objeto de reglamentación específica. En tal sentido, cuando se suscriben los contratos de transferencia de la copropiedad de la unidad inmobiliaria o de la entera estructura, los adquirentes aprueban un reglamento de relaciones internas, estableciendo los periodos de utilización exclusiva y, generalmente, estableciendo la indivisibilidad del bien, derogando el principio general según el cual cada participante en la comunión puede pedir la división[22].

Antes de incluir limitaciones convencionales del derecho constituido a favor de cada multipropietario, por ejemplo previendo como condición para su transferencia la aceptación del reglamento por parte del tercero adquiriente[23], con el contrato de multipropiedad la autonomía privada crea un bien jurídico nuevo, que no existe hasta cuando los contrayentes lo califiquen como tal[24].

ss.; Fusaro, A.: "Una pronuncia in tema di multiproprietà", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, p. 951 ss.; Avancini, E.: "Sui rapporti tra titolari di un diritto di multiproprietà e il condominio di cui l'immobile in multiproprietà fa parte", *Giurisprudenza di merito*, 2008, p. 1863 ss.; Trapani, G.: "La multiproprietà e la coerenza ipocatastale", Studio CNN n. 426-2011C; nonché con riferimento alla formulazione dell'art. 1117 c.c., Triola, R.: *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, Giuffrè, Milano, 2014, espec. p. 31.

20 En este sentido, Granelli, C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà", cit., p. 668; Guizzi, G.: "In tema di rinunciabilità al diritto di multiproprietà", *Rivista del notariato*, 2014, p. 876. Sostienen una posición contraria Di Rosa, G.: *Proprietà e contratto*, cit., p. 146 ss.; Ricci, A.: "Sulla rinunciabilità del diritto di multiproprietà immobiliare", cit., p. 495 ss.; Trib. Torino 18 de junio de 2008, *Dejure Giuffrè*, que habla de "comunidad en escala industrial" con findalidades turístico-industriales. En sentido contrario, App. Genova, 29 de septiembre de 2000, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, p. 537 ss., con una nota de Viotti, G.: "La multiproprietà: un nuovo diritto reale", quien identifica una figura autónoma de derecho real, considerando superado el principio de tipicidad de los derechos reales.

21 Véase, *ex multis*, De Cristofaro, G.: "Contratto di *timesharing*, attuata la direttiva comunitaria", *Studium iuris*, 1999, p. 603 ss.

22 V. Santoro Passarelli, F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 25 ss., quien justifica la superación del límite temporal fijado para el pacto de indivisibilidad por el art. 1111 c.c. por medio de una aplicación extensiva del art. 1112 c.c., fundada en la función del contrato de multipropiedad; Calice, E.: "La rivendita di quote di multiproprietà: questioni di tecnica redazionale", *Immobili e proprietà*, 2012, p. 705 ss.; Bernes, A., "Il turismo residenziale fra proprietà e consumo", cit., p. 256 ss., quien afirma que "los reglamentos de la comunidad, al margen de sus distintas clasificaciones –asambleario o contractual respecto de la fuente, interno o externo considerando la iniciativa– representan, sin duda, un modelo adecuado para la conformación de relaciones presentes en el edificio".

23 Lezza, A. y Selvarolo, S.G.: "Un modello di proprietà: la «multiproprietà»", cit., p. 24.

24 Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 122 ss.

Entonces, no sorprende que la jurisprudencia haya advertido necesidades de tipo práctico que sugieren concentrarse en los elementos esenciales del contrato mediante los cuales la multipropiedad se constituye o transfiere y, en particular, en el objeto del contrato, o en la naturaleza del derecho asociado a la "multipropiedad"[25].

Concretamente, dos esquemas contractuales principales encuentran difusión para la reventa de un inmueble en multipropiedad "inmobiliaria": o el multipropietario adquiere una cuota de una específica unidad inmobiliaria de un complejo, con derechos proporcionales sobre las partes comunes; o adquiriendo una cuota indivisible del complejo del condominio en la cual están presentes servicios comunes, se hace titular del derecho de goce de manera específica de una unidad que lo compone[26].

La situación jurídica que se constituye en cabeza del adquiriente, desde un punto de vista estructural, hace emerger de manera evidente el perfil funcional de la multipropiedad y la perspectiva plural que debe analizarse para apreciar el fenómeno en su globalidad, aun sin descuidar las posiciones de los individuos. La valorización de la función de la configuración multipropietaria en la composición de los intereses de los sujetos que participan en la constitución y modificación de un *aliquid* merecedor de tutela por parte del ordenamiento[27] comporta el reconocimiento de la libertad de los contratantes también para identificar la

25 *Cfr.*, *ex multis*, Trib. Trieste, 27 de septiembre 2007, *Foro it.*, 2008, I, c. 1342 ss., que declara la nulidad por indeterminación del objeto del contrato relativo al disfrute en multipropiedad de un inmueble que, con referencia exclusiva a una semana de vacaciones, no permite determinar duración y periodicidad del goce en tiempo compartido; Cas., 16 de marzo de 2010, n. 6352, *Giurisprudenza italiana.*, 2011, p. 60 ss., con nota de Galasso, R.: "L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto", quien afirma que "considerando que el goce en tiempo compartido del mismo hospedaje por parte de varios copropietarios en distintos periodos del año incide en la entidad de las respectivas cuotas de pertenencia […] con sus inevitables reflejos, en particular sobre el respectivo precio de venta y la entidad de la participación en los gastos comunes […] la cuantificación de la medida de dicha cuota o, en todo caso, la previsión negocial de los criterios con base en los cuales determinarla influyen en la determinación del objeto del contrato mismo"; Cas., 19 de marzo de 2018, n. 6750, *Dejure Giuffrè*. En el plano contractual, el adquiriente puede disfrutar eventualmente de la tutela prevista para enfrentar las cláusulas vejatorias: en ese sentido, *cfr.* Trib. Firenze, 19 de febrero de 2003, *Foro toscano.*, 2003, p. 155 ss., con nota de Monnini, M.: "Brevi note in tema di azione inibitoria cautelare urgente ex art. 1469 sexies c.c. con riferimento a clausole riconosciute vessatorie in tema di contratti in materia di multiproprietà", quien concluye que es vejatoria la cláusula que identifica la reglamentación de las relaciones entre los titulares de los certificados de asociación y la disciplina relativa al goce del apartamento con referencia a la convención y al reglamento de administración que entregan al adquiriente y se declaran conformes a los originales depositados; y la cláusula que, por el ejercicio del retracto, prevé el pago de sumas calificadas como gastos, pero que no tienen dicha naturaleza.

26 *Cfr.*, también para reflexiones más amplias sobre los perfiles catastrales y la técnica de redacción, Calice, E.: "La rivendita di quote di multiproprietà", cit., p. 705 ss.

27 *Cfr.*, *ex multis*, Gazzoni, F.: "Atipicità del contratto, gratuità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 1978, I, p. 52 ss.; Ferri, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse, *Rivista di diritto commerciale*, 1979, p. 1 ss.; Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi", *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 146 ss.; Bianca, M.: "Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 2011, p. 789 ss.; Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 204 ss.; Id.: *Stagioni del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 126 ss.

estructura más idónea para alcanzar la utilidad prefijada por las partes[28]. En otras palabras, la relevancia económica del fenómeno indujo al legislador comunitario a imponer prescripciones normativas aplicables también a los contratos sobre productos vacacionales a largo plazo, relativas: a) al reforzamiento de la posición del consumidor en la fase precontractual y a la imposición de cargas particulares en la promoción comercial del producto; b) al *ius poenitendi* del consumidor y a la simplificación de las modalidades de ejercicio; y c) a la imposición de la forma vinculada (prevista *ad substantiam* según el art. 72 del Código del consumo).

Desde del punto de vista del contenido, el contrato debe incluir la información reportada en el documento informativo estándar, predispuesto y entregado en los términos que establece el art. 70 del Código del consumo; además, según lo que prevé el art. 72, inc. 5 del mismo código, el contrato debe incluir la identidad, el lugar de residencia y la firma de cada una de las partes; y la fecha y lugar de celebración del contrato. La indicación de estos dos últimos datos ciertamente es funcional para la correcta identificación de la disciplina aplicable, asegurando de esta manera un mayor grado de certeza en interés del consumidor. En cambio, los detalles instrumentales para identificar a las partes pueden considerarse una petición superflua: de hecho, se mantiene la necesidad de indicar las generalidades de los contratantes en cualquier contrato, la precisión no parece ser en ningún modo un obstáculo para una desviación de los efectos del negocio celebrado a favor de un sujeto distinto (recorriendo el supuesto de hecho de los arts. 1401 ss. del Código civil cuando en el contrato de multipropiedad se incluya una reserva de nombramiento, o eventualmente, el del artículo 1411 del Código civil cuando la adquisición de la multipropiedad se incluya en una estipulación a favor de terceros)[29].

Faltan prescripciones de detalles respecto de las modalidades para reglamentar y disponer del derecho de goce en tiempo compartido. En particular, no es fácil identificar el instrumento negocial que permita hacer programas de "intercambio" entre situaciones jurídicas de multipropietarios distintos que, promovidos por el mismo vendedor o un tercero escogido por él, permitan modificar los periodos de goce o, incluso, consientan permutar, por el mismo periodo o uno distinto, el goce de bienes en multipropiedad ubicados en localidades turísticas diferentes.

28 V. Ravazzoni, A.: *La formazione del contratto*, II, *Regole di comportamento*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 17 ss.; Benedetti, A.M.: *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002, esp. p. 423 ss.

29 En efecto, en relación con dicho perfil, las problemáticas que podrían surgir son de orden sistemático y se refieren, sobre todo, a la naturaleza "favorable" de los efectos traslaticios y, entonces, a la posibilidad de celebrar un contrato a favor de tercero con eficacia real. Sobre el punto, *cfr.* Moscarini, L.V.: *I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 286 ss.; Sesta, M.: "Contratto a favore di terzo e trasferimento di diritti reali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p. 953 ss.; Stefini, U.: "Contratti costitutivi di servitù", *Trattato Roppo*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1451 ss.

Es evidente que un interés de intercambio tal, aunque frecuente y merecedor de tutela, es de difícil realización allí donde esté anclado al paradigma proprietario, según el cual cada sujeto goza del bien bajo el presupuesto (ineludible) de ser titular de un derecho real sobre el mismo bien.

Un cambio de paradigma resulta útil para realizar la operación económica descrita, en efecto, respecto de dicha cuestión a la multipropiedad "inmobiliaria" se le deja preferir la llamada multipropiedad "accionaria", caracterizada por la concesión del inmueble en una sociedad, en la que participan los sujetos que pretenden repartirse el goce[30]. El "multipropietario-socio" puede "depositar" el periodo de goce que le reconocen un una "*spacebank*" virtual, de la cual puede "retirar" el derecho de alojamiento en un bien inmueble de la sociedad por un periodo con un valor económico análogo al depositado[31]. En este caso, el intercambio presupone la atribución al administrador del espacio virtual del poder de asignar a terceros el derecho de goce del multipropietario "depositante" y se perfecciona en el momento en que se identifica un periodo/lugar de alojamiento alternativo al asignado originalmente. El rol del gestor de las multipropiedades en la formación del intercambio es neurálgico incluso cuando la formación del supuesto de hecho sea progresiva y se configure sobre un modelo de petición-depósito que calque la dinámica clásica de intercambio de propuesta y aceptación. En tal caso, el "multipropietario/socio" solicita un alternativa al administrador, quien desempeña el rol de intermediario: sin poder reubicar directamente la utilidad del multipropietario, él busca soluciones temporales o espaciales que puedan satisfacer la petición recibida y el intercambio sucede solo luego de una actividad negocial ulterior de los multipropietarios involucrados y de su "confirmación de intercambio"[32].

30 Con referencia a la multipropiedad accionaria, *cfr.* Caliendo, B.: "La multiproprietà azionaria alla luce della riforma delle società di capitali, *Notariato*, 2009, p. 207 ss.; Cas., 4 de junio 1999, n. 5494, *Rivista del notariato*, 1999, p. 1562 ss., con comentario de Sartore, A., quien afirma que la violación de la obligación de conferir el inmueble asume una connotación de indudable gravedad y justifica por sí sola la resolución del contrato de transferencia de la participación social; Cas., 10 de mayo de 1997, n. 4088, *Foro italiano*, 1998, I, c. 2255, con nota de Di Ciommo, F.: "La multiproprietà azionaria", donde se estableció que la atribución a un socio del derecho personal de goce del inmueble y de los servicios comunes por una determinada fracción espacio-temporal, con base en una relación derivada de convención entre la sociedad y el socio mismo, no viola la regla que impide al socio servirse del patrimonio social para fines ajenos a los de la sociedad, ni impide identificar un objetivo de lucro. Se aclaró también que la limitación del derecho personal de goce debe considerarse verificada positivamente cuando la duración de tal derecho se haga coincidir, en la convención atributiva del mismo, con la de la sociedad.

31 *Cfr.* Spredicato, T.: *La multiproprietà tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Halley, Matelica, 2006, p. 116 ss.; Cascella, G.: *La nuova multiproprietà*, Cedam, Padova, 2012, p. 271 ss.

32 Sobre las modalidades de funcionamiento del intercambio, véase Bütter, M.: *Immobilien-Time-Sharing und Verbraucherschutz Eine ökonomische und juristische Analyse*, Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden, 2000, p. 75 ss.; Spredicato, T.: *La multiproprietà tra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit., p. 117 ss.

III. DERECHO DE PROPIEDAD Y PODER DE DISPOSICIÓN: DE LA EXCLUSIVIDAD AL ACCESO.

Los esquemas negociales examinados hasta ahora, aunque tengan diferencias en los mecanismos técnicos, sugieren inevitablemente la oportunidad de un nuevo enfoque en el análisis del rol de la autonomía negocial en ámbito inmobiliario. De hecho, desde esta perspectiva se podría afirmar que la multipropiedad ofrece una contribución sistemática significativa para reconceptualizar la relación entre *res* y propiedad, valorizando en una óptica funcional –y entonces plenamente en línea con la disposición del art. 42 constitucional[33]– nuevas formas de goce y usos de los bienes.

Más precisamente, se trata de una tendencia que seguramente tomó impulso de la multipropiedad, pero que se desarrolló ulteriormente, encontrando terreno fértil en un contexto económico como lo es el contemporáneo[34], que cada vez más ignora el paradigma propietario, para privilegiar formas de compartición de los bienes, basadas en el acceso temporal como alternativa eficiente a la adquisición y al consumo propietario (llamada *sharing economy*)[35].

En esta trayectoria evolutiva, las nuevas tecnologías jugaron un rol fundamental, en cuanto ofrecen instrumentos eficaces para la administración productiva de los bienes. A este propósito, es ejemplar el rol de las plataformas digitales en línea[36], que permiten con enorme facilidad la puesta a disposición y el disfrute de bienes y servicios por parte de los usuarios.

Así, la economía de red se articula en distintos segmentos colaborativos, consistentes en la producción del servicio, en el consumo del servicio, en la subvención de la actividad y, en fin, en la valoración del servicio ofrecido[37]. En

33 . Sandulli, A.M.: "Profili costituzionali della proprietà privata", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 465 ss.; Santoro Passarelli, F.: "Proprietà privata e Costituzione", *ivi*, 1972, p. 953 ss.; Mengoni, L.: "Proprietà e libertà", *Rivista critica di diritto privato*, 1988, p. 442 ss.; Perlingieri, P.: "Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio", *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 688 ss.; Gambaro, A.: "La proprietà. Beni, proprietà, possesso", *Trattato di diritto privato* (dir. G. iudica y F. Zatti), Giuffrè, Milano, 2017, p. 284 ss.

34 Véase para todos, Gansky, L.: *The Mesh. Why the Future of Business is Sharing*, Penguin, New York, 2012, *passim*; Pisani, G.: *Costruire il Comune. Solidarietà e cooperazione nella* Sharing Economy, en *Rispondere alla crisi, Comune, cooperazione sociale e diritto* (ed. A. Quarta y M. Spanò), Ombre Corte, Verona, 2017, p. 42 ss.

35 *Cfr.* Botsman, R. e Rogers, R.: *What's Mine is Yours. How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Collins, Londra, 2010, p. 83 ss.; Smorto, G.: "Verso la disciplina giuridica della *sharing economy*", *Mercato concorrenza e regole*, 2015, p. 245 ss.

36 Sobre todas, piénsese en Airbnb. Sobre el tema, véase Albano, G.: "Problematiche della "sharing economy": l'esperienza della "Airbnb Tax"", *Corriere tributario*, 2018, p. 1760 ss.; Bazzoni, G.: "Il caso "airbnb": un complesso bilanciamento rimediale tra tutela della comunità e autonomia negoziale durante la pandemia", *Persona e mercato*, 2020, p. 452 ss.; Morais Carvalho, J.: "Airbnb Ireland Case: One More Piece in the Complex Puzzle Built by the CJEU Around Digital Platforms and the Concept of Information Society Service", *The Italian Law Journal*, 2020, p. 463 ss.

37 *Cfr.* Botsman, R.: "The Sharing Economy Lacks a Shared Definition", *Fast Company*, 2013, disponible en https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharingeconomy-lacks-a-shared-definition; id., *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption–And What Isn't?*, *ivi*, 2015, disponible en https:// www.

consecuencia, se asiste a una radical subversión de la lógica propietaria tradicional: de una construcción del sistema fundada en el derecho de propiedad que, justamente por sus características de plenitud y exclusividad, atribuye a su titular el *ius excludendi alios*, se pasa hacia una cultura de la compartición y el acceso. Ella encuentra plena justificación en una dimensión tanto micro como macro económica, ya que mediante la inclusión de otros sujetos en el aprovechamiento de la utilidad generada por una *res* de la cual el titular no tiene ningún interés de goce, o mejor tiene un interés de goce solo en parte, se racionalizan los recursos, se maximiza el valor, con indudables beneficios que se pueden apreciar en el plano individual y social[38].

Entonces, los sistemas digitales y la red permiten un doble orden de ventajas económicas. Las primeras ligadas a la posibilidad de recabar una utilidad del bien que puede transformarse patrimonialmente, que no es aprovechado integralmente en su valor de uso mediante su puesta a disposición de terceros. Las segundas representan el lógico corolario de las primeras y son consecuencia directa de la posibilidad de acceder al uso y, por ende, al goce de un bien sin tener ningún derecho real sobre el mismo[39].

La transición de la propiedad exclusiva al acceso compartido de bienes y servicios por periodos de tiempo limitados comporta un cambio en la estructura misma de los mercados, en la definición de sus actores principales e involucra, sin duda, también al sector inmobiliario. En relación con el perfil subjetivo, según una tendencia señalada ampliamente en la doctrina[40], los consumidores —tradicionalmente considerados actores pasivos y, en cuanto tales, destinatarios de medidas de "protección"— se vuelven consumidores activos, en cuanto participan en la definición de los equilibrios del mercado y en la creación de valor. La gestión de las transacciones mediante plataformas digitales en las cuales los usuarios acceden de forma directa, en efecto, reduce las intervenciones y los costos

fastcompany.com/3046119/de1ining-the-sharing-economy-what-is-collaborativeconsumption-and-what-isnt; Bardhi, F. y Eckhardt, G.: "Access Based Consumption: The Case of Car Sharing", *Journal of Consumer Research*, 2012, p. 881 ss.

38 *Cfr.* Merrill, T.W.: "Property and the Right to Exclude", *Nebraska Law Review*, 1998, p. 730 ss.; Rifkin, J.: *L'era dell'accesso. La rivoluzione della* new economy, Mondadori, Milano, 2000, p. 6 ss.; Grossi, P.: *Trasformazioni dominicali*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica* (ed. U. Mattei, E. Reviglio y S. Rodotà), Il Mulino, Bologna, 2007, p. 49 ss.; Id., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Pacini, Milano, 2017, p. 9 ss.; Botsman, R. y Rogers, R.: *What's Mine is Yours*, cit., *passim*; Quarta, A.: *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 215 ss.; con referencia al interés a "excluir", véase también Tenella, Sillani, C.: *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 3 ss.

39 Véase Mattei, U.: voz "Proprietà (nuove forme di)", en *Enciclopedia del diritto*, Annali, V, XXVII, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1117 ss.

40 *Cfr.* Hesselink, M.: "European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?", *European Review of Private* Law, 2007, p. 323 ss.; Davies, J.: *The European Consumer Citizen in Law and Policy*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2011, p. 78 ss.; Mak, V. e Terryn, E., "Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, 2020, p. 227 ss.; Micklitz, H.W.: "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, p. 229 ss.

de intermediación desbancando a las figuras de mediadores tradicionales[41] y convirtiendo a cada singular operador en el inmediato protagonista de la actividad y, en última instancia, del sector de mercado en el que hace sus propias elecciones.

En cambio, desde el punto de vista objetivo, la llegada de la *sharing economy* en el ámbito de la administración y disfrute del patrimonio inmobiliario pone en crisis los modelos proprietarios tradicionales. Sobre el interés estático, que reposa en la relación entre propietario y bien, prevalece el interés dinámico en la administración productiva y el goce del bien, sobre la base de un enfoque que se concentra más en el valor de uso que en el valor de intercambio de la *res*, la cual interesa de forma prevalente por las utilidades que se pueden extrapolar de la misma y por los intereses —no exclusivos— que se pueden satisfacer con ella.

IV. *TOKEN* Y NUEVAS FORMAS DE ACCESO AL GOCE COMPARTIDO DE LOS BIENES INMUEBLES.

Lo anotado hasta ahora induce a identificar una progresiva, pero ineludible, superación de la multipropiedad como fenómeno estrictamente conectado al derecho real inmobiliario y, en consecuencia, la obsolescencia de las técnicas negociales tradicionalmente usadas para su circulación[42] .

Sin embargo, nuevas formas de multipropiedad accionaria podrían recibir savia vital de las nuevas tecnologías y, en particular de los sistemas de registro distribuido (*distributed ledger technology* - "DLT") idóneos para alojar la circulación de *token* representativos de derechos de distinta naturaleza[43]. Todo esto, si y solo si estas nuevas formas de multipropiedad se colocan en un renovado escenario económico de tipo colaborativo, en el cual los privados, mediante plataformas en línea, puedan acceder al mercado del disfrute y goce de bienes ajenos y participar en primera persona en la definición de la oferta disponiendo de los propios

41 Para todos, véase Coase, R.H.: *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, *passim*.

42 Ver *supra* § III.

43 Sobre el tema véase, *ex multis*, Sarzana, F., Ippolito, S. y Nicotra, M.: *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale* e IoT, Wolters Kluwer, Milano, 2018, *passim*; Garavaglia, M.: *Tutto su Blockchain: capire la tecnologia e le nuove opportunità*, Hoepli, Milano, 2018, *passim*; Möslein, F.: "Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Help?", en *Digital Revolution – New Challenges for Law* (ed. A. de Franceschi y R. Schulze), Nomos, Munich, 2019, p. 313 ss.; Genovese, A.: "Innovazione tecnologica e trasformazione del settore finanziario tra Initial Coin Offerings (ICOS) e Investement Crowdfunding: quali sfide per l'autorità di controllo?", en *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico* (ed. G. Finocchiaro e V. Falce), Zanichelli, Milano, 2019, p. 17 ss.; Mari, M.: "Prime ipotesi per una disciplina italiana delle *Initial Token Offerings* (ITOs): *token crowdfunding* e sistemi di scambio di *crypto-asset*", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, p. 267 ss. Para reflexiones más amplias sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho y las relaciones civiles, *cfr.* Perlingieri, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 1235 ss.; Perlingieri, G.: "L'influenza delle nuove tecnologie sulla scienza giuridica e sulla vita dell'uomo. Il fenomeno dell'*Ecommerce*", en Perlingieri, G. y Lazzarelli, F.: *Il contratto telematico. Internet e il contratto*, en *Manuale di diritto dell'informatica* (ed. D. Valentino), Napoli, 2016, p. 269 ss.

derechos en provecho de otros. En esta perspectiva de frontera, dos categorías de *asset* digitales, clasificados según una taxonomía que valoriza el perfil funcional, podrían revelarse de particular interés como instrumentos a disposición de la iniciativa económica privada para permitir a sus poseedores el goce en tiempo compartito de unidades inmobiliarias existentes en el mundo real[44]. Por un lado, el cuño del llamado *utility token* podría hacer conseguir a su poseedor una utilidad ligada al acceso a un servicio (llamado *usage token* en sentido estricto), o a otras funcionalidades de red[45]. Por el otro, los *asset-based segurity token*, conectados al proceso de "tokenización" de un bien inmueble subyacente, podrían asegurar al titular del bien inmaterial el derecho al uso exclusivo del bien real, como traspuesto en el mundo virtual[46]. En el primer caso, el instrumento incorporaría una situación jurídica que, pensando en las categorías tradicionales, refleja un derecho personal de goce; en cambio, en el segundo caso, un derecho real de goce. En ambos casos, desarrollando nuevos modelos organizativos de las infraestructuras de mercado[47], el uso de sistemas DLT emancipa la circulación de la riqueza de las rígidas reglas dictadas por los ordenamientos nacionales en materia de transferencias inmobiliarias.

Las ventajas ligadas a estas nuevas tecnologías han sido ampliamente señaladas en la literatura: en particular, los registros de sistema distribuido aseguran una mayor transparencia y rapidez de las transacciones, la reducción de los costos de intermediación y, en fin, una más fácil inclusión de una platea heterogénea de usuarios en el acceso a los servicios digitales[48].

44 Para una clasificación de los *token*, véase Oliveira, L., Bauer, L., Zavolokina, I y Schwabe, G.: "To Token or Not To Token: Tools For Understanding Blockchain Tokens", *International Conference on Information Systems*, University of Zurich, Zurich Open Repository and Archive, Ottobre 2018, disponible en https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/157908/1/To%20Token%20or%20not%20to%20Token_%20Tools%20for%20Understanding%20Blockchain%20Toke.pdf. Ver también Garcia Teruel, R.M. y Simón-Moreno, H.; "The Digital Tokenization of Property Rights. A Comparative Perspective", *Computer Law and Security Review*, 2021, disponible en https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0267364921000169?token=03D2683F6679FF1E80ED5E5520B35A84FF3F62DE8279C35E897BF49B42628C0D72CFFC80E41AB512612C1D3E8BEE58E3&originRegion=eu-west-1&originCreation=20221026132322; Orsini, V., *Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, Documento para la discusión CONSOB – 5 de junio de 2019.

45 *Cfr.* The European Union Blockchain Observatory & Forum, *Blockchain and the Future of Digital Assets*, febrero de 2020, p. 12 disponible en https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/report_digital_assets_v1.0.pdf?width=1024&height=800&iframe=true, quien afirma que los *utility token* "typically enable access to a specific product or service, often provided using a DLT platform, but are not accepted as a means of payment for other products or services. For example, in the context of cloud services, a token may be issued to facilitate access".

46 *Cfr.* De Caria, R.: "L'impatto della tokenizzazione sui diritti di proprietà", *Medialaws online*, 2019, p. 90 ss.; Id., "Il diritto di fronte alla tokenizzazione dell'economia", *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 855 ss.

47 *Cfr.* Kakavand, H., Kost De Sevres, N. e Chilton, B.*: The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies*, 2017, disponible en http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.284925; Liermann, V. e Stegmann, C.: *The Impact of Digital Transformation and FinTech on the Finance Professional*, Springer, Cham, 2019, p. 1 ss.; Natale, M.: "Dal "cripto-conferimento" al "cripto-capitale"?", *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, p. 741 ss.

48 *Cfr.*, *ex multis*, Manente, M.: "*Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*", *Notariato*, 2016, p. 211 ss.; Garcia Teruel, M., "Legal Challenges and Opportunities of Blockchain Technology in the Real Estate Sector", *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, 2020, p. 129 ss.; Leocani, P.: Malvagna, U., Sciarrone Alibrandi, A. y Tranquillini, A.; "Tecnologie di registro distribuito ("distributed ledger technologies") per la rappresentazione digitale di strumenti finanziari ("security token"): tra diritto cartolare e disciplina delle

Sin embargo, no faltan aspectos problemáticos que se pueden reconducir esencialmente a la necesidad de que una adquisición de un bien, de un derecho, o, en general, de una utilidad en DLT pueda gozar de ese grado de reconocimiento y certeza tales que aseguren la protección del sistema jurídico. A tal propósito, los desafíos propuestos al operador del derecho por la revolución digital inducen a adelantar una reflexión más profunda sobre la compatibilidad de la disciplina general del Código con el funcionamiento de los sistemas de registro distribuido y sobre la aplicabilidad de la disciplina general de los contratos a los *Smart contracts*, que permiten las transacciones al interior de dichas infraestructuras tecnológicas innovadoras[49].

Con referencia más específica a las fronteras que podrían explorarse, precisamente gracias a la DLT en la realización de un conjunto de intereses análogo al subyacente en la multipropiedad accionaria en un sistema co-administrado de forma descentralizada por usuarios interconectados por medio de una plataforma digital, las cuestiones sobre las cuales interrogarse son, sin duda, múltiples.

Estas no se refieren tanto a la pretensión de "tokenizar" un derecho real existente sobre un bien material, que presenta indudables problemas de compatibilidad con la *ratio* subyacente a las reglas de validez y oponibilidad a las cuales se someten las transacciones que tienen por objeto bienes inmuebles[50]. Más bien, las principales cuestiones insisten en la necesidad de aclarar, desde un punto de vista aplicativo, la disciplina aplicable a la circulación del *token* y, desde un punto de vista aplicativo, la naturaleza y los términos de la responsabilidad del sujeto que administra y ofrece servicio a través de la plataforma digital. En fin, desde una perspectiva orientada a la tutela del mercado, se trata de precisar los poderes de vigilancia y control sobre tales infraestructuras. En la medida en que estos problemas encuentran una respuesta adecuada y sistemáticamente coherente, las nuevas tecnologías podrían hacer florecer nuevamente la multipropiedad. Esta vería revitalizada su propia relevancia económica en una economía que se funda cada vez menos sobre valores inmobiliarios, en la óptica de permitir el acceso a nuevas formas de goce temporal tales que maximicen la utilidad económica del bien y, al mismo tiempo, concreten la función social de la propiedad.

infrastrutture di mercato", *Rivista di diritto bancario*, 2022, p. 73 ss.; Moringiello, J.M. y Odinet, C.K.: "The Property Law of Tokens", *Florida Law Review*, 2022, en prensa.

49 *Cfr.* Di Sabato, D.: "Gli smartcontracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contratto e impresa*, 2017, p. 378 ss.; De Caria, R.: "The Legal Meaning of Smart Contracts", *European Review of Private Law*, 2019, p. 746 ss.; Maugeri, M.R.: Smart Contracts e *disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021, *passim*; Martone, I.: *Gli* Smart Contracts. *Fenomenologia e funzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, *passim*.

50 De Caria, R.: "L'impatto della tokenizzazione sui diritti di proprietà", cit., p. 90 ss.; Scotti, G.: "*Blockchain*, critpovalute e ICO: analisi tecnica e giuridica della più recente innovazione fintech", *Camminodiritto*, 2020, disponible en https://rivista.camminodiritto.it/public/allegatiarticoli/56621_VKF2WKRI.pdf.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANO, G.: "Problematiche della "sharing economy": l'esperienza della "Airbnb Tax"", *Corriere tributario*, 2018, p. 1760 ss.

ALCARO, F.: "Comunione e condominio. Introduzione", *Trattato di diritto immobiliare* (dirigido por G. VISINTINI), III, *La comunione e il condominio*, Cedam, Padova, 2013, p. 1 ss.

ALPA, G.: "La multiproprietà: fenomeno reale o 'montagejuridique'", *Rivista del notariato*, 1980, p. 1187 ss.

ALPA, G.: "Multiproprietà. Problemi attuali e prospettive di normazione", *Rivista del notariato*, 1987, p. 1097 ss.

ALVISI, C.: *Il diritto del turismo nell'ordine giuridico del mercato*, Giappichelli, Torino, 2015

AVANCINI, E.: "Sui rapporti tra titolari di un diritto di multiproprietà e il condominio di cui l'immobile in multiproprietà fa parte", *Giurisprudenza di merito*, 2008, p. 1863 ss.

BARDHI, F. y ECKHARDT, G.: "Access Based Consumption: The Case of Car Sharing", *Journal of Consumer Research*, 2012, p. 881 ss.

BAZZONI, G.: "Il caso "airbnb": un complesso bilanciamento rimediale tra tutela della comunità e autonomia negoziale durante la pandemia", *Persona e mercato*, 2020, p. 452 ss.

BENEDETTI, A.M.: *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002, esp. p. 423 ss.

BERNES, A.: "Il turismo residenziale fra proprietà e consumo: il modello del *condhotel*", *Persona e mercato*, 2020, p. 252 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2017

BIANCA, M.: "Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 2011, p. 789 ss.

BIFFANI, A.: "Riflessioni in tema di multiproprietà azionaria", *Banca borsa e titoli di credito*, 1988, p. 173 ss.

BOTSMAN, R. y ROGERS, R.: *What's Mine is Yours. How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Collins, Londra, 2010

Botsman, R.: "The Sharing Economy Lacks a Shared Definition", *Fast Company*, 2013, disponible en https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharingeconomy-lacks-a-shared-definition

Botsman, R.: *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption–And What Isn't?*, *ivi*, 2015, disponible en https:// www.fastcompany.com/3046119/de1ining-the-sharing-economy-what-is-collaborativeconsumption-and-what-isnt

Bulgarelli, A.: "Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente", *Rivista del notariato*, 2001, p. 535 ss.

Bütter, M.: *Immobilien-Time-Sharing und Verbraucherschutz Eine ökonomische und juristische Analyse*, Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden, 2000

Calice, E., *Vendite di diritti di «godimento ripartito» di beni immobili: formalismo e tutela dell'acquirente*, Giappichelli, Torino, 2006

Caliendo, B.: "La multiproprietà azionaria alla luce della riforma delle società di capitali, *Notariato*, 2009, p. 207 ss.

Calliano, O.: "La multiproprietà", en *Trattato di diritto privato* (dirigido por P. Rescigno), VII, Utet, Torino, 1982, p. 245 ss.

Capponi, M.C.: "Multiproprietà e comproprietà alberghiere: vecchi e nuovi profili d'indagine", *Contratto e impresa*, 2007, p. 30 ss.

Cascella, G.: *La nuova multiproprietà*, Cedam, Padova, 2012

Caselli, G.: *La multiproprietà. Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1984

Caterini, E.: "Proprietà", en *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (dirigido por P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005

Cervale, M.C.: "La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà, *Rassegna di diritto civile*, 2014, p. 358 ss.

Ciatti, A.: "Il recepimento della direttiva comunitaria in tema di godimento turnario di beni immobili (multiproprietà)", *Contratto e impresa. Europa*, 1999, p. 520 ss.

Cillepi, A.: "'Multiproprietà': alla ricerca di una definizione", *Actualidad Jurdica Iberoamericana*, 2022, p. 2666 ss.

Coase, R.H.: *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988

Confortini, M.: *La multiproprietà*, Cedam, Padova, 1983

Davies, J.: *The European Consumer Citizen in Law and Policy*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2011

De Caria, R.: "Il diritto di fronte alla tokenizzazione dell'economia", *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 855 ss.

De Caria, R.: "L'impatto della tokenizzazione sui diritti di proprietà", *Medialaws online*, 2019, p. 90 ss.

De Caria, R.: "The Legal Meaning of Smart Contracts", *European Review of Private Law*, 2019, p. 746 ss.

De Cristofaro, G.: "Contratto di *timesharing*, attuata la direttiva comunitaria", *Studium iuris*, 1999, p. 603 ss.

De Cupis, A.: "La durata della proprietà turnaria", *Giurisprudenza italiana*, p. 193 ss.

De Marzo, G.: "Trasparenza contrattuale e multiproprietà, *Corriere giuridico*, 1999, p. 16 ss.

De Nova, G.: "Multiproprietà e disciplina dei contratti", *Rivista di diritto privato*, 1999, p. 5 ss.

Di Ciommo, F.: "La multiproprietà azionaria", *Foro italiano*, 1998, I, c. 2255 ss.

Di Ciommo, F.: "Multiproprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela dell'acquirente", *Foro italiano*, 1999, c. 37 ss.

Di Rosa, G.: "Profili ricostruttivi della nuova disciplina del condominio negli edifici", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 791 ss.

Di Rosa, G.: *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Giuffrè, Milano, 2002

Di Sabato, D.: "Gli smartcontracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contratto e impresa*, 2017, p. 378 ss.

Drudi, A.M.: "Multiproprietà", *Contratto e impresa*, 1985, p. 239 ss.

Fadda, M.L.: "Il problema della multiproprietà", *Vita notarile*, 1984, p. 755 ss.

Ferri, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse, *Rivista di diritto commerciale*, 1979, p. 1 ss.

Finessi, A.: "Contratti su multiproprietà", *Trattato dei contratti* (dirigido por V. Roppo), IV, *Opere e servizi*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 549 ss.

Finessi, A.: "La nuova disciplina del contratto di multiproprietà", *Nuove leggi civili commentate*, 2012, p. 509 ss.

Fusaro, A.: "Una pronuncia in tema di multiproprietà", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, p. 951 ss.

Galasso, R.: "L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto", *Giurisprudenza italiana*., 2011, p. 60 ss.

Gambaro, A.: "Il diritto di proprietà", *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por A. Cicu y F. Messineo, continuado por L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.

Gambaro, A.: "La proprietà. Beni, proprietà, possesso", *Trattato di diritto privato* (dirigido por G. iudica y F. Zatti), Giuffrè, Milano, 2017, p. 284 ss.

Gansky, L.: *The Mesh. Why the Future of Business is Sharing*, Penguin, New York, 2012

Garavaglia, M.: *Tutto su Blockchain: capire la tecnologia e le nuove opportunità*, Hoepli, Milano, 2018

Garcia Teruel, M., "Legal Challenges and Opportunities of Blockchain Technology in the Real Estate Sector", *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, 2020, p. 129 ss.

Garcia Teruel, R.M. y Simón-Moreno, H.; "The Digital Tokenization of Property Rights. A Comparative Perspective", *Computer Law and Security Review*, 2021, disponible en https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0267364921000169?token=03D2683F6679FF1E80ED5E5520B35A84FF3F62DE8279C35E897BF49B42628C0D72CFFC80E41AB512612C1D3E8BEE58E3&originRegion=eu-west-1&originCreation=20221026132322

Gazzoni, F.: "Atipicità del contratto, gratuità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 1978, I, p. 52 ss.

Gennari, A. y Nurra, M.G.: *Multiproprietà* e timesharing. *L'evoluzione delle tipologie di prodotto nel settore della ricettività turistica*, Il Sole 24 ore, Milano, 2005

Genovese, A.: "Innovazione tecnologica e trasformazione del settore finanziario tra Initial Coin Offerings (ICOS) e Investement Crowdfunding: quali sfide per l'autorità di controllo?", en *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico* (ed. por G. Finocchiaro y V. Falce), Zanichelli, Milano, 2019, p. 17 ss.

Granelli, C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà (analisi di una prassi commerciale)", *Rivista di diritto civil*e, 1979, p. 687 ss.

Gritti, F. y Leixner, C.: "Diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: il *time-sharing*, la direttiva CE, il *teilzeitnutzungsgesetz* (TNG) austrico", *Vita notaril*e, 2003, p. 1059 ss.

Grossi, P.: *Trasformazioni dominicali*, en *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica* (ed. por U. Mattei, E. Reviglio y S. Rodotà), Il Mulino, Bologna, 2007

Grossi, P., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Pacini, Milano, 2017, p. 9 ss.;

Guizzi, G.: "In tema di rinunciabilità al diritto di multiproprietà", *Rivista del notariato*., 2014, p. 876 ss.

Hesselink, M.: "European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?", *European Review of Privat*e Law, 2007, p. 323 ss.

Kakavand, H., Kost De Sevres, N. y Chilton, B.: *The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies*, 2017, disponible en http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.284925

Leocani, P., Malvagna, U., Sciarrone Alibrandi, A. y Tranquillini, A.; "Tecnologie di registro distribuito ("distributed ledger technologies") per la rappresentazione digitale di strumenti finanziari ("security token"): tra diritto cartolare e disciplina delle infrastrutture di mercato", *Rivista di diritto bancario*, 2022, p. 73 ss.

Lezza, A. y Selvarolo, S.G.: "Un modello di proprietà: la «multiproprietà»", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1977, p. 17 ss.

Liermann, V. y Stegmann, C.: *The Impact of Digital Transformation and FinTech on the Finance Professional*, Springer, Cham, 2019

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013

Majello, U.: "I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici", *Rivista di diritto civile*, 1987, p. 493 ss.

Mak, V. y Terryn, E., "Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, 2020, p. 227 ss.

Manente, M.: "*Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*", *Notariato*, 2016, p. 211 ss.

Mari, M.: "Prime ipotesi per una disciplina italiana delle *Initial Token Offerings* (ITOs): *token crowdfunding* e sistemi di scambio di *crypto-asset*", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, p. 267 ss.

Martone, I.: *Gli* Smart Contracts. *Fenomenologia* e *funzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022

Mattei, U.: voz "Proprietà (nuove forme di)", en *Enciclopedia del diritto*, Annali, V, XXVII, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1117 ss.

Maugeri, M.R.: Smart Contracts e *disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021

Mengoni, L.: "Proprietà e libertà", *Rivista critica di diritto privato*, 1988, p. 442 ss. Perlingieri, P.: "Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio", *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 688 ss.

Merrill, T.W.: "Property and the Right to Exclude", *Nebraska Law Review*, 1998, p. 730 ss.

Mezzanotte, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli, 2015

Micklitz, H.W.: "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, p. 229 ss.

Miletti, A.: "Dalla multiproprietà ai "condhotel": l'inestricabile intreccio dei nuovi diritti tra mutevolezza e rischi di gestione, diritti di godimento ed equilibri precari", *Rivista di diritto dell'impresa*, 2019, p. 453 ss.

Monnini, M.: "Brevi note in tema di azione inibitoria cautelare urgente ex art. 1469 sexies c.c. con riferimento a clausole riconosciute vessatorie in tema di contratti in materia di multiproprietà", *Foro toscano*., 2003, p. 155 ss.

Morais Carvalho, J.: "Airbnb Ireland Case: One More Piece in the Complex Puzzle Built by the CJEU Around Digital Platforms and the Concept of Information Society Service", *The Italian Law Journal*, 2020, p. 463 ss.

Morand, M.: "La copropriété saisonnière ou multipropriété depuis dix ans", *Gazette du Palais*, 1979, p. 245 ss.

Morandi, F.: "Il danno da vacanza rovinata", *Il danno esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile* (ed. por P. Cendon y P. Ziviz), Giuffrè, Milano 2000, p. 638 ss.

Morello, U., "Multiproprietà", *Digesto Discipline Privatistiche*, sezione civile, XI, Utet, Torino, 1994, p. 490 ss.

Morello, U.: *Multiproprietà e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 71 ss.

Moringiello, J.M. y Odinet, C.K.: "The Property Law of Tokens", *Florida Law Review*, 2022, en prensa

Moscarini, L.V.: *I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 286 ss.

Möslein, F.: "Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Help?", in *Digital Revolution – New Challenges for Law* (ed. por A. de Franceschi y R. Schulze), Nomos, Munich, 2019, p. 313 ss.

Natale, M.: "Dal "cripto-conferimento" al "cripto-capitale"?", *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, p. 741 ss.

Oliveira, L., Bauer, L., Zavolokina, I y Schwabe, G.: "To Token or Not To Token: Tools For Understanding Blockchain Tokens", *International Conference on Information Systems*, University of Zurich, Zurich Open Repository and Archive, Ottobre 2018, disponible en https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/157908/1/To%20Token%20or%20not%20to%20Token_%20Tools%20for%20Understanding%20Blockchain%20Toke.pdf

Orsini, V., *Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, Documento para la discusión CONSOB – 5 de junio de 2019

Palmieri, A.: "In tema di danno da vacanza rovinata", *Foro italiano*, 2017, c. 3615 ss.

Parodi, N.: "Multiproprietà", *Trattato dei diritti reali* (dirigido por A. Gambaro y U. Morello), II, *Diritti reali parziari*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 449 ss.

Pelosi, A.C.: "La multiproprietà tra comunione e proprietà temporanea", *Rivista di diritto civile*, 1983, p. 463 ss.

Perlingieri, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 1235 ss.

Perlingieri, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi", *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 146 ss.

Perlingieri, G.: "L'influenza delle nuove tecnologie sulla scienza giuridica e sulla vita dell'uomo. Il fenomeno dell'*Ecommerce*", en Perlingieri, G. y Lazzarelli, F.: *Il contratto telematico. Internet e il contratto*, in *Manuale di diritto dell'informatica* (ed. por D. Valentino), Napoli, 2016, p. 269 ss.

Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 204 ss.

Perlingieri, P.: *Stagioni del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 126 ss.

Pisani, G.: *Costruire il Comune. Solidarietà e cooperazione nella* Sharing Economy, en *Rispondere alla crisi, Comune, cooperazione sociale e diritto* (ed. por A. Quarta y M. Spanò), Ombre Corte, Verona, 2017, p. 42 ss.

Proto, M.: "Nuove prospettive in tema di multiproprietà azionaria (in attesa dell'intervento del legislatore)", *Giustizia civile*, 1998, I, p. 1147 ss.

Quadri, E.: "La «multiproprietà» tra logica speculativa e interessi sociali", *Foro italiano,* 1984, c. 225 ss.

Quarta, A.: *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 215 ss.

Ravazzoni, A.: *La formazione del contratto*, II, *Regole di comportamento*, Giuffrè, Milano, 1974

Ricci, A.: "Sulla rinunciabilità del diritto di multiproprietà immobiliare", *Giustizia civile*, 2020, p. 480 ss.

Rifkin, J.: *L'era dell'accesso. La rivoluzione della* new economy, Mondadori, Milano, 2000

Romeo, F.: "Il "nuovo" danno da vacanza rovinata: primi rilievi sull'art. 47 del codice del turismo", 2011, p. 56 ss.

Rufo Spina, C.: "Tutela del consumatore-viaggiatore e termini per il reclamo", *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 2537 ss.

Ruggiero Perrino, C.: "Responsabilità del vettore aereo per smarrimento del bagaglio e risarcimento del danno esistenziale", *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2021, p. 87 ss.

Ruscello, F.: *Comunità condominiale e regole di convivenza*, Aracne, Roma, 2012

Sandulli, A.M.: "Profili costituzionali della proprietà privata", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 465 ss.

Sangiorgi, S., *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Jovene, Napoli, 1983

Santagata, R.: *Diritto del turismo*, Utet, Torino, 2014

Santoro Passarelli, F., "Multiproprietà e comproprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 19 ss.

Santoro Passarelli, F.: "Proprietà privata e Costituzione", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 953 ss.

Sarzana, F., Ippolito, S. y Nicotra, M.: *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale* e IoT, Wolters Kluwer, Milano, 2018

Scotti, G.: "*Blockchain*, critpovalute e ICO: analisi tecnica e giuridica della più recente innovazione fintech", *Camminodiritto*, 2020, disponible en https://rivista.camminodiritto.it/public/allegatiarticoli/56621_VKF2WKRI.pdf

Sesta, M.: "Contratto a favore di terzo e trasferimento di diritti reali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p. 953 ss.

Smorto, G.: "La multiproprietà e la tutela dei consumatori: il recepimento della direttiva 94/47/CE", *Europa e diritto privato*, 1999, p. 296 ss.

Smorto, G.: "Verso la disciplina giuridica della *sharing economy*", *Mercato concorrenza e regole*, 2015, p. 245 ss.

Spredicato, T.: *La multiproprietà tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Halley, Matelica, 2006

Stefini, U.: "Contratti costitutivi di servitù", *Trattato Roppo*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1451 ss.

TENELLA, SILLANI, C.: *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria*, Giuffrè, Milano, 1994

TRAPANI, G.: "La multiproprietà e la coerenza ipocatastale", Studio CNN n. 426-2011C

TRIOLA, R.: *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, Giuffrè, Milano, 2014

VALBONESI, F.: "La multiproprietà quale ipotesi di coesistenza di proprietà esclusive: verso il condominio?", *Rassegna di diritto civile*, 1994, p. 48 ss.

VENCHIARUTTI, A.: "Il danno da vacanza rovinata tra normativa nazionale ed europea", *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, p. 1075 ss.

VINCENTI, U.: "Multiproprietario apparente e responsabilità per il pagamento delle spese di gestione", *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, p. 848 ss.

VINCENTI, U.: "Sull'amministrazione delle cosiddette multiproprietà", *Giurisprudenza italiana*, 1990, c. 199 ss.

VIOTTI, G.: "La multiproprietà: un nuovo diritto reale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, p. 537 ss.

POTERI DI DISPOSIZIONE DEI BENI COLLETTIVI: RAGIONI, LIMITI E PROSPETTIVE

POWERS OF DISPOSAL OF COLLECTIVE PROPERTY: REASONS, LIMITS AND PERSPECTIVES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 622-653

Maria Cristina
CERVALE

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: I beni di collettivo godimento, in quanto patrimonio originario, materiale e immateriale, delle collettività cui appartengono, sono soggetti ad un regime giuridico di indisponibilità particolarmente rigido che però ne ha consentito nel tempo la conservazione come comproprietà inter-generazionale. Ragioni economiche ed interventi antropici di irreversibile trasformazione spingono il legislatore attuale a trovare soluzioni normative adeguate che sappiano conciliare la tutela delle risorse naturali, dell'ambiente e del paesaggio con le esigenze di produttività e di uso, sempre responsabile, ma innovativo, legato anche alla green economy. Il saggio si propone di esaminare tali nuove dinamiche che inevitabilmente coinvolgono anche un ambito dominicale tanto antico qual è quello delle proprietà collettive.

PALABRAS CLAVE: Collettivo godimento; patrimonio originario; poteri di disposizione; limiti.

ABSTRACT: *Assets of collective enjoyment, as original heritage, material and immaterial, of the communities to which they belong, are subject to a particularly rigid legal regime of non-availability that has, however, allowed their preservation over time as inter-generational co-ownership. Economic reasons and anthropic interventions of irreversible transformation are pushing today's legislators to find adequate regulatory solutions that are able to reconcile the protection of natural resources, the environment and the landscape with the needs of productivity and use, always responsible but also innovative, linked to the green economy. The essay sets out to examine these new dynamics that inevitably also involve such an ancient dominical sphere as that of collective property.*

KEY WORDS: *Collective enjoyment; original heritage; powers of disposal; limits.*

SUMARIO.- I. I DOMINI COLLETTIVI IN ITALIA: UN PATRIMONIO ORIGINARIO, MATERIALE E IMMATERIALE, DELLA COMUNITÀ. – II. IL PERCORSO NORMATIVO LUNGO UN SECOLO DI STORIA, TRA NOVECENTO E TERZO MILLENNIO. – III. LA TUTELA DELLA BASE TERRITORIALE DELLA PROPRIETÀ COLLETTIVA. – IV. LA CIRCOLAZIONE DEI BENI E DELLA RICCHEZZA E LE REGOLE SPECIALI SUI BENI COLLETTIVI. – V. INALIENABILITÀ, INDIVISIBILITÀ, INUSUCAPIBILITÀ E PERPETUA DESTINAZIONE AGRO-SILVO-PASTORALE. – VI. IL FONDAMENTO GIURIDICO DEI LIMITI AI POTERI DISPOSITIVI SUI DOMINI COLLETTIVI. – VII. IL MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO: NATURA, FUNZIONE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE. – VIII. L'USO CIVICO IN RE ALIENA: LA POSSIBILE ALIENAZIONE DELLE TERRE DI PROPRIETÀ DEI PRIVATI E L'INERENZA DELL'USO CIVICO SUL BENE. – IX. LA GREEN ECONOMY, LA DESTINAZIONE D'USO DEI BENI CIVICI E L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ. – X. LE ESIGENZE DELLA PRODUZIONE QUALI ECCEZIONI ALLA REGOLA DELLA INDISPONIBILITÀ. – XI. LA PERMUTA QUALE POSSIBILE TECNICA DI SOSTITUZIONE E DI CONSERVAZIONE DEL PATRIMONIO NATURALE ORIGINARIO. – XII. VALUTAZIONI CONCLUSIVE.

I. I DOMINI COLLETTIVI IN ITALIA: UN PATRIMONIO ORIGINARIO, MATERIALE E IMMATERIALE, DELLA COMUNITÁ.

I beni di uso civico, costituenti i domini collettivi di cui alla legge 20 novembre 2017, n. 168, rappresentano un patrimonio originario, materiale e immateriale, di antiche origini e attuale rilevanza: una rilevanza rigenerata da elementi fondanti che, oltre la prospettiva storica, acquisiscono ulteriori contenuti sia di natura giuridica sia di natura economica, aderenti all'attuale contesto sociale.

Gli usi civici, sintagma della lingua italiana utilizzato per intendere in senso generale i domini collettivi e gli assetti fondiari collettivi, possono essere concettualmente intesi quali diritti su beni di proprietà collettiva (*iura in re propria),* appartenenti a determinate comunità le quali, anche attraverso il radicamento nel territorio e sul territorio, conservano e tramandano non soltanto il loro patrimonio naturale originario ma anche la propria cultura identitaria. Lo stesso

sintagma, inoltre, include la possibilità giuridica che beni immobili di proprietà privata possano essere gravati da diritti collettivi di uso civico, riconducibili alle servitù prediali o all'enfiteusi, definibili pertanto, in quest'ultimo caso, quali *iura in re aliena*.

La pluralità e il rapporto reale condiviso tra i membri della comunità caratterizzano, come percezione immediata, la situazione di appartenenza in esame.

• Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto privato, Universidad de L'Aquila, Italia. E-mail: mariacristina.cervale@univaq.it

Tali usi, che storicamente nascono in Italia per aggregazione delle comunità medievali attorno al feudo meridionale[1], hanno mantenuto nei secoli una fruibilità e una utilità che, oltre le originarie esigenze primarie di sussistenza vitale dei gruppi, hanno svelato nuove funzioni: la tutela dell'ambiente e del paesaggio, la propensione al controllo e a un uso ecologico e consapevole del territorio, la possibilità di contribuire alla prospettiva attuativa della *green economy*, la valorizzazione e la cura dei beni collettivi, come la montagna, il bosco e l'acqua, quali risorse naturali essenziali.

I molteplici e più innovativi profili della materia alimentano, oggi, un proposito di approfondimento che nel corso del tempo non è stato sempre costante: a periodi storici nei quali l'attenzione ha assunto tinte nitide e decise, si pensi all'esperienza del dominio diviso di epoca medievale, si sono alternati altrettanti periodi di assai fievole interesse quando il pensiero illuministico ha recuperato e rafforzato una concezione individualistica ed egocentrica del diritto di proprietà[2]. Tuttavia, anche nei momenti storici in cui il diritto di proprietà collettiva si è molto assottigliato nella percezione degli studiosi, gli usi civici hanno continuano ad esistere concretamente nella realtà, resistendo a scelte culturali avverse e recuperando l'energia per riemergere in modo deciso all'interno di dinamiche giuridiche ed economiche che sembravano averli dimenticati[3].

1 Sulla strutturazione della società medievale e sul ruolo del feudo, si veda in particolare Trifone, R.: *Feudi e demani. Eversione della Feudalità nelle Province Napoletane. Dottrina, Storia, Legislazione, Giurisprudenza*, Roma, 1909; Calasso, F.: *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1954; Gualazzini, U.: "Comunione (dir. interm.)", *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 240 ss.; Astuti, G.: "Feudo", *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 292 ss.; Grossi, P.: "Proprietà (dir. interm.)", *Enc. dir.,* XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 238 ss.; Grossi, P.: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1992; Grossi, P.: *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 5ª ed., 1999; Caravale, M.: *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

2 Per una riflessione sul dominio diviso e, più in generale, per una rilettura innovativa del fenomeno delle proprietà collettive, si segnalano le profonde considerazioni di Grossi, P.: *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, in *Quaderni fiorentini*, 5, Giuffrè, Milano, 1977. E prima ancora, Cattaneo, C.: *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della società promotrice. Primo rapporto*, ora in *Scritti economici*, a cura di A. Bartolino, III, Firenze, 1956. Particolarmente significative anche le riflessioni di Venezian, G.: *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, Camerino, 1888, (ora riedite in AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli, 4, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 9 ss.) il quale, attraverso la percezione del territorio camerte che fa da sfondo dell'Università di Camerino, esamina le origini storiche e le ragioni più attuali di tali forme di proprietà collettiva. Si segnalano, inoltre, le osservazioni di Cervati, G.: "Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 88 ss., di recente ripubblicato in AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva*, cit., p. 207 ss.

3 Tra i numerosi studi civilistici sul diritto di proprietà, che tengono conto anche della pluralità insita nel suddetto diritto in relazione altresì ai principi costituzionali, si veda Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971. E inoltre, anche in una prospettiva più generale, Rodotà, S.: "Note critiche in tema di proprietà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 ss.; Pugliatti, S.: *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1964; Sacco, R.: *La proprietà*, Giappichelli, Torino, 1968; Rescigno, P.: "Per uno studio sulla proprietà", *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 2 ss.; Tarello, G.: *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di diritto civile 1972-73*, Genova, 1973; Natoli, U.: *La proprietà. Appunti delle lezioni*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1976; Gambaro, A.: *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, VIII, Giuffrè, Milano, 1995. Anche le voci enciclopediche si sono interessate alla materia; si vedano in proposito i contributi di Rescigno, P.: "Proprietà (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 263 ss.; Petronio, U.: "Usi civici", *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 930 ss. E ancora, Cortese, E.: "Domini collettivi", *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 13 ss.; Palermo, A.: "Usi civici", *Noviss. Dig. it.*, XX, Utet, Torino, 1975, p. 231; Lorizio, M.A.: "Gli usi civici", *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1 ss. Si consideri anche Salvi, C.: *Proprietà e possesso*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da S. Mazzamuto, Giappichelli,

L'originalità della materia consiste, altresì, nel permanente intreccio tra materialità e immaterialità, tra la identificazione concreta di aree fondiarie circoscritte, appartenenti alle collettività originarie radicate su quei luoghi, e l'identità culturale insita in quegli stessi territori. Territori che, in tal modo, rappresentano non solo la fonte di sostentamento economico ma altresì lo strumento di integrazione tra uomo e ambiente naturale nonché l'insieme di valori identitari perpetui, anch'essi magistralmente provvidi di esperienze e di insegnamento.

II. IL PERCORSO NORMATIVO LUNGO UN SECOLO DI STORIA, TRA NOVECENTO E TERZO MILLENNIO.

La comprensione dell'istituto dell'uso civico necessita di una premessa, per quanto sintetica, sulle principali regole che lo disciplinano secondo un itinerario che comunque è esplicativo delle ragioni sottese alla materia e della prospettiva futura che la stessa può assumere.

Pertanto, a voler limitare i riferimenti a partire dal secolo scorso, la prima normativa dello stato italiano in materia risale ai primi decenni del novecento e, in particolare, alla legge 16 giugno 1927, n. 1766, cui segue il regolamento di attuazione ossia il r.d. 26 febbraio 1928, n. 332. Si tratta di provvedimenti che affrontano in modo sistematico la disciplina della materia, sotto un profilo sostanziale ed attuativo, come meglio si vedrà nelle pagine successive[4].

Seguono, poi, interventi normativi che contengono riferimenti agli usi civici seppure all'interno di provvedimenti dedicati a tematiche più ampie, quali ad esempio le bellezze naturali o la montagna. Così, sul finire degli anni '30 del novecento entra in vigore la legge 29 giugno 1939, n. 1497, volta alla tutela delle bellezze naturali, isolatamente considerate, ma che sottopone a vincolo paesaggistico anche le zone gravate da usi civici.

Nei primi anni '50 entra in vigore la legge sulla montagna del 25 luglio 1952, n. 991, dedicata alle comunioni familiari vigenti nei territori montani[5], a cui fa seguito la legge 3 dicembre 1971, n. 1102, relativa anch'essa allo sviluppo e alla valorizzazione della montagna, attraverso la previsione della partecipazione delle popolazioni

Torino, 2021, p. 13 ss. e, da ultimo, AA.VV.: *Domini collettivi e patrimonio forestale*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli e di F. Politi, 10, Pacini Giuridica, Pisa, 2023.

4 Per una ricostruzione normativa della legislazione in materia, che sottolinea le sfumature di una disciplina con intenti liquidatori mai attuati: Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2022, *passim*. Al testo citato si rinvia anche per quanto riguarda i riferimenti alla legislazione regionale.

5 Ai sensi dell'art. 34, legge n. 991/1952, le comunioni familiari vigenti nei territori montani continuano ad amministrare ed a godere dei beni in conformità dei rispettivi statuti e delle consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore. Artefice della citata legge fu Giangastone Bolla, insigne studioso fiorentino degli assetti fondiari collettivi vissuto tra il 1882 e il 1971: in proposito, si veda Grossi, P.: *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, *Quodlibet*, Macerata, 2019, p. 34 ss.

all'attuazione di programmi di sviluppo e di piani territoriali nei vari comprensori montani. Si giunge, quindi, al d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 11, di trasferimento alle regioni italiane a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di agricoltura, foreste, caccia e pesca nelle acque interne, nonché al d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, che riconosce alla normativa regionale la competenza a dettare regole in materia più aderenti al territorio rappresentato.

Il d.l. 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1985, n. 431, sulla tutela delle zone di particolare interesse ambientale, riconosce i beni di uso civico come beni da tutelare in quanto, a loro volta, strumenti di tutela dell'ambiente e del paesaggio e analogo concetto viene espresso nell'art. art. 1, terzo comma, legge 6 dicembre 1991, n. 394, quadro sulle aree protette.

Una svolta significativa si ha, poi, con la disciplina delle zone montane, introdotta con la legge 31 gennaio 1994, n. 97, volta ad attribuire uno specifico rilievo alla montagna: gli usi civici contribuiscono alla valorizzazione e alla salvaguardia delle zone montane, anche attraverso la previsione di azioni riguardanti i profili territoriali, economici e sociali delle tradizioni locali. La citata legge rafforza le potenzialità dei beni agro-silvo-pastorali costituiti in proprietà collettiva, sia sotto il profilo produttivo sia sotto il profilo della tutela ambientale[6].

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, ossia il d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, all'art. 142, primo comma, lett. *h*), qualifica ancora una volta i beni in esame, definiti come aree assegnate alle università agrarie e zone gravate da usi civici, come beni di interesse paesaggistico[7].

Non va altresì taciuto il richiamo alla legge 28 dicembre 2015, n. 221, in materia di *green economy* e di contenimento dell'uso eccessivo delle risorse naturali nella relazione tra loro uso e sostenibilità ambientale. Le *Green community,* previste dalla citata legge all'interno di un piano di strategia nazionale, sono tese allo sfruttamento equilibrato delle risorse principali di cui dispongono i territori rurali e di montagna. In particolare, l'art. 74, legge n. 221/2015, condiziona l'espropriabilità o l'asservimento coattivo dei beni di uso civico alla preventiva pronuncia di mutamento di destinazione d'uso, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità risulti compatibile con l'esercizio dell'uso civico.

L'*excursus* della prevalente normativa statale che, nel corso di un secolo, si è occupata di usi civici consente di rilevare come i vari provvedimenti succedutisi

6 Cfr. Germanò, A.: "Usi civici", *Dig. disc. priv.*, XIX, Utet, Torino, 1999, p. 539 ss.; Cerulli Irelli, V.: "Proprietà collettive, demani civici ed usi civici", in AA.VV.: *'Un altro modo di possedere'. Quarant'anni dopo*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli, 2, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, p. 75 ss.

7 Si veda, anche, Lorizio, M.A.: "Gli usi civici", cit., p. 1 ss.; Germanò, A.: "Carneade, chi era costui? Ovvero degli usi civici", *Riv. dir. agr.*, 1994, I, p. 209 ss.; Petronio, U.: "Usi civici", cit., p. 930 ss.; Fulciniti, L.: *I beni di uso civico*, Cedam, Padova, 2ª ed., 2000.

sono stati di diverso tipo e disciplinano profili anche differenti, tutti però accomunati da un'esigenza di tutela e di conservazione. Si tratta di norme ispirate alla salvaguardia di realtà naturali e di territori che vedono intrecciarsi l'ambiente e il paesaggio con le tradizioni antropologiche e culturali delle collettività in essi stanziate. I citati interventi normativi, pur se a volte incidentalmente, esprimono tuttavia un costante riconoscimento dell'esistenza di aree territoriali la cui natura è in grado di incidere sul diritto di proprietà ad esse relativo, sganciandolo da una visione solitaria ed individualistica per proiettarlo in una dimensione identitaria e comunitaria che, però, non è proprietà pubblica. Tale conferma diviene, nel tempo, vera e propria consapevolezza che orienta il legislatore verso la legge 20 novembre 2017, n. 168, sui domini collettivi[8].

Il processo legislativo, peraltro, non si esaurisce e, dapprima, si assiste ad un intervento di integrazione della legge sui domini collettivi, avvenuto con la previsione dell'art. 63 *bis*, legge 29 luglio 2021, n. 108, che ha inserito i commi 8 *bis*, *ter* e *quater* all'art. 3, legge n. 168/2017[9]. In seguito, anche in relazione a sopravvenute esigenze economiche e soprattutto energetiche, è intervenuto il d.l. 1 marzo 2022, n. 17, coordinato con la legge di conversione 27 aprile 2022, n. 24, riguardante le semplificazioni in materia di realizzazione o manutenzione di infrastrutture elettriche.

Né va sottaciuta la rilevanza della legislazione delle singole regioni e delle province autonome che, in forza del proprio ruolo istituzionale, possono essere in grado di prevedere soluzioni amministrative più aderenti ad ogni singolo territorio[10]. Inoltre, appare opportuno rilevare come, *de iure condendo*, il legislatore italiano dimostri di credere ancora oggi nella valorizzazione delle zone montane e si mostra incline ad incentivarne nuovamente la valorizzazione, il godimento e l'utilizzazione a fini produttivi, soprattutto da parte delle generazioni giovanili.

8 La letteratura giuridica sulla legge n. 168/2017 è molto vasta e approfondita, all'interno di una prospettiva non soltanto privatistica ma anche costituzionalistica ed amministrativistica. In particolare, si segnala: 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*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli e F. Politi, 3, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 23 ss.; Pagliari, G.: " 'Prime note' sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi")", *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, p. 11 ss.; Marinelli, F.: *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni,* 2ª ed., Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 165 ss.; Fulciniti, L.: "I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi", *Dir. agroalim*., 2018, 3, p. 556 ss.; Cervale, M.C.: *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2022, p. 221 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

9 Su tale specifico profilo, Bona, C.: "Sull'indisponibilità e sui vincoli di destinazione delle proprietà collettive, dalla l. 1766/27 alla legge 108/21 (passando per Corte cost. 228/21)", *Foro it*., 2022, I, c. 1224 ss.

10 Per una disamina delle leggi regionali vigenti: Marinelli, F.: *Gli usi civici*, cit., p. 131 ss.; Bona, C.: *Usi civici, Libro terzo: Proprietà, l. 16 giugno 1927, n. 1766,* in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, Bologna, 2021, p. 32 ss. Nel rapporto con l'ordinamento civile statale, la legislazione regionale ha reso più volte necessario l'intervento della Corte costituzionale mediante sentenze che hanno delineato la relazione tra le diverse normative, il rapporto di sussidiarietà tra Stato e regioni, i possibili ambiti di intervento da parte di queste ultime: tra le tante, Corte cost., 31 maggio 2018, n. 113, in *www.dejure.it.*

III. LA TUTELA DELLA BASE TERRITORIALE DELLA PROPRIETÁ COLLETTIVA.

All'interno della descritta cornice normativa, il collegamento più evidente riguarda la legge n. 1766/1927 e la più recente legge n. 168/2017: si tratta di due interventi normativi divisi da lontananza di decenni e di ideologie, che però affrontano gli stessi temi pur se con ragioni apparentemente diverse. Il primo provvedimento, infatti, nasce con un dichiarato intento liquidatorio che, oltre a non esser mai stato attuato in pratica, viene completamente disatteso dal secondo, caratterizzato da un approccio fortemente conservativo. Tuttavia, entrambe le leggi non paiono contraddirsi in modo assoluto ed anzi analizzano aspetti che possono completarsi tra loro.

Il contesto storico in cui le citate norme entrano in vigore, come appare evidente, è differente così come anche il proposito che il legislatore tende a conseguire.

La legge n. 1766/1927, da un lato e come già osservato, si pone in un'ottica liquidatoria - in realtà mai attuata - quale riflesso di una "posizione di disfavore con cui il legislatore dell'epoca valutava l'uso promiscuo delle risorse fondiarie"[11] in quanto ritenuto causa di conflittualità nel mondo agricolo. Da un altro lato, tuttavia, tale normativa individua le tipologie di beni di uso civico, le distingue in categorie, ne regola la natura, consente le procedure amministrative di legittimazione, di affrancazione e di mutamento di destinazione d'uso, pur se nell'ottica della proprietà pubblica e, a volte, della proprietà di associazioni agrarie[12].

La più recente legge n. 168/2017, che non abroga la precedente, denomina e definisce i domini collettivi, consolida inoltre il loro profilo sostanziale, ne individua gli enti esponenziali, dotati di personalità giuridica di diritto privato, di capacità di autonormazione e di capacità di gestione del patrimonio che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva[13].

11 Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 228, *Foro it.*, 2022, I, c. 5 ss. e c. 1224 ss., con nota di Bona, C.: "Sull'indisponibilità e sui vincoli di destinazione delle proprietà collettive, dalla l. 1766/27 alla legge 108/21 (passando per Corte cost. 228/21)", già citata.

12 Va rilevato, inoltre, che la normativa degli anni venti del novecento disciplina anche la fase giurisdizionale del processo commissariale avente ad oggetto l'accertamento della *qualitas soli* dei beni civici, il loro recupero alla collettività dei naturali attraverso la reintegra, la possibile adozione di provvedimenti cautelari, quali il sequestro, secondo metodi e rimedi giurisdizionali finalizzati ad una efficace tutela del possesso. Cfr. Federico, C.: *Il processo in materia di usi civici*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli, I, Pacini Giuridica, Pisa, 2017. Alla luce della consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, rientrano nella giurisdizione del Commissario regionale per la liquidazione degli usi civici, ai sensi della legge n. 1766/1927, art. 29, le controversie concernenti l'accertamento dell'esistenza, della natura e dell'estensione dei diritti di uso civico ovvero della qualità demaniale del suolo: cfr., Cass., Sez. un., 31 ottobre 2023, n. 30283, in *www.dejure.it*.

13 Si veda, in proposito, Volante, R.: "Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi", *Le nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1068 ss.; Giulietti, W.: "L'autoregolazione dei domini collettivi", in AA.VV.: *"Un'altra proprietà". La disciplina delle proprietà collettive e degli usi civici fra legislazione statale e normative regionali*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli

Ma ulteriori sono i riflessi giuridici della più recente normativa. Il citato provvedimento, infatti, conferma il valore costituzionale della materia attraverso l'espresso richiamo agli artt. 2, 9, 42, secondo comma, e 43 della Costituzione, in attuazione dei quali la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, "come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie" (art. 1). Nell'alterno rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, l'istituto delle proprietà collettive viene attratto definitivamente nell'ambito dell'ordinamento civile sia per quanto riguarda la particolare struttura del diritto di proprietà in esame sia per quanto riguarda la natura degli enti esponenziali delle collettività titolari di uso civico e di proprietà collettiva, cui viene attribuita la personalità giuridica di diritto privato e l'autonomia statutaria (art. 1, secondo comma).

Ancora, la legge n. 168/2017, all'interno di una visione contemporanea della disciplina dei beni, individua i beni collettivi e ne descrive concettualmente tipi e natura. Di tali beni non viene fornita una definizione. Tuttavia, l'art. 2 riconosce ai beni di collettivo godimento particolari funzioni tra le quali quelle di essere elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali, strumenti primari per la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale, basi territoriali per la salvaguardia del patrimonio culturale e naturale, fonte di risorse rinnovabili. Il successivo art. 3 contiene, poi, l'elenco dei suddetti beni, articolato in sei tipologie (art. 3). Pur in difetto di una espressa definizione, è possibile individuare una categoria unitaria di bene collettivo definita sulla base della natura di patrimonio originario, del profilo della pluralità di appartenenza, delle qualità dei soggetti cui si riferiscono, delle finalità intergenerazionali cui essi sono rivolti[14]. Al paradigma dei beni collettivi, l'art. 3, primo comma, legge n. 168/2017, riconduce sia le terre attribuite, originariamente o all'esito di liquidazioni, a comuni, frazioni o associazioni agrarie, nonché quelle derivanti da "scioglimento delle promiscuità" e da altri meccanismi previsti dalla legge n. 1766/1927, "da

e F. Politi, 7, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 57 ss.; Maiorano, C.: "L. 20 novembre 2017, n. 168: il ruolo della destinazione funzionale nei c.dd. domini collettivi e nei c.dd. diritti di uso civico", *Rass. dir. civ.*, 2020, 4, p. 1537 ss.; Pagliari, G.: " 'Prime note' sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi")", cit., p. 11 ss.

14 Le considerazioni espresse sui beni collettivi richiamano le note riflessioni sui beni comuni, oggetto di analisi nella dinamica del rapporto tra beni pubblici-beni privati. Si veda, tra i tanti, Carapezza Figlia, G.: "Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1061 ss.; Mattei, U.: *Beni comuni, un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Mattei, U.: "Proprietà (nuove forme di)", *Enc. dir.*, *Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1117 ss.; Conte, E.: "Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto", in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Ombre Corte, Roma, 2012, p. 43 ss.; Di Porto, A.: *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013; Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 122 ss.; Marinelli, F.: "Beni comuni", *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 157 ss.; Quarta, A.: "Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 933 ss. Per una visione pubblicistica della materia, Cerulli Irelli, V.; *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1993; Id., *Apprendere "per laudo". Saggio sulla proprietà collettiva*, in *Quaderni fiorentini*, 45, Giuffrè, Milano, 2016; Id., *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, Giappichelli, Torino, 2022 e ancora Id., "Proprietà, beni pubblici, beni comuni", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 639 ss.
Per una rilettura della categoria dei "beni comuni" all'interno della riflessione civilistica, Perlingieri, G.: "Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio", *Rass. dir. civ.*, 2022, 1, p. 136 ss.

operazioni e provvedimenti di liquidazione o da estinzione di usi civici, da permuta o da donazione"; sia le terre collettive delle comunioni familiari montane, i corpi idrici sui quali i residenti esercitano gli usi civici e, infine, ai sensi dell'art. 3, primo comma, lett. *d*), le terre gravate da usi civici non ancora liquidati su proprietà di soggetti pubblici o privati.

Al descritto insieme di beni viene conferito, ma ciò costituisce una conferma, il rigoroso regime giuridico "dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale" (art. 3, terzo comma)[15].

IV. LA CIRCOLAZIONE DEI BENI E DELLA RICCHEZZA E LE REGOLE SPECIALI SUI BENI COLLETTIVI.

Il bene collettivo appartiene alla comunità quale componente del patrimonio originario e identitario della medesima. Nel rapporto tra comunità, suoi componenti e bene collettivo, si genera una comunione che, giuridicamente, determina una fitta relazione tra gruppo, individui e patrimonio originario. Traspare il profilo dell'associazionismo e infatti anche le collettività costituenti il dominio collettivo rientrano a pieno titolo tra le formazioni sociali previste dalla Costituzione ove l'individuo esprime la propria personalità (art. 2 Cost.).

In tale contesto, anche nella collettività, al suo interno, potrebbe ravvisarsi la suggestione di un fenomeno di circolazione poiché il godimento collettivo del bene comporta lo spostamento di esso rispetto alla persona che ne gode: in proposito, si pensi al fatto che il bene collettivo è goduto dal singolo ma "anche" dall'altro che appartiene alla comunità, significando ciò che anche l'altro fruisce di quello stesso bene. Tuttavia, nella fattispecie in esame non può ravvisarsi un vero e proprio scambio bensì una condivisione fondata sul presupposto che, dove termina il potere del singolo sul bene, inizia il potere dell'altro, facente parte sempre della comunità, nella prospettiva di un godimento comune, presente e futuro.

Si tratta di una rappresentazione della relazione tra membri della collettività e beni collettivi basata su una "circolazione" soggettivamente limitata ai membri della collettività stessa e oggettivamente circoscritta dalla natura demaniale civica del bene; una "circolazione" su cui non può incidere una disposizione testamentaria, una clausola contrattuale o, più in generale, la libera iniziativa privata volta allo scambio[16].

15 Come si vedrà più avanti, da tale regime vanno escluse soltanto le terre gravate da usi civici non ancora liquidati su proprietà di soggetti pubblici o privati, così come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza 15 giugno 2023, n. 115.

16 Sul tema della circolazione giuridica, si veda già in passato: Carnelutti, F.: *Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, Padova, 1933 (anche in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2010). Inoltre, Pugliatti, S.: "Acquisto del diritto", *Enc. dir.*, I,

Proprio con riguardo ai beni e in relazione ai poteri dispositivi esercitabili sugli stessi, la normativa, sia passata sia recente, è concorde nel riconoscere che i diritti sui beni di uso civico non siano usucapibili né prescrittibili. Inoltre, tali beni non sono alienabili - e quindi risultano sostanzialmente indisponibili - se non nei casi e con le modalità previsti dalla legge. Si tratta, dunque, di beni non commerciabili secondo gli ordinari atti di disposizione, pur se non in senso assoluto. Si tratta di beni, di regola, essenzialmente sottratti al trasferimento sia per atti *inter vivos* sia per atti *mortis causa*: la forza dell'autonomia privata non è in grado di incidere in tale ambito né può incidere l'acquisto *a non domino*. Ogni componente della collettività, e la collettività tutta, acquistano a titolo originario il diritto di proprietà collettiva che, però, non è destinato alla circolazione giuridica.

Le ragioni di una simile impostazione, che può apparire particolarmente rigida e severa, se non anche anacronistica, e comunque posta in direzione ostinatamente contraria rispetto all'esigenza generale di circolazione dei beni, sono da ricercare nelle caratteristiche e nelle funzioni tipiche delle proprietà collettive e tali ragioni costituiscono, con molta probabilità, la formula della loro conservazione[17].

Si tratta di una scelta di fondo, ritenuta necessaria sin dalle origini, che incide sul rapporto tra le persone costituenti i soggetti della circolazione e tra questi e i terzi. Per evitare i potenziali conflitti di interessi, il legislatore ricorre ad una regolamentazione giuridica speciale volta a prevenire eventuali aggressioni al fenomeno delle proprietà collettive e a preservarle nel tempo. L'interesse della collettività alla conservazione del patrimonio prevale sull'interesse del singolo alla effettiva circolazione. Lo scambio, infatti, comporta lo spostamento di un bene dalla sfera di godimento di un soggetto alla sfera di godimento di un altro soggetto e le regole giuridiche sono propense a favorirlo mediante un corrispondente spostamento della tutela degli interessi di ciascuna delle due parti rispetto al bene medesimo, cui va aggiunto altresì l'interesse dei terzi alla sicurezza della circolazione e alla rilevanza dell'affidamento di buona fede. Tutto ciò cambia modalità in relazione ai beni di uso civico, realtà nella quale l'iniziativa privata viene sacrificata di fronte alle esigenze della collettività, rappresentate anch'esse da un diritto soggettivo reale: la proprietà collettiva.

Una libera circolazione dei beni collettivi sarebbe *contra ius* in quanto la normativa in vigore è stringente e conservativa. Ne consegue, come già rilevato e come regola generale, un regime di inalienabilità, di indivisibilità, di inusucapibilità e di perpetua destinazione agro-silvo-pastorale.

Giuffrè, Milano, 1958, p. 508 ss.; Sacco, R.: "Circolazione giuridica", *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 4 ss.

17 Per una ricostruzione della proprietà collettiva come proprietà eccentrica, fattuale e plurale, si permetta il rinvio a Cervale, M.C.: *Usi civici e domini collettivi*, cit., p. 81 ss.

V. INALIENABILITÀ, INDIVISIBILITÀ, INUSUCAPIBILITÀ E PERPETUA DESTINAZIONE AGRO-SILVO-PASTORALE.

La inalienabilità come perpetuità del dominio.

La funzione di rilevante interesse collettivo impedisce che i suddetti beni possano circolare liberamente secondo i canoni tradizionali dell'autonomia privata. Tale scelta, anche proiettata all'interno delle regole del mercato, si fonda sulla prevalenza del valore d'uso sul valore di scambio.

Ciò non esclude in senso assoluto la circolazione dei beni in esame purché gli eventuali atti di disposizione siano preceduti da un provvedimento amministrativo che, considerata la irreversibile trasformazione del fondo interessato, ne modifichi la natura. Legittimazione e affrancazione costituiscono le procedure amministrative, di competenza regionale, finalizzate a "rimediare" a modifiche fattuali subite dal bene interessato e a far sì che allo stato di fatto, ormai irreversibile, corrisponda un sopraggiunto stato di diritto[18]. Diversa, nei presupposti e nelle finalità, come si vedrà, risulta la procedura di mutamento di destinazione.

La indivisibilità come condivisione uti cives.

La caratteristica della indivisibilità spiega la configurazione della proprietà collettiva quale comunione senza quote ossia diritto reale attribuito nella titolarità a tutti i partecipanti alla comunità non *uti singuli* bensì *uti cives*. Ogni singolo componente viene individuato sulla base di criteri collegati al territorio di appartenenza, secondo le origini familiari, il luogo di nascita o di residenza, e tutti formano un insieme collettivo. Non a caso, si parla di "naturali" per identificare coloro che partecipano a tali realtà fondiarie proprio a voler sottolineare lo stretto radicamento con il patrimonio originario e la cultura identitaria dei luoghi. Ciò impedisce a qualsiasi partecipante di chiedere lo scioglimento della comunione e la liquidazione di una ipotetica quota.

La inusucapibilità come primato della comunità sul singolo.

Il possesso dei beni di uso civico, strumentale all'esercizio del godimento collettivo, non determina gli effetti tipici dell'usucapione e, pur rappresentando la fase essenziale di fruibilità e di utilizzo, non è considerato efficace ai fini dell'eventuale acquisto del diritto reale corrispondente alla manifestazione dell'attività esercitata.

Pertanto, i beni di uso civico non sono usucapibili perché le vicende possessorie dei singoli non possono incidere sulla titolarità di un bene collettivo

18 Il procedimento amministrativo di legittimazione, che converte il demanio civico in allodio, ossia in bene di natura privata, è disciplinato dagli artt. 10 e 11, legge n. 1766/1927.

che risulta vincolato da un punto di vista oggettivo, per quanto riguarda la sua destinazione economica, e da un punto di vista soggettivo, in quanto riferibile ad una comunità di naturali, ai *cives* e non al singolo individuo che ne fa parte. Ciò che rileva, nell'esperienza vitale dell'uso civico, è l'insieme collettivo ricomposto ad unità e la fruizione del bene da parte della comunità. Di conseguenza, l'idea di titolarità plurale supera il concetto di titolarità individuale ed esclusiva: negli usi civici, al "primato della terra sul soggetto" si aggiunge "il primato della comunità sul singolo"[19]. Il concetto di fruizione collettiva, inoltre, prevale sull'esigenza di scambio: la ricchezza del patrimonio civico non si fonda sulla circolazione dei beni che lo compongono quanto piuttosto sulla loro conservazione purché si tratti di una conservazione per il benessere della collettività originaria. Una conservazione che richiede impegno, iniziativa, dedizione: i beni in questione, infatti, necessitano di cura costante, di tutela attiva, di consapevolezza sui poteri che li riguardano così da poterli esercitare e mantenerne nel tempo un uso utile e sempre plurale[20].

Il possesso di un bene di uso civico, però, non è irrilevante in senso assoluto. Al riguardo, appare interessante segnalare come di recente la Suprema Corte di cassazione[21] abbia affrontato la questione della rilevanza del possesso di terre di uso civico sotto il profilo della spettanza o meno dell'indennità per i miglioramenti arrecati al bene da parte del possessore di un bene di uso civico "*in re propria*" (ai sensi dell'art. 1150 c.c.). Nella fattispecie in esame, il possesso si fondava su un atto di compravendita di un terreno, in seguito dichiarato nullo proprio perché relativo ad un bene di uso civico, per sua natura indisponibile e inusucapibile. Tuttavia, la Corte, pur confermando la particolare natura demaniale civica del bene, ha riconosciuto la spettanza del diritto all'indennità per i miglioramenti apportati dal possessore prima dell'accertamento giudiziale della sussistenza dell'uso civico. La tesi difensiva secondo la quale il demanio civico dovrebbe considerarsi *res extra commercium* fino a quando non ne sia disposta la legittimazione o il mutamento di destinazione, non è stata considerata rilevante rispetto alla situazione fondata sul possesso di buona fede ed a tutti i suoi possibili effetti, tra i quali quello che attribuisce al possessore il diritto di essere indennizzato dal proprietario (rappresentato dall'ente comunale) dell'incremento di valore arrecato alla cosa. Non si rinvengono precedenti giurisprudenziali recenti in materia, pertanto la sentenza 6 giugno 2023, n. 1364, del Supremo Collegio potrebbe divenire una decisione in grado di incidere, in futuro, sul rapporto tra ente esponenziale comunale, occupatore *sine titulo* ma in buona fede del bene civico, indennità per i miglioramenti apportati da quest'ultimo quale possessore, ai sensi della normativa

19 Grossi, P.: "La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori", *Archivio* Scialoja-Bolla, Giuffrè, Milano, 2008, 1, p. 16.

20 Circa la rilevanza del possesso sui beni di uso civico, Masi, A.: "Usi civici e possesso", in *Usi civici. Ieri e oggi*, Cedam, Padova, 2007, p. 21 ss.; Id., "Usi civici e circolazione del possesso", *Archivio* Scialoja-Bolla, Giuffrè, Milano, 2007, p. 27 ss. Si consenta, inoltre, il rinvio a Cervale, M.C.: *Usi civici e domini collettivi,* cit., p. 104 ss.

21 Cfr. Cass., 6 giugno 2023, n. 1364, non ancora edita.

codicistica (in particolare, artt. 1147 e 1150 c.c.). Tuttavia, la decisione non incide in alcun modo sul principio della inusucapibilità del bene bensì riconosce effetti giuridici di indennizzo al possesso di buona fede esercitato sullo stesso.

L'imprescrittibilità come esempio di proprietà secolare.

All'inusucapibilità si ricollega, in senso logico e giuridico, l'imprescrittibilità in quanto se il diritto è imprescrittibile non rileva il possesso ultraventennale da parte di terzi. La imprescrittibilità richiama la perpetuità degli usi civici e consente a tali diritti di non estinguersi pur se non utilizzati per un lunghissimo periodo di tempo, anche secolare. Da questo punto di vista, non rileva neanche *a contrario*, con particolare riferimento agli usi civici quali *iura in re alinea*, la prescrizione per non uso ventennale, invece regolata dal codice civile per i diritti reali di godimento su cosa altrui[22].

Il vincolo di destinazione d'uso e la perpetua destinazione agro-silvo-pastorale.

I beni di uso civico sono caratterizzati da un vincolo di destinazione d'uso, previsto in coerenza con le origini e la funzione dei diritti collettivi e che ha permesso, nel tempo, la conservazione della loro perpetua fruibilità agro-silvo-pastorale. Il vincolo consiste in un limite giuridico che incide sull'autonomia della collettività dei componenti la quale non può disporre dei beni con atti di alienazione, non può procedere allo scioglimento della comunione né alla divisione del bene attraverso il frazionamento in quote individuali: non può, in linea di principio, modificarne la destinazione d'uso[23]. Tale vincolo è espressamente sancito dalla legge n. 168/2017 che tutela e valorizza i beni collettivi in quanto "strutture eco-paesistiche del paesaggio agro-silvo-pastorale nazionale" (art. 2, primo comma, lett. e).

VI. IL FONDAMENTO GIURIDICO DEI LIMITI AI POTERI DISPOSITIVI SUI DOMINI COLLETTIVI.

Le regole fondamentali che disciplinano il regime giuridico dei beni collettivi si rinvengono dapprima nella legge n. 1766/1927 e, in seguito, nella legge n. 168/2017.

22 Nell'ottica della disciplina del 1927, gli usi civici *in re aliena* sono destinati a procedimenti di liquidazione, affidati a regole che definiscono i rapporti tra proprietà privata e interesse collettivo, tramite tre modalità: la liquidazione per scorporo, attuata attraverso l'attribuzione di una porzione di terreno, in compenso degli usi civici (artt. 5 e 6, legge n. 1766/1927); la liquidazione effettuata con il pagamento di un canone annuo di natura enfiteutica in misura corrispondente al valore dei diritti, nel caso in cui i terreni abbiano ricevuto sostanziali e permanenti migliorie o si tratti di piccoli appezzamenti non aggruppabili in unità agrarie (art. 7, primo comma, legge n. 1766/1927); nel caso di *ex* province pontificie, la liquidazione tramite affrancazione invertita che consente, dietro pagamento di un canone a favore del proprietario e a particolari condizioni, di attribuire l'intero fondo al dominio (art. 7, secondo comma, legge n. 1766/1927).

23 Sulle caratteristiche dei demani civici all'interno di una riflessione pubblicistica che non può non avere rilevanza anche nell'ambito privatistico: Ranelletti, O.: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici, Ristampa della facoltà di giurisprudenza di Camerino*, Napoli, 1992, p. 329 ss. Inoltre, Fanti, V.: *Demanio statale e demanio civico nelle pagine di Oreste Ranelletti*, in *Assetti fondiari collettivi*, 9, Pacini Giuridica, Pisa, 2022.

Si è già rilevata la particolarità di una normativa che tende piuttosto a limitare che non a consentire atti di disposizione sui beni in questione. Appare peraltro utile sottolineare come l'indisponibilità dei beni ivi individuati non sia assoluta, in quanto l'art. 12 della legge n. 1766/1927 prevede la possibilità di alienazione o di mutamento di destinazione d'uso al ricorrere di determinate condizioni. Non si rinviene, invece, alcuna norma sul tale profilo all'interno della successiva legge n. 168/2017. Ne consegue che i partecipanti alla comunione senza quote, in cui si caratterizza il dominio collettivo, non possono incidere sulla destinazione d'uso del bene, secolarmente attribuitagli almeno da epoca medievale secondo il famoso brocardo *ubi feuda ibi demania*, tranne il caso in cui si provveda con il procedimento amministrativo di mutamento di destinazione d'uso. La suddetta procedura, attraverso l'autorizzazione regionale, non sottrae il bene al patrimonio collettivo bensì adegua temporaneamente la funzionalità di quel bene, o di una parte di esso, al soddisfacimento di un interesse pubblico che trascende quello della collettività di appartenenza. Il meccanismo in questione, delineato come principio generale dal legislatore statale, consente in talune particolari ipotesi e per specifiche ragioni di trasformare la limitazione dell'uso civico in prestazione pecuniaria.

Più in particolare, il citato art. 12 della legge n. 1766/1927, 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. 521 del codice civile".

I terreni di cui alla categoria *a)* sono quelli convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente (ai sensi dell'art. 11, legge n. 1766/1927), i quali rimangono nel godimento della collettività e, per la loro natura, fanno anche riferimento a norme speciali in materia di terreni montani, boschi e patrimonio forestale. Ma sono previste anche le terre "convenientemente utilizzabili per la coltura agraria" (art. 11, lett. *b*). Solo per queste ultime si prevede un processo di quotizzazione e l'assegnazione a privati di diritti reali di enfiteusi, fermo restando l'onere *propter rem* di corrispondere il canone enfiteutico e salva la possibilità, a seguito dell'apporto di migliorie, di affrancare il fondo, acquisendone la proprietà privata (art. 21, secondo comma)[24].

24 Si veda Corte cost., 28 novembre 2022, n. 236, *Foro it.*, 2023, I, c. 683 ss., con nota di Jannarelli, A.: "La disciplina «storica» degli usi civici e la l. n. 168 del 2017: alla ricerca di un nuovo ordine". Per una riflessione ricostruttiva della figura dell'onere reale e della obbligazione *propter rem* negli orientamenti della dottrina

Nell'impianto della legge n. 1766/1927 i fondi sono essenzialmente destinati a rimanere in proprietà collettiva. Tale scelta trova il suo riferimento nel citato art. 12 dal quale può evincersi il vincolo di inalienabilità e di destinazione d'uso dei beni nella parte in cui dispone che: "I Comuni e le associazioni non potranno, senza l'autorizzazione del Ministero dell'economia nazionale, alienarli o mutarne la destinazione" (secondo comma). La norma, in relazione alla regola generale della inalienabilità e del vincolo di destinazione d'uso dei beni collettivi, individua due eccezioni: la prima, riguarda la possibilità di alienare il bene qualora la regione o la provincia autonoma autorizzi, con provvedimento costitutivo, l'alienazione dei fondi oggetto di proprietà collettiva. In tale ipotesi, l'alienazione potrà riguardare soltanto i terreni di cui alla categoria *a)*, pena la nullità dell'alienazione stessa. La seconda, riguarda il mutamento di destinazione d'uso al quale può giungersi attraverso una procedura amministrativa utilizzata in passato e negli ultimi tempi valorizzata, nei contenuti e nei fini, anche dalla giurisprudenza costituzionale.

VII. IL MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO: NATURA, FUNZIONE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale, all'interno di una cornice normativa statale sempre interpretata ed applicata con rigore, consente di attribuire alla procedura di mutamento di destinazione d'uso dei beni di uso civico un significato più attuale sia con riguardo alla funzione sia con riguardo alle modalità di godimento dei beni civici stessi. La Corte con numerose decisione è stata ripetutamente chiamata ad affrontare la questione della costituzionalità o meno di norme, soprattutto regionali, volte a legittimare, semplificandolo, il mutamento di destinazione d'uso dei beni appartenenti al dominio collettivo.

Il lungo percorso giurisprudenziale, avviato sin dagli anni '80 del novecento[25], ha portato al riconoscimento di alcuni principi fondamentali nella regolazione della materia: in primo luogo, la disciplina statale in materia di usi civici diviene definitivamente parte dell'ordinamento civile, nel senso che il regime civilistico dei beni civici non rientra nell'ambito della competenza legislativa delle regioni[26].

civilistica contemporanea, si veda Gandolfi, G.: "Onere reale", *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 127 ss.

25 Corte cost., 18 dicembre 1985, n. 359, *Foro it.*, 1986, I, c. 1196; Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, *Foro it.*, 1986, I, c. 2686; Corte cost., 5 febbraio 1992, n. 67, *Foro it.*, 1992, I, c. 2061; Corte cost., 1 aprile 1993, n. 133, *Foro it.*, 1993, I, c. 2128. E ancora, Corte cost., 27 maggio 1993, n. 269, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Bellezze naturali*, n. 121; Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46, *Foro it.*, 1995, I, c. 744; Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345, *www.dejure.it*.

26 Corte cost., 28 novembre 2022, n. 236, cit., c. 683 ss., con nota di Jannarelli, A.: "La disciplina «storica» degli usi civici e la l. n. 168 del 2017: alla ricerca di un nuovo ordine", cit., c. 689 ss.; Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 228, *Foro it.*, 2022, I, c. 5 ss., con nota di Jannarelli, A.: "La costituzionalizzazione (debole) dei «domini collettivi» dopo la l. 168 del 2017: breve nota a Corte cost. 228/21". Inoltre, Corte cost., 24 aprile 2020, n. 71, *Foro it.*, 2020, I, c. 1833 ss.; Corte cost., 26 luglio 2018, n. 178 e Corte cost., 31 maggio 2018, n. 113, *Foro it.*, 2018, I, c. 2597 ss.; Corte cost., 11 maggio 2017, n. 103, *wwwdejure.it*.

Le limitazioni o la liquidazione dei diritti di uso civico rientrano, pertanto, nella competenza legislativa statale, la quale prevede l'obbligatorietà del procedimento di assegnazione a categoria dei terreni di uso civico da alienare o da mutare nella destinazione e postula la compatibilità del programma di trasformazione con le valutazioni paesistiche.

Si consolidano poi, in forza di numerose altre decisioni, ulteriori elementi caratterizzanti: l'alterno rapporto tra diritto privato e diritto pubblico, perché si ragiona su diritti soggettivi sostanzialmente rientranti nell'ordinamento civile dello Stato, pur se aventi un ruolo e una funzione pubblicistica, anche in relazione alla particolare natura dei beni collettivi[27]; la riconosciuta funzione paesaggistico-ambientale dei beni in esame; il delicato equilibrio tra competenza legislativa statale e potestà normativa regionale; la solida contestualizzazione della materia all'interno degli articoli 2, 3, 9, 42, 43, 117, 118 Cost.[28] . Il tutto nella fitta trama dei rapporti tra economia, produzione, sviluppo tecnologico e anche eventuale profitto, da un lato; tutela dell'ambiente, del paesaggio, della tradizione, del patrimonio originario e dei valori identitari culturali, dall'altro.

Con particolare riferimento al mutamento di destinazione d'uso, esso può riguardare singole porzioni di beni di uso civico alle quali viene temporaneamente attribuita una funzione diversa, anche se di natura pubblica, da quella agro-silvo-pastorale loro propria. Tale eventualità risulta possibile e non contrasta con il regime di indisponibilità del bene di uso civico, purché avvenga attraverso la valutazione delle autorità competenti e nel rispetto delle normative regionali che ne regolano il procedimento. La ragione che spiega una simile scelta consiste nel fatto che il procedimento amministrativo di mutamento di destinazione non sottrae il bene al patrimonio civico, non lo aliena né lo permuta: ne riconosce una diversa funzione, limitata nel tempo e con carattere oneroso, esercitata sempre per la soddisfazione di un interesse della collettività che ne rimane proprietaria.

Il fondamento giuridico è costituito dall'art. 41 del regolamento di attuazione della legge 1766/1927, ossia il r.d. n. 332/1928, il quale stabilisce:

27 In proposito, Cass., Sez. un., 10 maggio 2023, n. 12570, in *www.dejure.it*, consolida l'equiparazione dei beni collettivi, nella loro essenza, ai beni demaniali, per quanto si desume dal loro regime di inalienabilità, insusucapibilità, immodificabilità e di conservazione del vincolo di destinazione, il quale può subire una deroga soltanto mediante una apposita "sdemanializzazione".

28 Si veda, in dottrina, Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, citato, (rist. Napoli 2011), p. 51 ss.; Grossi, P.: *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori*, cit., p. 16 ss.; Tamponi, M.: "Gli interessi tutelati nella gestione delle terre di godimento collettivo", *Archivio* Scialoja-Bolla, Giuffrè, Milano, 2011; Perlingieri, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in AA.VV., *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, a cura di M. Pennasilico, Esi, Napoli, 2015; Nervi, A.: "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 418 ss.; Politi, F.: "Riflessioni sulle novità della legge n. 168 del 2017 nella prospettiva del diritto costituzionale. Cosa resta delle competenze regionali?", cit., p. 23 ss.

"… 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".

Pertanto, con la procedura di mutamento di destinazione d'uso la natura demaniale civica del bene non viene meno: il bene viene soltanto per un certo periodo destinato ad una nuova utilità. La destinazione d'uso, come già rilevato, si modifica temporaneamente attraverso una concessione a titolo oneroso tra ente esponenziale della collettività proprietaria-concedente e concessionario (si pensi alla necessità di realizzare una infrastruttura che sorvoli o attraverso terreni di uso civico). Ma il mutamento di destinazione preserva la natura vincolata del bene, pur realizzando l'interesse pubblico emergente dalla necessità di realizzare un'opera rilevante e, nel contempo, attribuisce una utilità in denaro, ossia un canone, a chi amministra i beni (e, per essi, alle collettività titolari), sostitutiva della loro naturale redditività. Il procedimento in esame, dunque, non svincola completamente il bene dalla sua originaria funzione nel senso che la redditività derivante da una "diversa" fruizione del bene di uso civico deve sempre essere destinata a vantaggio della comunità dei naturali, titolare del diritto di proprietà collettiva, e comunque al miglioramento del bene. Sul piano pratico, pare opportuno auspicare che l'utilizzo del denaro ricavato dalla concessione venga gestito (ad esempio, nel caso di un comune), con apposita contabilità e con specifici capitoli di bilancio, nel rispetto della destinazione vincolata e in modo trasparente.

Qualora la mutata destinazione d'uso venga a cessare, il provvedimento di autorizzazione deve prevedere il ritorno delle terre alla loro destinazione originaria o ad altra da stabilirsi, con ciò confermandosi ancora una volta la indisponibilità del bene ed il suo vincolo di destinazione.

In una chiave di lettura che tenga conto delle sopraggiunte e più attuali esigenze socio-economiche, si può ritenere che il mutamento di destinazione d'uso, nei casi e con il rispetto dei limiti imposti dalla legislazione vigente, possa costituire una soluzione amministrativa idonea a consentire all'uso civico di adattarsi a contesti meno ancorati alla tradizione e a rendere compatibile con lo sviluppo economico il godimento dei beni civici, pur nel rispetto della loro essenza e purché la modifica sia comunque temporanea e a titolo oneroso.

La prospettata visione del mutamento di destinazione d'uso trova fondamento, tra le altre, nella sentenza della Corte costituzionale 24 aprile 2020, n. 71, che ammette il mutamento di destinazione d'uso se esso consente la conservazione

del rilievo pubblicistico del bene in un diverso assetto funzionale, collegando tale possibilità alla natura dinamica dei vincoli che gravano sui patrimoni civici[29]. La motivazione della sentenza chiarisce alcuni aspetti importanti in relazione al profilo in esame. In particolare, se l'art. 12, legge n. 1766/1927, fa riferimento ai terreni assegnati a categoria, distinguendo tra terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente (lett. *a*) e terreni convenientemente utilizzabili per la cultura agraria (lett. *b*), la previa assegnazione a categoria non è più necessaria alla luce dell'introduzione del vincolo paesistico-ambientale e delle mutate condizioni socio-economiche del paese[30].

Ai piani economici di sviluppo per i patrimoni silvo-pastorali, di cui all'art. 12, legge 1766/1927 vengono ad aggiungersi e a sovrapporsi i piani paesaggistici di cui all'art. 143, d.lgs. n. 42/2004. La pianificazione prevista da questi ultimi, a differenza del passato, riguarda l'intero patrimonio dei beni civici e non più solo i terreni identificati dall'art. 11, legge 1766/1927 con la prescritta categoria. Venuta meno l'assegnazione a categoria, permangono invece gli istituti della verifica demaniale e della pianificazione i quali, alle molteplici funzioni di carattere generale, aggiungono anche alcune ipotesi di variazione del patrimonio civico, tra le quali rientra il mutamento di destinazione d'uso che preserva la vocazione pubblicistica del bene ma in un assetto funzionale diverso.

Attraverso il mutamento di destinazione d'uso si esercita, perciò, un potere di disposizione che non determina un trasferimento nella titolarità del diritto sul bene bensì realizza un altro modo di possedere il bene stesso: quest'ultimo permane nell'ambito della proprietà collettiva, conserva la sua immutata natura di componente del patrimonio originario della collettività, ma riflette l'evoluzione economica e la eventuale necessità di incidere sull'uso tradizionale del bene. In tal senso, il mutamento di destinazione d'uso potrebbe consentire di mediare tra il regime della assoluta incommerciabilità dei beni di uso civico e l'esigenza di un loro godimento collettivo che però esca dal tracciato secolare dell'utilizzo dei suoli limitato alla loro immutata capacità naturale[31].

29 Corte cost., 24 aprile 2020, n. 71, *Foro it*., I, c. 1834 ss., riguardante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 della legge Regione Calabria 29 dicembre 2010, n. 34.

30 Era stato rilevato già in precedenza dalla Corte, con la sentenza 31 maggio 2018, n. 113, che la linea di congiunzione tra le norme dei primi decenni del novecento e quelle più recenti, che hanno ricondotto gli usi civici alla materia paesaggistica ed ambientale, va rintracciata proprio nella pianificazione introdotta dalla normativa successiva alla legge del 1927.

31 Anche la successiva sentenza della Corte costituzionale 2 dicembre 2021, n. 228, registra una torsione in senso economico dei beni collettivi, pur nel rispetto delle loro caratteristiche fondamentali e secolari (in *www.dejure.it*).

VIII. L'USO CIVICO *IN RE ALIENA:* LA POSSIBILE ALIENAZIONE DELLE TERRE DI PROPRIETÁ DEI PRIVATI E L'INERENZA DELL'USO CIVICO SUL BENE.

Un ulteriore approdo giurisprudenziale si ha con la sentenza della Corte costituzionale 15 giugno 2023, n. 115, riguardante i beni di uso civico quali *iura in re aliena* ossia diritti esercitati su beni di proprietà privata: infatti, l'art. 3, primo comma, legge n. 168/2017 considera beni collettivi anche "le terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati". In relazione a tali specifici beni, la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 3, terzo comma, della legge n. 168/2017 nella parte in cui non esclude dal regime dell'inalienabilità le terre di proprietà di privati sulle quali i residenti esercitano usi civici non ancora liquidati. Va rilevato inoltre che i suddetti beni, a differenza degli altri ivi indicati e secondo la previsione dell'art. 3, secondo comma, non fanno parte del patrimonio antico dell'ente collettivo[32].

Il giudizio *a quo* consiste in una procedura di esecuzione immobiliare includente anche terre private gravate da usi civici non ancora liquidati e giunge al vaglio della Corte che, con l'occasione, ripercorre la trama assiologica della legge n. 168/2017 nel rapporto con i principi costituzionali e con la pregressa legislazione in materia. La citata legge estende il campo applicativo del vincolo paesaggistico, traendo ulteriori conseguenze dalla relazione tra usi civici e interesse paesistico-ambientale. L'art. 3, sesto comma, infatti, dispone che il vincolo paesaggistico è mantenuto sulle terre civiche "anche in caso di liquidazione degli usi civici". Nello stesso senso, anche l'art. 3, comma 8 *quater*, stabilisce che i terreni sdemanializzati, a seguito delle permute fra domini collettivi e terreni del patrimonio disponibile dei comuni, delle regioni o delle province autonome di Trento e Bolzano, preservano il "vincolo paesaggistico".

Pertanto, nel valutare la possibile circolazione di un bene di proprietà privata gravato da uso civico secondo la formula dello *ius in re aliena,* l'assolutezza del vincolo della indisponibilità appare troppo rigoroso poiché le ragioni di salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio, attratte nella funzione sociale, si realizzano preservando la tutela degli usi civici in sé e per sé, senza impedire la circolazione della proprietà privata sottesa ai beni in questione.

In tal senso, l'uso civico *in re aliena* permane anche in ipotesi di circolazione del bene su cui esso incide. Si trasferisce il diritto di proprietà privata sul bene e contestualmente la destinazione paesistico-ambientale unitamente all'uso civico

32 Infatti, l'art. 3, secondo comma, legge n. 168/2017, considera patrimonio antico dell'ente collettivo soltanto i beni di cui al primo comma, lettere *a)*, *b)*, *c)*, *e)* e *f)*.

"segue" il bene, concretizzando un diritto di seguito che, del resto, caratterizza la materia dei diritti reali. Un diritto di seguito che non si esprime tanto come potere di perseguire il bene presso qualunque soggetto si trovi ma che, piuttosto, rappresenta l'essenza stessa del bene e gli imprime qualità che non vengono meno pur in presenza di un atto di disposizione. Per usare le parole della Corte costituzionale: "In sostanza, la proprietà privata circola unitamente agli usi civici e al vincolo paesaggistico, incorporando in tal modo la destinazione paesistico-ambientale, con la conseguenza che chiunque acquisti il fondo non può compiere alcun atto che possa compromettere il pieno godimento promiscuo degli usi civici".

IX. LA *GREEN ECONOMY,* LA DESTINAZIONE D'USO DEI BENI CIVICI E L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ.

L'attualità della materia emerge, altresì, nella costituita relazione tra usi civici e gestione eco-sostenibile del territorio attraverso le nuove sfide rappresentate dalla *green economy*. Si tratta di tematiche particolarmente sentite negli ultimi anni che stanno generando una diversa sensibilità nell'approccio al territorio, alle risorse naturali, all'ambiente, alla salubrità.

Sul punto, può risultare utile soffermarsi sull'art. 74, legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo delle risorse naturali. Tale disposizione, rubricata "Gestione e sviluppo sostenibile del territorio e delle opere di pubblica utilità e tutela degli usi civici", così dispone:

«Ai fini della gestione e dello sviluppo sostenibile del territorio e delle opere pubbliche o di pubblica utilità nonché della corretta gestione e tutela degli usi civici, all'art. 4 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, dopo il comma 1 è inserito il seguente:

"1-*bis*. 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"».

Come appare evidente, si tratta di una singola disposizione e non di una disciplina organica della materia, che dovrà attendere invece la legge n. 168/2017[33]. La norma

33 Il rapporto tra usi civici, ambiente e risorse naturali è ben presente nella riflessione della dottrina. Si veda, *ex multis*, Tamponi, M.: "Proprietà e *green economy*: diritto dominicale, ambiente e risorse naturali", *Dir. agroalim*., 2016, p. 431 ss.; Id., *Una proprietà speciale. Lo statuto dei beni forestali*, Cedam, Padova, 1983; Capizzano, E.: "Nuova collocazione della problematica degli usi civici fra le esigenze della produzione e quelle della c.d. agricoltura dell'ambiente", *Riv. giur. ed.*, 1987, II, p. 149 ss.; Nervi, P.: "La nuova stagione degli assetti fondiari collettivi in un sistema evolutivo economia/ambiente", *Archivio* Scialoja-Bolla, Giuffrè, Milano, 2014. In merito alla configurazione dell'ambiente e delle energie come "beni comuni", di recente

richiama la procedura di mutamento di destinazione d'uso come presupposto per l'espropriazione o l'asservimento coattivo dei beni di uso civico e tuttavia fa salve le ipotesi in cui l'opera sia "compatibile" con l'esercizio del diritto di uso civico. Il criterio della compatibilità non viene ulteriormente precisato nei contenuti, nei limiti, nella individuazione dell'organo competente ad esprimerlo; sembra però che il legislatore si stia avviando verso una visione dell'uso civico quale possibile strumento di gestione e di sviluppo sostenibile del territorio. Quel che emerge è, oggi, il reciproco contatto tra usi civici, *green economy* e tutela dell'ambiente e del paesaggio, ponendosi tali usi come un fattivo strumento di bilanciamento tra godimento collettivo e rispetto intergenerazionale del patrimonio naturale di appartenenza[34].

L'art. 74, legge n. 221/2015 viene valorizzato altresì dalla Suprema Corte di cassazione con la sentenza a sezioni unite 10 maggio 2023, n. 12570[35], che affronta la questione dell'espropriazione per pubblica utilità di un bene appartenente al demanio civico, collocando la disposizione in esame in un'ottica storico-evolutiva di tutta la normativa in materia.

Ed in effetti l'espropriazione per pubblica utilità potrebbe costituire un atto di disposizione dei beni collettivi che ne sacrificherebbe la natura e la destinazione in funzione di un pubblico interesse. Tuttavia, la Corte, attraverso una dettagliata ricostruzione storico-giuridica, corredata anche da numerosi precedenti giurisprudenziali, propende per una soluzione conservativa, affermando il principio secondo il quale i diritti di uso civico gravanti su beni collettivi non possono essere posti nel nulla per effetto di un decreto di espropriazione per pubblica utilità "perché la loro natura giuridica assimilabile a quella demaniale lo impedisce, essendo, perciò, necessario, per l'attuazione della siffatta espropriazione, un formale provvedimento di sdemanializzazione, la cui mancanza rende invalido il citato decreto espropriativo che implichi l'estinzione di eventuali usi civici di questo tipo ed il correlato trasferimento dei relativi diritti sull'indennità di espropriazione". La "sdemanializzazione" deve realizzarsi tramite le procedure e sulla base di criteri individuati dalla legge per ciascuna categoria dei beni e non attraverso una mera comparazione di interessi pubblici connessi all'utilizzazione del bene attuata dall'autorità espropriante secondo le regole del diritto amministrativo comune.

Lombardi, R.: *Energie rinnovabili e diritto privato. Strumenti negoziali e tutela dell'ambiente verso la nuova transizione energetica*, Esi, Napoli, 2023, p. 79 ss.

34 In dottrina, tali temi sono ulteriormente approfonditi da Marinelli, F.: *"La terra è di Dio". I beni collettivi tra storia e diritto,* L'Aquila, 2020, p. 26 ss.; Id., *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, 2ª ed., Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 55 ss.

35 Cass., Sez. Un., 10 maggio 2023, n. 12570, in *www.dejure.it*.

X. LE ESIGENZE DELLA PRODUZIONE QUALI ECCEZIONI ALLA REGOLA DELLA INDISPONIBILITA'.

Tuttavia, il contesto economico muta e si caratterizza per una visione non soltanto nazionale ma anche sovranazionale in grado di incidere sulle scelte produttive e infrastrutturali ad esso connesse. Di tali sopraggiunti eventi, ne risente anche la disciplina sugli usi civici, mostrando come in determinati contesti può mutare anche l'approccio di fruizione dei beni verso utilità differenti da quelle pervenuteci dal passato.

Nel delicato rapporto tra tutela dei beni civici ed espropriazione per pubblica utilità, va segnalato il d.l. 1 marzo 2022, n. 17, coordinato con la legge di conversione 27 aprile 2022, n. 34 che, all'art. 13 *bis*, intitolato "Semplificazioni in materia di infrastrutture elettriche", statuisce:

«Al t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'art. 4, dopo il comma 1 *bis* sono inserititi seguenti:

1ter. Fermo restando il rispetto della normativa paesaggistica, si intendono di norma compatibili con l'esercizio dell'uso civico gli elettrodotti di cui all'art. 52 *quinquies*, comma 1, fatta salva la possibilità che la regione, o un comune da essa delegato, possa esprimere caso per caso una diversa valutazione, con congrua motivazione, nell'ambito del procedimento autorizzativo per l'adozione del provvedimento che dichiara la pubblica utilità dell'infrastruttura.

1 *quater*. Fermo restando il rispetto della normativa paesaggistica, si intendono sempre compatibili con l'esercizio dell'uso civico le ricostruzioni di elettrodotti aerei o interrati, già esistenti, di cui all'art. 52 *quinquies*, comma 1, che si rendano necessarie per ragioni di obsolescenza, purché siano realizzate con le migliorie tecnologiche esistenti e siano effettuate sul medesimo tracciato della linea già esistente o nelle sue immediate adiacenze.»

Si tratta di un intervento normativo focalizzato sul rapporto tra elettrodotto e usi civici[36] che, attraverso il ricorso al criterio della "compatibilità", adottato già con la legge n. 221/2015 in materia di *green economy*, ritiene possibile la realizzazione o la ricostruzione di tali opere in quanto ritenute non ostative all'esercizio dell'uso civico. La titolarità del diritto non è in discussione; cambiano le modalità di uso del bene che comunque non interferiscono con il suo godimento.

36 Si ricorda, in materia, anche il r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, in tema di servitù di elettrodotto, che tuttavia non affronta la tematica della realizzazione di elettrodotti su terreni di uso civico.

Rimane aperta la questione circa la sussistenza o meno del diritto alla percezione, da parte delle collettività titolari di proprietà collettiva, di un canone di occupazione delle aree interessate e su tale aspetto sarà opportuno attendere gli sviluppi, anche giurisprudenziali, sull'applicazione della norma[37].

XI. LA PERMUTA QUALE POSSIBILE TECNICA DI SOSTITUZIONE E DI CONSERVAZIONE DEL PATRIMONIO NATURALE ORIGINARIO.

Ancora, a fronte dei principi di indisponibilità e di immutabilità dei beni collettivi, va citato un altro intervento normativo successivo alla legge n. 168/2017 e di poco precedente alla legge n. 34/2022, ossia la legge 29 luglio 2021, n. 108 che, ha inserito i commi 8 *bis*, 8 *ter* e 8 *quater* all'art. 3, più volte in precedenza citato. Nello specifico, il legislatore consente alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano di autorizzare trasferimenti di diritto di uso civico e permute aventi ad oggetto terreni a uso civico appartenenti al demanio civico "in caso di accertata e irreversibile trasformazione" verificatasi quando i predetti terreni: *a)* abbiano irreversibilmente perso la conformazione fisica o la destinazione funzionale di terreni agrari, boschivi o pascolivi per oggettiva trasformazione prima della data di entrata in vigore della legge 8 agosto 1985, n. 431 e le relative opere siano state autorizzate dall'amministrazione comunale; *b)* siano stati utilizzati in conformità ai vigenti strumenti di pianificazione urbanistica; *c)* non siano stati trasformati in assenza dell'autorizzazione paesaggistica o in difformità di essa. Trasferimento dei diritti e permute hanno ad oggetto terreni di superficie e valore ambientale equivalenti che appartengono al patrimonio disponibile dei comuni, delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano. Gli atti di disposizione in esame comportano la demanializzazione dei terreni equivalenti e la sdemanializzazione dei terreni irreversibilmente trasformati.

L'integrazione normativa sopraggiunta si pone nella direzione indicata di modificabilità del regime giuridico dei beni civici nel caso in cui essi siano stati di fatto trasformati ed abbiano perso la fruibilità collettiva: si tratta, tuttavia, di un delicato rimedio cui ricorrere con equilibrio e ragionevolezza nel tentativo di conciliare la disciplina della indisponibilità a favore della collettività con le esigenze degli occupatori che, pur sulla base di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, ne abbiano comunque acquisito la disponibilità[38].

37 Si veda Cass., Sez. un., ordinanza 31 ottobre 2023, n. 30232 (in *www.dejure.it*), secondo la quale la questione relativa all'applicabilità della norma sul mutamento di destinazione di cui all'art. 12, legge n. 1766/1927 e alla portata e all'efficacia del sopravvenuto disposto normativo di cui all'art. 13 *bis* della legge n. 34 del 27 aprile 2022, riguarda il merito della controversia in quanto connessa alla tutelabilità o meno della posizione soggettiva conseguente alla modifica normativa. Pertanto, la decisione rientra nell'ambito giurisdizionale del Commissario per la liquidazione degli usi civici, originariamente adito.

38 Cfr. Bona, C.: "Sull'indisponibilità e sui vincoli di destinazione delle proprietà collettive, dalla l. 1766/27 alla legge 108/21 (passando per Corte cost. 228/21), cit., c. 1226 ss. Inoltre, Cervale, M.C.: *Usi civici e domini collettivi*, cit., p. 266 ss.

XII. VALUTAZIONI CONCLUSIVE.

La normativa richiamata, l'interpretazione di essa fornita dalla dottrina, il contributo della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza di legittimità, confermano come i vincoli alla disponibilità dei beni demaniali civici mantengono il loro pieno vigore ma, al tempo stesso, richiedono anche soluzioni di equilibrio che bilancino le scelte passate con quelle odierne e riescano a coniugare in modo ragionevole i bisogni legati alla coltivazione, al bosco, al pascolo con le esigenze evolutive del sistema economico-produttivo.

Nelle previste ipotesi di modificazioni dell'assetto del patrimonio civico, dovrebbe applicarsi il principio della onerosità, modulabile in ragione della durata temporale della concessione e della possibile reversibilità del bene all'antica destinazione agro-silvo-pastorale. Appare auspicabile che l'onerosità delle trasformazioni, assunte sempre nel rispetto del dettato legislativo, sia in grado di salvaguardare il patrimonio civico nel suo complesso, garantendo il rapporto tra diritti civici limitati e canone pecuniario compensativo. Del resto, occorre anche prendere atto del fatto che, in taluni casi, si sia verificata una irreversibile trasformazione dei fondi a seguito dell'alienazione, da parte dei comuni, di terreni di uso civico sulla base di contratti rivelatisi poi irrimediabilmente nulli.

A ciò si aggiunga che, in particolare, il mutamento di destinazione, soprattutto quando riguarda zone impervie, abbandonate o degradate, potrebbe consentire il recupero economico di tali aree, con interventi programmati comunque produttivi di canoni reinvestibili nell'interesse della collettività.

In conclusione, il fenomeno antico dei domini collettivi va inquadrato nel processo evolutivo attuale, caratterizzato da una vivace dialettica tra conservazione e fruizione, tra tutela delle comunità proprietarie e istanze del sistema economico. Il processo attualmente in corso, però, dovrebbe essere sempre caratterizzato da una solida coscienza del valore del suolo, quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini della salute ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e in grado di soddisfare una pluralità di interessi e di utilità collettive, all'interno del diritto di proprietà privata.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Domini collettivi e patrimonio forestale*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli e di F. Politi, 10, Pacini Giuridica, Pisa, 2023.

AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva*, in *Assetti fondiari collettivi*, 4, a cura di F. Marinelli, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

Astuti, G.: "Feudo", *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 292 ss.

Bona, C.: "Sull'indisponibilità e sui vincoli di destinazione delle proprietà collettive, dalla l. 1766/27 alla legge 108/21 (passando per Corte cost. 228/21)", *Foro it.*, 2022, I, c. 1224 ss.

Bona, C.: *Usi civici, Libro terzo: Proprietà, l. 16 giugno 1927, n. 1766,* in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, Bologna, 2021.

Calasso, F.: *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1954.

Capizzano, E.: "Nuova collocazione della problematica degli usi civici fra le esigenze della produzione e quelle della c.d. agricoltura dell'ambiente", *Riv. giur. ed.*, 1987, II, p. 149 ss.

Carapezza Figlia, G.: "Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1061 ss.

Caravale, M.: *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

Carnelutti, F.: *Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, Padova, 1933 (anche in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2010).

Cattaneo, C.: *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della società promotrice. Primo rapporto*, ora in *Scritti economici*, a cura di A. Bartolino, III, Firenze, 1956.

Cerulli Irelli, V.: *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, Giappichelli, Torino, 2022.

Cerulli Irelli, V.: "Proprietà, beni pubblici, beni comuni", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 639 ss.

Cerulli Irelli, V.: "Proprietà collettive, demani civici ed usi civici", in AA.VV., *'Un altro modo di possedere'. Quarant'anni dopo*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli, 2, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, p. 75 ss.

Cerulli Irelli, V.: *Apprendere "per laudo". Saggio sulla proprietà collettiva*, in *Quaderni fiorentini*, 45, Giuffrè, Milano, 2016.

Cerulli Irelli, V.: *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1993.

Cervale, M.C.: *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2022.

Cervati, G.: "Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 88 ss., di recente ripubblicato in AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli, 4, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 207 ss.

Conte, E.: "Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto", in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Ombre Corte, Roma, 2012, p. 43 ss.

Cortese, E.: "Domini collettivi", *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 13 ss.

Di Porto, A.: *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013.

Fanti, V.: *Demanio statale e demanio civico nelle pagine di Oreste Ranelletti*, in *Assetti fondiari collettivi*, 9, Pacini Giuridica, Pisa, 2022.

Fulciniti, L.: "I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi", *Dir. agroalim.*, 2018, 3, p. 556 ss.

Fulciniti, L.: *I beni di uso civico*, Cedam, Padova, 2ª ed., 2000.

Gambaro, A.: *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, VIII, Giuffrè, Milano, 1995.

Gandolfi, G.: "Onere reale", *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 127 ss.

Germanò, A.: "Usi civici", *Dig. disc. priv.*, XIX, Utet, Torino, 1999, p. 539 ss.

Germanò, A.: "Carneade, chi era costui? Ovvero degli usi civici", *Riv. dir. agr.*, 1994, I, p. 209 ss.

Giulietti, W.: "L'autoregolazione dei domini collettivi", in AA.VV.: *"Un'altra proprietà". La disciplina delle proprietà collettive e degli usi civici fra legislazione statale e normative regionali*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli e F. Politi, 7, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 57 ss.

Grossi, P.: *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, *Quodlibet*, Macerata, 2019.

Grossi, P.: "La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori", *Archivio* Scialoja-Bolla, Giuffrè, Milano, 2008, 1, p. 16.

Grossi, P.: *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 5ª ed., 1999.

Grossi, P.: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1992.

Grossi, P.: "Proprietà (dir. interm.)", *Enc. dir.,* XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 238 ss.

Grossi, P.: *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, in *Quaderni fiorentini*, 5, Giuffrè, Milano, 1977.

Gualazzini, U.: "Comunione (dir. interm.)", *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 240 ss.

Jannarelli, A.: "La disciplina «storica» degli usi civici e la l. n. 168 del 2017: alla ricerca di un nuovo ordine", *Foro it.*, 2023, I, c. 683 ss.

Jannarelli, A.: "La costituzionalizzazione (debole) dei «domini collettivi» dopo la l. 168 del 2017: breve nota a Corte cost. 228/21", *Foro it.*, 2022, I, c. 5 ss.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

Lombardi, R.: *Energie rinnovabili e diritto privato. Strumenti negoziali e tutela dell'ambiente verso la nuova transizione energetica*, Esi, Napoli, 2023.

Lorizio, M.A.: "Gli usi civici", *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1 ss.

Maiorano, C.: "L. 20 novembre 2017, n. 168: il ruolo della destinazione funzionale nei c.dd. domini collettivi e nei c.dd. diritti di uso civico", *Rass. dir. civ.*, 2020, 4, p. 1537 ss.

Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2022.

MARINELLI, F.: *"La terra è di Dio". I beni collettivi tra storia e diritto,* L'Aquila, 2020, p. 26 ss.

MARINELLI, F.: *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni,* 2ª ed., Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

MARINELLI, F.: "Beni comuni", *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 157 ss.

MASI, A.: "Usi civici e possesso", in *Usi civici. Ieri e oggi*, Cedam, Padova, 2007, p. 21 ss.

MASI, A.: "Usi civici e circolazione del possesso", *Archivio* SCIALOJA-BOLLA, Giuffrè, Milano, 2007, p. 27 ss.

MATTEI, U.: "Proprietà (nuove forme di)", *Enc. dir.*, *Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1117 ss.

MATTEI, U.: *Beni comuni, un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

NATOLI, U.: *La proprietà. Appunti delle lezioni*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1976.

NERVI, A.: "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 418 ss.

NERVI, P.: "La nuova stagione degli assetti fondiari collettivi in un sistema evolutivo economia/ambiente", *Archivio* SCIALOJA-BOLLA, Giuffrè, Milano, 2014.

PAGLIARI, G.: " 'Prime note' sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi")", *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, p. 11 ss.

PALERMO, A.: "Usi civici", *Noviss. Dig. it.*, XX, Utet, Torino, 1975, p. 231 ss.

PERLINGIERI, G.: "Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio", *Rass. dir. civ.*, 2022, 1, p. 136 ss.

PERLINGIERI, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in AA.VV.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, a cura di M. PENNASILICO, Esi, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971.

PETRONIO, U.: "Usi civici", *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, 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*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. Marinelli e F. Politi, 3, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 23 ss.

Pugliatti, S.: *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1964.

Pugliatti, S.: "Acquisto del diritto", *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 508 ss.

Quarta, A.: "Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 933 ss.

Ranelletti, O.: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici, Ristampa della facoltà di giurisprudenza di Camerino*, Napoli, 1992, p. 329 ss.

Rescigno, P.: "Proprietà (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 263 ss.

Rescigno, P.: "Per uno studio sulla proprietà", *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 2 ss.

Rodotà, S.: "Note critiche in tema di proprietà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 ss.

Sacco, R.: "Circolazione giuridica", *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 4 ss.

Sacco, R.: *La proprietà*, Giappichelli, Torino, 1968.

Salvi, C.: "Proprietà e possesso", in *Tratt. dir. priv.*, diretto da S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino, 2021, p. 13 ss.

Tamponi, M.: "Proprietà e *green economy*: diritto dominicale, ambiente e risorse naturali", *Dir. agroalim.*, 2016, p. 431 ss.

Tamponi, M.: "Gli interessi tutelati nella gestione delle terre di godimento collettivo", *Archivio* Scialoja-Bolla, Giuffrè, Milano, 2011.

Tamponi, M.: *Una proprietà speciale. Lo statuto dei beni forestali*, Cedam, Padova, 1983.

Tarello, G.: *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di diritto civile 1972-73*, Genova, 1973.

TRIFONE, R.: *Feudi e demani. Eversione della Feudalità nelle Province Napoletane. Dottrina, Storia, Legislazione, Giurisprudenza*, Roma, 1909.

VENEZIAN, G.: *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, Camerino, 1888, (ora riedite in AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva*, in *Assetti fondiari collettivi*, a cura di F. MARINELLI, 4, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 9 ss.).

VOLANTE, R.: "Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi", *Le nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1068 ss.

DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE GESTIÓN DE LOS BIENES TRANSMITIDOS A MENORES. Y ALGUNAS PREVISIONES MÁS ALLÁ DE LA MAYORÍA DE EDAD DE LOS SUCESORES*

TESTAMENTARY PROVISIONS FOR THE ESTABLISHMENT OF A SPECIAL REGIME FOR THE MANAGEMENT OF ASSETS TRANSFERRED TO MINORS. AND SOME PROVISIONS BEYOND THE AGE OF MAJORITY OF THE SUCCESSORS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 654-697

* El presente trabajo, desarrollado en el seno del grupo de investigación de la USC "Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio", se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación "La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad" (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora Carballo Fidalgo.

Ana DÍAZ MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La transmisión de bienes a menores de edad en una sucesión "mortis causa" en ocasiones es origen de disposiciones testamentarias en las que se nombra a un tercero como administrador del patrimonio, excluyendo a los representantes legales, los progenitores, cuando el testador desea mantenerlos al margen. Este artículo estudia este peculiar régimen de gestión patrimonial y sus límites, desde la doble perspectiva de la interpretación de la voluntad del causante y la protección del interés del menor. Además, apunta algunos de los problemas que genera la imposición testamentaria de prohibiciones de disponer de los bienes, para cuando el menor deje de serlo.

PALABRAS CLAVE: Menores de edad; testamento; interpretación; administrador; prohibiciones de disponer.

ABSTRACT: *The transmission of assets to minors in a "mortis causa" succession is, sometimes, the origin of testamentary provisions in which a person is appointed as administrator of the estate, excluding the legal representatives, the parents, when the testator wishes to remove them. This paper studies this peculiar wealth management system and its limits, from the double perspective of the interpretation of the testator´s will and the protection of the best interest of the child. In addition, it points out some of the problems generated by the testamentary imposition of restraints on alienation, for when the minor ceases to be a minor.*

KEY WORDS: *Minors; will; interpretation; administrator; restraints on alienation.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO. LA DESIGNACIÓN DE MENORES DE EDAD COMO SUCESORES TESTAMENTARIOS.- II. RÉGIMEN ESPECIAL DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE MENORES.- 1. El encargo testamentario de la administración, necesario y suficiente.- 2. Duración del especial régimen de administración.- 3. Administración testamentaria de bienes de menores y legítima.- 4. Facultades que conservan los representantes legales de los menores.- A) Aceptación hereditaria.- B) Partición.- C) Administración de bienes que no integran la herencia.- D) Actuaciones procesales.- E) Uso de la vivienda familiar adquirida por el menor.- 5. Régimen jurídico de la administración.- A) Capacidad y consecuencias de la no aceptación del encargo.- B) Pluralidad de administradores.- C) Facultades.- D) Obligaciones.- E) Control judicial de actos dispositivos del administrador.- F) Extinción del cargo y responsabilidad.- III. LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE GESTIÓN PATRIMONIAL DEL SUCESOR ALCANZADA LA MAYORÍA DE EDAD.- 1. Gravamen de legítima y "cautela socini".- 2. Efectos del acto dispositivo realizado en contra de la prohibición.- 3. Partición hecha por todos los herederos y eficacia de la prohibición.- 4. La desaparición de la causa de la prohibición como presupuesto de la extinción.

I. PLANTEAMIENTO: LA DESIGNACIÓN DE MENORES DE EDAD COMO SUCESORES TESTAMENTARIOS.

De los arts. 162.3º y 164.1º CC deriva que la administración de los bienes de los menores no corresponde a los titulares de la patria potestad cuando aquellos los hubieran adquirido por título gratuito y la exclusión la hubiera ordenado el disponente. Este puede ser uno de los progenitores, que aparta de la gestión al otro, o un tercero, ajeno a la relación de filiación, generalmente familiar del menor beneficiario (muy frecuentemente, uno de los abuelos). Como prevé el art. 205, en su redacción procedente de la Ley 8/2021, puede hacerse lo propio con la persona que hubiera sido nombrada tutora del menor, cuando esta forma de representación legal proceda[1].

Los preceptos citados tienen como ámbito objetivo de aplicación, en principio, donaciones y atribuciones hechas en testamento, a título de herencia o legado, sin perjuicio de que pueda plantearse, como después haremos, si pudiera disponerse lo mismo en relación con las prestaciones percibidas por los menores, a raíz del fallecimiento de una persona, con base en contratos onerosos con estipulaciones en favor de terceros que impliquen, en relación con ellos, una liberalidad de quien

1 El viejo art. 227 se ha desdoblado en dos preceptos en la reforma del Código operada por Ley 8/2021: el art. 205, relativo a menores sujetos a tutela, y el art. 252, aplicable a las personas con discapacidad que necesiten apoyos. Este último precepto, por cierto, está siendo objeto de críticas doctrinales, bien fundadas a mi juicio, por tratar a la persona con discapacidad como a un menor. Realmente, como subraya Mayor del Hoyo, V.: "Comentario al art. 205 CC", en Guilarte Martín-Calero, C. (dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2021, p. 269, parece no acoger los principios esenciales de la reforma de 2021 al admitir que se nombre una persona que administre y disponga de sus bienes por ella (en vez de actuar ella misma, con sus apoyos si fuere preciso); no respeta, en suma, la autonomía de la persona con discapacidad.

• Ana Díaz Martínez
Catedrática de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: ana.diaz@usc.es

los suscribió (ahora, el causante de la herencia). En algunos de los Derechos civiles autonómicos que contemplan y regulan pactos sucesorios, también pueden incluirse cláusulas semejantes en ellos, con base en su propia regulación[2]. La práctica notarial pone de manifiesto que, lejos de desaparecer, cláusulas que contemplan tal excepción al régimen general de administración paterna y/o materna siguen siendo introducidas hoy en multitud de testamentos abiertos, a petición directa de los propios testadores, o por sugerencia del fedatario o del letrado a quien se haya pedido asesoramiento, ante situaciones familiares conflictivas.

En efecto, al amparo del principio de que la voluntad del causante es ley de la sucesión, encontramos una variada tipología de previsiones testamentarias que pretenden dar cauce a ese deseo del testador de ordenar, con mayor o menor detalle, quiénes y cómo habrán de tomar decisiones en el futuro sobre los bienes que les transmiten a los menores, generalmente descendientes suyos. Desde la más simple, de mera exclusión de la administración de los titulares de la patria potestad o los tutores, sin designación de quien deba gestionar los activos patrimoniales, que genera algunas dudas sobre sus efectos inmediatos, hasta la más habitual, que atribuye dichas facultades a una o varias personas, generalmente designadas "administradoras" de los bienes transmitidos por el causante[3], con o sin precisión de un régimen detallado de gestión[4]. Estas cláusulas constituyen contenido

2 No es nuestro propósito profundizar en este trabajo sobre el tema de si en los Derechos civiles autonómicos que admiten los pactos sucesorios, sean o no con transmisión actual de bienes, se puede excluir de la administración a los progenitores del menor. Apuntemos solo, en primer término, que, si lo planteamos en relación al propio otorgante del pacto, hemos de tener en consideración que en algunos de ellos no es posible formalizar contratos sucesorios con menores, ni legalmente representados (así, en el Derecho gallego la mejora y la apartación exigen mayoría de edad, según el art. 210 Ley 2/2006, de 14 de junio y lo mismo ocurre en el vasco, según dispone el art. 100.3° de la Ley 5/2015, de 25 de junio, y el aragonés, art. 378 Código del Derecho foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). En cambio, en la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears, se contempla que el donatario en la donación universal pueda ser menor, actuando a través de su representación legal (art. 7) y, en los pactos de institución a título universal o a título singular con transmisión actual de bienes, igualmente pueden ser instituidas personas menores de edad, que actuarán a través de sus representantes legales (arts. 60.1° y 61.3°). En la definición (art. 8) puede celebrar el pacto el menor emancipado e incluso el no emancipado mayor de dieciséis años, asistidos ambos por el otro progenitor o, si procede, por defensor judicial. En el finiquito (art. 75. 2°) el descendiente menor emancipado podrá otorgar el pacto con asistencia y el del no emancipado mayor de dieciséis años será otorgado por el otro progenitor o, si procede, por el defensor judicial, siempre que el menor preste su consentimiento, mientras que el descendiente menor de edad podrá actuar a través de representante legal que supla su capacidad, con las autorizaciones judiciales que se requieran.
Por otra parte, algunos Derechos admiten pactos con disposiciones a favor de terceros, que pudieran ser menores de edad. En el Derecho navarro, Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J. admite, al comentar la ley 65.5° a) FN, de aroma similar al art. 164.1° CC, aunque referida a bienes que "hayan sido objeto de liberalidad", que en contrato sucesorio se pueda excluir a los progenitores de la administración de los bienes transmitidos a los hijos ("Comentario a la Ley 65", en Rubio Torrano, E. y Arcos Vieira, Mª L. (dir.): *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2020, p. 261). En el Derecho catalán, del art. 236-25 apartado a) CCcat, que excluye de la administración de los progenitores "los adquiridos por el hijo por donación o título sucesorio cuando el donante o el causante lo haya ordenado así de forma expresa" (véase también el art. 94. 2° b CDFA), deriva que tal disposición puede constar en pacto sucesorio, como admite expresamente el art. 461-24 CCcat.

3 En Aragón, el menor mayor de 14 años administrará por sí solo, sin necesidad de asistencia, los bienes que haya adquirido a título gratuito, cuando el disponente así lo haya ordenado (art. 26.2.c) CDFA).

4 Curiosa es la previsión testamentaria de que conoce la SAP Sevilla 4 junio 2021 (JUR 2021, 350704), que contiene exclusión de la madre solo de la administración de los bienes heredados por el menor que fueran privativos del padre, nombrando administrador para ellos. Liquidada la sociedad de gananciales y hecha la

habitual del testamento de uno de los progenitores tras su ruptura matrimonial o de pareja (especialmente en las turbulentas), pero también aparecen en el de ascendientes de uno de ellos, que excluyen al otro (abuelos que transmiten bienes a los nietos y nombran administradores de su rama familiar, por ejemplo) o en el de ascendientes de cualquiera de los progenitores que carecen de relación familiar con ambos. La finalidad perseguida en los casos hasta ahora contemplados no suele ser sino la de apartar de las decisiones sobre el patrimonio transmitido al menor a determinadas personas que no tienen la confianza del testador, lo que, en ocasiones, en atención a la naturaleza de los bienes objeto de disposición, implica, además, lo que pudiera ser más importante todavía, evitar su entrada "de facto" en la empresa familiar, cuya continuidad se quiere facilitar (así, en relación con participaciones sociales o acciones).

En todo caso, no deja de plantear algunas dudas si ha de darse absoluta prevalencia a la voluntad del disponente, testador en el caso que nos ocupa, o si su libertad de ordenación de la administración, excluyente de la de los progenitores o, en su caso, tutores, debe tener como límite el interés del menor, cuya tutela se ha plasmado en nuestro Derecho en ciertas normas que de ordinario se tienen como imperativas. Ciertamente, los Derechos autonómicos que contienen normativa "ad hoc" (el navarro, el aragonés o el catalán), y también sus intérpretes y aplicadores, parecen alinearse cada vez más con mayor claridad en la primera de estas posiciones, ampliando la autonomía de la voluntad del disponente a título gratuito, por donación o título sucesorio, mientras que el estatal (que principalmente nos ocupará en este trabajo), más tibio, todavía es origen de interpretaciones profundamente discrepantes de la doctrina y los tribunales de justicia[5].

Centrando así nuestro análisis en el Derecho estatal, genera algunos problemas la escueta exclusión testamentaria de los progenitores (o solo de uno de ellos, si el disponente es el otro) de la administración de los bienes adquiridos por el menor, sin nombramiento de administrador, quizá poco frecuente en testamentos notariales. A mi parecer, coincidente con el de Díez García[6], debería promoverse el nombramiento judicial de administrador para esos bienes, para dar prevalencia a la voluntad clara del disponente, sin que en ningún caso deba tomarse por nula la exclusión ordenada por este, con mantenimiento de las facultades "ex lege" de los

partición de la herencia, sobre los bienes adjudicados al menor conservaría, pues, la madre las facultades de gestión propias de los titulares de la patria potestad.

5 En alguna ocasión se ha intuido una finalidad de otra índole en el testador que hace uso de cláusulas de este tenor, como dejar fuera del alcance de los acreedores de uno de sus descendientes (un hijo) bienes que transmite a otro descendiente menor de edad (el nieto), con nombramiento de administrador. Así lo apunta en su comentario a la citada Resolución de 12 julio 2013 Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 1", blog iurisprudente.com.

6 Díez García, H.: "Comentario al art. 164", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 1704.

progenitores[7]. Así lo entendió también la RDGRN 27 enero 2020[8], ante una cláusula que contenía para la madre de una menor "prohibición de acceder a la herencia y los bienes del testador", lo que interpreta como exclusión de la administración y disposición de los bienes que adquiriera, por vía hereditaria, aquella. No se había nombrado en el testamento administrador de tales bienes y no se admitió, con acierto, que, ante el silencio del causante, pudieran asumir directamente tales funciones las personas designadas albaceas contadores partidores. Era, por tanto, necesario, para el Centro Directivo, el nombramiento judicial de administrador. Sin embargo, la STS 6 octubre 2005 advierte, a mi juicio "obiter dictum", que para que tenga lugar la restricción en las facultades de los progenitores debe ser clara la intención del disponente de excluirlos de la administración "y ha de señalarse la persona que, en su lugar, debe realizar dicha actividad"[9].

Responde, asimismo, a la voluntad de algunos testadores la exclusión, o imposición de restricciones, en la gestión del patrimonio que correspondería al propio beneficiario que ya es mayor de edad (o para cuando lo sea), si se duda de su madurez y buen juicio y se le intenta proteger de decisiones erróneas que disminuyan sus bienes o incluso puedan provocar la pérdida de la propia empresa familiar, si esta, o partes alícuotas del capital social, son el objeto de la disposición. Por eso, en algunos casos el testador ordena un régimen especial de administración, con designación de un tercero, para los bienes transmitidos "mortis causa" a un menor, haciendo previsión de que dicha administración durará más allá de la mayoría de edad (hasta los 23 o los 25 años suele ser lo más frecuente, pero hasta los 30 llegaba en el caso de que conoce la SAP Islas Baleares 28 febrero 2023[10], o los 35 en el que dio origen a la RDGRN 12 julio 2013[11]). Del mismo modo, otras veces, siendo ya el heredero o legatario mayor de edad, pero todavía en etapa de juventud, se le imponen durante años limitaciones a sus facultades de gestión, algunas de las cuales implican verdaderas prohibiciones de disponer[12]. Más allá del juicio personal sobre este tipo de previsiones en que se plasma la

7 En el art. 94 CDFA se prevé que, en este caso, si la exclusión afecta a los dos progenitores, el juez debe nombrar un tutor real (de bienes).

8 RDGRN 27 enero 2020 (BOE 18 junio 2020).

9 STS 6 octubre 2005 (RAJ 2005, 8759). No se trata de afirmación que constituya "ratio decidendi", puesto que en el testamento la madre, separada del padre, instituía heredera a la hija, excluyendo de la administración a aquel y nombrando administrador a su propio hermano hasta que cumpliera los 23 años.

10 SAP Islas Baleares 28 febrero 2023 (JUR 2023, 60478). En esta ocasión el testador excluía a la madre de la administración de los bienes del hijo y le prohibía expresamente hacer uso de ellos.

11 RDGRN 12 julio 2013 RAJ 2013, 6676.

12 En una curiosa cláusula, de que conoce el AAP Barcelona 26 marzo 2019 (JUR 2019, 121405), el testamento disponía un sistema, temporalmente escalonado, en que "El hijo podrá disfrutar y administrar los bienes heredados, pero no podrá disponer de ellos, a título lucrativo, ni oneroso, inter vivos, más que de un 25% del total y sólo en caso de enfermedad grave, debidamente diagnosticada, hasta la edad de 50 años. 2) Cuando el hijo tenga 50 años podrá disponer hasta el 50% de los bienes 3) Cuando el hijo tenga 60 años podrá disponer de hasta el 75% de los bienes. 4) Cuando el hijo tenga 75 años podrá disponer de todos sus bienes". Indudablemente, no creemos que pueda sostenerse que la desconfianza del padre en la madurez plena del hijo se prolongara hasta tan avanzada edad y probablemente habría otras razones para la imposición de la prohibición de disponer.

desconfianza del testador hacia el beneficiario de una atribución patrimonial que no tiene ninguna dificultad para el ejercicio de su capacidad jurídica, al que se le cercenan sus facultades de disposición, es preciso apuntar los presupuestos de validez y algunas dificultades de interpretación y aplicación práctica que generan[13].

II. RÉGIMEN ESPECIAL DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE MENORES.

1. El encargo testamentario de la administración, necesario y suficiente.

Aunque, sin duda, una correcta técnica de redacción testamentaria aconseja clarificar en una cláusula específica la exclusión de la administración de los progenitores (o el supérstite, o del tutor) y el nombramiento de una o varias personas para que asuman las funciones del patrimonio transmitido "mortis causa" al menor, en ocasiones es precisa interpretación para concluir que esta, y no otra, fue la voluntad del testador.

Así puede ocurrir si son los albaceas, sean o no contadores partidores, los encargados de administrar, pues pudieran confundirse las facultades para hacerlo con los bienes del caudal hereditario (hasta la atribución en exclusiva a los herederos con la partición), con las de gestionar, más allá de esta, los bienes adjudicados a los menores de edad. También con la designación, para que sean nombradas tutoras, de ciertas personas a los que se encomiendan, además de las funciones tutelares, estas otras de administrar más allá de la mayoría de edad[14].

El nombramiento de administrador, con prohibición de que ninguna otra persona intervenga en la administración de los bienes transmitidos a un menor, debe interpretarse, a mi juicio, como exclusión de los progenitores, aunque como tal no figure de manera expresa y ello fuera deseable, para evitar controversias[15].

13 Algunas de estas disposiciones responden también a cautelas para evitar que las personas apartadas de la administración durante la minoría de edad hagan valer su influencia en decisiones patrimoniales que el sucesor adopte poco después de cumplir los dieciocho años, en una etapa en que todavía exista convivencia o dependencia económica.

14 Véase SAP Guipúzcoa 28 septiembre 2017 (JUR 2017, 306434). La cláusula de un testamento notarial en que se nombra tutores a los hijos del causante (tíos del menor) y "se ruega además que cuando lleguen a la mayoría de edad, mantengan a sus sobrinos carnales (…) en la administración, hasta que completen sus estudios o hasta que cumplan 25 años" se interpreta como nombramiento de los tíos como administradores.

15 Así lo consideró también la SAP Barcelona 7 febrero 2022 (JUR 2022,160607), en relación con una cláusula testamentaria del testamento de la madre, separada del padre, que decía literalmente "Para el caso de que fuera necesario, nombra administradoras solidarias de los bienes que correspondan a su hijo Apolonio, mientras que no haya cumplido los 25 años de edad a sus hermanas, DOÑA Asunción y Araceli... prohibiendo que nadie más que tales administradoras se inmiscuya en la expresada administración". Otra cláusula que comenzaba también con la referencia a "para el caso de que fuese necesario" nombraba tutora para el menor. El padre y el hijo sostuvieron en juicio que, al indicar en ambas cláusulas "para el caso que fuera necesario", la testadora estaba pensando en el caso de ausencia o incapacitación de ambos progenitores, por lo que no excluía de forma clara y expresamente al padre, mientras que las demandadas sostuvieron que la necesidad se corresponde con la existencia de bienes o dinero que administrar. Desde otra perspectiva, el tribunal indica que considera "lógico" prolongar la administración más allá de la

"A maiore, ad minus", si los progenitores pueden quedar excluidos totalmente de la administración por voluntad del testador, este podría ordenar un régimen de administración conjunta, en que aquellos debieran de tomar sus decisiones sobre el patrimonio del menor con intervención, con el alcance que se precise, de terceras personas, nombradas por dicho causante[16].

En mi opinión, la designación en testamento de una o varias personas como administradoras de los bienes que menores sujetos a patria potestad adquieran "mortis causa" no precisa de posterior nombramiento judicial. También lo entienden así autores como Vázquez-Pastor Jiménez[17] y la SAP Ciudad Real 29 junio 2001[18]. Sin embargo, parte de la doctrina resalta que el art. 205 CC, que prevé la misma posibilidad que el art. 162 para los menores sujetos a tutela, suscita más dudas al utilizar la palabra "designar" en lugar de "nombrar", a lo que se une la confusa referencia del art. 46.4º LJV, que, dentro de la sección de los expedientes sobre tutela y curatela, refiere el nombramiento judicial al cargo de "tutor o administrador de los bienes"[19]. Sin embargo, a mi juicio las palabras "designar" y "nombrar" no tienen en este ámbito un significado diferenciado como el que se observa en otros (designación por los padres, en testamento, de las personas que querrían fueran nombradas judicialmente tutoras de sus hijos, como prevén los arts. 201 y 213.1º CC)[20]. La referencia de la LJV bien podría aplicarse para los casos en que sea necesario un nombramiento judicial de administrador por renuncia, remoción o fallecimiento del designado por el testador o por excluir el testamento a los progenitores sin designar una persona que se ocupe de esas funciones[21].

Entendemos, desde otra perspectiva, que es posible la inscripción en el Registro Civil de la administración testamentaria especial, con referencia a la

mayoría de edad del hijo, "ya que con 18 años no se tiene la suficiente madurez para la administración de bienes de notorio valor y a esa edad se puede estar muy influenciado aún por el padre sobreviviente, del que posiblemente aún no se tenga independencia económica".

16 Así, en SAP Islas Baleares 8 marzo 2013 (JUR 2013, 136525) se interpretó que el testador había establecido un régimen de administración conjunta, del representante legal del menor (el padre) y el albacea-administrador, hasta que cumpliera dieciocho años y el albacea-administrador, con la conformidad del heredero, cuando ya fuera mayor de edad, hasta los veinticinco, en que finalizaba el régimen especial. En el caso de que conoce la SAP Navarra 28 julio 1999 (AC 1999, 6526), el padre fallece con testamento en el que nombra una Junta de administración, compuesta por su esposa y sus hermanos, para administrar los bienes transmitidos a la hija.

17 "La administración del patrimonio de los hijos y actos de disposición", *Estudios y Comentarios Legislativos. Derecho de familia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012 (BIB 2012,1004).

18 JUR 2001, 306695.

19 En este sentido, Mayor del Hoyo, V.: "Comentario al art. 205 CC" cit., p. 272. Esta autora defiende que las reformas operadas por Ley 8/2021 debían de haberse aprovechado para el establecimiento de un régimen unitario de las previsiones sobre administración de bienes transmitidos a título gratuito a un menor.

20 Para la autocuratela se emplea la expresión "proponer el nombramiento" (art. 271 CC).

21 El art. 87.1ºc) LJV se refiere al nombramiento de administrador en los casos en que el progenitor queda excluido de la administración de los bienes adquiridos por el menor en una sucesión en la que ha sido justamente desheredado o ser indigno, si no pudiera desempeñar esa función el otro progenitor.

persona o personas que la asuman, con amparo en los arts. 74.2º LRC[22] y 283 y 284 RRC, precepto el último citado que contiene, según resalta la RDGRN 30 enero 2014[23], una "clara referencia a los supuestos contemplados en los números 1 y 2 del artículo 164 CC".

2. Duración del especial régimen de administración.

Fuera de los casos en que se señale una edad específica de los sucesores para poner fin al sistema de administración especial establecido testamentariamente[24], por lo general este acaba con la mayoría de edad de aquellos (del último de ellos en relación con sus propios bienes, si son varios), tanto si el testamento lo dice expresamente (así suele ocurrir en los notariales) como si no lo hiciera. No debería servir la emancipación de los hijos por el progenitor excluido en el testamento de la administración de los bienes que ellos hereden, con nombramiento expreso de administrador, para poner fin al régimen especial de gestión, porque sería defraudar la voluntad del testador[25].

Por otra parte, es discutible si, dentro del plazo de duración previsto por el testador (ha de entenderse que es la minoría de edad, en caso de silencio al respecto), son causas de extinción del régimen especial de administración la estimación judicial de una demanda de remoción de la persona a quien encomendó la gestión, el fallecimiento o la renuncia al cargo de aquella, si no hubiera designaciones ulteriores que operaran sucesivamente (sustitutos)[26]. También podría entenderse que ello solo deberá ser origen del nombramiento judicial de otro administrador, sin que reviertan a los representantes legales las facultades de que fueron excluidos sobre el patrimonio de los menores. Problema similar plantea la no aceptación del cargo por la persona designada en testamento.

Es cierto que la confianza depositada por el disponente en la persona nombrada tiñe toda la institución y que pudiera pensarse que la imprevisión testamentaria

22 "Igualmente, podrá tener acceso al Registro Civil cualquier representación que se otorgue mediante nombramiento especial y comprenda la administración y guarda de un patrimonio". No consideramos que el "nombramiento especial" haya de ser, necesariamente, judicial (basta que tenga base legal, aquí el art. 164.2º aptdo. 1º CC), ni que debamos estar ante lo que técnicamente se conoce como "patrimonio separado", que aquí no existe. En contra, considera que los bienes se disgregan del resto y constituyen técnicamente un "patrimonio separado", Martín Azcano, E. Mª: "El patrimonio del menor de edad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 6, 2015, *LA LEY* 2740, 2015.

23 RDGRN 30 enero 2014 (JUR 2014, 218067).

24 De los casos en que el régimen de administración se prolonga más allá de la mayoría de edad del sucesor, con o sin modificaciones respecto al establecido para la etapa de minoría de edad, y los problemas específicos que plantea, nos ocuparemos más adelante.

25 SAP Santa Cruz de Tenerife 1 junio 2004 (JUR 2004, 198323).

26 Aunque puede ser habitual que las designaciones se hagan para el caso de fallecimiento, renuncia o incapacidad de los nombrados en primer lugar, como en la sustitución hereditaria vulgar señala la ley, es preferible, a mi juicio, redactar la cláusula de un modo más genérico, para que pueda incluirse, por ejemplo, la remoción. En otro caso habrá de ser el juez el que deba elegir a una persona que, aun siendo idónea para el cargo, quizá no habría sido la escogida por el testador.

de otra u otras para asumir la administración, en defecto o después de aquella, hace revivir las normas generales de representación legal del Código, salvo que expresamente se aludiera a un eventual nombramiento judicial de persona idónea para el cargo en caso de que quedara vacante. Sin embargo, la interpretación del testamento puede llevar a concluir que el deseo del testador de apartar a determinadas personas de la administración es lo prevalente y que querría que se procediera a esa designación en el ámbito judicial antes de que recobrara sus facultades de administración el progenitor excluido, lo que, con frecuencia puede deducirse de las circunstancias concurrentes al tiempo del otorgamiento, aun con el juego de prueba extrínseca, si no del conjunto de sus disposiciones[27]. Por ello, parece esencial que, si tal es la voluntad, sea expresada inequívocamente la intención de exclusión en el testamento, antes de designar a las personas a quienes se encomienda la gestión, sin mencionar únicamente a estas como encargadas de la administración. Incluso es de interés adicionar una cláusula de cierre, aunque se previeran sustitutos del nombrado en primer lugar, llamando a la designación judicial si no pudieran desempeñar las funciones, cualquiera que fuere la causa, ninguno de los previstos testamentariamente.

En definitiva, si estuviera clara esa aludida voluntad del otorgante del negocio "mortis causa", la no aceptación del cargo, renuncia o remoción del administrador justificará la intervención judicial[28] para nombrar a otra persona[29], si no hay sustituto en el testamento, a instancia de personas interesadas en ejecutar lo ordenado (albaceas, si los hubiera o herederos), o, quizá, de las que lo están en que se lleve a cabo la voluntad del testador (parientes del causante)[30]. Tal podría ser también la decisión judicial si su intervención, en este caso en vía contenciosa, la promoviera el progenitor excluido de las funciones de administración que quisiera recuperarlas, ante el vacío generado.

3. Administración testamentaria de bienes de menores y legítima.

Aunque el tema ha sido discutido en la doctrina civilista española y no es claro tampoco en la de la DGRN, en mi opinión no implica gravamen de la legítima del menor que tuviera esta condición la exclusión de su representante legal de la administración y la encomienda de esas funciones, en relación con los bienes

27 Entendemos aplicables los arts. 87 y ss. LJV, que regulan el expediente para el nombramiento de administrador de bienes de menores, con referencia expresa al art. 164 CC, aunque parece que el legislador pensaba principalmente en el caso del nº 2 del precepto sustantivo (así resulta del art. 87.1º c) LJV) .

28 En este sentido, también Mateo Sanz, J.: "El administrador nombrado por el que dispone de bienes a título gratuito a favor del menor sujeto a patria potestad", *Actualidad civil,* nº 11, 2014 (La Ley 7585, 2014).

29 Aunque Mariño Pardo, F. : El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Caracteres del cargo. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 2", blog iurisprudente.com, sugiere, para estos casos, el nombramiento de defensor judicial, a mi modo de ver esta es una función prevista legalmente para asuntos puntuales (art. 235 CC) y la administración requerirá una actuación continuada y estable.

30 RDGRN 4 diciembre 2017 (RAJ 2017, 5683).

transmitidos "mortis causa", a un tercero, de confianza del testador. La gestión de los bienes por una persona administradora no es en modo alguno más gravosa para el propio sucesor que si la llevara a cabo el progenitor al que la ley normalmente se la confiere, siempre que solo se extienda durante su minoría de edad. El menor, en todo caso, aun sometido su patrimonio al régimen general de administración paterna y/o materna, no tendría facultades de gestión del patrimonio adquirido hasta alcanzar la plenitud de ejercicio de su capacidad jurídica con la mayoría de edad. La simple alteración del régimen ordinario de administración de bienes de menores por sus representantes legales no constituye, en mi opinión, un gravamen de legítima. Argumento nada desdeñable[31] constituye también la tramitación parlamentaria de la norma del Código civil en la reforma de 1981, art. 164.1º, pues se presentó una enmienda para incluir en el precepto el inciso "excepto la legítima estricta", que fue rechazada.

La STS 6 octubre 2005[32] niega que estemos ante una vulneración del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima (art. 813.2º CC), pero no fue, en cambio, de tal opinión la DGRN en resolución 12 julio 2013[33].

Si el régimen diseñado por el testamento impusiera al sucesor la obligación de actuar con el consentimiento del administrador después de alcanzar la mayoría de edad, o, desde luego, si le privara de toda intervención en los actos de administración y disposición más allá de los dieciocho años, sí estaríamos ante un gravamen de legítima, que, para ser válido, como más adelante veremos, requeriría, a mi juicio, de una "cautela socini" expresa.

4. Facultades que conservan los representantes legales de los menores.

A) La aceptación hereditaria.

Como resalta la citada RDGRN 4 diciembre 2017, el establecimiento de un régimen de administración testamentaria de los bienes transmitidos no excluye el funcionamiento ordinario de la representación legal de los menores en la aceptación o repudiación de la herencia a que han sido llamados. Se trata de un acto previo a la adquisición de los bienes sobre los que recae el encargo de gestión

31 Llamas Pombo, E.: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993, p. 81.

32 STS 6 octubre 2005 (RAJ 2005, 8759).

33 La SAP Cantabria 11 mayo 2004 (JUR 2004, 193808), que se muestra dubitativa, soluciona el caso concreto al haber sido instituido el hijo heredero universal, afirmando "Si la cuestión versara sobre la legalidad de una cláusula que gravara con una administración ajena los dos tercios atribuidos por legítima, y el legitimario no recibiera más que esa porción de bienes, daríamos la razón en este punto al recurrente, porque, efectivamente, la cuestión planteada en esos términos sería sumamente dudosa. Sucede, sin embargo, que el caso de autos es especial, pues la queja del recurrente no tiene en cuenta la compensación operada por la atribución del tercio libre, que supera notablemente el desvalor que supondría el cambio de administrador, por lo que, desde este punto de vista, la resolución de la cuestión no plantea especiales dificultades".

y, por ello, la decisión corresponde a los progenitores o, en su caso, tutores, en su caso con previa autorización judicial (arts. 166.2º, para repudiar los padres y 287.5º, por remisión del art. 224, para repudiar o aceptar sin beneficio de inventario los tutores). El testador no puede decidir sobre el alcance de la representación legal de un menor, que es una materia de orden público no sujeta a la libre disposición de los particulares. Son los arts. 164.1º y 205 CC los que contemplan una excepción puntual en el régimen legal de administración de bienes, derivado de la representación legal de los progenitores o tutores. A mi modo de ver, no puede el testador atribuir, en exclusiva, a la persona que designe administradora la facultad de aceptación de la herencia, con exclusión de alguno de sus progenitores, o de ambos y, si no se manifestó sobre la cuestión, corresponde a estos. Sin embargo, si los padres o tutores no se pronunciaran sobre la aceptación o repudiación, el administrador nombrado por el causante podría promover, ante notario desde la reforma de 2015, la "interpellatio in iure" (art. 1005 CC).

Aunque no deje de ser dudoso, en el caso de que uno de los progenitores tenga atribuido, en exclusiva, el ejercicio de la patria potestad, compartiendo ambos la titularidad (es decir, sin privación respecto del otro), a mi juicio el primero podría aceptar o repudiar válidamente la herencia a que es llamado el hijo sin intervención del segundo, tenga o no, por voluntad del testador, la administración de los bienes transmitidos "mortis causa"[34].

Aunque se ha afirmado que, si se trata de un legado, el administrador entrará directamente en la administración, por la adquisición automática de los mismos (art. 885 CC), sin perjuicio de la posibilidad de renuncia por parte de los padres (en este caso, con autorización judicial)[35], no puede olvidarse que será necesario, salvo excepciones, que exija la entrega de la posesión del bien legado[36], sin la cual no habrá gestión efectiva del mismo. Para ello no consideramos legitimados a los progenitores excluidos de la administración.

B) Partición hereditaria.

En principio, en la legislación aplicable (arts. 1052 CC y 782.1º LEC) no se prevé que sea el designado administrador de los bienes que vaya a recibir el menor por vía hereditaria el que promueva el inicio de la partición. Con todo, creemos

34 Díaz Martínez, A.: *De la herencia yacente a la aceptación tácita. Reclamaciones patrimoniales de terceros*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 155. Si los dos progenitores conservan el ejercicio de la patria potestad y no llegan a un acuerdo sobre la aceptación o repudiación de la herencia a que está llamado el menor, deberá decidirse la controversia en procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 86 LJV).

35 Así lo recoge Álvarez Royo-Villanova, S.: "Normas del donante o testador sobre administración y disposición de bienes transmitidos", *El notario del siglo XXI*, nº 21, julio-agosto 2007.

36 Como es sabido, el legatario podría estar autorizado por el testador para tomar posesión si no hay legitimarios, ostentar ya la posesión por otro título distinto del de dueño o haberse distribuido toda la herencia en legados (art. 891 CC). Vid. art. 81 RH sobre la inscripción registral de inmuebles específicamente legados.

que el causante podría válidamente contemplarlo en su testamento, pues ello no contradice norma imperativa alguna, e incluso podría entenderse, de algún modo, pese a su diversa naturaleza, en línea con la de plantear la "interpellatio in iure", para hacer efectiva la adquisición de los bienes concretos que están llamados a gestionar, evitando el bloqueo de los representantes legales apartados de la administración del patrimonio del menor. Tanto la mayoría de la doctrina civilista española como la DGRN parecen favorables a admitir que se pueda conferir al administrador la facultad de instar la partición e incluso la de intervención en las operaciones particionales en nombre del menor, excluyendo totalmente al progenitor o los progenitores, lo que personalmente entiendo más discutible.

En efecto, autores como Díez Soto[37] o Carballo Fidalgo[38] defienden que el testador que excluye a los padres de la administración de los bienes transmitidos pueda también hacer lo propio con su participación en las operaciones particionales. De este modo, no habrán de ser citados para el inventario los progenitores, cuando vaya a partir el contador-partidor (art. 1057.3º CC), sino el designado administrador en el testamento, porque los arts. 162.3º y 164.1º excluyen el rol de los padres como representantes legales. El tema resulta, sin embargo, como ya anticipé, muy espinoso. Aunque es cierto que con la interpretación defendida por los autores citados se hace prevalecer la voluntad del testador que desconfía de los progenitores del menor, la intervención de estos, en principio, les correspondería en virtud de la representación legal que ostentan y la normativa sustantiva no prevé expresamente tal excepción, a diferencia de lo que hace respecto a la administración de los bienes ya adquiridos (art. 164.1º CC). Por ello, a mi juicio tanto si se realiza una partición convencional como si la lleva a cabo el contador partidor testamentario, excediéndose de lo particional y entrando en lo dispositivo, el menor habrá de estar representado por aquellos para la prestación de consentimiento y, en este último caso, al menos siendo aplicable Derecho civil estatal, deberán contar con el visto bueno de la autoridad judicial. Desde mi punto de vista, el argumento de que el testador siempre puede nombrar contador-partidor a un tercero (siempre que no sea heredero ni legatario de cuota) sólo fundamenta que el administrador pueda realizar también tales funciones si le fueron expresamente atribuidas, junto a las de gestión del patrimonio transmitido al menor, pero no que se pueda excluir a los progenitores en la partición, en la medida en que deban tomar parte en ella en virtud de la representación legal que ostentan[39]. La RDGRN 4 diciembre 2017, antes citada, contempla la partición,

37 "Comentario al art. 1052" en Cañizares Laso, A. y otros -dirs.-: *Código civil comentado*, vol. II, 1º, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2ª ed., 2016 (consultado en formato electrónico).

38 "Colación y partición hereditaria", en Lledó Yagüe, F. y otros -dirs.-: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 1074.

39 En este sentido también Arnau Moya, F. "El administrador testamentario. ¿Venganza póstuma?", *Rev. boliv. de Derecho*, enero 2019, nº 27, p. 149.

junto con la decisión sobre el "ius delationis", como actos previos a la adquisición de bienes por el menor, que constituye el presupuesto del inicio de la función encomendada al administrador por el testador y, por ello, la mantiene en la esfera jurídica de los representantes legales.

Desde otra perspectiva, aun admitiendo que el testamento pudiera prever la intervención del administrador en las operaciones particionales, en lugar de los progenitores, aplicando las mismas reglas que a estos (de los arts. 166 y 1060.2º deriva que, como regla general, la partición con menores debidamente representados por sus padres no necesita la intervención del Juez), si ha sido designado en testamento un tercero como administrador, con facultad de intervenir en la partición, no será necesario control judicial alguno si se mantiene en los límites de lo estrictamente particional. Si se sobrepasan tales límites, será necesaria autorización judicial (art. 166.1º) sin que, a mi juicio, el disponente pudiera excluir tal intervención judicial, por ser norma imperativa[40].

C) Administración de bienes que no integran la herencia.

En principio puede afirmarse que, establecido un régimen de administración especial en testamento y quedando excluidos los progenitores de la de los bienes transmitidos en esa sucesión a los menores, siguen ostentando las facultades propias de los representantes legales en relación a los que no integran la herencia (art. 164.1º CC). Ello no genera dudas respecto a aquellos activos patrimoniales de que ya fueran titulares los menores de edad antes de la apertura de la sucesión, que seguirán administrando, o incluso de los adquiridos por razón del fallecimiento del causante sin intervención alguna de la voluntad de este. Es el caso de la percepción por los herederos de una suma de dinero en concepto de resarcimiento de daños sufridos por el causante (sea por transmisión "mortis causa" del derecho al resarcimiento cuando el fallecimiento se produce antes que se haya ejercitado la acción de responsabilidad, sea por sucesión procesal de los herederos si ya estaba iniciado el proceso, ex art. 16 LEC), o incluso de la recibida en concepto de reparación de los daños propios de los herederos derivados de la muerte de aquel[41]. Así se ha resuelto, respecto de una indemnización, en un caso de contagio del VIH en transfusión sanguínea, en SAP Navarra 28 julio 1999, antes

40 Téngase presente, pues, la conocida distinción entre operaciones simplemente particionales y las que exceden de ellas y se aproximan a los actos de disposición, casos en que nos encontraremos ante una partición que evidencia una "esencia dispositiva" en terminología de la DGRN (no se respetan las disposiciones del causante, las cuotas o el principio de homogeneidad cualitativa de los lotes). Si el contador partidor se excede de lo meramente particional debe recabar consentimiento de todos los herederos y se muta la naturaleza de la propia partición, que pasa a ser convencional.

41 Según la STS 15 marzo 2021, del Pleno de la Sala 1ª (RAJ 2021, 1641), "el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por éstos como perjudicados por su fallecimiento, el derecho a ser resarcido por los daños personales se transmite por vía hereditaria".

citada, subrayando el tribunal que el bien no forma parte del caudal relicto, sino que corresponde a la hija por derecho propio.

Sin embargo, a mi juicio debe estudiarse con más detenimiento el ámbito de la autonomía de voluntad en el diseño del régimen de administración de cantidades de dinero percibidas por el menor designado como beneficiario en productos como seguros de vida o planes de pensiones suscritos en su día por el causante. Se trata de analizar la validez de una cláusula testamentaria que excluya de la gestión de tales sumas de dinero a uno o los dos progenitores (o, en su caso, tutores), encargando de ella a una tercera persona[42], que también administraría los bienes transmitidos al menor en la sucesión.

Los representantes legales del menor, aunque estén apartados de la administración de los bienes transmitidos por el causante, sí tienen legitimación activa, a mi juicio, para el ejercicio de acciones judiciales, si la compañía de seguros o el gestor del plan no procediera al pago voluntariamente tras el fallecimiento. Cuestión diferente es si, ingresadas esas sumas de dinero en el patrimonio del menor, deben ser ellos quienes las administren, si el testador los apartó expresamente de la gestión y nombró a tal fin a otras personas, sin que, a mi modo de ver, queden excluidos, simplemente, con base en una cláusula testamentaria genérica de administración por un tercero de "todos los bienes heredados" o de similar redacción, pues estos, ciertamente, no lo son.

Admitamos inicialmente que, indudablemente, no estamos ante actos de disposición a título gratuito, para los que literalmente se ha previsto el excepcional régimen de administración de bienes de menores que deriva de los arts. 162.3º y 164.1º CC, preceptos que se consideran aplicables, igual que el art. 205 CC, a donaciones, adquisiciones a título de herencia y de legado.

En efecto, en lo atinente a un seguro de vida para caso de muerte, en que el tomador y el asegurado sean la misma persona[43], la designación del beneficiario en la póliza o en testamento (art. 84 LCS) no significa que el tomador disponga de un derecho comprendido en su patrimonio, que conformará, a su muerte, su haber hereditario, sino el ejercicio de una facultad con origen en un contrato. La prestación va directamente al beneficiario (en nuestro caso, el menor), sin que proceda del patrimonio del tomador (adquiere "iure stipulationis", no "iure

42 El testador puede tener patrimonio que transmita "mortis causa" a menores, a título de herencia o legado, para el que haya establecido este especial régimen de administración, o carecer de él, o que sea de relevancia económica ínfima, en relación con estas sumas de dinero que serán percibidas por menores por razón de su fallecimiento, pero no por sucesión.

43 En casos en que tomador y asegurado no coincidan, la designación del beneficiario podría hacerla este último (por ejemplo, en seguros colectivos suscritos por empresas para sus empleados).

successionis")[44], posición asumida por la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo[45]. Se trata, indiscutiblemente, de un contrato oneroso con una estipulación en beneficio de un tercero, en la que, sin embargo, puede entenderse, a mi modo de ver, que subyace una "causa donandi"[46].

En efecto, convenimos con Pérez Conesa[47] en que es posible que, en un contrato a favor de tercero, la prestación que el tercero (el menor) recibe del promitente (la compañía aseguradora) tenga el valor de una liberalidad del estipulante (el tomador del seguro y asegurado, que lo designó como beneficiario, en la propia póliza o en testamento)[48]. El contrato a favor de tercero puede verse, en casos como el que nos ocupa, como negocio con ánimo de liberalidad, aunque, ciertamente no siempre que hay ánimo liberal o liberalidad en un acto o un contrato implica que pueda hablarse de donación, en sentido propio. Esta forma de ver el seguro de vida, con beneficiario designado por el tomador, destacando que este adquiere de forma gratuita (obviamente, no del causante de la herencia), sin realizar contraprestación alguna, y que hay en el fondo una verdadera liberalidad (ahora sí, del causante), no significa, en cambio, alinearse en la posición de quienes lo califican de donación "mortis causa" indirecta y defienden que se le debe dar en la herencia el tratamiento de los actos gratuitos (a efectos de computación, imputación y reducción de donaciones inoficiosas)[49].

Entendemos que en el espíritu del art. 164.1° CC encaja sin dificultad, en el marco de una interpretación de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma (art. 3 CC), que el testador que puede excluir a los progenitores de la administración de los bienes que a su fallecimiento transmite a ciertos menores de edad, nombrando a un tercero que los gestione, pueda también hacer lo propio con lo que aquellos adquieran "por razón de su muerte" o "por su fallecimiento", al menos si su voluntad intervino para generar la adquisición

44 El art. 84.3° LCS contempla un excepcional caso: "Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador". Por si no hubiera designación específica, las condiciones generales de los contratos de seguro establecen, de ordinario, los beneficiarios, generalmente con un orden de prelación.

45 STS 14 marzo 2003 (RAJ 2748).

46 Entiende Busto Lago, J.M.: "Designación de los beneficiarios en los contratos de seguro de cobertura de fallecimiento" *RXG* 2007, nº 57, p. 18, que el contrato de seguro de vida es apto para cumplir diversas funciones, de modo que su conclusión y la designación del beneficiario puede hacerse por mera liberalidad ("donandi causa"), como en el caso que nos ocupa, con el fin de satisfacer una deuda previa ("solvendi causa"), o para conceder al beneficiario un crédito ("credendi causa").

47 Pérez Conesa, C.: "Contrato a favor de tercero", en Egusquiza Balmaseda, Mª A. y Pérez de Ontiveros Baquero, C. (dir.): *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1248.

48 La ley 65.5 a) FN contempla, entre las excepciones a la administración y disposición por los progenitores de los bienes de los menores, "los que hayan sido objeto de liberalidad, cuando quien la otorgue excluya la administración de los padres, en cuyo caso se estará al régimen establecido por el otorgante".

49 Aunque ello no prejuzga en absoluto la naturaleza jurídico-civil de la adquisición, a efectos fiscales existe sujeción al impuesto de sucesiones y donaciones en relación al capital percibido por el beneficiario en un seguro de vida que contemple como riesgo objeto de cobertura el fallecimiento del asegurado (art. 3.1° c) Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del impuesto de sucesiones y donaciones).

(por designación directa o indirecta). De hecho, una cláusula testamentaria de este tenor fue interpretada en tal sentido por la SAP Madrid 15 abril 2010[50]. Se discutía si el padre podía válidamente, en testamento, excluir de la administración materna las sumas que le correspondía recibir a la hija, tras su fallecimiento, procedentes de la Mutualidad de la Abogacía, y que fueran gestionadas por sus hermanos. La cláusula del testamento se refería a "todos los bienes que la menor reciba por el fallecimiento del mismo", no a "los que le transmita por herencia", pero se remitía expresamente al art. 164 CC y a las facultades que tal precepto concede al testador. El tribunal hace prevalecer la voluntad de este y estima el recurso de los administradores y la Mutualidad, que les había hecho entrega a aquellos del dinero de la menor de edad.

A mi modo de ver, para sustentar esta interpretación es irrelevante que la designación del menor como beneficiario se hiciera al suscribir el contrato, en la póliza, en una modificación posterior o en el propio testamento. Lo determinante es que conste la voluntad del causante (y en este caso el lugar de expresión más propio sí es el testamento) de que la suma de dinero que se perciba, en virtud del contrato, no quede sujeta al régimen ordinario de administración por los representantes legales.

Desde mi perspectiva, el difícil equilibrio entre la voluntad del testador y el interés del menor, que el tema que nos ocupa exige, no se resiente en absoluto por la defensa de la posición que aquí se ha expuesto.

Considera Represa Polo[51] que, cuando el testador dispone que lega la indemnización del seguro de vida a determinada persona lo que está haciendo es integrar dicho importe en su herencia y repartir el mismo en la forma que disponga en su testamento, por lo que el beneficiario lo será a título de legatario, con las consecuencias que implica dicha condición. Sin embargo, personalmente dudamos de que, de este modo tan simple, cambie la naturaleza de la adquisición por parte del menor, que no se convierte, por ello, en "iure successionis" (lo que ya permitiría el encaje directo en el supuesto del art. 164.1º CC); continúa siendo "iure stipulationis".

La STS 28 junio 2013[52], en un caso en que se constituye administración testamentaria de los bienes dejados a los hijos menores, instituidos herederos, en favor de su abuela, considera que cesa al alcanzar aquellos la mayoría de edad y es exigible desde entonces la rendición de cuentas de la administradora y personas apoderadas por ella con amplias facultades para la gestión del patrimonio. A pesar

50 SAP Madrid 15 abril 2010 (JUR 2010, 242493).

51 Represa Polo, P.: "Los instrumentos de ahorro y previsión: su incidencia sobre la legítima", *Cuadernos de Derecho Privado* septiembre-diciembre 2022, nº 4, p. 104.

52 STS 28 junio 2013 (RAJ 2013, 8082).

de que la administración se refería en el testamento a los bienes heredados del padre, en la rendición de cuentas de que es objeto la demanda se incluye también una indemnización percibida por un seguro de vida suscrito por el causante, aspecto en el que el TS no entra[53].

Similares reparos a los que acabamos de exponer sobre la pertinencia de encuadrar en el art. 164.1º CC las sumas de dinero percibidas por menores en virtud de un seguro de vida en que el causante los designara beneficiarios, plantean los planes de pensiones, en los que, según STS 10 mayo 2021[54], el derecho a la prestación también está sometido a sus propias reglas, no a las de la sucesión. En cambio, en el caso de los seguros de ahorro-inversión de prima única, el Tribunal Supremo[55] ha entendido que nos encontramos ante un producto de inversión, por lo que la prima pagada forma parte de la herencia y no participa de la sustancia jurídica de un seguro de vida, en que el contrato sólo se puede impugnar en caso de fraude, en los términos previstos por el art. 88 LCS[56]. A los efectos que aquí analizamos, el testador podría excluir de la administración de los progenitores del menor la suma de dinero percibida por este.

D) Actuaciones procesales.

Durante la yacencia hereditaria, para contestar las demandas que terceras personas ejerciten contra la masa hereditaria transitoriamente sin titular deben ser emplazados los representantes legales del menor llamado a heredar, progenitores o tutores, sin que sea válido el emplazamiento dirigido contra el administrador testamentario de sus bienes nombrado por el causante, como estableció, a mi juicio acertadamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 febrero 2004[57].

Desde otra perspectiva, los progenitores conservan su legitimación activa para el ejercicio, en nombre de los hijos, de acciones judiciales de muy variada índole, incluyendo la de nulidad de la cláusula del testamento que establece la administración por pretendida vulneración de la legítima, cuestión esta, como ya apuntamos, discutida en la doctrina y los tribunales españoles[58], aunque personalmente no la contemplemos como gravamen de aquella.

53 Comenta esta sentencia De la Iglesia Monje, I.: "Finalización de la administración testamentaria de la herencia de menores de edad", *RCDI* julio 2014, nº 744, pp. 1899-1909.

54 STS 10 mayo 2021 (RAJ 2021, 2136).

55 STS 12 marzo 2015 (RAJ 2015, 1459).

56 Resalta la Sala que era una operación carente de base técnica actuarial, en la que no concurría el riesgo exigible para la consideración del mismo como un contrato de seguro sobre la vida; se trataba de un contrato financiero equiparable al depósito bancario, que privaba a los legitimarios de esa parte del haber hereditario.

57 STS 24 febrero 2004 (RAJ 2004, 1804).

58 STSJ Aragón 3 octubre 2014 (RAJ 2014, 6321), articulada formalmente como acción de defensa de la legítima, aunque realmente no era así (el tribunal no entra por ello en ese tema, dejando a salvo la cuestión si la acción se presentara correctamente). La cláusula establecía también un régimen especial desde los 18

En ocasiones, el progenitor excluido de la administración ejercita una acción judicial, no en nombre propio sino del menor, con el fin de que se establezca la obligación del administrador de abonar una asignación económica periódica para aquel, con cargo a los bienes transmitidos por el causante, bien por causa de necesidad (p.ej. por ser exigua la pensión de orfandad y carecer el progenitor de medios económicos propios suficientes), bien, incluso, para que le permita llevar un nivel de vida acomodado al patrimonio heredado[59]. Ello no presenta duda si el causante lo previó en el testamento, pero sí en caso de que no lo hiciera y se limitara a depositar su confianza en la persona designada como administradora, para que tomara con libertad todo tipo de decisiones patrimoniales, incluida esta, sin duda con la guía (implícita) de conservar y, de ser posible, obtener rendimientos de los bienes, para entregar el patrimonio incólume, o aumentado, al sucesor cuando alcanzara la mayoría de edad o llegara el término previsto para el fin de la administración[60].

A mi juicio, aunque existen algunas resoluciones judiciales que han adoptado otro criterio, fuera de los casos de necesidad sobrevenida, que no pudieron ser previstos por el testador, en que el interés del menor emerge con fuerza y aconseja la fijación de una pensión[61], ha de darse prevalencia a la voluntad de aquel, que pudo transmitir al menor un patrimonio de notable valor, pero dejó en manos de una persona distinta del representante legal las decisiones sobre la gestión del mismo durante años y, sobre todo, quiso mantener alejado de tales bienes al progenitor excluido[62].

hasta los 24 años y el tribunal entiende que está amparada por la libertad de testar consagrada en el CDFA, "que autoriza a que el disponente establezca las limitaciones que tenga por conveniente respecto de las posibilidades de administración y disposición de quienes sean sus causahabientes", sin prejuzgar la acción que en defensa de la legítima pudiera ejercitarse.

59 En SAP Madrid 24 febrero 2011 (JUR 2011, 243014) se admite la actuación en nombre propio del progenitor para pedir una asignación con cargo a los rendimientos de un negocio porque el testador así lo previó, haciendo referencia a las necesidades de la familia, no de la menor instituida heredera.

60 Aunque alguna sentencia (SAP Asturias 7 mayo 2013, JUR 2013, 202094) ha entendido que era necesario el nombramiento de defensor judicial para el ejercicio de la acción por conflicto de intereses entre la madre, excluida de la administración, que actuaba en calidad de representante legal de su hija, y esta, discrepamos de esa opinión.

61 En este caso, autores como Gómez-Sálvago Sánchez, C.: "El administrador nombrado en testamento para los bienes del menor. Notas de art. 164.2 CC", en Marín Velarde, A. (dir.): *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, Reus, 2021, p. 877, consideran que la acción del titular de la patria potestad encuentra fundamento en el art. 165.2° CC, que, a modo de excepción de la excepción, permite al progenitor excluido de la administración por quien ha dispuesto a título gratuito de bienes a favor del hijo menor, pedir una parte equitativa de los frutos de tales bienes para destinarlos a levantar las cargas familiares. Es requisito imprescindible para apoyar tal pretensión que los progenitores carezcan de medios.

62 La SAP Madrid 12 junio 2014 (AC 2014, 1541), sin concurrencia de necesidad, reconoció la pretensión de fijar una mención mensual de 3.000 euros, para que el menor tuviera un estatus económico y social correspondiente a su patrimonio. En cambio, con un criterio mucho más próximo a la postura que personalmente defendemos, la SAP Valencia 25 marzo 2014 (JUR 2014, 162870) entendió que "debe primar no obstante la voluntad del testador que otorga a la administradora universal designada el poder de tomar las correspondientes decisiones relativas al patrimonio y ni siquiera desde este órgano entendemos deba ser alterada tal voluntad".

En cambio, desde mi punto de vista, establecida una asignación periódica para el menor, la administración de este dinero dedicado a la adquisición de bienes de consumo sí debe quedar en manos del representante legal que convive con él. Como expresa el AAP Madrid 19 mayo 2011[63], "la administración de los bienes adquiridos por la menor por herencia termina cuando, de los rendimientos que producen esos bienes, es destinada determinada cantidad a las precisiones de alimentación, vestido, educación y desarrollo vital de la menor que, al convivir con su madre, deberá ser empleada por ésta en tales fines. No constituyen actos de administración de los bienes de la herencia los que la madre, día a día, realiza utilizando esa asignación en interés de la menor (empleo de frutos del patrimonio de la menor, admitido por el artículo 165, párrafos segundo y tercero, del Código Civil)"[64]. Resulta dudosamente viable un régimen, aun previsto por el testador, en que el administrador debiera decidir, o incluso supervisar, las cuestiones cotidianas sobre gastos ordinarios en beneficio del menor que viva con su representante legal.

Ya en relación con la propia administración, a mi juicio, los progenitores excluidos de la misma pueden pedir ante los tribunales en cualquier momento, aunque lo ideal sería que se hiciese voluntariamente al comienzo de su gestión, que los administradores realicen un inventario de los bienes heredados por el menor, si este no existiera[65] (podría valer perfectamente el efectuado a efectos particionales o incluso se ha admitido el presentado ante la Administración tributaria a los puramente fiscales).

Discrepamos de la SAP Asturias 7 mayo 2013, que considera que la madre excluida de la administración en el testamento del padre carece de legitimación para exigir a los administradores inventario de los bienes y asignación de una suma de dinero mensual para la hija. Entiende el tribunal que hay conflicto de intereses y debía ejercitar la acción un defensor judicial[66]. Si existiera causa para ello, los progenitores también podrían ejercitar acción judicial de remoción de las personas designadas administradoras por el testador, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

E) Uso de la vivienda familiar heredada por el menor.

Aunque es habitual que el testador prohíba al progenitor excluido de la administración de los bienes heredados por el menor el uso de estos[67], ello debe

63 AAP Madrid 19 mayo 2011 (JUR 2011, 293653).

64 Previsto por el testador que el administrador de los bienes debe ingresar una suma de dinero mensual para el menor, de ese dinero dispone el tutor, no el administrador, según la SAP Alicante 28 abril 2003 (JUR 2003, 222502).

65 SAP Pontevedra 24 febrero 2006 (JUR 2006, 104680).

66 SAP Asturias 7 mayo 2013 (JUR 2013, 202094).

67 En SAP Islas Baleares 28 febrero 2023 (JUR 2023, 160478) se conoce de un juicio de tutela sumaria de la posesión planteado por la madre, en representación del menor, heredero, en relación con un automóvil,

tener como excepción, a mi juicio, la vivienda familiar. En virtud del art. 154.1º CC, los progenitores deben tener a sus hijos en su compañía y, si el inmueble legado o heredado es el único de que se dispone, la prohibición de uso establecida por el causante no puede hacerse efectiva. De nuevo el interés del menor, tutelado por el legislador, emerge con fuerza sobre los posibles, pero aquí irrazonables, deseos del causante. Cuestión diferente es que el progenitor no administrador disponga de otra vivienda propia en la que desarrollar la vida familiar con el menor[68].

5. Régimen jurídico de la administración testamentaria de los bienes del menor.

De nuevo la tensión entre el principio de autonomía de la voluntad testamentaria y la protección del interés del menor aflora cuando se analiza el funcionamiento de la administración especial instituida por el causante de la herencia, las facultades de la persona que se ocupe de ella y las de terceros interesados para reclamar, en su caso, la intervención judicial. Ello no solo es de interés en defecto de previsiones testamentarias[69], para determinar cuál es el régimen supletorio, sino incluso para concluir la validez, o no, de cláusulas que pudieran estar incluidas en el testamento, si este ha tratado de detallar las reglas de actuación de los administradores, sobre la base de un principio general de libertad, con apoyo en la confianza, esencialmente tratando de suprimir controles externos.

Quienes defienden el ámbito más amplio para lo dispuesto por el testador proponen reconocer al administrador testamentario una posición jurídica lo más similar posible a la de los titulares de la patria potestad en el ámbito patrimonial (o incluso ir más allá de lo que la ley prevé para los representantes legales, lo que personalmente hemos rechazado[70]). Sin embargo, también se ha sugerido, más matizadamente, aplicar las normas del Código sobre el albaceazgo, la tutela o el mandato, sin que, a mi modo de ver, falten argumentos para descartar el trasvase

cuyas llaves tomó la administradora, tía de aquel, llevándoselo del garaje donde estaba aparcado. Se desestima la demanda por estar la administradora cumpliendo la voluntad explícita del testador de excluir del uso de todos sus bienes a su ex esposa, madre de su hijo.

68 Así lo entendió también la SAP Madrid 25 abril 2014 (JUR 2014, 159974).

69 En el caso de que conoce en apelación la SAP Málaga 21 mayo 2020 (JUR 2020, 272204), el testamento tenía una cláusula que preveía la aplicación de las normas de la patria potestad al régimen de administración especial que en él se pergeñaba: "Es deseo del testador que mientras sus citados hijos no cumplan la edad de veinticinco años, la administración de los bienes procedentes de esta herencia no corresponderá en ningún caso a Doña Valle, dadas las acciones judiciales ejercidas por la misma así como las difamaciones que ha realizado contra su persona, sino que esta será ejercida SOLIDARIAMENTE por los hermanos del testador Don Isaac (…) Don Jacinto (…), Don Hugo (…) y Doña Marí Luz (…), cuya administración se regirá por las normas aplicables a la Patria Potestad. En caso de fallecimiento, renuncia o incapacidad de alguno de los administradores designados la administración será ejercitada por el resto de los administradores nombrados de forma solidaria".

70 Véase, *infra*, lo que se expondrá sobre la validez, o no, de una previsión testamentaria en que se libere al administrador de contar con autorización judicial para los actos de disposición en que deberían solicitarla los progenitores, que parte de la doctrina defiende. Díez García, H.: "Comentario al art. 164" cit. p. 1704, en caso de lagunas de regulación del disponente, propone acudir a las normas de la patria potestad, no a las de un administrador de carácter voluntario. Rechaza el argumento de que a este administrador hay que tratarlo con más desconfianza que a los padres y resalta que debe primarse la voluntad del disponente sobre cualquier otro interés o voluntad, en especial, la de los progenitores.

del régimen jurídico íntegro de cada una de estas instituciones, de sustancia diferente de la que estudiamos.

No se trata en modo alguno de un representante legal con funciones generales, sino, en todo caso, limitadas a los bienes transmitidos por el causante[71], ampliables, en caso de que se admitiera así, a los bienes adquiridos por fallecimiento del causante como consecuencia de designaciones como beneficiario hechas por este en relaciones contractuales con terceros[72]. Existe, además, un representante legal, cuyas funciones de protección del menor subsisten en otros ámbitos y han de hacerse compatibles con las del administrador. Tampoco las normas previstas para albaceas testamentarios o mandatarios responden perfectamente a la naturaleza del encargo que les ha hecho el causante. Pese a la dificultad que ello genera, es preferible, a mi juicio, analizar cada cuestión separadamente y no aplicar el régimen jurídico integral de una u otra figura, salvo, claro está, que exista previsión testamentaria en ese sentido[73].

A) Capacidad y consecuencias de la no aceptación del encargo.

Respecto a la capacidad para ejercer el cargo, nada impide, a mi juicio, aunque resulte insólito en la práctica, nombrar como administradora de los bienes del menor a una persona jurídica (asociación o fundación). Más reservas suscita si podría tratarse de una con ánimo de lucro, lo que descarta el art. 212 CC para la tutela, y admite, en cambio, para esta función, Mariño Pardo[74], que resalta que podría ser perfectamente una sociedad a la que se hubiera fijado en el testamento una retribución[75].

Si el designado administrador no aceptara el encargo testamentario, sin perjuicio de los problemas analizados antes sobre el nombramiento, en su caso judicial, de otra persona, los efectos jurídicos en la sucesión no deberían ser, a mi modo de ver, la pérdida de todo lo que le hubiera dejado el testador, salvo la legítima, si fuera el caso, como está previsto para el albacea (art. 900 CC), sino solo lo que le dejara en consideración a la designación, como el curador (art. 280

71 Así lo definió la RDGRN 4 diciembre 2017, aunque no deja de ser controvertida su caracterización como representante legal.

72 Sí podría verse un cierto paralelismo, a mi juicio, con el tutor de bienes.

73 Así, en el testamento a que se refiere Martínez Sanchiz, J.A.: "Legitimación para disponer. Administrador testamentario de bienes de menores", *El notario del siglo XXI,* enero-febrero 2007, se contenía la cláusula "confiere las más amplias facultades para la administración y disposición de dichos bienes sin más limites que los requeridos para la tutela en la legislación aplicable a la misma".

74 "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. 2" cit., blog iurisprudente.com.

75 También a favor de nombrar administradora a una persona jurídica, Álvarez Royo-Villanova, S.: "Normas del donante o testador", cit., que destaca que habrá que extremar las precauciones, previendo algún tipo de control y, probablemente, concediendo a una persona o Consejo de Familia designado al efecto la posibilidad de revocar esa administración.

CC) y el tutor (art. 224 CC, que contempla la aplicación supletoria a la tutela de las normas sobre la curatela).

B) Pluralidad de administradores.

Si los nombrados son varios y el testador no ha dispuesto si su actuación ha de ser mancomunada o solidaria, ni ello puede deducirse por la vía de la interpretación testamentaria, nos inclinamos por la necesidad, como regla general, de una actuación conjunta (o de uno con el consentimiento, expreso o tácito, del otro, o de los otros). En caso de desacuerdos, podría darse validez a la decisión adoptada por mayoría, sin perjuicio de la de actuaciones urgentes de uno solo de los nombrados, para evitar perjuicios al menor[76].

C) Facultades.

Respecto a las facultades del administrador, además de las expresamente conferidas por el disponente, concretado el derecho de propiedad exclusiva del menor por la partición, está legitimado activamente, frente al progenitor excluido de la administración, para el ejercicio de las acciones correspondientes a fin de que se le entregue la posesión inmediata de los mismos[77], si aquel la tuviere, y para que, en su caso, se declaren extinguidos derechos reales limitados que pudieran haber recaído sobre ellos[78]. El ejercicio de acciones judiciales en defensa de los bienes del menor alcanza también las que se planteen frente a terceros que perturben o priven de la posesión (tutela sumaria para retener o recobrar) o, incluso, a mi juicio, las acciones reales de naturaleza restitutoria, como pudiera ser una reivindicatoria.

Entendemos que, aun en el caso de que no esté expresamente previsto, funciona el principio de subrogación real y los bienes que entren en el patrimonio del menor en lugar de otros heredados o legados, que pudieran haber sido enajenados, quedan sujetos al mismo régimen de administración establecido en el testamento, sin que corresponda esta, en ningún caso, al representante legal apartado por el causante.

Es complejo también decidir si el testador puede autorizar válidamente, al amparo de la autonomía de la voluntad, la autocontratación en relación con

76 No difieren mucho, en este ámbito, las normas del Código civil del albaceazgo (arts. 894-897 CC) y la tutela (art. 219 CC).

77 La SAP Ciudad Real 29 junio 2001 (JUR 2001, 306695) reconoce legitimación activa al administrador nombrado por la madre para plantear demanda contra el padre, en relación a cierta suma de dinero que debió haber entregado a aquel.

78 Para la STSJ Cataluña 4 febrero 1999 (RAJ 2000, 745), el administrador testamentario designado por la madre de la menor en su testamento (su hermano) puede instar la extinción del derecho de habitación del padre sobre el inmueble que constituía el único bien de la herencia y había sido arrendado por aquel, pese a su naturaleza personalísima.

los bienes de los que los progenitores han sido apartados, o el interés del menor, genéricamente considerado, aconseja que siempre quede excluida. En un sistema como el del Código civil estatal, no tan permisivo como algunos Derechos autonómicos, que ponen en primer plano la voluntad del causante[79], parece adecuado, a mi juicio, prohibir que el administrador reciba liberalidades del menor, sin que quepa previsión que lo autorice en el testamento[80]. Para los actos dispositivos previstos en el art. 166 CC, como veremos, consideramos indeclinable la autorización judicial, sin posibilidad de dispensa testamentaria. Sin embargo, Mariño Pardo[81] no ve problemas a la autorización de autocontratación del administrador, siempre que se respeten las legítimas materiales, aunque apunta algunas dudas ante el tenor del art. 226 CC y la aplicación, que defiende un sector de la doctrina, de las normas de la tutela a este tipo de administración[82].

Creemos que la persona designada administradora, salvo prohibición expresa del testamento, puede servirse de otras con conocimientos profesionales específicos, especialmente si el patrimonio que debe gestionar es complejo, por la naturaleza de los bienes que lo componen o su entidad. Podemos entender que en estos casos el testador pretendía la supervisión de la administración e intervención en la toma de decisiones importantes de la persona por él elegida[83]. Evidentemente, lo que no cabe es la sustitución plena en las funciones de gestión patrimonial.

Podría plantearse si se aplica al administrador el art. 753.1º CC, sobre la invalidez de las disposiciones testamentarias a favor del tutor, lo que impediría que el menor, alcanzada la edad para testar, le instituyera sucesor (o incluso, que lo hiciera siendo ya mayor de edad, si la administración la ordenara el testador más allá de los dieciocho años). Sin embargo, a mi juicio su naturaleza de norma prohibitiva e, incluso, la falta de "eadem ratio", lo desaconsejan, pues el precepto trata de prevenir la influencia indebida o abuso de influencia del tutor sobre un menor, riesgo que aquí parece desterrado por la coexistencia de un representante legal y, tras la mayoría de edad, por la inexistencia de situación de vulnerabilidad especial.

79 En el testamento de que conoce la RDGSJFP 26 septiembre 2022, sujeto al Derecho navarro, se mantenían las facultades dispositivas del administrador nombrado por la abuela (eso sí, padre de los menores) sin intervención judicial alguna, "aunque incida en la figura jurídica de Autocontratación, múltiple representación o exista contraposición de intereses", excluyendo totalmente de la gestión a la madre.

80 Ello, como es sabido, se prevé en el nº 1 del art. 226 CC, dentro del régimen de la tutela.

81 "La dispensa de la autorización judicial por el testador al administrador testamentario en los actos de disposición. Su posibilidad en el derecho común y en los derechos forales. La Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022", blog iurisprudente.com.

82 Para el administrador nombrado con exclusión del tutor así lo defiende Mayor de los Hoyos, V.: "Comentario al art. 205" cit., p. 272.

83 En tal caso, la rendición de cuentas por el administrador al finalizar su gestión implica la información detallada proporcionada por quienes, como profesionales, realizaron el trabajo más técnico, bajo su coordinación.

D) Obligaciones.

Serán aplicables a los nombrados testamentariamente las normas generales a que están sujetas todas las personas que, por cualquier título, administran bienes ajenos[84], como las que imponen la exigencia de actuación diligente durante el ejercicio de sus funciones. Además, habrán de rendir cuentas de su gestión patrimonial al finalizar estas. El testador podría haber fijado periodos de rendición de cuentas sin esperar al término del mandato del administrador, pero, si no lo previó, sin duda inspirado por la confianza en la persona nombrada, no puede, a mi juicio, el progenitor excluido pretender que lo haga anualmente, o cuando él lo crea pertinente[85]. En mi opinión, sin perjuicio del ejercicio de una acción de remoción del administrador por actuar poniendo en peligro el patrimonio del menor, la rendición de cuentas procede solo al final de la gestión, siendo antes toda pretensión extemporánea[86].

El Tribunal Supremo, en sentencia 28 junio 2013[87], en un caso en que se constituyó administración testamentaria de los bienes dejados a los hijos menores, instituidos herederos, con designación para el cargo de su abuela, considera que, en defecto de previsión expresa, cesa al alcanzar aquellos la mayoría de edad[88] y es exigible desde entonces la rendición de cuentas de la administradora. Obsérvese que, como ya apuntamos, a pesar de que la administración se refería en el testamento a los bienes heredados del padre, en la rendición de cuentas de que es objeto la demanda se incluye también una indemnización percibida por un seguro de vida suscrito por el causante, aspecto en el que el Alto tribunal no entra por no haber sido objeto de debate procesal en el planteamiento del recurso[89].

84 STS 16 abril 1998 (RAJ 1998, 2392), en un caso en que la administración estaba encargada a quienes fueron designados albaceas testamentarios y se prolongaba hasta que los entonces menores (los hijos instituidos herederos) cumplieran veintitrés años.

85 Así lo entendió la SAP Valencia 25 marzo 2014 (JUR 2014, 162870), que afirma "Y es la ausencia de instrucciones al respecto por el testador o mandante, sobre la necesidad de rendir periódicamente las cuentas, constituye también parte de su voluntad, que por ello, ha de ser estrictamente respetada y entendemos viene motivada, una vez más por la total confianza del causante en la probidad y buen hacer de la nombrada administradora de sus bienes en favor, en su día, de su hija, heredera universal de sus bienes. Por tanto, chocaría con la estimación de la pretensión de la actora de ordenar la rendición de cuentas anual a la demandada por falta de la debida confianza en su gestión". Tampoco estimó la pretensión de rendición de cuentas adicional a la final la SAP Pontevedra 24 febrero 2006 (JUR 2006, 104680). En cambio, sí lo hizo la SAP Salamanca 23 diciembre 2005 (JUR 2006, 79540), que obliga a los administradores nombrados por la madre a que rindan anualmente cuentas ante el juzgado, a petición del padre.

86 En contra, Badenas Boldó, J.: "Problemática existente entre el interés del menor y la voluntad del testador", en Martínez Calvo, J. -dir.-: *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 368, que propugna que se apliquen analógicamente las normas de la tutela, para que la rendición de cuentas de los administradores sea anual.

87 STS 28 junio 2013 (RAJ 2013, 8082).

88 No se admite, con buen criterio, que el término final de la administración viniese marcado, dada la aceptación a beneficio de inventario de la herencia, por el pago a acreedores y legatarios, con rendición de cuentas a los herederos.

89 La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda e incluye en la rendición de cuentas la atinente a las sumas de dinero percibidas en virtud del seguro por razón del fallecimiento del causante. La de segunda instancia desestima el recurso de apelación y confirma la del juzgado y el tema ya no es objeto del recurso de casación. La SAP Pontevedra 24 febrero 2006, antes citada, ante el ejercicio por la madre

Entendemos que, si la rendición de cuentas sólo es exigible al finalizar el cargo del administrador, y ello coincide, como de ordinario ocurre, con la mayoría de edad de aquel sucesor cuyo patrimonio se gestionó, carece en absoluto de facultades para exigirla judicialmente el progenitor excluido y será aquel el único legitimado. En mi opinión, el sucesor, ya mayor de edad, puede renunciar a ello, si no hubiera presentado las cuentas voluntariamente el administrador (art. 6.2º CC). Otra cosa sería que el cargo terminara antes de la mayoría de edad del sucesor (por imposibilidad, renuncia o remoción del administrador, por ejemplo) y hubiera que nombrar otro, en cuyo caso sí creemos legitimado al padre o madre excluido de la administración para ejercitar acciones de rendición de cuentas[90]. Si fueran varios los sucesores menores cuyos patrimonios se pusieran en régimen de administración especial, a mi juicio cada uno de los que fuera llegando a la mayoría de edad debería poder exigir la rendición de cuentas respecto a los bienes propios[91].

E) Control judicial de actos dispositivos del administrador.

Aunque se debatió inicialmente en la doctrina el alcance del término "administración" del art. 164.1º CC, y, en particular, si debe entenderse comprendida en él la disposición de los bienes, hoy se trata ya de una cuestión superada. Administración debe tomarse como sinónimo de gestión y, obviamente, se refiere tanto a actos de administración, ordinaria o extraordinaria, como de disposición. En todo caso, para evitar que pudieran plantearse de nuevo las viejas dudas, los arts. 205 (para el menor sujeto a tutela) y 252 (para persona con discapacidad necesitada de apoyos), ambos recientemente redactados por Ley 8/2021, de sustancia similar al 164.1º, ya contemplan expresamente "administración y disposición".

La cuestión que no ha dejado de ser espinosa en el Derecho estatal es la de si es posible que, por voluntad del causante, se exonere al administrador testamentario de la necesidad de recabar autorización judicial cuando quiere realizar actos de disposición sobre determinados bienes de los menores para los que los progenitores o tutores la necesitarían, según los arts. 166 y 287 CC[92]. Se ha

del menor de una acción de remoción y responsabilidad de los administradores nombrados por el padre, analiza, y califica de adecuada, la gestión de la suma de dinero percibida del seguro del causante, que fue depositada en una entidad bancaria por aquellos, atendiendo a criterios prioritarios de seguridad, dejando en segundo plano la rentabilidad.

90 La rendición de cuentas de tutores, curadores, defensores judiciales y albaceas se tramita, como es sabido, como expediente de jurisdicción voluntaria.

91 De otra opinión es Anguita Ríos, R. Mª: "La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad", *Actualidad civil,* nº 10, 2017, *LA LEY* 14127, 2017, para quien habrá que esperar a que el último alcance la mayoría de edad, para que finalice la administración y se pueda exigir la rendición de cuentas. En ese mismo sentido puede verse la STS 16 abril 1998 (RAJ 1998, 2392).

92 Sin expresa previsión del testador, no hay duda de que para los actos de disposición para los que los padres o tutores necesitan autorización judicial también la precisará el administrador designado por aquel (RDGRN 1 abril 1993, RAJ 1993, 3002).

argumentado, como es sabido, que el art. 164.1º CC remite de forma expresa a lo querido por el testador cuando ordena "Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos"[93]. También se utiliza, en apoyo de la prevalencia de la voluntad del causante, el tenor del art. 62. 2º párrafo 2º LJV (modificado por Ley 8/2021), que, al contemplar la legitimación para promover el expediente del administrador introduce el inciso "cuando sea precisa", en relación con la solicitud de autorización del juez[94].

Puede interpretarse que esta referencia toma como punto de partida la posibilidad (genérica, sea cual sea el Derecho aplicable al tema sustantivo y aunque lo fuera el Código civil estatal) de que la necesidad de autorización judicial para el acto dispositivo haya sido excluida por el disponente a título gratuito. Sin embargo, bien podría aludir, como personalmente pensamos, a los supuestos en que el Derecho sustantivo aplicable ya prevea la posibilidad de desjudicialización del asunto, por disposición expresa del testador o donante de los bienes (así, por ejemplo, el Derecho catalán[95]). Si no se contemplaran excepciones, se partiría de que es necesaria autorización judicial fuere cual fuere el Derecho sustantivo aplicable, lo que sería inexacto ("cuando sea precisa" equivale, según esta exégesis, a si fuere necesaria la autorización judicial previa según el Derecho aplicable al fondo del asunto[96], puesto que la norma que interpretamos es procesal y, por ello, de aplicación cualquiera que fuera aquel).

93 Así, por ejemplo, Díez García, H., "Comentario al art. 164" cit., p. 1703, entiende que el testador puede dispensar al administrador de las intervenciones judiciales que son exigidas a los progenitores en el art. 166 "en la medida en que el precepto no contiene excepción alguna al cumplimiento de la voluntad expresa del disponente".

94 "Cuando se trate de la administración de bienes o derechos determinados, con facultades concretas sobre los mismos, conferida por su transmitente a título gratuito a favor de quien no ostente la representación legal (…) deberá solicitar la autorización, si fuere precisa, el administrador designado por el transmitente o el tutor de los bienes".

95 El art. 236-27 apartado 2 CCcat dispone, con absoluta claridad, que "No es precisa la autorización judicial con relación a los bienes adquiridos por donación o a título sucesorio si el donante o el causante la han excluido expresamente".

96 En Aragón, el art. 9.1º "in fine" prevé, para la administración establecida por el disponente de los bienes por donación o sucesión, que "se estará a lo ordenado" por este y, en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor. Para la SAP Zaragoza 31 octubre 2017 (AC 2018, 28), prevalece la voluntad del disponente que dejó libertad al administrador para llevar a cabo actos de disposición sin autorización judicial: "En el régimen de administración de bienes de menores en Aragón es preferente la voluntad del disponente. En ese régimen jurídico quien ha tenido la voluntad de que le sucediera mortis causa un menor tiene la potestad de configurar el perfil jurídico del régimen de la administración de sus bienes, modificando la previsión ordinaria, que sería, en este caso, la administración por la madre del menor (art. 9 CDFA) (…) Y el causante lo que dispuso (f. 279) es que se administrara "libremente". Incluso con la facultad de disponer sin autorización judicial". La cuestión es discutida en el Derecho navarro, cuya ley 65 FN fue modificada en la reforma operada en 2019, y ahora se limita a decir "se estará al régimen establecido por el otorgante", suprimiendo la referencia a la posibilidad de "excluir la necesidad de autorización judicial y de intervención de defensor judicial" que se establecía en la redacción anterior. Para la RDGSJFP septiembre 2022, en virtud del principio "paramiento fuero vienze", ha de interpretarse que el legislador ha pretendido mantener, tras la reforma, el espacio de libertad absoluta e imperio de la voluntad del testador o del disponente. Si hubiera querido imponer la autorización judicial para la disposición del administrador de la herencia, lo hubiera determinado de forma expresa. En cambio, Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "Comentario a la ley 65", cit. p. 261, destaca que la Ley 21/2019 ha eliminado la posibilidad de que el otorgante establezca el régimen que crea conveniente para la disposición de los bienes transmitidos a título gratuito, incluso excluir la necesidad de autorización judicial, pese a reconocer que los

Sin embargo, a mi juicio, en el régimen del Código civil estatal, el disponente a título gratuito no puede excluir la intervención judicial cuando los representantes legales del menor tengan, por no haber sido apartados, la administración de su patrimonio y ello sea requerido por la ley, de naturaleza, a mi modo de ver, imperativa (en los casos de los arts. 166 y 287 CC). Y, desde mi punto de vista, no se puede hacer a un administrador testamentario de mejor condición que lo son el padre o la madre (o el tutor)[97].

La RDGRN 12 julio 2013[98], se mostró proclive, "en aras al respeto de la voluntad del difunto", a que un heredero voluntario menor de edad pudiera ser adjudicatario de bienes con sometimiento a un régimen de administración para el que previera la exclusión de autorización judicial, como permitían entonces expresamente la legislación navarra y catalana[99], pero no en el caso concreto al tratarse de un legitimario y contemplar el Centro directivo este tipo de previsiones como gravamen de legítima[100]. Mucho más confusa es la posición de la DGSJFP, en resolución 26 septiembre 2022, que considera, por lo que se refiere al Derecho estatal, que, antes de la reforma operada en el Código civil por Ley 8/2021, no cabía la dispensa de la autorización judicial "ni siquiera en el caso de administrador testamentario designado por el disponente de la liberalidad" (lo que no coincide con lo afirmado en 2013), calificando, por otra parte, como unánime la doctrina civilista, unidad de criterio que no ha existido en este tema. Se apunta, en cambio, que la cuestión es más dudosa tras la reforma de 2021, a causa del tenor del nuevo art. 205 CC, precepto que solo varía, respecto a su correlativo anterior (el viejo art. 227 CC), al hacer ahora referencia expresa a los actos de disposición, junto a los de administración. Finalmente se defiende, como hemos hecho en las líneas que anteceden, la naturaleza imperativa del art. 166 CC y, en suma, la imposibilidad de dispensar al administrador testamentario de autorización judicial.

principios que inspiran el FN suponen que la voluntad del disponente de los bienes sea determinante a la hora de configurar el régimen de gestión de los mismos.

97 En este sentido, Mayor de los Hoyos, V. opina, en relación con menores sujetos a tutela (art. 205 CC), que, si los progenitores no pueden evitar que el tutor tenga que pedir autorización judicial en los casos del art. 287 CC, respecto al administrador que designen tampoco. Sería incoherente y podría resultar contrario al interés del menor (p. 273). Utiliza incluso el término "picaresca" a que podría dar lugar una interpretación diferente del precepto que comenta. También niega que el disponente "mortis causa" pueda hacer prescindir de la autorización judicial Anguita Ríos, R.Mª: "La administración de los bienes", cit., pues tal control es preciso desde la perspectiva de los intereses del menor.

98 RDGRN 12 julio 2013 (RAJ 2013, 6676).

99 Resalta Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Contenido de las facultades. Posibilidad de dispensa de autorización judicial. El caso del legitimario. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 3", blog iurisprudente.com, que esta resolución admite la dispensa de intervención judicial, si el menor no es legitimario, siempre que la herencia a que fue llamado fuera aceptada a beneficio de inventario. Ello lo deduce de la afirmación de que el menor "no haya de responder de cargas o gravámenes que empeoren su situación patrimonial preexistente", lo que refiere a que las deudas hereditarias no puedan afectar a su patrimonio personal.

100 Según esta posición, solo respecto a ella, en virtud de la exigencia de intangibilidad cualitativa (art. 813.2° CC), las reglas de administración y disposición de los bienes del menor serían indisponibles.

En la actualidad subsiste entre la doctrina civilista la discrepancia sobre el particular. Numerosos autores consideran admisible que, por voluntad expresa del disponente a título gratuito, se exonere de toda intervención judicial en la gestión del patrimonio transmitido al menor, con algunas dudas sobre bienes que integren la legítima, si fuera el caso. En este sentido, a la ya citada antes Díez García se suman otros como Mateo Sanz[101] o García Garnica[102]. Sin embargo, a mi juicio, como ya hemos argumentado[103], la desconfianza (acaso fundamentada) hacia los progenitores del menor por parte del testador puede justificar el establecimiento de un régimen especial de administración de los bienes por el disponente, pero no puede justificar que se excluyan medidas garantistas del interés del menor (la intervención judicial en ciertos casos) que el legislador prevé no sólo para los tutores, sino incluso, sin posibilidad alguna de dispensa en un testamento, para los padres y madres, respecto de los que, en principio, hay que pensar que protegerán adecuadamente los intereses de los descendientes menores[104]. En el caso de que una persona haya otorgado un poder preventivo para el caso de que precise apoyos en el ejercicio de su capacidad que comprenda todos sus negocios, desaparecido, tras la reforma de 2021, el concepto de prevalencia de su interés, apreciado por terceros, y establecida la prioridad de su voluntad, deseos y preferencias, creemos que puede prever expresamente que el apoderado actúe siempre, en su ámbito patrimonial, sin necesidad de autorización judicial previa (art. 259 CC), pero ese tema ya no constituye el objeto de este trabajo.

F) Extinción del cargo y responsabilidad del administrador testamentario.

El interés del menor exige que los administradores nombrados por el disponente puedan ser removidos del cargo, a instancia del progenitor excluido de la administración (en nombre del hijo o hija menor, o en nombre propio) o de cualquier pariente que vele por sus intereses. Recordemos que la posibilidad de intervención judicial está prevista incluso para la administración de los bienes por los padres en el art. 167 CC[105]. También creemos legitimadas activamente a

101 "El administrador nombrado", cit.

102 García Garnica, Mª C.: "Comentario al art. 227", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, tomo II, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 2110.

103 Díaz Martínez, A.: "Disposición de bienes de menores, sin autorización judicial, por el administrador nombrado testamentariamente, con exclusión de los progenitores (A propósito de la RDGSJFP 26 septiembre 2022)". *Tribuna IDIBE* 10 marzo 2023.

104 La RDGRN 1 abril 1993, aun bajo este presupuesto de que la ley, en general, mira con más recelo a un administrador que a un progenitor, para sustentar la necesidad de intervención judicial en ciertos actos dispositivos de aquel, deja a salvo el supuesto de que existan "especiales determinaciones" del disponente para dispensar de la misma.

105 La actuación judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal es también posible, pero improbable en la práctica.

las demás personas nombradas para la administración por el testador, cuando designara a varias y en alguna de ellas concurriera causa para la remoción[106].

Ello procederá, sin duda, por actuar en interés propio (en lugar de defender el del menor), o por poner en peligro el patrimonio negligentemente, con una actuación descuidada o con abandono de sus funciones[107], pero también, a mi juicio, por "notoria ineptitud" en el ejercicio de sus funciones"[108]. No constituyen "anomalías" o "irregularidades" que fundamenten la remoción las simples diferencias de criterio sobre cuáles sean las mejores decisiones de gestión patrimonial, aunque sea en relación con bienes de especial relevancia en el patrimonio, como una empresa familiar[109]. La imposibilidad que perjudique gravemente al menor (por avanzada edad que no pueda solucionarse con apoyos adecuados o grave enfermedad duradera) podría fundamentar la remoción, en caso de que no promoviera el propio administrador su relevo y sustitución[110]. Algunas sentencias contemplan expresamente también las conductas especialmente graves que serían causas de indignidad para suceder (art. 756 CC). Muy frecuentemente se invoca ante nuestros tribunales también, como justa causa de remoción, el conflicto de intereses entre el menor y el administrador[111], que, a mi juicio sólo la fundamenta si es duradero, no esporádico, en cuyo caso el amparo del menor podría solucionarse con un nombramiento temporal o, incluso, un defensor judicial con funciones limitadas[112].

Creemos aplicable el expediente de remoción de tutores y curadores previsto en la LJV, que se convierte en contencioso en caso de oposición (art. 49 LJV). Por razones de economía procesal parece pertinente solicitar también

106 En el caso de que conoce la SAP Madrid 20 marzo 2012 (JUR 2012,167604) ejercitó la acción uno de los coadministradores frente a la otra. Sin embargo, el tribunal no estima la demanda precisando que las (buenas) relaciones de una de las administradoras con la madre de la menor, excluida por el padre, no son causa de remoción, si se limita a informarla, buscar acuerdos con ella y no implican cesión de la administración concedida testamentariamente.

107 Así, la SAP Castellón 24 diciembre 2002 (JUR 2003,107867) ordena el cese de la administración de la abuela paterna por actuar sin la diligencia que le era exigible, se le ordena rendir cuentas ante la madre y se deja la administración en manos de las tías paternas, tratando de respetar, en la medida de la posible la voluntad del disponente (apartar a la madre y nombrar administrador a un pariente de su propia familia).

108 Tomamos la referencia del art. 278 CC, sobre la curatela, aplicable al tutor de menores por remisión del art. 224 CC.

109 Según la SAP Alicante 28 abril 2003 (JUR 2003, 222502) "los administradores deben de actuar en el desempeño de su cometido con visión de futuro con perspectivas el medio o largo plazo (sic), como lo haría un buen comerciante", por lo que no puede combatirse como perjudicial para el patrimonio del menor la adopción societaria de acuerdos de no repartir beneficios, para destinarlos a enjugar pérdidas de ejercicios anteriores o a reservas, persiguiendo el saneamiento y fortalecimiento patrimonial de las empresas con vistas a ejercicios posteriores.

110 En nuestros tribunales algunas sentencias admiten la aplicabilidad de las normas sobre remoción de los albaceas (SAP Pontevedra 24 febrero 2006 -JUR 2006, 104680- y SAP Sevilla 4 junio 2021 -JUR 2021, 350704-). Otras hacen lo propio con las de la tutela, todo ello sin olvidar que algunas de las causas de remoción de tutores, como el conflicto de intereses, se aplican también a los albaceas.

111 El progenitor excluido de la administración puede ejercitar, en nombre del hijo menor, acción de remoción de los nombrados administradores por supuesto conflicto de intereses, solicitando del juez el nombramiento de otra persona para esas funciones (AAP Valencia 13 diciembre 2017, JUR 2021, 381526).

112 El art. 235.1° CC lo prevé para el conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales.

el nombramiento de un nuevo administrador, sin que proceda automáticamente, como ya resaltamos, la recuperación de sus funciones sobre los bienes del menor de sus representantes legales apartados por el testador.

Desde otra perspectiva, los administradores deben responder por los daños causados por su culpa o negligencia al patrimonio del menor. Si no se considerara pertinente la aplicación analógica del art. 234 (referente al tutor) o del art. 1726 (previsto para el mandatario), en un sistema de responsabilidad extracontractual en el que rige el principio de atipicidad, como el nuestro, sería base normativa suficiente el genérico art. 1902 CC[113].

III. LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE GESTIÓN PATRIMONIAL DEL SUCESOR ALCANZADA LA MAYORÍA DE EDAD.

Como hemos venido analizando, la práctica notarial pone de manifiesto que, cuando el testamento lo otorga una persona divorciada, la exclusión de la gestión patrimonial de los bienes transmitidos por vía hereditaria del otro progenitor, así como el nombramiento de un administrador, es cláusula habitual o casi "de estilo". Se ha dicho que este tipo de testamentos "proliferan por miles" y que, "en algunos casos", se combina tal disposición con sustituciones hereditarias, incluida la pupilar, para evitar que los bienes puedan llegar, por vía de sucesión intestada, al progenitor apartado. La misma fuente acredita que, en algunos casos, "en menor proporción", se impone al sucesor una prohibición de disponer de los bienes en favor de su padre o su madre, durante toda su vida, para tratar de dejar cerradas todas las posibilidades, sucesorias y negociales, que podrían frustrar la voluntad del causante[114]. Se trataría de ordenar el régimen especial de administración solo hasta la mayoría de edad del sucesor, con prohibición de disponer "inter vivos" de los bienes en favor de determinadas personas (a título oneroso o gratuito) más allá de ese término. El sucesor conserva, pues, intactas sus facultades de disposición sobre el patrimonio una vez que es mayor de edad, siempre que la transmisión no sea a favor del progenitor.

Además de estas últimas disposiciones testamentarias mencionadas, que restringen la libertad de disponer de los bienes cuyo dominio se ostenta, son bastante frecuentes las que prolongan el régimen de gestión especial del patrimonio transmitido al sucesor después de los dieciocho años. La simple

113 En un régimen de administración conjunta (representante legal de la menor y albacea-administrador) hasta que el heredero haya cumplido 18 años (y administrador, con la conformidad del heredero, cuando ya sea mayor de edad, hasta los 25), la negativa del padre a la venta de bienes para el pago de deuda tributaria y posterior responsabilidad en vía de apremio veda su posterior acción, reclamando resarcimiento por daños, contra el albacea-administrador, por aplicación de la doctrina de los actos propios. En este sentido puede verse la SAP Islas Baleares 8 marzo 2013 (JUR 2013, 136525).

114 Así lo expone, sobre la base de su experiencia, el notario Martínez Sanchiz, J.A.: "Legitimación para disponer", cit.

convicción personal del causante acerca de la inmadurez del adquirente "mortis causa" de los bienes, que acaso le podría llevar a tomar decisiones patrimoniales inadecuadas, o la combinación de aquella con sospechas del disponente sobre la probabilidad de intentos de captación de su voluntad por parte del progenitor que quiso excluir de la administración inicialmente, pueden ser razones suficientes para incluir este tipo de disposiciones testamentarias. De hecho, hemos mostrado ya en este estudio diversas cláusulas, que han originado conflictos judiciales o registrales, que prolongan el régimen especial de administración al menos cinco o diez años más allá de la mayoría de edad de los sucesores[115].

Asimismo, puede diseñarse un régimen "ad hoc" para que funcione durante algún tiempo tras alcanzar el sucesor los dieciocho años, prohibiéndole disponer de sus bienes sin contar con el consentimiento (acaso, más técnicamente, asentimiento) de una determinada persona (usualmente, la que fue designada administradora para la minoría de edad)[116].

Sería posible también que, teniendo ya la gestión de su patrimonio el sucesor mayor de edad, se le hubiera impuesto, en testamento que rigió una sucesión abierta cuando todavía era menor, una prohibición de disponer de ciertos bienes (o de todos los adquiridos "mortis causa") hasta alcanzada cierta edad por las mismas razones apuntadas de falta de confianza en su pericia a la hora de adoptar decisiones de cierta entidad sobre sus bienes[117], en particular, aunque no exclusivamente, cuando de una empresa familiar se trate.

115 El establecimiento testamentario de un régimen de administración durante la minoría de edad, con designación de una persona a la que se encomienda, puede combinarse, alcanzada la mayoría, con prohibición de disponer de los bienes hasta determinada edad y la imposición a los sucesores, cuando alcancen la mayoría de edad, de la obligación de otorgar poderes irrevocables de administración de los inmuebles, en favor de aquella, con caducidad al llegar los poderdantes a la edad prevista. En realidad, el sistema resultante no difiere mucho de la prolongación de la administración especial más allá de la mayoría de edad de los sucesores, aunque estos conservarían, de existir ese tipo de bienes, las facultades de administración sobre los muebles. En el testamento analizado por SAP Islas Baleares 27 noviembre 2003 (JUR 2004,77369), el testador instituyó herederos a sus dos hijos, nombró albacea y contador-partidor a su hermano, tío de aquellos, e impuso a los herederos, sobre los bienes o cuotas que recibieran, prohibición de disponer por cualquier título "inter vivos" hasta que alcanzaran los veinticinco años. Además, les privó de la administración de los bienes inmuebles de la herencia hasta aquella edad, imponiéndoles la obligación de otorgar poder irrevocable a favor del administrador, que caducaría (respecto de cada heredero) cuando alcanzara dicha edad.

116 La prohibición de disponer sin el consentimiento de determinadas personas puede imponerse también a mayores de edad respecto de bienes transmitidos en donación (véase RDGRN 16 junio 2015 -RAJ 2015, 4228-, aunque en este caso, de contexto muy diferente, se refería al de los dos progenitores).
La SAP Madrid 25 abril 2014 (JUR 2014, 159974) conoce de un testamento de un padre con tres hijos, que excluye de la gestión de los transmitidos por vía hereditaria a la madre y nombra administradora a una hermana del causante, disponiendo, además, que "hasta que el menor de sus hijos actuales no cumpla la edad de 25 años, no podrán realizar actos de disposición respecto de los bienes procedentes de la herencia del testador sin el consentimiento de la administradora antes nombrada...".

117 De hecho, en las Partidas, al explicar en qué podría consistir la "razón guisada" o justa causa en que toda prohibición de disponer debería estar fundada, se hace referencia a que el heredero alcance cierta edad, en los siguientes términos: "Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enajenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre más honrado e más tenido; e si dixesse, que la non enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar" (P. 5, 5, 44).

Como pone de manifiesto Marqueño de Llano, por lo general la doctrina engloba dentro de las prohibiciones de disponer tanto las limitaciones que afectan al "ius disponendi", permitiéndolo con restricciones, como de aquellas otras que lo excluyen en absoluto[118]. Se trataría, en el caso que estudiamos, de una prohibición de disponer que beneficia a la persona precisamente afectada por la prohibición, para tutelarla o protegerla[119], sin crear, para nadie, un derecho subjetivo[120].

Evidentemente, algunas conclusiones sobre los límites de este tipo de restricciones a las facultades dispositivas, previstas para cuando el sucesor sea mayor de edad, deben ser diferentes de las expuestas sobre el establecimiento de un régimen especial de administración de bienes de menores, en particular en lo relativo a la protección de su legítima. Cuestión todavía más peliaguda será, en este contexto, precisar el contenido de las facultades de los progenitores tras la apertura de la sucesión, en relación con la aceptación y partición hereditaria.

1. Gravamen de legítima y "cautela socini".

En mi opinión, no cabe someter a administración externa al adquirente legitimario, más allá de su mayoría de edad, por ser (ahora sí) un gravamen vedado por el art. 813.2º CC, salvo que se hiciera con bienes de los que se hubiera dispuesto en su favor estando cubierta ya la legítima (bien a través de atribuciones por actos "inter vivos", bien en contrato sucesorio, donde existan, o en el propio testamento). En otro caso, es decir, si no se hubiera dejado libre la legítima, sería necesaria la previsión de una "cautela socini"[121]. A diferencia del menor de edad, al que no se grava su legítima al mudar la administración paterna o materna por la de un tercero, pues sus facultades sobre los bienes son idénticas (sólo se altera parcialmente, con amparo en la ley, el régimen de representación legal de los progenitores), al mayor de edad al que no se permite tomar libremente decisiones de gestión de su patrimonio sí se le está imponiendo una restricción que implica gravamen, si los bienes conformaran su porción legitimaria[122].

118 *Prohibiciones testamentarias de disponer,* Barcelona, Bosch, 2003, p. 52.

119 Sería este el fin legítimo o justa causa que la mayoría de nuestra doctrina, el Tribunal Supremo y la DGRN (ahora DGSJFP) consideran de necesaria concurrencia en toda prohibición de disponer.

120 En opinión de la autora que acabamos de citar (*Prohibiciones testamentarias*, p. 64), se trata de retener una facultad de un derecho para cumplir una función protegida.

121 Siendo cierto que el Tribunal Supremo (STS 6 octubre 2005, antes citada) ha admitido cláusulas de administración de bienes por terceros hasta los veinticinco años, sin advertir de la posible existencia de un gravamen de legítima una vez cumplidos por el sucesor los dieciocho, no podemos descartar que ello se deba al planteamiento procesal del recurso. En todo caso, verdaderamente la relevancia del tema podría justificar perfectamente un "excursus" en un "obiter dictum". En STS 16 abril 1998 (RAJ 1998, 2392), analizando una cláusula en que la administración se prolongaba hasta los veintitrés años, el Alto Tribunal, ejercitada acción de rendición de cuentas por parte de los hijos que ya eran mayores de edad, resuelve que no cabe exigirla hasta el fin del especial régimen de gestión, admitiendo implícitamente la validez de la cláusula, como pone de manifiesto Mariño Pardo, F.: ."El administrador de bienes de un menor" 1 cit.).

122 Como ejemplo de "gravamen" de legítima consistente en consentir algo se refiere Ragel Sánchez, L. F. a "acatar el nombramiento de un administrador de los bienes relictos" ("Comentario al art. 813", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. -dir.-: *Comentarios al Código civil,* tomo IV, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.

Planteado así el tema (ya de por sí complejo, en particular en lo relativo a la cautela de opción compensatoria de legítima), genera algunos interrogantes la peculiar situación del sucesor menor de edad sobre cuyo patrimonio se establece un régimen especial de administración, si se prevé que tal sistema de gestión, encomendado a un tercero, dure más allá de la mayoría de edad.

En efecto, al estar sometido, en la fecha de apertura de la sucesión, a la representación legal de sus progenitores (si el disponente es un tercero) o, al menos, de uno de ellos (si el causante de la herencia es el otro), podemos preguntarnos si tiene legitimación el excluido de la administración por el testador, para invocar ante los tribunales que hay gravamen de legítima por la extensión del régimen especial de administración más allá de los dieciocho años. Asimismo, no es fácil resolver si la partición de la herencia podría llevarse a cabo convencionalmente sin intervención judicial existiendo "cautela socini" cuando se impone un régimen de administración especial incluso después de la mayoría de edad, pues, en definitiva, los progenitores estarían "renunciando" a una legítima libre de gravámenes (*quale*), que es lo que la ley prevé (art. 813.2º CC), a cambio de recibir más bienes o derechos de los que le corresponden (*quantum*)[123].

Respecto a la primera cuestión, entendemos que la respuesta ha de ser negativa. La representación legal de los progenitores se extiende solo hasta los dieciocho años y no se pueden sustentar pretensiones relativas a la situación de los que actualmente son menores para cuando dejen de serlo y tengan plena capacidad. Así lo entendió la SAP Zaragoza 14 marzo 2014[124], en relación con el régimen de administración especial establecido más allá de los catorce años, en lo atinente a ese periodo posterior, porque en el Derecho aragonés a partir de esa edad el menor ya tiene capacidad para actuar por sí mismo[125]. Serán los propios sucesores los que, en su caso, puedan impugnar el gravamen de su legítima al alcanzar la mayoría de edad (salvo, a mi juicio, si hubieran recibido más bienes o derechos en compensación, prevista "cautela socini" o gualdense).

Ello nos conduce a la siguiente cuestión planteada. ¿Excede de lo meramente particional, para adentrarse en lo dispositivo, una partición en que se adjudica a

5920). Sin embargo, este autor (*loc. cit.*, p. 5926, nota 32) niega que constituya un gravamen de legítima el supuesto del art. 164.2º CC.

123 En STS 27 mayo 2010 (RAJ 2010, 5158) se conoce de un conflicto con base en un testamento que establecía un régimen de explotación de los bienes hereditarios, al menos por el plazo de diez años después del fallecimiento del causante, con nombramiento de administrador y "cautela socini", en virtud de la cual se preveía que, si alguien se oponía a tal administración, heredero o legatario, quedaría solo con su legítima estricta. El Supremo refrenda la validez de la cláusula, recogiendo la "doctrina predominante", que resalta que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta.

124 SAP Zaragoza 14 marzo 2014 (JUR 2014, 97668).

125 Respecto a la administración siendo menor de 14 años, entendió el tribunal que no había gravamen de legítima porque la propia ley aragonesa (entonces Ley de la persona) permitía ese tipo de administración excluyendo a los progenitores, como el Código civil estatal lo hace en el art. 164.1º.

un menor más de lo que por legítima le corresponde, pero gravados sus bienes por el establecimiento de un régimen especial de administración más allá de la mayoría de edad, por disposición del testador, existiendo "cautela socini"? Aun concluyendo que no se va más allá de lo particional, al existir previsión del testador y no violentar su voluntad, al permitir al sucesor elegir, ¿pueden hacerlo los progenitores excluidos de la administración, sin autorización del juez, desde la perspectiva de la protección del interés del menor y tomando en consideración el ámbito de la representación legal, limitada por el art. 166 CC?[126]

Desde mi perspectiva, los herederos no exceden el ámbito meramente particional si el testador expresamente previó la cautela de opción compensatoria de la legítima. No se trata de partir de manera diferente de la que ordenó el causante. Con todo, pudiera pensarse en la necesidad de intervención del juez, aunque la aceptación del gravamen se compense con más bienes o derechos, pues también es preceptiva, como deriva del art. 1810 CC, en transacciones, si recaen sobre los bienes en que así lo exige para enajenaciones el art. 166, o si implican renuncia de derechos. De todos modos, parece excesivo defender que no pueda hacerse sin autorización judicial, pues, en primer término, es discutible que estemos ante una verdadera renuncia (en el sentido de aquel precepto legal) cuando se soporta el gravamen de la legítima a cambio de más bienes y derechos[127], y, además, en segundo lugar, tal gravamen solo puede considerarse existente después de la mayoría de edad del sucesor.

En este sentido puede verse la RDGRN 27 enero 2020[128], en relación con un testamento en que se excluía a la madre de los herederos menores de todo acceso a los bienes de la herencia, con prohibición para aquellos "de realizar actos de disposición, transmisión, enajenación o gravamen sobre los bienes que integrasen la herencia, hasta tanto en cuanto no alcanzasen la edad de veinticinco años", disponiendo además, que para el supuesto de infringirse la anterior prohibición, un legado ordenado en favor de la viuda de un segundo matrimonio se transformaría automáticamente en el pleno dominio del tercio de libre disposición. Argumenta el Centro directivo que no se conculca la intangibilidad cualitativa de la legítima, pues no es una prohibición absoluta de disponer, sino que se establece una "cautela socini". La madre de la menor interviene en la partición y da su consentimiento al gravamen de la legítima, por lo que la objeción opuesta por el registrador a la prohibición de disponer no es estimada[129].

126 La pregunta sería similar si sostuviéramos, como otros autores, opinión que ya hemos explicitado no compartimos, que la intervención en las operaciones particionales corresponde en estos casos a las personas designadas administradoras por el testador y no a los progenitores apartados de la gestión patrimonial: ¿pueden hacerlo los administradores sin autorización judicial?

127 Como es sabido, la doctrina actualmente rechaza el alcance absoluto del aforismo "transigere est alienare".

128 RDGRN 27 enero 2020 (RAJ 2020, 1905).

129 Por otra parte, la hija ya era mayor de veinticinco años cuando se presenta la escritura de protocolización de la partición en el Registro, para su inscripción.

Al margen de los casos en que se haya previsto cautela de opción compensatoria, no puede imponerse, por tanto, a mi juicio, prohibición de disponer (que tenga efecto más allá de la mayoría de edad) sobre bienes con los que se paga la legítima. En cambio, se trate del establecimiento de un régimen especial de gestión, se imponga prohibición de disponer a favor de determinada persona o de disponer antes de cumplir cierta edad, sea cual sea el destinatario de los bienes, si el sucesor no es legitimario, la disposición testamentaria no plantea específicos problemas de validez. Tratándose de verdaderas prohibiciones de disponer, habrán de cumplirse los requisitos, de general conocimiento, de concurrencia de un fin serio y legítimo que justifique la cercenación o restricción de la facultad de disponer y su limitación temporal, sin que valgan las perpetuas ni las que excedan del tiempo máximo que marca la ley (arts. 785.2º y 781 CC).

2. Efectos del acto dispositivo realizado en contra de la prohibición.

Siendo al tiempo beneficiario y gravado por la prohibición, es de interés, a mi modo de ver, el análisis de los efectos de un eventual acto dispositivo oneroso del sucesor que infrinja la voluntad del testador manifestada en tal prohibición de disponer, que, a mi juicio, tendrá acceso al Registro en el marco del art. 26.3º LH. Como hemos apuntado antes, utilizamos en estas líneas la expresión "prohibición de disponer" en un sentido muy amplio, comprensivo de toda restricción al "ius disponendi" del sucesor mayor de edad, sea en los términos más rigurosos (no puede disponer de los bienes adquiridos "mortis causa" durante toda su vida), sea de forma más matizada (no puede disponer de aquellos hasta alcanzada determinada edad o transcurrido cierto tiempo, o sin consentimiento de una tercera persona, generalmente quien fue administrador en su minoría de edad, o no puede disponer en favor de ciertas personas)[130].

Siguiendo lo establecido por la RDGRN 16 junio 2015[131], respecto de la cláusula de una escritura de donación en que se impedía que la donataria dispusiera de los bienes donados sin consentimiento de los donantes (o, en su caso, del último que sobreviviera)[132], el disponente a título gratuito (en nuestro caso testador) puede modular la prohibición que tenga a bien establecer, ordenando la forma de ejercicio o el efecto de la contravención. Así, podría prever que, si el sucesor dispusiera del bien sin intervención de la persona designada para ello, o antes de cumplir la edad señalada, el destinatario de tal bien pasaría a ser otro[133] (obviamente, satisfecha la

130 Ciertamente, de las prohibiciones de disponer, que habrán de imponerse de modo claro e indubitado en el testamento, debemos distinguir las simples recomendaciones o ruegos de no enajenar ciertos bienes, como reconoce la STS 26 julio 1994 (RAJ 1994, 6783).

131 RDGRN 16 junio 2015 (RAJ 2015, 4228).

132 Ello, según la DGRN, atribuye "una facultad de respeto", que puede exigir aquel cuyo consentimiento se hubiera previsto como imprescindible para realizar el acto de disposición.

133 En cierto modo, el testador habría realizado una atribución patrimonial que se resolvería, en favor de otro, si el beneficiario no respetara las limitaciones de sus facultades de disposición impuestas.

legítima, si el sucesor tuviera condición de legitimario). Con todo, no es habitual configurar en el propio testamento de este modo las consecuencias jurídicas de la contravención de la prohibición impuesta (o, si se prefiere, de la limitación del poder de disposición de los sucesores afectados), que, por otra parte, siempre serían atinentes al destino de los bienes en la propia sucesión[134], no en relación con terceros.

Desde otra perspectiva, al margen de los efectos en la sucesión, convenimos con quienes rechazan la tesis de la nulidad de la compraventa celebrada contraviniendo una prohibición de disponer en sentido estricto o propio, pues, si no lo es la venta de cosa ajena, mucho menos ha de serlo la de bien propio, aunque se carezca de pleno poder de disposición sobre él[135]. Sin embargo, ciertamente, no se puede transmitir el dominio al comprador, porque para ello es preciso el poder de disposición del *tradens* al tiempo de la *traditio*, por lo que sí es ineficaz el acto dispositivo.

Si la prohibición hubiera accedido al Registro de la Propiedad, tendría plena eficacia real y "erga omnes" por efecto de la inscripción. El comprador no podría inscribir nunca su derecho y tampoco debería permitirse la inscripción al que hubiera adquirido de tal comprador y pretendiera la reanudación del tracto sucesivo, intentando burlar así la prohibición[136].

Respecto a prohibiciones no inscritas, si se parte de la tesis, que sustenta parte de la doctrina española, de que la inscripción es constitutiva, las no inscritas no son sino obligaciones de no disponer, sin eficacia real alguna (algo similar a las impuestas en actos a título oneroso). En cambio, si se sostiene, opinión que suscribimos, que la inscripción es declarativa, sistema que funciona en nuestro ordenamiento jurídico para la generalidad de los derechos reales y que no aparece excepcionado expresamente en este caso[137], la prohibición no inscrita produce efectos frente a terceros (obviamente, no afecta a terceros protegidos por la fe pública registral)[138]. Para Gómez Gálligo[139] aunque lo deseable sería la inscripción constitutiva, por razones de seguridad jurídica, no es tal el sistema vigente en el Derecho español, de modo que las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito y no inscritas tienen efectos frente a terceros, salvo el tercero

134 El notario Álvarez Royo-Villanova, S.: "Normas del donante o testador", cit., propone el establecimiento de sustituciones fideicomisarias condicionales, de manera que los bienes pasen a otro de los hijos que aceptara la administración, o a otra persona.

135 En este sentido, Cañizares Laso, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *ADC* vol. 44, nº 4, 1991, p. 1486.

136 RDGRN 15 enero 1952.

137 En mi opinión, en el caso de las prohibiciones de disponer no estamos en presencia de un derecho real, sino de una limitación de las facultades dispositivas del titular dominical de un bien.

138 Véase SAP Barcelona 24 abril 2017 (JUR 2017, 225879).

139 *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1992, pp. 71 y ss.

hipotecario. Así, podría consolidarse la adquisición de un subadquirente del titular registral, a título oneroso, que fuera de buena fe e inscribiera su derecho en el Registro, si se tratara de prohibición que no accedió a los libros registrales.

3. Partición hecha por todos los herederos y eficacia de la prohibición.

A mi juicio, es muy discutible que, al amparo del art. 1058 CC, los herederos (y, en su caso, legatarios de cuota) puedan prestar consentimiento unánime, al tiempo de hacer la partición, para dejar sin efecto la prohibición de disponer que, con cualquier alcance, hubiera impuesto el causante a un sucesor mayor de edad, en su testamento. En efecto, no está claro que la facultad que el precepto citado les confiere para apartarse, por convenio, de lo previsto por el testador, alcance no sólo lo relativo a la distribución del caudal hereditario (cuotas, valoraciones de bienes, formación de los lotes, etc.) sino también a la supresión de este tipo de restricciones o cercenación de las facultades de disposición de alguno de los herederos, fundamentadas en una finalidad legítima. Con todo, son muchos los autores que sostienen que la facultad de los herederos es tan amplia que pueden realizar actos particionales más allá de los propios divisorios, sin limitaciones ni condicionamientos (salvo, evidentemente, el fraude de ley); se trataría, entonces, de actos de disposición, más que de partición. Si se ha admitido que los instituidos se repartan la herencia con los preteridos como libremente convengan, o que dividan por partes iguales cuando el causante mejoraba a uno de los hijos[140], o prescindiendo de unos prelegados ordenados[141], quizás sea ocioso preguntarse si pueden dejar sin efecto una prohibición de disponer impuesta a un sucesor. Sin embargo, a mi modo de ver, en los casos expuestos se trata de renuncia a derechos (incluso tácitas), que, si respetan los requisitos generales del art. 6.2º CC, son perfectamente válidas, circunstancia que no concurre en las prohibiciones de disponer que estudiamos, impuestas en beneficio, y a la vez, como gravamen, del sucesor.

Compartimos la opinión de Gómez Gálligo[142] de que la prohibición de disponer impuesta por el testador no puede ser ignorada por sus herederos. A mi modo de ver, el argumento no puede ser, dada la amplitud del art. 1058 CC, el respeto a la voluntad del causante, sino, como él subraya, que la prohibición de disponer no atribuye al beneficiario derecho alguno susceptible de renuncia y por ello no se puede dar el requisito de que estén presentes y consientan la partición todos los interesados. De todos modos, el citado autor admite, como excepción, un caso en que sí se podría prescindir de la prohibición, si esta fuera del tipo de las que imponen la necesidad de asentimiento al acto dispositivo por parte de uno

140 STS 14 julio 1995 (RAJ 1995, 6010).

141 STS 20 octubre 1992 (RAJ 1992, 8090).

142 *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1992, p. 218.

de los herederos instituidos, que estaría anticipándolo de este modo al hacer la partición[143].

Si se tratara de prohibiciones impuestas a sucesores que todavía fueran menores al tiempo de apertura de la sucesión, para cuando dejaran de serlo, renacen, además, las cuestiones problemáticas antes apuntadas sobre su representación en la partición, si el progenitor o los progenitores hubieran sido apartados de la gestión patrimonial por el testador (aquel o aquellos, o los nombrados administradores para la minoría de edad), así como sobre el alcance de sus facultades.

4. La desaparición de la causa de la prohibición como presupuesto de la extinción.

Sin que pueda ser objeto de este estudio el análisis, en profundidad, de todas las causas de extinción de una prohibición de disponer testamentaria impuesta a un menor, para cuando deje de serlo, conviene hacer un breve apunte sobre la posibilidad, o no, de que, en el Derecho estatal, pueda tenerse aquella por ineficaz por cambio sustancial de las circunstancias tenidas en consideración al imponerla, que constituyeron el fin legítimo que constituye su base.

En este sentido, según STS 13 diciembre 2001[144], "la eficacia de la disposición dura en tanto permanezca la causa, pues si esta desaparece o se ha conseguido el fin que mediante la prohibición se quería proteger, carecerá ya de sentido, y recobra el derecho afectado por la prohibición su plenitud, pues ningún derecho subjetivo admite una limitación que no obedezca a una causa determinada y lícita"[145]. Subraya, además, el Alto Tribunal que la interpretación de las prohibiciones de disponer ha de ser restrictiva "y en relación con la finalidad para la que se establecieron".

El tema debe abordarse, a mi parecer, desde la perspectiva de que la razón que fundamentó la imposición de una restricción al poder dispositivo del sucesor desaparezca tras el fallecimiento del causante, no antes. Si así fuera, es decir, si la causa de la prohibición dejara de existir en vida de este (pensemos, por ejemplo, en la recuperación de los afectos respecto de la persona a cuyo favor se prohibió al sucesor realizar actos dispositivos), la desaparición de la prohibición exigiría en todo caso la revocación testamentaria, sin que, a mi modo de ver, pudiera

143 En realidad, este tipo de restricciones a la facultad de disposición consistente en que el acto dispositivo no puede realizarse sino con el asentimiento o intervención de un tercero presenta rasgos muy particulares. La disposición llevada a cabo sin esa persona suele recibir el tratamiento de un negocio jurídico incompleto.

144 Citada por SAP Madrid 12 enero 2012 (JUR 2012, 114126).

145 También dispone la SAP Málaga 5 febrero 1996 (AC 1996, 275), en esta misma línea, que "será válida la prohibición de disponer, en la que concurra justa causa para su constitución, pero sobrevenidamente devendrá en ineficaz cuando desaparezca la causa o interés legítimo que motivó su imposición, liberando al dominio de la traba impuesta, al desaparecer la base o fundamento que justificaba su inalienabilidad futura".

interpretarse (a través de prueba extrínseca) o, incluso, integrarse, la voluntad testamentaria en el sentido de la ineficacia de la prohibición.

Tras la muerte del causante, en ocasiones deviene inmutable la circunstancia que pudo fundamentar legítimamente alguna modalidad de prohibición (como la tomada como ejemplo en el párrafo anterior), pero en otras tipologías podría cambiar sustancialmente, o incluso desaparecer[146]. Podría ser el caso de la inmadurez del sucesor o la inestabilidad de su trayectoria vital, que, acaso, le podría conducir a malvender el patrimonio transmitido, entre otras. Nos planteamos, pues, si es posible, obviamente en la esfera judicial (descartamos que pueda resolver esta cuestión el contador partidor, omitiendo la prohibición de disponer en el cuaderno que accederá al Registro[147]), ejercitar la pretensión de que se declare la ineficacia de la limitación dispositiva. ¿Puede invocarse con éxito que "desaparecida la causa, debe desaparecer la limitación de las facultades dispositivas del sucesor" o, en su caso, la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus"?[148]

Para Martín Briceño la respuesta debe ser positiva[149]. En su opinión, cuando circunstancias sobrevenidas alteran el fin perseguido al imponerla, debemos replantearnos la base de la prohibición y se pueden adoptar dos soluciones, su cumplimiento en los términos más análogos posibles (art. 798.1º CC), o que pueda promoverse su extinción aplicando la cláusula "rebus". Ninguna restricción al tráfico jurídico de bienes debería subsistir si no está suficientemente justificada. Aunque compartamos la idea base de este tipo de afirmaciones, que sustentan la posibilidad de revisar, en cualquier momento, el mantenimiento de la finalidad legítima en que se fundó la imposición de restricciones a la facultad de disposición de los sucesores, cuando se trata, al menos aparentemente, de la simple desconfianza en la gestión patrimonial de este, no parece fácil sustituir el criterio personal del disponente en un proceso judicial. Quizás si hubiera expresado con claridad el fundamento de la prohibición y fuera posible aportar material probatorio consistente del cambio de circunstancias el juez podría levantar la prohibición, en aras del principio de libre circulación de los bienes.

146 En realidad, en sentido técnico, no desaparece la causa misma, sino las circunstancias fácticas tomadas en consideración para establecer la prohibición, con el fin legítimo de protección del sucesor al que se le impone.

147 Estamos contemplando, evidentemente, una partición que, por razones variadas, no se ha llevado a cabo hasta bastante tiempo después de la apertura de la sucesión.

148 Muy crítico con la admisibilidad de las prohibiciones de disponer impuestas en título gratuito se muestra Cecchini Rosell, X.: *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*, Revista de Derecho Patrimonial Monografías, Thomson Aranzadi, 2003, p. 19, resaltando que en nuestro ordenamiento jurídico actual no se adecúa su regulación a la tutela de intereses jurídicos protegibles cuando se acepta la inscripción en el Registro de las impuestas "por simple capricho del testador o donante". En esta línea, sostiene (*op. cit.*, p. 48) que si el ascendiente cree que el descendiente va a dilapidar el patrimonio puede otorgarle un usufructo o una pensión a título de legado, pero si le atribuye bienes en propiedad sólo puede cercenar su facultad de disposición cuando la justificación sea razonable, clara y expresa.

149 Martín Briceño, Mª R.: "Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica", *Actualidad Civil* nº 6, 2010, p. 137.

Desde otra perspectiva, personalmente creemos que la aplicación de la cláusula "rebus" en la jurisprudencia se fundamenta, en gran medida, en la desaparición del equilibrio prestacional propio de los contratos conmutativos, a consecuencia de haber sobrevenido una alteración sustancial e imprevisible de las circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de su celebración[150], por lo que consideramos preferible no trasladar esta doctrina, como tal, a las adquisiciones a título gratuito.

Cuestión con perfiles propios es la aparición de una necesidad sobrevenida en el sucesor, titular dominical de bienes de los que no puede disponer a título oneroso, si tal fuera, como es habitual, el ámbito objetivo de la prohibición[151]. Aunque, desde luego, lo deseable habría sido que el propio testamento lo previera, en defecto de disposición del causante debe hacerse posible, a mi juicio, que la autoridad judicial integre su voluntad, que razonablemente, no habría sido, de haber podido imaginar la necesidad que le sobrevendría a su sucesor, que mantuviera su eficacia la prohibición de disponer[152]. La misma solución puede apoyarse, ya desde una óptica diferente del respeto a la presunta voluntad del causante, con base en la desaparición de la finalidad legítima que sustentó la eficacia de la prohibición, sentido en el que se ha manifestado la mayor parte de la doctrina[153].

Como es sabido, en el Derecho catalán (art. 428-6, párrafo 5 CCcat) se contempla que el afectado por la prohibición de disponer pueda solicitar autorización judicial para disponer "si concurre una causa justa sobrevenida", pero precisamente en ese Derecho civil parece que ha desaparecido hoy la exigencia de razón lícita para establecer una prohibición de disponer. Por ello, el citado precepto debería interpretarse no como vía habilitada para disponer, por desaparición de la causa de la prohibición, sino para autorización de lo que el testador, en principio, quiso impedir, el acto dispositivo, por sobrevenir un cambio sustancial, que bien podría ser la necesidad vital. De hecho, esa solución la admite, sin reticencia alguna, para el Derecho estatal, aunque en declaración incidental genérica, la RDGSJFP 9 junio 2022.

150 Así, la STS 22 enero 2019 (RAJ 2019, 159) habla de "desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones".

151 Si no se especifica nada, se entiende que los actos dispositivos prohibidos son tanto los gratuitos "inter vivos" como, incluso, los onerosos, si bien podrían impedirse solo los primeros mediante previsión testamentaria expresa en ese sentido, o incluso solo los segundos (RDGRN 21 marzo 2018, RAJ 2018, 1882). Los actos de disposición "mortis causa" no se entienden comprendidos en la prohibición, en defecto de mención expresa.

152 En este sentido, Cecchini Rosell, X.: *Eficacia de las prohibiciones de disponer*, cit., p. 116. Habría de tratarse, lógicamente, de una necesidad no creada voluntariamente por el sujeto afectado por la prohibición. En realidad, la causa de extinción no sería la antes apuntada inexistencia o falta de subsistencia de justificación legítima.

153 También, López Maza, S.: *Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 148 y ss. Destaca este autor que sería preciso que careciera de familiares a los que reclamarle alimentos legales para poder declarar judicialmente la extinción de la prohibición.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Royo-Villanova, S.: "Normas del donante o testador sobre la administración o disposición de bienes transmitidos", *El notario del siglo XXI* julio-agosto 2007.

Anguita Ríos, Rosa M.: "La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad", *Actualidad civil*, nº 10, 2017 (LA LEY 14127/2017) .

Arnau Moya, F. "El administrador testamentario. ¿Venganza póstuma?", *Rev. boliviana de Derecho*, nº 27, enero 2019, pp. 134-157.

Badenas Boldó, J.: "Problemática existente entre el interés del menor y la voluntad del testador", en Martínez Calvo, J. (dir.): *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario al art. 164", en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, II; Madrid, Tecnos, 1984, pp.

Busto Lago, J.M.: "Designación de los beneficiarios en los contratos de seguro de cobertura de fallecimiento", *RXG*, nº 57, 2007, pp. 13-49.

Cañizares Laso, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *ADC* vol. 44, nº 4, 1991, pp. 1453-1528.

Carballo Fidalgo, M.: "Colación y partición hereditaria", en Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, P., Egusquiza Balmaseda, Mª A. y López Simó, F. (dir.): *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 1051-1083.

Cecchini Rosell, X.: *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*, Revista de Derecho Patrimonial Monografías, Thomson Aranzadi, 2003.

De la Iglesia Monje, I.: "Finalización de la administración testamentaria de la herencia de menores de edad" *RCDI* julio 2014, nº 744, pp. 1899-1909.

Díaz Martínez, A.: "Disposición de bienes de menores, sin autorización judicial, por el administrador nombrado testamentariamente, con exclusión de los progenitores (A propósito de la RDGSJFP 26 septiembre 2022)". *Tribuna IDIBE* 10 marzo 2023 (https://idibe.org/tribuna/disposicion-bienes-menores-sin-autorizacion-judicial-administrador-nombrado-testamentariamente-exclusion-los-progenitores-proposito-la-rdgsjfp-26-septiembre-2022/).

Díez García, H.: "Comentario al art. 164", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1694-1708.

Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1992.

Gómez-Sálvago Sánchez, C.: "El administrador nombrado en testamento para los bienes del menor. Notas de art. 164.2 CC", en Marín Velarde, A. (dir.): *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, Reus, 2021, pp. 865-880.

Llamas Pombo, E.: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Madrid, Trivium, 1993.

López Maza, S.: *Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019

Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 1", blog iurisprudente 2014.

Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Caracteres del cargo. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 2", blog iurisprudente 2014.

Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Contenido de las facultades. Posibilidad de dispensa de autorización judicial. El caso del legitimario. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 3", blog iurisprudente 2014.

Mariño Pardo, F.: "La dispensa de la autorización judicial por el testador al administrador testamentario en los actos de disposición. Su posibilidad en el derecho común y en los derechos forales. La Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022", blog iurisprudente 2022.

Marqueño de Llano, M.: *Prohibiciones testamentarias de disponer*, Barcelona, Bosch, 2003.

Martín Azcano, E. Mª: "El patrimonio del menor de edad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº. 6, 2015, pp. 151-160, *La Ley* 2740/2015.

Martín Briceño, Mª R.: "Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica", *Actualidad Civil* nº 6, 2010.

Martínez Sanchiz, J.A.: "Legitimación para disponer", *El Notario del siglo XXI*, nº 11, enero febrero 2007.

Mateo Sanz, J.B.: "El administrador nombrado por el que dispone de bienes a título gratuito a favor del menor sujeto a patria potestad", *Actualidad civil*, nº 11, 2014, *La Ley* 7585/2014.

Mayor del Hoyo, Mª V.: "Comentario al art. 205 CC", en Guilarte Martín-Calero, C. (dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2021, pp. 268-274.

Pérez Conesa, C.: "Contrato a favor de tercero", en Egusquiza Balmaseda, Mª A. y Pérez de Ontiveros Baquero, C. (dir.): *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1237-1258.

Ragel Sánchez, L. F.: "Comentario al art. 813" en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. -dir.-: *Comentarios al Código civil,* tomo IV, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 5916-5932.

Rams Albesa, J.: "Comentarios a los arts. 164 a 168", en Rams Albesa, J. y Moreno Flórez, R.M. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Barcelona, Bosch, 2000, pp.

Represa Polo, M. P.: "Los instrumentos de ahorro y previsión: su incidencia sobre la legítima", *Cuadernos de Derecho Privado*, 4, septiembre – diciembre 2022, pp. 80-108.

Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "Comentario a la Ley 65", en Rubio Torrano, E. y Arcos Vieira, Mª L. (dir.): *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2020, pp. 255-264.

Sánchez-Calero Arribas: *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Vallet de Goytisolo, J.B.: "Comentario al art. 813", en *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, 2011, pp. 2004

Vázquez-Pastor Jiménez, L.: "La administración del patrimonio de los hijos y actos de disposición", *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Derecho de familia*, Aranzadi, 2012, BIB 2012\1004.

DISPOSICIONES DEL CAUSANTE SOBRE DERECHOS DE AUTOR*

PROVISIONS OF THE DECEASED ON COPYRIGHT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 698-729

* Trabajo elaborado en el marco de los siguientes Proyecto de Investigación: Proyecto "La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad" (PID2020-115254RB-I00), Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Marta Carballo Fidalgo; y Proyecto "La propiedad de los bienes culturales: estudio jurídico civil para una propuesta de reforma", IP Luis Anguita Villanueva, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID-2020-112641GB-I00).

Isabel ESPÍN ALBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Esta aportación da a conocer ciertos aspectos conflictivos en la práctica de la sucesión mortis causa de los derechos de autor, con el fin de fomentar el otorgamiento de testamentos que contengan disposiciones que garanticen una planificación sucesoria adecuada a los intereses de los testadores titulares de derechos de propiedad intelectual.

PALABRAS CLAVE: Derechos de autor; transmisión mortis causa;disposiciones del causante.

ABSTRACT: *This contribution is to raise awareness of certain conflicting aspects in the practice of copyright succession mortis causa, in order to encourage the granting of wills containing provisions that guarantee an adequate succession planning for the interests of the testators who own intellectual property rights.*

KEY WORDS: *Copyright; transmission mortis causa; provisions of the deceased.*

SUMARIO.- I. PROPUESTA DE ESTUDIO.- II. EL ARTÍCULO 42 LPI.- III. NATURALEZA JURIDICA COMPLEJA.- 1. Fundamento.- 2. Contenido: derechos patrimoniales (de explotación y de simple remuneración) y derechos morales.- IV. DURACIÓN Y DOMINIO PÚBLICO.- 1. Duración de los derechos de explotación y de los derechos morales.- 2. Dominio público en la LPI. Alcance.- 3. Traductores, cesión de derechos, dominio público: Caso "Mil y Una Noches" (SAP Barcelona 3 junio 2021).- V. LA INTRANSMISIBILIDAD DE LOS DERECHOS MORALES Y LA LEGITIMACIÓN POST MORTEM DE LOS HEREDEROS O PERSONA DESIGNADA AL EFECTO.- VI. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA REVENTA DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS, DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2019.- 1. Articulo 24 LPI: rasgos generales.- 2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2010.- VII. OBRA Y AUTORÍA.- 1. Obra protegida.- 2. El autor: la atribución de la autoría.- 3. Paco de Lucía y los "Silbadores".

I. PROPUESTA DE ESTUDIO.

El objeto de la presente aportación es dar a conocer ciertos aspectos conflictivos en la práctica de la sucesión mortis causa de los derechos de autor, con el fin de fomentar el otorgamiento de testamentos que contengan disposiciones que garanticen una planificación sucesoria adecuada a los intereses de los testadores titulares de derechos de propiedad intelectual.

Por razones evidentes, estamos en un momento de apertura de sucesiones de varios creadores intelectuales: autores y artistas intérpretes ejecutantes que desarrollaron su actividad creativa a lo largo del siglo XX y entrado el siglo XXI y que no siempre organizaron su sucesión por medio de testamentos o pactos sucesorios, allí donde son admitidos. Asimismo, si lo hicieron, el contenido testamentario no cuenta con la calidad técnica en la redacción de las cláusulas testamentarias o simplemente se ha omitido cualquier mención al destino del patrimonio intelectual y de la defensa post mortem de las facultades morales que contiene, aflorando muchas dudas sobre el alcance de la voluntad del causante.

La oportunidad de este análisis parte de la constatación de que, a pesar de ser un sector del ordenamiento jurídico con un fuerte impacto económico, en el caso de las personas físicas creadoras intelectuales, no se está produciendo un aprovechamiento optimizado de los derechos del autor, situación que se agrava después de su fallecimiento, en lo que afecta a sus herederos. Para compartir esta percepción, en los próximos epígrafes, se analizarán algunas resoluciones judiciales que tocan los aspectos mas conflictivos en la transmisión mortis causa de los derechos de explotación y de los derechos morales de autor, así como del derecho de simple remuneración del art. 24 LPI.

• Isabel Espín Alba
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: isabel.espin@usc.es

Asimismo, en este momento de pleno avance de la transformación tecnológica 4.0, este tipo de aproximación puede, aunque de manera menos directa, aportar elementos de reflexión para los retos del incremento del patrimonio digital de las personas físicas. En efecto, en los últimos años han proliferado los estudios referidos a la llamada "herencia digital", afanándose en apurar una taxonomía jurídica que permita dar cauce al contenido de bienes digitales generados o adquiridos por una persona a lo largo de su vida, en el momento de su fallecimiento. En ese terreno, también se busca desde diferentes agentes sociales, jurídicos y económicos incentivar la planificación sucesoria, por medio del otorgamiento de testamentos notariales o, en los ordenamientos jurídicos que los admitan, contractuales. Todo ello partiendo de que: no existe una "herencia digital" diferenciada sino que, como señala Moretón Sanz "la herencia digital y analógica es una como lo es el heredero de patrimonio digital"[1].

Por lo tanto, la sinergia entre la transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital, puesta de manifiesto por Pérez Vallejo y Vivas Tesón[2], invitan al ejercicio de la libertad de testar para, si es voluntad del testador, ordenar el destino de la titularidad de los derechos de autor sobre su producción literaria, artística o científica, así como del ejercicio de la defensa de los derechos morales que permanecerán vigentes tras su fallecimiento.

Por lo que al derecho de sucesiones se refiere, el derecho de autor, la LPI no presenta particularidades reseñables, de modo que el testador titular de derechos de propiedad intelectual cuenta con las mismas herramientas ofrecidas por el Código Civil o por la legislación civil autonómica que corresponda, para organizar el destino de su patrimonio.

Las singularidades vendrán de enfoques propios del derecho de autor que se pueden resumir, sin ánimo de exhaustividad, en: a) la naturaleza jurídica compleja de un derecho subjetivo que proporciona al sujeto una serie de facultades de naturaleza patrimonial y moral; b) la diferente duración de los dos tipos de facultades y las dificultades para, en ausencia de un sistema de registro obligatorio, establecer si estamos en presencia de una obra en dominio público; c) la falta de una regulación completa de las obras derivadas; d) la prueba de la autoría, principalmente en los casos de pluralidad de sujetos; e) la compatibilidad del ejercicio del derecho de autor con derechos de terceros, como el propietario del soporte -particularmente problemático en sede de artes plásticas-, el cesionario de los derechos de explotación o los sujetos titulares de derechos conexos; f) la

1 Moretón Sanz, F.: "La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio online sobre voluntades digitales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, 2023, pp. 1797-1831.

2 Pérez Vallejo, A.Mª., Vivas Tesón, I.: *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

inmaterialidad del objeto que, en ocasiones -como en las operaciones de avalúo en la partición de una herencia-, dificulta su valoración; g) las cuestiones de derecho internacional privado.

De igual modo, por lo que se refiere a la transmisión mortis causa de las facultades morales, se pretende demostrar que un contenido tan personal requiere la decisión libre del autor para ordenar su sucesión, con la ventaja de que lo podrá hacer sin los límites que el sistema legitimario impone para los derechos de naturaleza patrimonial[3].

Sobre estas premisas, a continuación, nos acercamos al tratamiento del fenómeno sucesorio en la LPI y anotaremos algunas de las mencionadas singularidades, por medio de la interpretación jurisprudencial de los preceptos analizados.

II. EL ARTÍCULO 42 LPI.

El articulo 42 LPI se limita a decir que "los derechos de explotación de la obra se transmiten «mortis causa» por cualquiera de los medios admitidos en derecho", provocando una primera impresión de inutilidad del precepto, descrita en esos términos por Bercovitz que, sin embargo, matiza esa apreciación al recordar que su inclusión es consecuencia lógica de la existencia de un régimen específico para la sucesión mortis causa de los derechos morales. Asimismo, y este aspecto es de interés jurisprudencial, recuerda que posiblemente se haya querido superar "de modo inequívoco" el régimen de la LPI de 1879[4] que contenía reglas diferenciadas según el autor tuviese o no herederos forzosos[5].

Por ende, las contiendas sobre la transmisión de los derechos de explotación por sucesión testamentaria o intestada no se alejan de los problemas propios de cualquier procedimiento sucesorio[6]. Por la repercusión del asunto, sirva

3 En ese sentido, Magariños Blanco, V.: *Libertad para ordenar la sucesión: libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 393

4 Art. 6 de la Ley de 1879: "La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y se trasmite a sus herederos testamentarios o legatarios por el término de ochenta años. También es trasmisible por actos entre vivos, y corresponderá a los adquirentes durante la vida del autor y ochenta años después del fallecimiento de éste si no deja herederos forzosos. Mas si los hubiere, el derecho de los adquirentes terminará veinticinco años después de la muerte del autor, y pasará la propiedad a los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años".
Vid. las vicisitudes de la herencia de Castelao en Baltar Tojo, J.: "Castelao y la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879: Un curioso incidente legal", *Boletín de la ANABAD*, 1979, pp. 95-105.

5 Bercovitz Rodríguez-cano, R.: "Artículo 42", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 859.

6 Cfr. Madriñán Vázquez, M.: *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, Reus, Madrid, 2015, pp. 66-71.

como ejemplo la disputa surgida alrededor de la herencia del Premio Nobel de Literatura, Camilo José Cela[7].

De hecho, el caso de Cela y el destino de sus derechos de autor, después de su fallecimiento, no evidencia ningún debate reseñable sobre la propiedad intelectual. La polémica estuvo centrada en la clara voluntad del causante de evitar que su patrimonio llegase a manos de su hijo, Camilo Cela Conde y, por el contrario, favorecer la posición se su cónyuge, para lo cual utilizó una serie de instrumentos jurídicos, puestos en entredicho por el único legitimario que entendía que su legítima no había sido respetada[8].

En este contexto, la demanda fue planteada por el hijo del causante contra la viuda, las sociedades mercantiles Palabras y Papeles S.L. y Letra y Tinta S.L., la Fundación Camilo José Cela y los tres contadores partidores de la herencia. Se trataba de una acción de complemento de legítima ex art. 815 CC, por entender que el valor del único bien que le fue donado en su día por su padre, y por su madre, al que se hace referencia en el testamento como pago del total de sus derechos hereditarios, y consistente en el cuadro al óleo sin título pero conocido como "El cuadro rasgado", obra de Joan Miró, resultaba muy inferior a las dos terceras partes que como legitimario le corresponden en la herencia de su padre, acumulando a dicha acción de complemento la acción de nulidad de determinados negocios jurídicos de disposición.

El detonante del conflicto estuvo en que hubo la entrega como donación del padre al hijo del referido cuadro valorado en 100.970 euros y, posteriormente, considerado en el testamento de Cela como suficiente para cubrir los derechos hereditarios de Cela Conde. El legitimario estimó que esa cantidad era significativamente inferior a las dos terceras partes que le correspondían en la herencia de su padre, pues las transmisiones supuestamente onerosas de los derechos de autor y de imagen del fallecido a las sociedades demandadas, cuya única socia era la viuda, eran en realidad donaciones.

Con el foco del análisis en la existencia o no de la voluntad de defraudar, la SJPI núm. 40 de Madrid, de 11 de enero de 2010[9], precisa el verdadero contenido y alcance de las obras objeto de titularidad de derechos de autor, facilitando que en primera instancia se condenara a los demandados a reintegrar al caudal hereditario

7 Comentada por Galicia Aizpurua, G. H.: "Negocios en fraude de legítima y reducción de donaciones inoficiosas (a propósito del caso Cela)", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm.. 6, 2015, pp. 99-113, consultado en BIB 2015, 2593; y Moretón Sanz, F.: "La transmisión mortis causa de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, pp. 1151-1174.

8 Es un claro ejemplo de que únicamente cabe la desheredación en los supuestos tasados del articulo 848 CC.

9 AC 2010, 1303.

del escritor fallecido los derechos de explotación de la propiedad intelectual de la que dicho finado era titular, junto con todos los rendimientos obtenidos por tal concepto desde su fallecimiento. Determina que el demandante tiene derecho a percibir dos terceras partes de la herencia de dicho finado, compuesta por el caudal relicto dejado por este tras su muerte y el importe de las donaciones realizadas en vida. Declara la nulidad de los contratos de cesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual[10] reintegrándose tales derechos de explotación, cuyo valor asciende a la cantidad de 3.931.070,19 euros, al caudal relicto de la herencia. También declara inoficiosa la donación de 3.786.565 euros a la Fundación Camilo José Cela, debiendo ser reducida en el exceso, esto es en la cantidad de 1.180.363,25 euros

La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 31 de mayo de 2012[11], en esencia, confirmó el fallo.

Las STS 2 octubre 2014[12], de la que ha sido ponente el magistrado Antonio Salas, puso fin al litigio que enfrentó a la viuda del causante y el único hijo del fallecido, manteniendo la declaración de nulidad de los contratos de cesión de derechos de autor con dos sociedades vinculadas a la cónyuge viuda, ordenando el reintegro de tales derechos de explotación al caudal de la herencia de Cela.

En el mismo sentido, el Supremo confirma que la donación del escritor a la fundación Camilo José Cela fue excesiva y no respetó la legítima, por lo que ahora debe reintegrarse a la herencia 1.180.363,25 euros. Los recurrentes alegaron que el valor del lienzo era en la actualidad mayor del consignado en la demanda, pero el alto tribunal hace constar que no aportaron ninguna pericial ni prueba en tal sentido, por lo que se ha tenido en cuenta para dicha valoración el dato objetivo del precio por el que se llevó a cabo su venta y que se citaba en la demanda.

El Alto Tribunal recoge que las transmisiones de derechos de autor que hizo Cela y que ahora se anulan se hicieron tras los desencuentros entre el escritor fallecido y su hijo, heredero forzoso. La sentencia estima acreditada la "acumulación de razones por las que el juzgador entendió que esas transmisiones de derechos de autor por parte del causante encubrían en realidad una donación de derechos que salían del patrimonio de su titular, en beneficio de la demandada Doña Marina Castaño y en perjuicio de don Camilo José Cela Conde".

10 El primero de los contratos concertado mediante escritura pública de fecha 7 de diciembre de 1996 entre el causante y la mercantil Palabras y Papeles S.L. y la segunda cesión celebrada entre dicha mercantil Palabras y Papeles S.L. a la mercantil Letra y Tinta S.L., mediante contrato privado formalizado el día 17 de julio de 1997 y posteriormente elevado a público mediante escritura otorgada el día 19 de septiembre de dicho mismo año 1997.

11 AC 2012, 506.

12 RJ 2014, 4714.

La sentencia recuerda que la ley permite el complemento de legítima en casos como este, en que el testador no ha respetado con su disposición los derechos de los legitimarios y por ello "carece de sentido invocar el respeto de la voluntad del causante cuando la misma no ha sido respetuosa con la ley aplicable".

Si bien no se trata de un comentario de la sentencia sino de destacar como la sucesión de los derechos de autor discurre por los mismos cauces que cualquier disputa sucesoria, no está de menos recordar que la fundamentación adoptada en este caso ha sido objeto de críticas doctrinales, en el sentido de que no era necesario acudir a la ilicitud de la causa[13] para contemplar el resultado deseado de protección de los derechos del legitimario, en sede de reducción de donaciones inoficiosas, pues ante la mala fe del donatario, es posible agravar el resultado y "condenarle a restituir los frutos percibidos desde el instante de la apertura de la sucesión" [14].

III. NATURALEZA JURIDICA COMPLEJA.

1. Fundamento.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica el art. 17 al derecho de propiedad, reseñando en su párrafo primero "Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general", y en el párrafo segundo sin ninguna limitación o matización dice que "se protege la propiedad intelectual".

El derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual es uno de los principios rectores de la política de armonización de los mercados, puesto que contribuye a la realización de los objetivos de creación de un mercado interior y la instauración de un sistema que garantice que la competencia dentro del mercado interior no sea falseada.

La actividad legislativa de la Unión Europea en materia de derechos de autor y conexos está fundamentada en los arts.114 y 118 TFUE, con el fin de contribuir al funcionamiento del mercado interior, garantizar un elevado nivel de protección

13 Doctrina sintetizada en la STS 20 junio 2007 (RJ 2007, 5574).

14 Galicia Aizpurua, G. H.: "Negocios en fraude de legítima", cit.

a los titulares de derechos, facilitar la obtención de los derechos y establecer un marco para la explotación de obras y otras prestaciones protegidas[15].

En el ámbito nacional, el tema de la ubicación constitucional de los derechos de autor soporta una fuerte carga filosófica, pues está en la base de la discusión sobre el fundamento de los derechos de autor. El art. 20.1.b) CE constitucionaliza el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, mientras el art. 33 CE sirve de fundamento a la propiedad intelectual. Esta doble faceta apoya el desarrollo de un derecho subjetivo absoluto, con facultades morales y patrimoniales, que dura toda la vida del autor y un periodo de tiempo tras su muerte o declaración de fallecimiento.

2. Contenido: derechos patrimoniales (de explotación y de simple remuneración) y derechos morales.

La concepción del derecho de autor como un derecho subjetivo compuesto por una serie de facultades de carácter patrimonial y personal que recae sobre bienes inmateriales es el resultado de una larga evolución histórica y de una construcción técnica heredera de los convenios internacionales del siglo XIX, concretamente el Convenio de Berna, a lo que con el tiempo se fueron añadiendo una serie de particularidades que fragmentan su disfrute y transmisión.

El articulo 2 LPI invita a pensar en un derecho único compuesto por facultades de diversa índole cuando dice que la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley; sin embargo, no presenta un régimen unitario de la duración, transmisión y legitimación para el ejercicio de las distintas facultades. Ello ha dado lugar a un arduo debate doctrinal sobre si estamos en presencia de derechos con regímenes distintos (teorías dualistas) o si, por el contrario, se trata de un único derecho compuesto por diferentes facultades y con un régimen complejo (teorías monistas)[16].

No se trata de reproducir aquí los principales argumentos de la controversia sino de mostrar con ello que la fragmentación del ejercicio y transmisión de las diversas facultades aconseja, en el caso de la sucesión mortis causa, a una manifestación expresa de la voluntad del titular originario de los derechos[17].

15 Cfr. los Considerandos de la DIRECTIVA (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DDAMUD).

16 Un resumen de la polémica en Pérez Vallejo, A.Mª., Vivas Tesón, I.: *La transmisión mortis causa*, cit., pp. 46-52.

17 Nuestra jurisprudencia ha dado cuenta de esa naturaleza compleja. Cfr. SSTS 3 junio 1991 (RJ 1991, 4407) , 19 julio 1993 (RJ 1993, 6164), 7 junio 1995 (RJ 1995, 4628), 30 octubre 1995 (RJ 1995, 7653), 17 julio 2000

En una breve presentación del contenido, la faceta patrimonial de los derechos de propiedad intelectual abarca un haz de facultades conocidas como "derechos de explotación" que perfilan el ejercicio exclusivo del derecho por su titular. En ese sentido, el articulo 17 LPI atribuye al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de la obra -reproducción, distribución, comunicación publica y transformación (arts.18 a 21 LPI- y la consecuente necesidad de contar con su autorización para dicha explotación, salvo en los casos previstos como limite en la propia ley[18].

Cuando fallece un autor, para conocer la extensión y contenido de la transmisión de los derechos de explotación, a los efectos de formar el inventario y proceder al avalúo, es necesario tener presente las eventuales cesiones de derechos realizadas en vida, su extensión -todas las facultades y modalidades de explotación o únicamente algunas-, si se hizo en exclusiva y duración[19].

Respecto de los derechos de simple remuneración, paralelamente a la consolidación y evolución de las normativas protectoras de la propiedad intelectual, en un ecosistema cada vez más complejo de relaciones de mercado, fueron reconociendo una serie de facultades no exclusivas, por lo general de gestión colectiva obligatoria, que básicamente buscaban compensar al autor de modo equitativo por el impacto de su obra en el mercado. Surgen de esa manera derechos como la compensación equitativa por la copia privada (articulo 25 LPI) o el derecho de participación en la reventa de obras plásticas (articulo 24)[20].

Las facultades morales, presentadas en más de una ocasión como una formulación etérea eclipsada por la fuerza económica de las facultades de contenido patrimonial, revela toda su importancia precisamente en las relaciones que se establecen entre el autor titular de derechos morales irrenunciables e inalienables, y el adquirente del objeto que contiene la obra. Reguladas en el art. 14 LPI[21], son el elemento diferenciador de la propiedad intelectual respecto de

(RJ 2000, 6806).

18 Es dudosa la naturaleza del articulo 22 LPI y, consecuentemente, su transmisibilidad mortis causa. *Vid.* Bercovitz Rodríguez-cano, R.: "Artículo 42", cit., p. 860.

19 Explica de un modo muy didáctico los diferentes escenarios de convivencia entre los derechos de los cesionarios y los derechos de los herederos o legatarios, Minero Alejandre, G.: "Transmision mortis causa", en VV.AA.: *Manual de Propiedad Intelectual*, (coord. por R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 252-253.

20 También arts.32, 37 y 90.6 LPI.

21 "Art. 14. Contenido y características del derecho moral.
Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:
1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

otros derechos subjetivos absolutos, pues, por muy amplia que sea la cesión de los derechos patrimoniales, siempre permanecerá en la esfera de poder del autor ese conjunto de facultades irrenunciable e inalienables, de las que la paternidad e integridad constituyen en núcleo más genuino, en su condición de imprescriptibles.

IV. DURACIÓN Y DOMINIO PÚBLICO.

1. Duración de los derechos de explotación y de los derechos morales.

En el caso español, en la Ley de 1879 el plazo era la toda la vida y ochenta años post mortem auctoris[22], reducido a sesenta con la entrada en vigor la LPI de 1987, modificada por la Ley 27/1995, de 11 de octubre de incorporación de la Directiva 93/98/CE sobre armonización de plazos de protección de los derechos de autor y determinados derechos afines, para ampliarlo a setenta años. Evidentemente y en todo caso, es preciso tener en cuenta el derecho transitorio aplicable en cada supuesto, en razón de los distintos marcos normativos desde la LPI de 1879[23] hasta el vigente LPI[24].

En suma, la regla general vigente para las obras de autoría individual conocida es toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento. Es un plazo general, aplicable a todas las obras.

Los arts.27 a 29 LPI contienen algunas excepciones por razón de la autoría. En el caso de las obras en colaboración, comprendidas las obras cinematográficas y

6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.
7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.
Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen".
Para un comentario de sus principales características: Martínez Espín, P.: "Artículo 14", AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 227-256.

22 En todo caso, el sistema de paso al dominio público era algo más complejo que el transcurso de los 80 años, ya que según el art. 38 de la Ley de 1879: "Toda obra no inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual, podrá ser publicada de nuevo reimpresa por el Estado, por las corporaciones científicas o por los particulares, durante diez años a contar desde el día en que terminó el derecho de inscribirla" , y añadía el art. 39 que "si pasase un año más, después de los diez, sin que el autor ni su derechohabiente inscriban la obra en el Registro, entrará ésta definitiva y absolutamente en el dominio público". Existía, por lo tanto, un dominio público relativo y otro absoluto.

23 SSTS 23 octubre de 2001 (RJ 2001, 8660), 11 abril 2001 (RJ 2001, 2393), 14 octubre 1983 (RJ 1983, 5326), SAP Navarra 23 de marzo 2004 (AC 2004, 816). Sobre la materia, Arias Maiz, V.: "Aspectos de derecho transitorio sobre duración de la propiedad intelectual", en VV.AA.: *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público* (coord. por C. Rogel Vide), Madrid, 2005, pp. 117-164.

24 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

audiovisuales, la protección se extiende a toda la vida de los coautores y setenta desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente, en los términos del art. 28.1. LPI. Por otro lado, la regla general[25] para las obras colectivas es que los derechos de explotación durarán setenta años desde la divulgación lícita de la obra protegida ex art. 28.2. LPI.

Para el supuesto de obras divulgadas por partes, volúmenes, entregas o fascículos, que no sean independientes y cuyo plazo de protección comience a transcurrir cuando la obra haya sido divulgada de forma lícita, dicho plazo se computará por separado para cada elemento (art. 29 LPI).

Cuando se trate de una obra anónima, el art. 27 LPI determina que el cómputo del plazo de protección es de setenta años contados desde su divulgación lícita[26], presunción que se rompe cuando antes de cumplirse ese plazo fuera conocido el autor, bien porque el seudónimo que ha adoptado no deje dudas sobre su identidad[27], bien porque el mismo autor la revele, pues en este caso se aplica la norma general del art. 26 LPI de que los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento[28].

En lo tocante a los derechos morales, el art. 14 LPI puesto en conexión con los arts.15 y 16 LPI indica un desfase temporal en la duración de las siete facultades ahí reconocidas. Ese trato desigual crea tres grupos de derechos: a) el derecho a exigir el reconocimiento de la condición de autor (art. 14.3 LPI) y el derecho a la integridad de la obra (art. 14.4 LPI) son perpetuos; b) el derecho de modificación de la obra (art. 14.5 LPI), el derecho de retirada de circulación (art. 14.6) y el derecho de acceso al ejemplar único raro de la obra (art. 14.7 LPI) tienen una duración igual a la vida del autor; c) el derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14), en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el art. 40 (tutela del acceso a la cultura)[29]. Asimismo

25 De modo especial, el párrafo segundo del art. 28 LPI señala que no obstante esa regla general, si las personas naturales que hayan creado la obra son identificadas como autores en las versiones de la misma que se hagan accesibles al público, se estará a lo dispuesto para las obras de autoría única o en su caso para las obras en colaboración

26 Al desconocerse la identidad del autor, no se puede aplicar el criterio personalista de la muerte.

27 No son obras seudónimas aquellas divulgadas con seudónimos notorios, porque no esconde la verdadera identidad del autor.

28 El art. 153 de la Ley mexicana de derechos de autor establece que es libre el uso de la obra de un autor anónimo mientras el mismo no se dé a conocer o no exista un titular de derechos patrimoniales identificado.

29 Art. 40. Tutela del derecho de acceso a la cultura.
Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el art. 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo.

y como se indicará más adelante, también se establecieron regímenes distintos sobre las personas legitimadas para la defensa de esos derechos.

2. Dominio público en la LPI. Alcance.

El empleo del término "domino público" aplicado al derecho de autor ha sido fuente de polémica desde un primer momento, puesto que no estamos ante un supuesto de titularidad pública de un bien, sino de la posibilidad de libre utilización de objetos inmateriales, de tal manera que su contenido está conformado por un vasto elenco de materiales –incluidas obras intelectuales cuyo plazo de protección finalizó y obras carentes de originalidad-, muchas veces de difícil clasificación.

De ese modo, para conformar el dominio público se toma como referencia la expiración de los plazos de protección de los derechos de autor, a lo que se podría añadir, sin problemas, las obras que siendo intelectuales carecen de la altura creativa para ser objeto de derecho de autor. Por consiguiente, como consecuencia del juego de plazos de los arts.26 a 30 LPI y las reglas del derecho transitorio, se consideran obras de dominio público aquellas cuyos plazos de protección hayan expirado. A partir de ese momento pueden ser libremente utilizadas de forma gratuita, respetando siempre los derechos morales de autor (paternidad e integridad), y sin que nadie pueda oponerse a ello.

3. Traductores, cesión de derechos, dominio público: Caso "Mil y Una Noches" (SAP Barcelona 3 junio 2021)[30].

Sobre la traducción de una obra de dominio público, si es original, será considerada obra derivada. Es así porque en los términos del art. 11.1.º LPI[31], sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: "1.º Las traducciones y adaptaciones". De igual modo, ya tuvo la oportunidad de manifestarse el Tribunal Supremo en la STS 29 diciembre 1993[32], afirmado que las traducciones son obras derivadas merecedoras de protección[33].

En esta ocasión, en el caso resuelto por la SAP Barcelona 3 junio 2021, las herederas de los traductores J.A. Gutiérrez-Larraya y Leonor Martínez demandaron a Ediciones Atalanta S.L, por una publicación no autorizada y con un prólogo distinto de la publicación original, solicitando, además de la indemnización por infracción de sus derechos exclusivos, también por violación del derecho moral al reconocimiento de la condición de autores de la traducción como consecuencia

30 AC 2021, 1410.

31 Articulo 2.3 del Convenio de Berna.

32 RJ 1993, 10161.

33 En el caso en concreto, se ha reconocido que la obra del traductor había sido plagiada.

de la inclusión en los créditos de la obra publicada del símbolo © junto al nombre de la editorial.

La editorial demandada se opone a dichas pretensiones sobre la base de la falta de legitimación activa de los demandantes por no formar parte los derechos de explotación sobre la obra del acervo hereditario de los traductores al tiempo de su fallecimiento, puesto que habrían sido transmitidos a Ediciones Vergara en virtud de contrato de encargo de obra por el cual se encomendaba la traducción y los traductores transmitían sus derechos mediante precio sin límite temporal y de forma irreversible. Respecto de la violación del derecho moral a la paternidad, mantenían que el símbolo © no tenía por objeto arrogarse la autoría de la traducción sino únicamente los derechos de explotación sobre ella, constando el nombre de los traductores de forma expresa no solo en la publicidad y el catálogo, como se ha visto, sino también en cada uno de los ejemplares publicados.

En primera instancia, a pesar de no quedar probado que la demandada fuese sucesora de la editorial cesionaria, se falló en contra de las demandantes. En aplicación de LPI de 1879, concretamente de su art. 6, declaró la falta de legitimación de las actoras respecto de los derechos de explotación, puesto que en el régimen vigente en el momento de la cesión de los derechos era posible la "venta" total de los derechos, de modo que, los titulares de los derechos originarios los transmitieron a la editorial Ediciones Vergara de forma definitiva, por lo que no han podido ser transmitidos a las herederas por sucesión hereditaria. Por consiguiente, se desestimaron todas las pretensiones y se condenó en costas.

La SAP Barcelona 3 junio 2021 estima el recurso, partiendo de que la cesión de derechos no consta en documento público, teniendo por ello efectos entre las partes, es decir, la demandante y la editorial Vergara, sin que Atalanta «haya acreditado ser su sucesora y sin que conste contrato de cesión de los derechos sobre la obra a su favor por parte de Vergara. Simplemente se indica que Vergara desapareció, tras un procedimiento de quiebra según resulta de la documentación, pero esa desaparición del tráfico jurídico de la cesionaria o titular de los derechos por adquisición inter vivos no le da derecho a cualquier tercero, en este caso, a Atalanta, a explotarlos y apropiárselos sin rendir cuentas a nadie. Tras la desaparición de Vergara los derechos sobre la obra no pasan a ser " res nullius " ni entran en el dominio público de forma que cualquiera pueda explotarlo, máxime cuando más adelante estaban destinados a pasar al patrimonio de los herederos». Así, acreditada la legitimación activa, determina que la demandada debe cesar en su comercialización, destruir los ejemplares ilícitos e indemnizar a los recurrentes con 69.945,16 euros, fijado a partir de la opción por el importe mayor que resulte de los dos previstos en el art. 140.2 de la LPI , los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita o la cantidad que como remuneración hubiera

percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Respecto de la posible infracción de los derechos morales, el Tribunal no considera probado, puesto que la edición de las obras hacía "mención expresa a los autores de la traducción, con sus nombres y apellidos, en todos los ejemplares de la obra, en la primera página del libro, tras las guardas, y antes de la página de créditos, así como en todas las comunicaciones que ha realizado sobre la traducción".

V. LA INTRANSMISIBILIDAD DE LOS DERECHOS MORALES Y LA LEGITIMACIÓN POST MORTEM DE LOS HEREDEROS O PERSONA DESIGNADA AL EFECTO[34].

El anteriormente mencionado desfase temporal en la duración de las siete facultades morales reconocidas en el articulo 14 LPI antecede la configuración de un régimen especial de sucesión mortis causa, con tres llamamientos sucesivos[35] en el que el ejercicio del derecho de divulgación, en su caso, y de los derechos a la integridad y a la paternidad de la obra corresponden, en primer lugar, a la persona expresamente designada por el autor, en su defecto, a los herederos del autor y, a falta de los anteriores o si se encontraran en paradero desconocido, al Estado y otras instituciones públicas señaladas en la Ley[36].

Con un amplio y polémico tratamiento doctrinal, lo que todo parece indicar es la conveniencia de una disposición testamentaria que atribuya expresamente la defensa de los derechos morales del autor tras su muerte. En ese aspecto, comparto las posturas doctrinales que niegan la equiparación del legitimado para

34 Para un tratamiento monográfico del tema: Cámara Águila, M.ª P.: *El derecho moral del autor (Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Granada, Comares, 1998 y Madriñán Vázquez, M.: *La sucesión post mortem auctoris*, cit.

35 Pérez Vallejo, A.Mª., Vivas Tesón, I.: *La transmisión mortis causa*, cit., p. 183.

36 Reglas establecidas en los siguientes términos:
"Art. 15. Supuestos de legitimación «mortis causa».
1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.
2. Las mismas personas señaladas en el número anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el apartado 1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40".
"Art. 16. Sustitución en la legitimación «mortis causa».
Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo".

la defensa post mortem de los derechos morales de autor al albacea, puesto que, a diferencia de aquellos, el albacea no adquiere ningún derecho del causante[37].

Por ahora, no existe una jurisprudencia consolidada que permita perfeccionar la interpretación del complejo sistema establecido, aunque se puede traer a colación un caso relativo a la defensa de la llamada "personalidad pretérita" de persona fallecida, dado que tienen una naturaleza similar.

En ese sentido, el Preámbulo de la Ley 1/1982 resume el régimen que, posteriormente, se desarrolla en los arts.4 y 5: "En los artículos cuarto al sexto de la ley se contempla el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado. Las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos se determinan según el momento en que la lesión se produjo. Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente. En el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsistirán éstas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal. En cambio, la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización"

La delimitación del problema se puede apreciar con un somero análisis de la STS de 20 junio 2016[38]. El supuesto de hecho se resume en que una sociedad organizó una exposición permanente dedicada a Salvador Dalí -fallecido en 1989- en la que se podían contemplar obras pertenecientes a la "Colección Clot", así como adquirir reproducciones de sus creaciones y distintos productos con su nombre, firma e imagen[39].

La demanda es presentada por la Fundación Gala-Salvador Dalí, una sociedad holandesa titular de distintas marcas sobre Dalí y VEGAP, fundamentada en la infracción de marcas, de derechos de propiedad intelectual, del derecho a la

37 Por todos, Pérez Vallejo, A.Mª., Vivas Tesón, I.: *La transmisión mortis causa*, cit., p. 188.

38 RJ 2016, 2537

39 *Vid.* el comentario de Pérez Vallejo, A.Mª., Vivas Tesón, I.: *La transmisión mortis causa*, cit., pp.175-180.

propia imagen y por actos de competencia desleal, solicitando, en consecuencia, el cese de las conductas infractoras y la indemnización de daños.

En lo que aquí interesa, se rechazó la legitimación activa de la Fundación para el ejercicio de las acciones de cesación, remoción y daños derivados de la infracción de los derechos de imagen de Dalí, puesto que en ausencia de designación expresa en el testamento de la persona que debía ejercitar las acciones de la LO 1/1982 de defensa de su memoria, la Fundación carece de legitimación activa para el ejercicio de estas acciones[40]. Asimismo, y lo que más importa para una propuesta de lege data en materia uso comercial de la imagen de personas fallecidas, destaca la STS que, en todo caso: "la fundación no está pretendiendo la protección de la memoria de Salvador Dalí, sino la explotación del contenido estrictamente patrimonial de la imagen (nombre y figura) del artista".

La demanda no plantea que la reproducción de la imagen y del nombre del fallecido Salvador Dalí realizada con motivo de la exposición […] haya afectado negativamente a la memoria del artista. Se trata simplemente de que, al igual que ha ocurrido con los derechos de propiedad industrial e intelectual cuya protección se solicitaba en la demanda conjuntamente con el derecho a la imagen, los demandados no habían acordado con la fundación la autorización para el uso de tales signos e imágenes mediante el pago de la correspondiente retribución, razón por la cual se solicitaba se declarara la vulneración de tales derechos, se condenara a los demandados a cesar en las conductas infractoras y se removieran sus efectos, y se les condenara al pago de una indemnización consistente en una regalía del 1% sobre la cifra de negocios para las infracciones marcarias, también del 1% para algunas infracciones de los derechos de propiedad intelectual […], y también una indemnización de un 1% sobre la cifra de negocios para la infracción del derecho a la imagen". Dicho de otra manera, el mecanismo de protección de la personalidad pretérita no entra en acción en los casos en que la explotación comercial de la imagen del fallecido no perjudique su reputación.

Visto el supuesto, que duda cabe sobre la conveniencia de una disposición expresa del causante sobre la protección futura de su imagen, así como, ahora en nuestro terreno, sobre las personas encargadas de las facultades morales de autor.

VI. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA REVENTA DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS, DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2019.

1. Articulo 24 LPI: rasgos generales.

40 *Vid.* en otro sentido, SAP Girona 30 marzo 2006 (AC 2006, 1622)

El denominado derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas originales -también conocido como droit de suite[41], derecho de seguimiento, derecho de secuencia[42]- vuelve a la agenda del derecho de autor, por el aumento significativo de las subastas de arte contemporáneo, destacando, en este lustro, el arte urbano, en muchos casos, de autores fallecidos.

En el caso español, el derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas está en nuestra legislación de propiedad intelectual desde la Ley de 1987, con una aplicación más bien residual, a pesar de que con la transposición de la Directiva sobre el Derecho de Participación (DDP)[43], se ha dado un nuevo impulso a la figura, y VEGAP (Visual Entidad de Gestión de los Artistas Plásticos) ha jugado un destacado papel. Completando esa evolución, la Ley 2/2019[44] corrige la anomalía de la regulación de un importante derecho de remuneración fuera del LPI y la devuelve al articulo 24, con alguna modificación relevante el mercado secundario del arte[45].

En líneas generales, La Ley 2/2019 mejora la técnica legislativa de su regulación introduce importantes novedades. Por un lado, impone la gestión colectiva obligatoria, de forma que el derecho de participación se hace efectivo a través de las entidades de gestión, concretamente de VEGAP, con independencia de que su titular sea o no socio. Por otro lado, aunque se mantienen los porcentajes para calcular el importe de la participación, se ha reducido el precio umbral a partir del

41 La condición de Francia de primer país en regular un derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas en pública subasta justifica que este peculiar derecho se siga conociendo internacionalmente como *droit de suite*. De hecho, en el año 2020 se ha celebrado el centenario de su introducción en la "Loi du 20 mai 1920 Frappant d'un droit au profit des artistes les ventes publiques d'objet d'art" (JORF du 22 mai 1920). La justificación de la norma estuvo en la asistencia a las familias de los artistas fallecidos en la Primera Guerra Mundial, y tuvo como antecedente más inmediato una doctrina jurisprudencial – la misma que ha construido y desarrollado los derechos morales – que puso de manifiesto la necesidad de proporcionar al autor y a sus herederos la oportunidad de participar en la revalorización de sus creaciones que tienen lugar con el paso del tiempo y las sucesivas reventas del soporte material.

42 Para conocer en profundidad este derecho patrimonial del autor de obras de artes plásticas, *vid.* Vicente Domingo, E.: *El droit de suite de los artistas plásticos*, Reus, Madrid, 2007.

43 Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, adaptada al derecho español por la derogada Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

44 Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 (BOE 2 marzo 2019).
Para un estudio sistemático de la derogada 3/2018, *vid.* Casas Vallés, R.: "Artículo 24 [Derogado]: Ley 3/2008", AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 469-513.

45 Como explica Díaz Amunárriz, el mercado primario se trabaja directamente con la adquisición de las obras directamente de los artistas, mientras el secundario se refiere a las transmisiones sucesivas. Díaz Amunárriz, C.: *La gestión de las galerías de* arte, AECID, Madrid, 2016, p. 25. De hecho, los sujetos obligados son los profesionales del mercado del arte, ex apartados 14 al 16 del articulo 24 LPI. Asimismo, por ello, se exceptúan de los los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos.

cual se genera el derecho de participación que pasa de 1200 euros a 800 euros, medida aplaudida por el sector de los artistas plásticos por permitir que un mayor número de titulares de derechos puedan beneficiarse[46].

En ese contexto, el articulo 24.1 presenta este derecho de remuneración en los siguientes términos "Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor".

El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento (articulo 24.2 LPI) y nace cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 800 euros, excluidos impuesto, por obra o conjunto concebido con carácter unitario vendido, y a partir de su nacimiento se le aplica un porcentaje variable, en función del valor de la reventa[47], pero en ningún caso el importe total del derecho podrá exceder los 12.500 euros.

En cuanto al tipo de reventa sujeta al derecho de participación, con carácter general, el derecho se aplicará a todas las reventas en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado (articulo 24.4 LPI). El derecho se aplicará igualmente cuando los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (articulo 24.5 LPI).

46 Fuentes Ramos, J.: "El derecho de participación", en VV.AA.: E. *Propiedad Intelectual 2021* (coord. por E. Ortega Burgos). Tirant lo Blanch, 2021, p. 145.

47 4% de los primeros 50.000 euros del precio de reventa; 3% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros; 1% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 euros y 350.000 euros; 0,5% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 euros y 500.000 euros; 0,25% de la parte del precio de la reventa que exceda 500.000 euros, y el cálculo de los precios de la reventa en los supuestos descritos se hace sin inclusión del impuesto devengado por la operación de reventa (articulo 24.8 LPI).

En los términos del apartado 9 del art. 24 LPI, el derecho de participación es inalienable, irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor. Asimismo, la acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa (art. 24.19 LPI).

En el caso de las obras en coautoría, es preciso atender al apartado 13, pues cuando el derecho de participación se refiera a una obra creada por dos o más autores, su importe se repartirá por partes iguales entre los autores de dicha obra, salvo pacto en contrario.

Así las cosas, estamos en presencia de un derecho de carácter patrimonial, de simple remuneración, puesto que no se trata de un derecho exclusivo como los derechos de explotación, de carácter inalienable e intransmisible inter vivos, pero transmisible mortis causa[48]. A diferencia de lo que ocurre con los derechos de explotación en los que el autor posee el control de la difusión de sus obras, en los derechos de simple remuneración el titular del derecho no puede evitar el uso de su creación, reduciéndose su derecho al cobro de una compensación.

En efecto, la indisponibilidad inter vivos del derecho de participación convive con su plena transmisibilidad mortis causa[49]. Sobre este ultimo extremo, en el caso del derecho español, en la actualidad, no recibe ningún tratamiento sucesorio específico en normas especiales. Al igual que los derechos de explotación se transmite por causa de muerte por cualquiera de los medios admitidos en derecho, de tal manera que, en el ámbito objetivo marcado por el art. 659 CC, según el cual "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que se extinga por su muerte", el derecho de participación tiene pleno encaje, de tal manera que podrán ser beneficiarios tanto herederos como legatarios [50].

Su compleja naturaleza ha dado lugar a diferentes teorías respecto de su fundamento[51], empezando por la naturaleza asistencial de los herederos de la

48 Díez Soto, C.M.: "Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2017), vol. 9, núm. 2, pp. 209-254.

49 No siempre ha sido de ese modo, ya que en el derogado Real Decreto 395/1988, de 25 de abril sobre el desarrollo del art. 24 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, se trataba de un derecho de simple remuneración no transmisible *mortis causa*. Ello, evidentemente, fue objeto de importantes críticas doctrinales que pusieron de manifiesto que se trataba de una drástica reducción del ámbito de aplicación de la norma, una vez que la dinámica del mercado de las obras de arte demuestra que existe una mayor intensidad de reventa después de la muerte del autor.

50 Vicente Domingo, E.: *El droit de suite*, cit., p. 101.

51 La justificación del derecho de seguimiento en la reventa de obras de arte plásticas se presenta en la DDP con una doble finalidad "garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras; este derecho tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician

primera legislación francesa de 1920 (para "viudas y huérfanos"[52]), aunque tal vez la que mejor conecte con la conformación actual del mercado de arte sea aquella que relaciona la remuneración compensatoria con el derecho de distribución, pues como pone de manifiesto Vicente Domingo existe una "imposibilidad de hecho de tener derecho de distribución sobre la obra de arte plástica pues su distribución se produce cuando se vende la misma y se excluye la posibilidad de seguir explotando la obra por el autor"[53]. Por consiguiente, su naturaleza compensatoria es consecuencia del agotamiento del derecho de distribución de las obras de arte originales, a partir de la venta de esos ejemplares únicos[54], y por lo tanto, una evidente especificidad de los artistas plásticos cuya principal fuente de ingresos es la venta de sus obras originales. Consiste en el "reconocimiento de una compensación económica como consecuencia de que el derecho de distribución queda agotado cuando se produce la venta de las obras que son soportes únicos o asimilados a los ejemplares únicos, como es el caso de las tiradas reducidas, numeradas o firmadas, o las ediciones limitadas"[55].

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2010.

A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2010[56], Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de artistas Plásticos (VEGAP) contra *Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques* (ADAGP) se pueden traer a colación, de modo breve[57], algunos apuntes sucesorios de interés.

La cuestión de hecho se puede resumir en que el artista nombró heredero universal de sus bienes al Estado español, que aceptó la herencia mediante el Real Decreto 185/1989, de 10 de febrero. Posteriormente, por medio del Real Decreto 799/1995, se encomendó al Ministerio de Cultura la administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual. Por la Orden de 25 de julio de 1995 se confirió a la Fundación Gala-Salvador Dalí las facultades de administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual de la obra daliniana. Se

de la explotación sucesiva de sus obras" (Considerando 3 DDP), y asimismo "la aplicación o inaplicación de tal derecho repercute considerablemente en las condiciones de competencia en el mercado interior" (Considerando 3 DDP).

52 Ortega Doménech, J.: "El resurgimiento europeo del droit de suite o derecho de participación en la reventa de obra plástica", *Anuario de la Propiedad Intelectual*, 2001, p. 303.

53 Vicente Domingo, E.: *El droit de suite*, cit., p.101.

54 Las tiradas reducidas, numeradas o firmadas, o las ediciones limitadas de múltiples son supuestos asimilados a los ejemplares únicos.

55 Sobre la evolución legislativa y principales características del vigente modelo de gestión, *vid.*, Fuentes Ramos, J.: "El derecho de participación", p. 135.

56 TJCE, 2010, 104.

57 Con más detalle, Espín Alba, I.: "La transmisión mortis causa del derecho de participación en la reventa de obras de arte plásticas", en AA.VV.: *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, pp. 433-450.

trató de una cesión es temporal (10 años prorrogables), exclusiva, sobre todas las modalidades de explotación, y para todos los países, con la posibilidad de ceder la gestión a terceros En todo caso, los derechos de propiedad intelectual de la obra permanecen en manos del Estado, quien tiene reconocida la facultad de revocar, en cualquier momento, la cesión, resolviendo el contrato y reservándose para sí la explotación de los mencionados derechos, sin que la Fundación pueda reclamar por ello cantidad o indemnización alguna.

Desde 1997 ADAGP ha recaudado los derechos de explotación relacionados con la obra de Salvador Dalí que han sido abonados, a su vez, a través de VEGAP, a la Fundación Gala-Salvador Dalí, excepto el derecho de participación. En aplicación de las disposiciones del art. L. 123-7 CPI, que reservan el derecho de participación únicamente a los herederos forzosos, con exclusión de los herederos y legatarios testamentarios y de otros causahabientes, ADAGP ha pagado directamente a los sucesores forzosos de Salvador Dalí los importes correspondientes al derecho de participación.

En este punto se puede constatar que armonizada la cuestión de la transmisibilidad mortis causa, el derecho comunitario europeo, con todo, no ha armonizado el concepto de los beneficiarios de la sucesión. De hecho, en Francia, el art. L 123-7 del Código de la Propiedad Intelectual (CPI) establece que "al fallecimiento del autor, el derecho de participación referido en el art. L. 122-8 subsistirá a favor de sus herederos y con respecto al usufructo mencionado en el art. L. 123-6, a favor de su cónyuge, con exclusión de los legatarios y causahabientes, durante el año natural en curso y los setenta años siguientes". Por lo tanto, se excluye la posibilidad de disponer mortis causa el droit de suite mediante la institución de un legado[58].

Al considerar que, en virtud del testamento de Salvador Dalí y del derecho español, el derecho de participación percibido con ocasión de las ventas en subasta de obras del artista en el territorio francés le debía ser abonado, la Fundación Gala-Salvador Dalí así como VEGAP presentaron el 28 de diciembre de 2008 ante el *Tribunal de Grande Instance* de Paris demanda para el pago de ese derecho

58 La justificación para que en Francia se adopte un régimen diferenciado para la sucesión del *droit de suite* es su originaria base asistencial y alimentaria que se ha señalado, pero es bastante dudoso que con la conformación actual del derecho de compensación por la reventa de obras de arte se pueda establecer una normativa sucesoria propia para este derecho de propiedad intelectual que marque un tratamiento diferenciado entre sucesores testamentarios y sucesores legales. En efecto, incluso se ha planteado la posible inconstitucionalidad del precepto, cuestión que ha sido contestada por el *Conseil constitutionnel* en la Decisión núm. 2012–276 QPC de 28 septiembre de 2012, en el sentido de que el tratamiento diferenciado no es inconstitucional, fundamentalmente porque dicha diferenciación obedece a la naturaleza asistencial del precepto. En concreto, dice que con la exclusión de los legatarios y otros causahabientes el legislador instaura una diferencia de trato entre personas situadas en diferentes situaciones, y que dicha diferencia de trato está directamente relacionada con el objetivo perseguido por la ley. Se ha interpretado que la garantía patrimonial que representa el *droit de suite* debe extenderse a la familia del artista después de su fallecimiento, y esa función se alcanza con la sucesión ex articulo L 123-7 CPI y no con los legatarios.

contra ADAGP, entidad que ha instado la intervención en el litigio de los sucesores forzosos del pintor, a fin de que la futura sentencia les sea oponible.

En suma, ADAGP pagaba las remuneraciones correspondientes a las reventas de los ejemplares efectuadas en Francia de las obras de Dalí a los herederos forzosos del artista, mientras que la Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP reclamaban el pago a favor del sucesor testamentario del pintor.

La primera cuestión perjudicial se refiere a la consideración de beneficiario en cada Estado miembro. El tribunal remitente pregunta si el art. 6.1. DDP debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho interno, como el art. L. 123-7 del CPI, que reserva el derecho de participación únicamente a los herederos forzosos, con exclusión de los herederos y legatarios testamentarios.

El TJUE constata que la DDP no buscó armonizar el concepto de causahabiente. Esta ha sido una decisión consciente del legislador comunitario, pues de acuerdo con el Considerando 27 DDP "es conveniente determinar los beneficiarios del derecho de participación respetando al mismo tiempo el principio de subsidiariedad; por consiguiente, no resulta oportuno intervenir por medio de la presente Directiva en el Derecho de sucesiones de los Estados miembros …" En efecto, el art. 6.1. DDP no armoniza "beneficiarios", pues únicamente indica que "los Estados miembros establecerán en beneficio del autor de una obra de arte original un derecho de participación definido como un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor".

Así las cosas, el punto de partida es la constatación de que el contenido de la DDP no permite considerar que el legislador de la Unión haya querido excluir la aplicación de las reglas que rigen la coordinación entre los diferentes Derechos internos en materia sucesoria, en particular las que forman parte del Derecho internacional privado y están destinadas a resolver un conflicto de Leyes como el planteado en el litigio principal. Como indica expresamente en Considerando 34 DDP "nada de lo dispuesto por la Directiva 2001/84 permite considerar que el legislador de la Unión haya querido excluir la aplicación de las reglas que rigen la coordinación entre los diferentes Derechos internos en materia sucesoria, en particular las que forman parte del Derecho internacional privado y están destinadas a resolver un conflicto de Leyes como el planteado en el litigio principal".

Consiguientemente, la Sentencia no entra en el análisis del concepto de derechohabiente, teniendo en cuenta los objetivos de la DDP dice que los Estados

miembros pueden decidir así qué sujetos resultan beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor.

Los dos objetivos de la DDP, anteriormente citados, son: remunerar a los autores y garantizar la competencia en el mercado interior no se ven afectados por el hecho de permitir que cada Estado miembro determine las categorías de personas que pueden disfrutar del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de una obra de arte.

VII. OBRA Y AUTORÍA.

1. Obra protegida.

El concepto de "obra" que contempla el conjunto las disposiciones comunitarias constituye, tal como resulta de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme y que supone la concurrencia de dos elementos acumulativos: identificación de la obra y originalidad[59].

Para el derecho de autor, en consecuencia, la obra implica la existencia de un objeto original, en el sentido de que el mismo sea una creación intelectual propia de su autor y, asimismo, la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual debidamente identificada.

El art. 10. 1 LPI proporciona un margen amplio en lo concerniente a la forma de exteriorización, pues exige que las obras estén expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Al no señalar medios concretos el precepto deja abierta la posibilidad a cualquier técnica que permita la expresión y eventualmente -no obligatoriamente- la fijación de una obra.

Pero, indiscutiblemente, la originalidad es la piedra angular del sistema. Bajo el influjo del concepto comunitario autónomo de obra y de su desarrollo por el TJUE, los tribunales españoles se han inclinado por alejarse del criterio más objetivo de la novedad absoluta propio otros regímenes de exclusividad, para acoger una visión subjetiva, en el sentido de que se trata de la impronta personal de cada autor que crea una obra distinta de las demás, criterio matizado, en

59 *Vid.*, particularmente, los casos: Infopaq (STJUE 17 julio 2009, Asunto C-5/08, ECLI:EU:C:2009); Painer (STJUE 1 septiembre 2011, Asunto C-145/2010, ECLI:EU:C:2011; Land Nordrhein-Westfalen (STJUE 7 agosto 2018, Asunto C-161/17, ECLI: ECLI:EU:C:2018:634); y Cofemel (STJUE 12 septiembre 2019. Asunto C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721).

todo caso, con la exigencia de una altura creativa suficiente, aunque sea mínima[60], aspecto indiscutiblemente objetivo.

2. El autor: la atribución de la autoría.

En lo que a la persona física interesa, el art. 1 LPI determina que "la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación", de tal manera que, basta únicamente la creación una obra original para ser considerado autor, sin necesidad de ningún requisito formal de protección como, por ejemplo, la inscripción registral[61]. En ese mismo sentido, el articulo 5.1 LPI "considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica" y se regula una presunción de autoría en los siguientes términos: "se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique" (articulo 6.1 LPI)[62]. Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad (articulo 6.1 LPI).

Con estos mimbres, cuando el titular originario de la creación decide explotarla directamente o ceder sus derechos de explotación de forma más o menos amplia, a través de la acción intermediaria de las industrias creativas (editores, productores, galeristas, etc.) la prueba de la condición de autor se va consolidando y, a los efectos del tema estudiado, se facilita la posterior identificación de los objetos en la composición de la masa hereditaria. Aunque también es cierto que se complica la delimitación de los derechos correspondientes a los herederos o legatarios, pues será necesario tener en cuenta los derechos de los terceros que pueden convivir sobre el mismo objeto, particularmente, los cesionarios en exclusiva, los titulares derivativos, los titulares de otros derechos de propiedad intelectual (artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de las grabaciones audiovisuales) y el propietario del objeto que incorpora la creación intelectual[63].

60 SSTS 9 diciembre 2010 (RJ 2011, 1407), 5 abril 2011 (RJ 2011, 3146) y 2 febrero 2017 (RJ 2017, 454), entre otras.

61 La inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual se caracteriza por su voluntariedad y su carácter no constitutivo. Cfr. arts.143 y 144 LPI, así como el Real Decreto 611/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual.

62 Presunción de apariencia aplicada subsidiariamente a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en la LPI, en virtud de la aplicación del art. 132 LPI.

63 Cabe recordar la regla de compatibilidad de derechos del art. 3 LPI: "Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual. 2.º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. 3.º Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley".

De igual modo, afecta la posición de los herederos y legatarios la pluralidad de creadores. Debemos estar al régimen establecido en los arts.7 a 9 LPI, para conocer el alcance de los derechos que corresponden a cada interviniente en el proceso creativo y que será los que correspondan a sus respectivos herederos.

3. Paco de Lucía y los "Silbadores"[64].

La SJMerc de Madrid, de 3 de marzo de 2013[65] saltó a la prensa por exponer una práctica ilícita y al margen de cualquier encaje ético consistente en la atribución fraudulenta de la coautoría de obras musicales por parte de las personas que transcribían las creaciones musicales a partituras, en el registro de obras que lleva SGAE, a los efectos de la gestión del repertorio de obras de sus socios.

La demanda interpuesta por los herederos del ilustre guitarrista Francisco Sánchez Gomes (Paco de Lucía) contra los herederos del productor musical José Torregrosa Alcaraz que figuraba como coautor de varias piezas musicales, suplicaba se declarase la autoría única (el 100%) de la titularidad de obras, incluida la mundialmente reconocida "Entre dos Aguas", la nulidad del registro que consta en SGAE, así como el reconocimiento de la vulneración del derecho moral de autor; y, como consecuencia de esas declaraciones, la prohibición de la mención del productor como coautor, el cese de la explotación por parte de los demandados de las obras mencionadas, el reintegro de las cantidades indebidamente recibidas y la modificación de las fichas de reparto, así como de la inscripción, en el registro de SGAE.

La mecánica descrita por los demandantes se refiere a que el Sr. Torregrosa «fue productor musical de la compañía discográfica Philips, donde se grabaron los primeros discos de Paco de Lucía; al carecer éste último del conocimiento técnico suficiente para realizar las partituras, como era habitual en el género flamenco, el Sr. Torregrosa se ofreció a transcribir las partituras y efectuar el registro en SGAE; ésta era una práctica habitual en la época, así como que muchos de los músicos que hacían esta labor, conocidos como silbadores, al registrar las obras inscribían un porcentaje de la autoría de la misma a su favor; el Sr. Torregrosa aprovechó esta circunstancia para figurar en el registro de cerca de cuarenta obras musicales de Paco de Lucía como coautor de las mismas, en particular en la composición mundialmente conocida de ENTRE DOS AGUAS, en la que aparece como coautor en un porcentaje del 50%". Como prueba, aportaron un informe de un ilustre flamencólogo y guitarrista, Faustino Nuñez que «relata las malas prácticas

64 Sobre el deslinde -no siempre sencillo- de las figuras del interprete ejecutante, del compositor y del productor musical, *vid*. la SAP Madrid 29 de septiembre de 2017 (AC 2017, 1347).

65 JUR 2023, 159167.

habidas en los registros de canciones en la Sgae a través de los conocidos como "silbadores", a las que hace referencia la demanda»[66].

Era muy frecuente en el mundo del flamenco que los músicos compositores que, por lo general, no tenían formación musical, se sirviesen de "silbadores" que transcribían las piezas musicales en partituras para después inscribirlas en el registro de la entidad de gestión, atribuyéndose, en ese momento, algún porcentaje de la creación.

En sí misma, la práctica no sería ilegal si, como puede ocurrir, el silbador aportase algún elemento creativo, a modo, por ejemplo, de arreglo. Ocurre que, como reconocen, en la actualidad, muchos de los implicados en esas acciones propias de la industria de los años 60 a 90 del siglo XX, principalmente en lo referido a las composiciones flamencas, la transcripción al lenguaje musical no incorporaba ningún elemento creativo y era frecuente que los autores desconociesen que en las fichas de reparto no aparecían como autores únicos sino como coautores de las composiciones musicales.

De todos modos, parece muy acertada la apreciación del Juez del caso, cuando analiza el informe pericial y destaca que, de entrada, "un examen adecuado del informe pericial debe obviar en un primer momento este relato, a fin de evitar una asociación automática entre aquellas malas prácticas y la actuación del demandado en la inscripción de las obras de autos, mediante la creación de un prejuicio que, sin mayor motivación en el caso concreto, se atribuya a dicha actuación".

En efecto, el concienzudo análisis probatorio se ha centrado en determinar si hubo participación significativa del "silbador" como arreglista en todas o algunas de las obras y en precisar el valor probatorio de la inscripción en el registro de la SGAE.

El fallo aceptó todos los extremos de la demanda y:

1.º Declara que don Francisco Sánchez Gómez, Paco de Lucía, es el único autor de las siguientes obras musicales: GITANOS TRIANEROS, EL TAJO, JEREZANA, LLANTO A CÁDIZ, PUNTA UMBRÍA, RECUERDO A PATIÑO, VIVA LA UNION, EN LA CALETA, LLORA LA SEGUIRIYA, ABRIL EN SEVILLA, AL CONQUERO, QUE VIENE EL COCO, EL VITO, FUENTE NUEVA, PLAZUELA, RUMBA IMPROVISADA, SERRANÍA DE MÁLAGA, TEMAS DEL PUEBLO, BARRIO DE LA VIÑA, CANASTERA, CUANDO CANTA EL GALLO, DE MADRUGÁ, DOBLAN CAMPANAS, PUNTA DEL FARO, FAROLILLO DE FERIA,

66 Además de esta prueba pericial se aportaron otros medios de prueba por la parte demandante, que demostraron la manipulación posterior a la inscripción en la entidad, de los porcentajes y de las firmas en las fichas de registro.

FARRUCA DE LUCÍA, TIENTOS DEL MENTIDERO, PERCUSIÓN FLAMENCA, LA GUITARRA FLAMENCA Y ORQUESTA DE PACO DE LUCÍA, FUENTE Y CAUDAL, LOS PINARES, PLAZA DE SAN JUAN, REFLEJO DE LUNA, SOLERA, AIRES CHOQUEROS, CEPA ANDALUZA y ENTRE DOS AGUAS.

2.ª Declara que hubo vulneración del derecho moral del autor y fija, en concepto de indemnización por daño moral, la indemnización de 10.000 euros[67].

3.º Prohíbe a la parte demandada realizar cualquier mención coautoría y condena al cese de cualquier explotación que pudiera estar realizando de las obras en litigio.

4.ºCondena a la parte demandada a reintegrar a la parte demandante las cantidades que han sido percibidas en virtud de la explotación de las referidas obras musicales, debiendo fijarse dicha cantidad en ejecución de sentencia en atención a la certificación que aporte al efecto SGAE. Estas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de las respectivas liquidaciones.

5.º Desestima la declaración de nulidad de los registros de las anteriores obras en el Registro de obras de la SGAE[68].

6º. Una vez sea firme esta resolución, deberá dirigirse mandamiento a la SGAE a fin de que se modifiquen los referidos registros en el sentido establecido en esta sentencia.

7.º Impone las costas procesales, de forma solidaria, a las demandadas.

En el camino hacia esas conclusiones, se ha tenido en cuenta que el registro que las entidades de gestión manejan para la correcta administración de los derechos de propiedad intelectual de sus socios -tanto para los derechos de gestión colectiva obligatoria como para aquellos que no lo son- en ningún caso establece una presunción de autoría. Es un medio de prueba más, en el caso de que se ponga en entredicho la autoría de una obra que se presume de la persona que figura como tal en la publicación y/o divulgación de la misma ex art. 6.1 LPI.

Para el análisis probatorio de la posible condición de arreglista del Sr. Torregrosa se apoya en la doctrina del TJUE sobre objeto del derecho de autor y en aquella

67 Rebaja la pretensión inicial de la parte actora de 100.000 euros, pues considera que la ocultación de la paternidad del ilustre guitarrista no fue total y "el daño moral causado por la falta de reconocimiento de una obra a quien disfruta de importante reconocimiento público no puede valorarse en mayor medida que el mismo daño causado a quien no goce del mismo".

68 El fundamento de la decisión en este aspecto es que, establecida la condición de autor de Paco de Lucia, "no cabe considerar el registro de la como una declaración de voluntad que cree derechos, y que, en consecuencia, sea necesaria una resolución judicial que anule la misma a fin de que no produzca efectos".

contenida en el Tribunal Supremo relativa a la originalidad de las obras derivadas[69], para concluir que "El informe pericial aportado por la demandante manifiesta claramente, como ya se ha recogido, que los arreglos que se aprecian en las obras citadas más arriba suponen un mero acompañamiento que no aporta ningún motivo a las mismas. No existiendo otra prueba pericial musical que permita ser contrastada con la anterior aseveración, de esta hay que deducir que no puede colegirse de los arreglos en cuestión originalidad alguna en el sentido del art. 10 LPI, lo que impide que puedan atribuirse a su autor los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el art. 11 LPI, según se ha dicho".

En suma, entiende que su participación no afectó al proceso creativo, pues se ha limitado "en algunos casos a la introducción de arreglos que no suponen la creación de una obra derivada, y en todos los casos a la transcripción de la obra a una partitura y a su posterior inscripción en el repertorio de la Sgae", razón por la cual concluye que Paco de Lucía es el único autor, a los efectos del art. 5 LPI, de las obras señaladas.

69 Cita la STS 18 diciembre 2012, según la cual no todo tipo de arreglo da lugar al derecho reconocido en el art. 11 LPI para las obras derivadas, pues "no cualquier arreglo musical puede considerarse una obra derivada susceptible de generar derechos de propiedad intelectual (...) para que un arreglo musical pueda considerarse una obra derivada debe suponer una aportación creativa que reúna suficiente originalidad. Esta originalidad puede afectar, respecto de la obra originaria, al elemento melódico o a otros aspectos como los armónicos, rítmicos, de instrumentación, etc. ...".

BIBLIOGRAFÍA

Arias Maiz, V.: "Aspectos de derecho transitorio sobre duración de la propiedad intelectual", en VV.AA.: *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público* (coord. por C. Rogel Vide), Madrid, 2005, pp. 117-164.

Baltar Tojo, J.: "Castelao y la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879: Un curioso incidente legal", *Boletín de la ANABAD*, 1979, pp. 95-105.

Minero Alejandre, G.: "Transmisión mortis causa", en VV.AA.: *Manual de Propiedad Intelectual*, (coord. por R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 252-255.

Bercovitz Rodríguez-cano, R.: "Artículo 42", AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 859-861.

Cámara Águila, M.ª P.: *El derecho moral del autor (Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Granada, Comares, 1998.

Casas Vallés, R.: "Artículo 24 [Derogado]: Ley 3/2008", AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 469-513.

Díaz Amunárriz, C.: *La gestión de las galerías de* arte, AECID, Madrid, 2016.

Díez Soto, C.M.: "Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2017), vol. 9, núm. 2, pp. 209-254.

Espín Alba, I.: "La transmisión mortis causa del derecho de participación en la reventa de obras de arte plásticas", en AA.VV.: *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, pp. 433-450.

Fuentes Ramos, J.: "El derecho de participación", en VV.AA.: E. *Propiedad Intelectual 2021* (coord. por E. Ortega Burgos). Tirant lo Blanch, 2021, pp. 133-152.

Madriñán Vázquez, M.: *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, Reus, Madrid, 2015.

Galicia Aizpurua, G. H.: "Negocios en fraude de legítima y reducción de donaciones inoficiosas (a propósito del caso Cela)", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm.. 6, 2015, pp. 99-113.

Magariños Blanco, V.: *Libertad para ordenar la sucesión: libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2022.

Martínez Espín, P.: "Artículo 14", AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 227-256.

Moretón Sanz, F.: "La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio online sobre voluntades digitales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, 2023, pp. 1797-1831.

Moretón Sanz, F.: "La transmisión mortis causa de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, pp. 1151-1174.

Ortega Doménech, J.: "El resurgimiento europeo del droit de suite o derecho de participación en la reventa de obra plástica", *Anuario de la Propiedad Intelectual*, 2001, pp. 253-334.

Pérez Vallejo, A.Mª., Vivas Tesón, I.: *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Vicente Domingo, E.: *El Droit de Suite de los artistas plásticos*, Reus, Madrid, 2007.

LA INTERPRETACIÓN Y CALIFICACIÓN COMO MEJORA TÁCITA DE DISPOSICIONES "INTER VIVOS" Y "MORTIS CAUSA"

INTERPRETATION AND QUALIFICATION AS TACIT IMPROVEMENT OF "INTER VIVOS" AND "MORTIS CAUSA" DISPOSITIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 730-765

Antonia NIETO ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El propósito de este estudio consiste en tratar de demostrar la superación de la proscripción de las mejoras tácitas, con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico. La existencia de una mejora tácita a favor de hijos o descendientes puede inferirse, tanto de diferentes preceptos del Código civil, como de la interpretación de la voluntad del testador, o, en su caso, del donante. No en vano, la calificación como mejora de una donación o de una disposición testamentaria encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad. Se incorporará el "valor del cuidado" para tomar en consideración la posibilidad de entender que las mejoras se han efectuado en atención, precisamente, a los cuidados. Por lo demás, el recurso a la prueba extrínseca de la voluntad testamentaria puede desempeñar un papel inestimable en la averiguación de la voluntad de mejorar a algún hijo o nieto, cuando no resulte clara la voluntad testamentaria. En conclusión, se defiende el principio de la preeminencia absoluta de la voluntad del testador, ley de la sucesión (art. 675 CC), piedra angular de la interpretación testamentaria.

PALABRAS CLAVE: Sucesión testamentaria; donación; legítima; tercio de mejora; mejora tácita; interpretación del testamento; prueba extrínseca de la voluntad testamentaria; el valor del cuidado.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to try to demonstrate the overcoming of the proscription of tacit improvements, in general, in our legal system. The existence of a tacit improvement in favour of children or descendants can be inferred, both from different precepts of the Civil Code and from the interpretation of the will of the testator or, where applicable, of the donor. It is not in vain that the qualification of a donation or testamentary disposition as an improvement involves an interpretative phenomenon of the declaration of will. The "value of care" will be incorporated to take into account the possibility of understanding that the improvements have been made precisely because of care. Furthermore, recourse to extrinsic evidence of the testamentary will can play an invaluable role in ascertaining the will to improve a child or grandchild, when the testamentary will is not clear. In conclusion, the principle of the absolute pre-eminence of the testator's will, the law of succession (Art. 675 CC), the cornerstone of testamentary interpretation, is defended.*

KEY WORDS: *Testamentary succession; donation; legitimate; third of improvement; tacit improvement; interpretation of the will; extrinsic proof of the testamentary will; the value of care.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CALIFICACIÓN COMO MEJORA TÁCITA DE DISPOSICIONES "INTER VIVOS" Y "MORTIS CAUSA".- III. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS Y MEJORA TÁCITA: EL ALCANCE DE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.- IV. OTRAS POSIBLES MEJORAS TÁCITAS EN DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.- 1. Mejora tácita derivada de la desigualdad en las cuotas hereditarias.- 2. Mejora tácita en el caso de la desheredación injusta y posible mejora tácita en la preterición intencional.- 3. Mejoras tácitas por disposición del testador a través de los artículos 1056.2.º en relación con el artículo 1075 del Código civil.- V. EL PERTINENTE RECURSO A LOS MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNSECOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA PARA AVERIGUAR LA EXISTENCIA DE LA INTENCIÓN DE MEJORAR.- VI. RECAPITULACIÓN FINAL Y PROPUESTA "DE LEGE FERENDA".

I. INTRODUCCIÓN.

Normalmente, la atribución al legitimario hecha en calidad de mejora se ordena en testamento, por ejemplo, a título de legado (ex art. 828 CC)[1]; pero cabe caracterizar como mejora una liberalidad "inter vivos" (ex art. 825 CC)[2]. En efecto, el causante puede, a su arbitrio, realizar donaciones con carácter de mejora: es decir, satisfactorias de la legítima; pero, a la vez, imputables al tercio de mejora [3]. Donación en concepto de mejora, mejora por acto o instrumento "inter vivos", figura que puede calificarse de sucesoria, no en vano, su ubicación sistemática está en las normas que regulan la mejora, y en estrecha relación con los herederos forzosos y que, aunque se otorgue, como dice el artículo 825 CC "por contrato entre vivos", a la postre, se realiza, como señala el precepto "en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos"[4].

Pues bien, he considerado oportuna la incorporación a este trabajo, eminentemente centrado en el Derecho de sucesiones, del análisis de la donación

1 Uno de los supuestos resueltos más relevantes de disposición "mortis causa", con posibilidad de imputación al segundo tercio, de mejora, a favor de nietos, en concepto de herederos, viviendo su padre, fue el caso resuelto por la conocida STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432), que se analizará, a continuación; sin perjuicio de la relevante STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154), en que resultan mejorados varios nietos, viviendo sus padres legitimarios, a título de legado (ex art. 828 CC).

2 Destaca la STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395), calificada la donación como mejora e imputable a dicho tercio, aunque no se hubiese utilizado la palabra mejora, sentencia desarrollada en este epígrafe del trabajo.

3 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (5.ª ed.), Bosch, Barcelona, 1993, p. 374.

4 Ya que en el presente estudio se hará alguna incursión en el Derecho civil de Galicia, procede advertir que la Ley 2/2006, 14 junio, de Derecho civil de Galicia, si bien ha regulado los pactos de mejora (arts. 214 a 218), no contempla la existencia del tercio de mejora, sino que, constituyendo la legítima de los descendientes "la cuarta parte del haber hereditario líquido" (art. 243), restan nada más ni nada menos que tres cuartas partes, que el causante puede distribuir a su arbitrio, de suerte que puede utilizarlos para aventajar a algún hijo o descendiente, en detrimento de los demás, por ejemplo, en atención a los cuidados y a la asistencia que le hayan prestado los favorecidos.

• Antonia Nieto Alonso
Catedrática de Derecho Civil, Universidade de Santiago de Compostela. Correo electrónico: antonia.nieto@usc.es

en concepto de mejora (ex art. 825 CC) por estimar que aúna aspectos de particular interés para este estudio, por una parte, se trata de una figura idónea para canalizar la posibilidad de la mejora entre vivos y, por otra parte, no se ignora otro de los objetivos del trabajo, la interpretación de diferentes cláusulas y, como reconoció el Tribunal Supremo, en un fallo en el que precisamente se resolvió un supuesto de donación en concepto de mejora, para compensar los cuidados que el mejorado prestaba al mejorante, este tipo de donación encierra un verdadero "fenómeno interpretativo" —STS del pleno 536/2013, 29 julio—[5].

El propósito de este estudio consiste en tratar de demostrar la superación de la proscripción de las mejoras tácitas, con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico, para favorecer, sino una interpretación abrogatoria del artículo 825 CC, sí su interpretación flexible, incluso se hace una propuesta normativa "de lege ferenda" del referido precepto. Por consiguiente, a lo largo de los apartados que siguen, se parte del análisis del "statu quo" de la mejora tácita en el Código civil español, en particular, por medio de los artículos 825, 828 (inciso primero), con el claro rechazo a la posibilidad de mejoras tácitas y de los artículos 828 (inciso final) y 782.2, como supuestos excepcionales que admiten casos de mejora tácita. A continuación, se dedica un importante apartado a la posibilidad de admitir mejoras tácitas por medio de las sustituciones testamentarias, no solo por la vía del ya citado artículo 782.2 CC, en sede de sustitución fideicomisaria, sino también a través de una sustitución vulgar, en especial, en los casos de repudiación del llamado a la herencia y no únicamente a la legítima estricta —en cuyo caso sería de aplicación el art. 985.2.º CC—, sustitutos del repudiante, que, con toda probabilidad, serán los nietos del causante, a los que les corresponderá la cuota de mejora y, en su caso, la parte de libre disposición. A propósito de esta cuestión se analizarán diversas resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que aclaran la doctrina que sostiene al respecto, aun sin mencionar la existencia de mejoras tácitas.

No se descuidarán otros supuestos de los que se infiere la voluntad del causante de mejorar, casos positivizados por los artículos 814.1.º, 851, 1056.2 o 1075 del Código civil; pero también otros no previstos por el Código civil pero de los que se deduce claramente la intención del testador, o, en su caso, del donante, de mejorar, como la mejora tácita derivada de la desigualdad en las cuotas hereditarias —STS 18 junio 1982— o cuando queda patente la voluntad de mejorar al disponer la expresa dispensa de colación de la donación —STS 29 julio 2013—.

Por lo demás, se incorporará el "valor del cuidado" para tomar en consideración la posibilidad de entender que las mejoras se han efectuado en

5 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395).

atención, precisamente, a los cuidados. Para completar el trabajo, se estudiará la relevancia que puede alcanzar, cuando no existe declaración expresa de la voluntad de mejorar, el recurso a la prueba extrínseca —STS 18 junio 1982[6]; STS 29 julio 2013[7]—. El estudio concluye con una recapitulación final y una propuesta "de lege ferenda".

II. LA CALIFICACIÓN COMO MEJORA TÁCITA DE DISPOSICIONES "INTER VIVOS" Y *"MORTIS CAUSA"*.

Con inusitada frecuencia llegan a la Sala Primera del Tribunal Supremo casos que plantean como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, que requieren una precisa interpretación de la declaración de voluntad de mejorar, bien, mediante el cauce de una disposición "mortis cusa", por ejemplo, por vía de institución o a título de legado (art. 828 CC), o bien, por medio de la donación "inter vivos" (art. 825 CC), cuestiones que en el orden del Derecho sucesorio alcanzan tanto a la propia calificación como mejora de la institución, del legado o de la donación efectuados, como a la operación de la correspondiente imputación al segundo tercio de mejora y, en su caso, a su posible reducción.

Una cuestión clásica que se plantea en nuestro Derecho de sucesiones es la de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición, aunque no se emplee el verbo "mejorar" o el sustantivo "mejora", ya que de una lectura superficial y aislada del artículo 825 CC parece inferirse que nuestra ley sustantiva civil proscribe las denominadas "mejoras tácitas", al disponer que "Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar". Tal opción supone un cambio en nuestra Codificación respecto de lo dispuesto por el Derecho castellano en la Ley 26 de Toro[8].

El Proyecto de Código civil de García Goyena de 1851 desdobla el régimen, según se trate de disposiciones "inter vivos" o "mortis causa" realizadas a favor de los hijos o descendientes; para las primeras, el artículo 657 del Proyecto disponía que "Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no

6 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

7 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395).

8 La Ley 26 de Toro fue entendida en el sentido de que si el padre o la madre, por cualquier acto de última voluntad o por algún contrato entre vivos, hicieren donación a alguno de sus hijos o descendientes, se entienda que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, aunque no lo digan. De esta ley arranca la doctrina de la que se había de denominar mejora tácita. Sobre esta cuestión, *cfr.*, Otero Varela, A.: "La Mejora", *Anuario de Historia del Derecho Español*, número 33, 1963, pp. 5-132.

ha declarado formalmente su voluntad de mejorar […]", precepto que, en palabras de García Goyena, "da en tierra con la ley 26 de Toro"[9]; para las segundas, el artículo 659, dispone que "Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado", para García Goyena, en este precepto "milita la presunción contraria que en la donación del 657"[10].

Paralelamente, en el Código civil, mientras que, como se ha visto, el artículo 825 exige para la condición de mejora de la donación "inter vivos" la declaración expresa de la voluntad del donante en tal sentido, el artículo 828 CC, prevé el mismo efecto para el legado, alternativamente: cuando el testador lo declare expresamente o cuando no quepa en la parte libre[11]. Esta última referencia, no caber en la parte libre, no se encuentra en el artículo 825 CC, relativo a la donación. Ahora bien, convengo con las atinadas consideraciones de Roca Sastre, cuando observa que cuando los padres han otorgado una donación a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, excluyéndola de la imputación a la legítima —o lo que es lo mismo, disponiendo que la misma no se colaciona cuando el donatario sea coheredero—, entonces, dicha donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, porque aunque el artículo 825 CC no contenga las palabras del artículo 828 CC "o cuando no quepa en la parte libre", considera el autor que, "por analogía, ha de entenderse como si dicho art. 825 las contuviere, […]. Evidentemente, al disponerse la no imputación o la no colación hay que pensar que la voluntad de los padres fue que el donatario recibiera la donación además o aparte de la legítima"; por eso, al referirse a la imputación de tal donación o, en su caso del legado (ex arts. 825 y 828 CC), concluye que "Cuando sea imputable a la legítima el legado o donación otorgada por los padres a alguno de sus hijos o descendientes, si el legado o donación excediere del valor de la cuota legitimaria del legatario o donatario, tal exceso del legado o donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre"[12].

En esa línea se pronuncia Albaladejo, al defender el mantenimiento de la donación a costa, y por este orden, de los tercios de legítima, libre disposición

9 García Goyena, F.: "Comentario al artículo 657 del Proyecto de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Editorial Cometa, Zaragoza, 1974, p. 355.

10 García Goyena, F.: "Comentario al artículo 659 del Proyecto de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 356. Por otra parte, disponía el artículo 660 del Proyecto de García Goyena que "Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos". *Cfr.*, García Goyena, F.: "Comentario al artículo 654 del Proyecto de Código civil de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 356.

11 A tenor del artículo 828 CC "La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre".

12 Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, en Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martin: *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976, § 14, pp. 174 y 175.

y mejora: "Lo cual […] supone admitir, si es preciso, el carácter de mejora de la donación". Concluye el profesor Albaladejo que la no reducción, sino pago con la mejora, de la donación que desbordase la legítima y tercio libre "se apoya sin duda en que reducidas no pueden serlo sino las donaciones inoficiosas (art. 654 CC), y como no son inoficiosas sino las que el donante hubiese hecho dando más de aquello que pueda dar por testamento (art. 636), no será inoficiosa la donación […]"[13].

Por otra parte, Lacruz Berdejo justifica el diferente tratamiento que el Código civil otorga a la donación y al legado, al referirse al fundamento de la distinción entre los artículos 825 y 828 CC y afirmar que "La distinción entre la obligación de declarar expresamente la mejora del art. 825 y la imputación residual en ella del art. 828 tiene fundamento claro. Si se admitieran las mejoras tácitas en las liberalidades "inter vivos", la determinación de lo imputable a la mejora tendría lugar, con relación a tales liberalidades, en el momento de fallecer el causante, de modo que, en ese instante, sin consideración a la intención del donante de desigualar o no cuando hizo la donación, nacerían mejoras involuntarias en perjuicio de los restantes legitimarios, e incluso en favor de terceros donatarios que se hallarían a salvo de la acción de reducción"[14].

Estimo que, en lugar de polemizar acerca de las mejoras tácitas, tal vez sea cuestión de no admitir mejoras presuntas y de no acudir a simples conjeturas acerca de la voluntad del causante; pero sin eliminar la posibilidad de mejoras tácitas, es decir, donaciones que en la "mens testatoris" se hacen con la voluntad de mejorar al donatario, incluso, aunque no se hubiera utilizado expresamente la palabra mejora. No en vano, Roca Sastre, a la vista fundamentalmente del artículo 825 CC, consideró que "este aserto de que el Código civil ha suprimido la mejora tácita no es cierto": "pues ello supone una confusión de lo tácito con lo presunto […]; únicamente cabe criticarlo [al Código civil] por no haberse expresado mejor, como lo hubiera hecho de limitarse a disponer que no se admitía la mejora presunta, esto es, aquella en que no apareciere evidente que el causante ha tenido la voluntad de mejorar. En efecto, lo que ha querido el Código en dichos arts. 825

13 Como aclara el autor, hecha una donación, a la muerte del donante debe mantenerse, en vez de reducirse, si cabe en la legítima estricta que corresponde al donatario + la parte libre del causante + el tercio destinado a mejora, por ese orden: "De modo que, aunque no se hubiese especificado ser mejora la donación o esto no se deduzca de la declaración del donante, será mejora la tal donación por la parte que tenga que ser imputada al tercio de mejora". Albaladejo, M.: *La Mejora*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 160-194, en especial, pp. 160, 190 y 191.

14 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, cit., pp. 378 y 379. Lacruz se decanta así por la pertinencia del carácter expreso de la donación. También, Fuenmayor defiende de forma contundente en su trabajo que la mejora debe constituirse de forma expresa ("passim"). Autor que ya al inicio de su trabajo se refiere a la mejora como institución "rica en matices, pletórica de tradición jurídica, señera en su disciplina y desconcertante en sus múltiples aplicaciones a la vida real". Fuenmayor Champín, A. De: "La mejora en el sistema sucesorio español" —Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra el día 18 de abril de 1944 en la Semana jurídica española—, *Boletim da Facultade de Direito de Coimbra*, vol. XXII, 1946, pp. 247-284.

y 828 es acabar con el sistema de conjeturas en favor de la existencia de la mejora, a cuyo sistema estaban tan aficionados los autores de Derecho intermedio, pero no abolir la mejora tácita, que como la expresa revelan sin duda alguna la voluntad de mejorar"[15].

También se ocupa de diferenciar mejora tácita de presunta y de no hacerlas equivalentes Vallet de Goytisolo, que, después de concretar que las mejoras tácitas son aquellas que se disponen, o se entienden dispuestas, sin que se haya utilizado en su otorgamiento la palabra "mejora" ni el verbo "mejorar", concluye que no es siempre exacto que la mejora tácita suponga una presunción: "No toda mejora tácita es una mejora presunta. Para que la mejora se repute tácita basta con que al ordenarla no se use el verbo mejorar o el sustantivo mejora, y así se conceptúa, aunque su existencia derive claramente de una voluntad expresa del causante"[16].

En fin, el Código civil apuesta por la exigencia de que la voluntad de mejorar sea expresada por el causante (art. 825 y art. 828 [primer inciso del precepto]), con todo el Código civil admite dos casos evidentes de mejora tácita, a saber: el primero, previsto por el inciso final del artículo 828 CC: sería mejora tácita la parte del legado que "no quepa en la parte libre", el segundo supuesto, el de las sustituciones fideicomisarias que graven el tercio de mejora (ex art. 782.2.º CC), ya que cuando en conformidad con esta norma, los padres graven el tercio de mejora, atribuido a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, con un gravamen de sustitución fideicomisaria a favor de otro hijo o descendiente legitimario o de un nieto o descendiente no legitimario, como reconoce Roca Sastre, el llamamiento fideicomisario es mejora: "La voluntad de mejorar resulta aquí precisamente de la circunstancia de tratarse de un gravamen sobre la mejora"[17].

El fallo seguramente más significativo en el que el Tribunal Supremo, en interpretación de los artículos 825 y 828 CC, huye de forma contundente del rango sacramental que las citadas normas conceden a las expresiones "mejora" y "mejorar", y con relación a disposiciones "mortis causa", y la posibilidad de

15 Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 173 y 174.

16 Vallet de Goytisolo, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición" —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 24 de enero de 1950—, *AAMN*, t. VIII, 1954, pp. 5 y ss., en especial, pp. 16 y 21.

17 Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175. A pesar del carácter excepcional del citado artículo 782.2.º CC, puede observarse la intención del legislador en las sustituciones fideicomisarias, de que sean expresas, como disponen los artículos (arts. 783.1.º y 785.1.º CC), eliminando de las sustituciones el sistema de conjeturas ya que, como dijo la RDGRN 8 mayo 1924 (Anuario de la *DGRN* de 1924, pp. 194-201): "[…] un sistema de conjeturas que se estrella contra las disposiciones del Código civil, cuyo artículo 783 exige para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria que sean expresos, así como el 785 en su número 1.º […]"; también, con relación a la institución de los hijos puestos en condición y con rechazo del sistema de conjeturas, se pronuncia la STS 22 diciembre 1933 (JC 1933, t. 211, n.º 701).

imputar al segundo tercio, de mejora, lo dejado en testamento, fue la STS 18 junio 1982[18], en el caso enjuiciado, el problema sustancial al que el recurso de casación se contrae es el de la eficacia del testamento otorgado ante notario y de la partición que la testadora verifica, con específica atribución de bienes a cada uno de sus herederos, su hijo y los dos hijos de este, nietos de la testadora[19], a los que instituye herederos por partes iguales[20]. Pues bien, se produce la discordancia entre los contendientes: el hijo heredero, como demandante y los nietos como demandados, al entender el primero que ha sido prácticamente desheredado al no concedérsele por el testador más que un tercio de legítima, no obstante ser el único heredero forzoso al que por ministerio de la ley han de corresponderle los dos tercios de la herencia, habida cuenta de que, además, gran parte de los bienes que la testadora le adjudica, en la partición verificada en el testamento, han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha de su fallecimiento, por lo que, aparte de otros pedimentos, el demandante solicita se declarase a su favor la propiedad de un chalet, finca y solar, que la testadora atribuía al demandante y que habían sido enajenados antes de la muerte de la causante. A mayor abundamiento, para que pueda averiguarse más nítidamente la voluntad de la testadora, cumple observar cómo en el caso enjuiciado, existe un precedente comprobado y perfectamente admitido por las partes contendientes, el testamento otorgado por la causante, en 1963, en el

18 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

19 Como es sabido, doctrina y jurisprudencia admiten la posibilidad de mejorar a los nietos viviendo los hijos legitimarios. En este caso, los nietos no son legitimarios, sino destinatarios de bienes en concepto de mejora. Luego, la llamada legítima estricta debe ir destinada necesariamente a descendientes que tengan la condición de legitimarios, por eso, cuando la donación se haya realizado a un descendiente no legitimario (por ejemplo, a un nieto en vida de sus padres), deberá imputarse al tercio libre si el testador no declaró su voluntad de mejorarlo. Pero si se hizo expresa o tácitamente con carácter de mejora deberá imputarse a este tercio (nunca al de legítima estricta, a la que no tiene derecho). El exceso, en su caso, podrá imputarse a la parte libre. Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 825 del Código civil", en Domínguez Luelmo, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 944 y 945. Sobre la mejora del nieto viviendo sus padres, vid.: RDGRN 15 junio 1898 (JC 1898, 84, número 114, pp. 519 y ss.) y STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154). Entre la doctrina, afirmando la posibilidad de mejorar al nieto en vida de sus padres, *cfr.*, Albaladejo, M.: *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 95 y ss. García-Granero, al estudiar la mejora del nieto viviendo los padres, concluye preguntándose atinadamente: "¿Cómo calificar de legítima el tercio segundo si pueden ser mejoradas personas que no son legitimarios?". García-Granero, J.: "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", *Revista de Derecho Privado*, número 391, 1949, pp. 811-813.

20 Con relación a la posibilidad de mejorar a los nietos, viviendo sus padres legitimarios, probablemente, el caso más conocido es el resuelto por la STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154), con apelación, además, al artículo 828 CC. En el caso de autos y en atención a la averiguación de la voluntad del testador: no habría duda de que aquel quiso mejorar a sus ocho nietos, pese a no ser legitimarios, pues les legó bienes disponiendo, de modo expreso, que los legados recaerían en los tercios de mejora y libre disposición (art. 828 CC): "Y no cabe negar al legado la condición de título apto para mejorar (art. 828 CC)". El Tribunal Supremo interpreta el artículo 823 del Código Civil en el sentido de admitir la posibilidad de que el abuelo mejore al nieto pese a vivir el hijo y, por lo tanto, pese a no ser el mejorado legitimario de primer grado y, por ende, con derecho a reclamar legítima (FD Cuarto). Recuérdese que también se señala por la doctrina en apoyo de tal posibilidad, el conocido rechazo de la tesis contraria al redactarse el artículo 654 del Proyecto de Código Civil de 1851, posible precedente del artículo 823 CC. Aprecia García Goyena, al comentar la norma, que su fundamento está en "poderosas consideraciones de equidad; un abuelo tierno y solícito ha de tener algún medio para proveer á la suerte de sus nietos harto desgraciados con tener un padre disipador, y que por esto solo no puede ser desheredado". García Goyena, F.: "Comentario al artículo 654 del Proyecto de Código civil de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, pp. 353-355.

que instituye "por su único y universal heredero de todos sus bienes a su hijo", testamento, que es expresamente revocado, en la cláusula undécima del otorgado en 1972, casi nueve años después, en cuya cláusula quinta, "instituye herederos, en la proporción que resulten serlo, según las adjudicaciones que hace más adelante, a su hijo y a sus nietos, con sustitución por sus respectivos descendientes legítimos", verificando la testadora la partición de sus bienes, en la cláusula siguiente, con concreta atribución a cada uno de los herederos instituidos, el primero como forzoso y los otros dos voluntarios, de los bienes que integran su herencia[21].

A la vista de los antecedentes descritos, la STS 18 junio 1982, aprovecha este fallo para fijar una doctrina en torno a la comprensión de la denominada "mejora tácita". No en vano, a lo largo de la sentencia, además de traer a colación lo dispuesto por los artículos 825 y 828 CC, se hace alusión, en diversas ocasiones, a la "mejora implícita" o bien "mejora tácita", al entender que, lo realmente querido por la testadora fue circunscribir los derechos hereditarios/legitimarios de su hijo a la legítima estricta, al tiempo que disponía a favor de sus nietos del segundo tercio de mejora[22]. En efecto, el Tribunal Supremo, aun reconociendo que el tercio de mejora está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos 825 y 828 CC, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, advierte: "sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que

21 Disposición testamentaria lo suficientemente clara y expresiva de que la voluntad de la testadora, era la de que sus bienes fueran distribuidos por terceras partes, entre su único hijo, y los dos hijos de éste y nietos de aquélla, declaración testamentaria que viene también expresamente ratificada en la cláusula séptima al ordenar que el metálico existente en cuentas corrientes bancarias sea repartido "entre el hijo y nietos de la testadora, por terceras e iguales partes", manifestación distributiva que reitera en la cláusula décima, al ordenar la venta de un solar y "que su importe sea repartido por terceras e iguales partes" entre sus citados hijo y nietos (Considerando Cuarto).

22 Recuerda el Tribunal Supremo, con fundamento en los artículos 808 y 823 CC, que, "en tales supuestos, la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; […]" (Considerando Tercero).

no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora" (Considerando Tercero).

Así, concluye el Tribunal Supremo que la mentada disposición testamentaria obviamente viene a evidenciar la voluntad de la testadora, manifestada, al dejar sin efecto un testamento anterior designando heredero universal de sus bienes, y atribuir en el último válidamente otorgado, la condición de herederos por terceras partes iguales a los aquí contendientes padre e hijos: "presupone una clara voluntad expresa de distribuir igualitariamente su haber, institución que, al implicar una voluntad de mejorar expresa, dable dentro de sus facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, el tercio señalado en el artículo 808 del Código Civil, voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión y que ha de ser mantenida, de acuerdo con el artículo 675 del mismo Código que marca el criterio interpretativo que ha de darse a las cláusulas testamentarias, […]" (Considerando Quinto).

Una disposición "inter vivos", con importantes connotaciones "mortis causa", en particular en el momento de la imputación al segundo tercio, es la donación en concepto de mejora (ex art. 825 CC), que puede articularse como vía idónea para reconocer la asistencia y los cuidados prestados por el donatario. Sin duda, el fallo del Tribunal Supremo que va a sentar doctrina definitivamente al respecto de la interpretación de unas donaciones para considerarlas hechas en concepto de mejora, fue la STS del Pleno 536/2013, 29 julio[23]. Seguramente, la donación en concepto de mejora se circunscribe en la mayoría de las ocasiones a la voluntad del donante de favorecer a aquel de sus hijos o descendientes que se han ocupado o se ocupan de su cuidado y asistencia, como ha ocurrido en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en esta STS 536/2013, uno de los fallos de análisis imprescindible cuando se trata de estudiar los posibles problemas interpretativos, habituales en la figura a la que me refiero. En el caso resuelto se plantea como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, la declaración de voluntad de mejorar mediante el cauce de la donación "inter vivos" y, precisamente, las testificales practicadas fueron coincidentes en que la causante "quería compensar a su hijo tanto por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona, como por el hecho de que a su hermano (padre del actor) se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria"[24].

23 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395). Las fincas objeto de la presente litis habían sido adjudicadas por el donante a favor de un hijo, por escritura de donación, con el carácter de no colacionable a su herencia. En la misma fecha, el donante otorgó testamento por el que dejaba y, en su caso mejoraba, al referido hijo con determinadas fincas. De igual forma, legaba y, en su caso, mejoraba, a su nieto con determinadas fincas. Salvo lo expuesto, instituía herederos por partes iguales a su hijo y a su nieto.

24 Como puede observarse, el donante tiene en cuenta, al ordenar la donación en concepto de mejora el hecho de que al hermano del mejorado se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria, cuyo hijo resultará ser el demandante, porque consideraba que se perjudicaba su legítima estricta, pretensión que, finalmente, se estima, en todas las instancias, por lo que se declaran inoficiosas las donaciones efectuadas por el causante a su hijo, a fin de que se efectúe la reducción; pero, se desestima la acción de

Esta STS del Pleno 536/2013, regresa, de nuevo, a la cuestión clásica de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición. Pues bien, el centro de gravedad de este fallo radica en la interpretación de la "voluntas testatoris", de hecho, el Tribunal Supremo, admite que fuera de este rango sacramental: "[…], la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad […]". Se sirve el Tribunal Supremo de este fallo para establecer los criterios según los que procedería la calificación como mejora de una donación, que son los siguientes: A) En primer lugar, la interpretación debe venir presidida por la regla o principio de la preponderancia de la voluntad del testador (STS 624/2012, 30 de octubre[25]). Criterio que comporta que, en determinados casos, el fenómeno interpretativo no deba circunscribirse sólo a la cuestión interpretativa del negocio "inter vivos" de la donación, sino que alcance a los hechos determinantes que configuraron la sucesión testamentaria del donante (por todas, STS 111/2013, 6 de marzo[26]). En el presente caso, conforme a la prevalencia del hecho particional del testador (artículo 1056 del Código Civil), se da una clara unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria, todas ellas realizadas en la misma fecha, de forma que el testador, ya mediante donaciones o legados, estos con expresa indicación de mejora, realiza una auténtica partición de todos sus bienes entre su hijo y su nieto. B) En segundo lugar, en el contexto interpretativo de la declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código Civil, claramente contrario a la admisión de la mejora "meramente presunta", debe señalarse que "la declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar", entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de colación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado. En el presente caso, los testimonios recogidos, particularmente los sustentados por los contadores partidores, fueron coincidentes en el propósito manifestado por el testador de querer mejorar el haber sucesorio de su hijo (FD Tercero).

De lo que no cabe la menor duda es que contribuye notablemente a la calificación de la donación como mejora el hecho de la existencia de una expresa dispensa de colación. No en vano, Vallet había declarado que "[…] las donaciones en concepto de mejora no se colacionan. […], las donaciones no colacionables son mejoras en sentido amplio y no existe inconveniente en que se imputen al tercio

nulidad de las donaciones al no mediar causa para ello. En sentido similar, en el caso resuelto por la SAP Madrid 13/2013, 21 diciembre (JUR 2013, 67994), se estimó la reducción de una donación inoficiosa de un inmueble —donación no colacionable—; pero se admite la imputación al tercio de mejora, como mejora tácita, agotado el de libre disposición de la donación efectuada a favor de un nieto no legitimario.

25 STS 30 octubre 2012 (RJ 2013, 2274).

26 STS 6 marzo 2013 (RJ 2013, 2585).

de mejora, en cuanto no quepan en el de libre disposición"[27]. En este sentido y de forma terminante, Roca Sastre declara que "Las donaciones en concepto de mejora no se colacionan. […], las donaciones no colacionables son mejoras en sentido amplio y no existe inconveniente en que se imputen al tercio de mejora, en cuanto no quepan en el de libre disposición"[28].

Esta doctrina elaborada por la STS del Pleno 536/2013, 29 julio[29], es reproducida por la STS 468/2019, 17 septiembre[30], aunque, en este último caso, no se consideró la donación efectuada por el testador a favor de un hijo, sin dispensa de colación, como tácita o presunta, que se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo, en el de mejora, para corresponder a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta, por no constar exteriorizada la voluntad del testador de mejorar al recurrente conforme al artículo 825 CC, ni el testamento contiene dispensa de colación; pero, que, al fin, parece asumir la citada doctrina de la STS del Pleno 536/2013, porque, como quiere aclarar el Tribunal, en esta STS 468/2019: "[…], en este caso, no concurre la identidad de razón entre los elementos fácticos y jurídicos de la precitada sentencia [STS 536/2013], con los que conforman el supuesto litigioso que enjuiciamos en este proceso; toda vez que, de la donación efectuada por el causante al demandado y de su testamento, no consta exteriorizada una voluntad de mejorar al recurrente. En efecto, la donación litigiosa no contiene dispensa de colación, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia fundamento del recurso formulado, ni existe unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria. Tampoco los mentados actos jurídicos del causante contienen una auténtica partición de sus bienes, ni contamos con testimonios integrativos de la voluntad del padre de los litigantes […]" (FD Tercero)[31].

27 Vallet de Goytisolo, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", cit., p. 113. El autor, en otro de sus trabajos, insiste en estas consideraciones, ya que a su juicio "[…] las donaciones en concepto de mejora no se colacionan […], es claro que ordenar que una donación tenga el carácter de mejora equivale a excluir su colación, ya que mejorado significa recibir o ser llamado a recibir una liberalidad, con exclusión de los demás descendientes. […]. No colacionar significa recibir además de lo que al heredero forzoso le corresponde por su institución de heredero […]". Vallet de Goytisolo, J. B.: "Donaciones, mejoras, dispensas de colación", en González Porras, J.M. y Méndez González, F.P. (coords.): *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 4907

28 Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor Kipp, cit., pp. 113 y 114.

29 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395).

30 STS 17 septiembre 2019 (RJ 2019, 3619).

31 Por otra parte, la STS 375/2019, 27 junio (RJ 2019, 2689) descartó la existencia de una mejora tácita y se estimó que en el caso de autos "las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como señala la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da". Se remite este fallo a la STS 502/2006, 29 de mayo (RJ 2006, 3343), cuando dispone que los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción. También, en esta STS 502/2006, se descartó la existencia de una mejora tácita ya que, según el Tribunal, en la escritura de donación no había rastro alguno de que la donante quisiera desigualar a sus hijas, favoreciendo a la

Por consiguiente, el centro de gravedad de este apartado del estudio radica en evidenciar la rigurosa exigencia del artículo 825 CC, que requiere para que se entienda que la donación se hace en concepto de mejora, una declaración de "manera expresa" en tal sentido, lo que se trata de rebatir a lo largo de este apartado del trabajo. Ante todo, se ha de atender a la voluntad del causante, aunque no la haya manifestado expresamente, y sea una voluntad tácita, no una simple conjetura o una presunción, ya que la ley de la sucesión es la voluntad del testador (art. 675.1.º CC) —también el art. 1281.2.º CC, hace prevalecer "la intención evidente" de los contratantes sobre sus palabras si fuesen contrarias a aquella—. Además, estimo que procede realizar una interpretación extensiva a la donación (art. 825 CC) de lo dispuesto en el artículo 828 CC, previsto para el legado, que permite que se repute mejora "cuando no quepa en la parte libre", cabría, pues una interpretación sistemática de estas dos disposiciones (ex art. 3.1 CC), no en vano, Roca Sastre ya había considerado que aunque el artículo 825 CC no contenga las palabras del artículo 828 CC "o cuando no quepa en la parte libre", considera el autor que, "por analogía, ha de entenderse como si dicho art. 825 las contuviere, […]"[32]. Por lo demás, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha encargado de modular el rigor, en especial, del artículo 825 CC, al huir de una interpretación literal del precepto[33].

Por otra parte, en un estudio de esta índole, no puede resultar baladí el reconocer que los cuidados y asistencia, en general, pueden ser el detonante para que un donante o un testador, decida mejorar a alguno de sus hijos o descendientes cuidadores. Como dispone el Preámbulo de la Ley 8/2021, 2 junio, de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: "[…] la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables […]",

donataria con una mejora: "Por ello, considerar que la donante mejoró a su hija por el hecho exclusivo de la donación no es admisible de acuerdo con el citado precepto [art. 825 CC], que exige no sólo voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora. En este caso falta por completo cualquier manifestación de esa última voluntad" (FD Primero). Solución que considera correcta Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 18/2007, pp. 453-461—; pero criticada por Mariño Pardo, cuya opinión comparto, a su juicio, en contra de lo que parece considerar el Tribunal Supremo, el hecho de que se optase por disimular la donación bajo la forma de una compraventa, que implicaría directamente la no computación de la donación disimulada: "muestra una evidente voluntad de favorecer a la hija donataria, mayor incluso que la que se traduciría de una donación con dispensa de colación". Mariño Pardo, F.: "¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013", *Iuris Prudente* (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral [http://www.iurisprudente.com/2015/04/puede-la-donacion-ser-imputable.html] —27 abril 2015— (en línea).

32 Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 174.

33 Sobre todo, como se ha visto, a partir de la STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432) y, en especial, en la STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395). Asume esa doctrina, aunque no la aplique al caso resuelto, por no darse identidad de razón, la STS 468/2019, 17septiembre (RJ 2019, 3619).

al tiempo que reconoce el "valor del cuidado" y lo considera como un "valor en alza en las sociedades democráticas" y, además, se dice que "Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta" (apartado III del Preámbulo). Pues bien, uno de los cauces más pertinentes para reconocer a las personas que prestan cuidados a las personas con discapacidad o bien a las personas más vulnerables, puede ser la mejora dispuesta a favor del cuidador o los cuidadores, generalmente, un familiar y, en concreto, un descendiente, hijos o nietos, que podrán ser favorecidos por disposiciones "inter vivos" (donación en concepto de mejora [ex art. 825 CC])[34]; o disposiciones "mortis causa", por medio de la institución de heredero (mejorando a alguno de los hijos o descendientes [ex art. 823 CC])[35]; o, en fin, por medio de un legado en concepto de mejora a favor de hijos o descendientes (ex art. 828 CC)[36]. Mejora que puede configurarse como tácita, en cuyo caso, puede resultar de excepcional valor el recurso a la prueba extrínseca para demostrar quiénes han sido las personas cuidadoras, por ejemplo, por medio de testificales practicadas (entre albaceas, vecinos o el entorno próximo)[37].

III. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS Y MEJORA TÁCITA: EL ALCANCE DE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

La mejora tácita también puede resultar de sustituciones hereditarias dispuestas por el testador, bien se trate de sustitución vulgar, bien de sustitución fideicomisaria. Como se inferirá de este epígrafe del trabajo, la interpretación de las disposiciones testamentarias será, en muchos casos, determinante para la calificación como mejora de la disposición.

Es posible gravar el tercio destinado a la mejora (o parte de este) con sustitución fideicomisaria en la que los fideicomisarios sean solo descendientes del testador —incluso aunque no sean legitimarios directos suyos por tener el testador hijos—[38]. Como observa Cámara Lapuente, esta excepción es una plasmación a menor escala de lo consagrado en los artículos 823 y 824 CC, que

34 STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395).

35 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

36 STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154).

37 En el caso resuelto por la STS 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395), aunque no se refiera a la prueba extrínseca expresamente, sí fue importante para enjuiciar un caso de mejora tácita, se recurrió, precisamente, a testigos que acreditaron los cuidados: "Las testificales practicadas fueron coincidentes en que el causante quería compensar a su hijo por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona" (FD Primero). Sobre estas cuestiones, puede confrontarse, Nieto Alonso, A.: "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad —El alcance de la interpretación de las disposiciones *mortis cau*sa con cláusulas favorecedoras de los cuidados—", *InDret*, 2023, número 3. Páginas: 217 a 272.

38 No es posible el gravamen sobre la mejora en favor de personas extrañas (STS 5 abril 1934 [RJ 1934, 739]).

permiten dejar directamente la mejora a descendientes de los legitimarios [mejora de nietos en vida de sus padres] y son posibles los gravámenes sobre la mejora a favor de los nietos viviendo los padres[39].

Es conocida la opinión de Roca Sastre cuando, al examinar distintos supuestos de mejoras tácitas, reconoce que cuando en conformidad con el artículo 782 CC[40], los padres gravan el tercio de mejora, atribuido a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, con un gravamen de sustitución fideicomisaria a favor de otro hijo o descendiente legitimario o de un nieto o descendiente no legitimario, el llamamiento fideicomisario es mejora: "La voluntad de mejorar resulta aquí precisamente de la circunstancia de tratarse de un gravamen sobre la mejora"[41].

Por otra parte, la mejora tácita, por la vía de la sustitución vulgar aúna el estudio de la posible existencia de dicho tipo de mejora con el alcance de la interpretación de las disposiciones testamentarias, como se verá.

La mejora tácita en beneficio de los nietos, por la vía de una sustitución vulgar, podría aparecer sin dificultad. Partimos de la siguiente distinción: en una primera hipótesis: herencia en la que uno o algunos hijos sean llamados a la legítima estricta y la repudian, aun habiéndoles designado sustitutos, no operará tal sustitución vulgar, sino que la legítima renunciada corresponderá por derecho propio al coheredero (colegitimario) que ha aceptado la herencia (por aplicación del artículo 985.2.º CC); sin embargo, segunda hipótesis: los sustitutos vulgares del llamado al resto de la herencia, que repudia, sustitutos que, con toda probabilidad, serán los nietos del causante, sí podrían, a la postre, resultar mejorados (mejora tácita), al corresponderles, ante la renuncia del instituido heredero, la cuota de mejora y, en su caso, la que corresponda a la libre disposición. Aunque el causante, en el testamento no hubiese manifestado expresamente su voluntad de mejorar a sus nietos (sustitutos vulgares) con la parte repudiada de los instituidos herederos. Tal sería el caso de instituir a uno de los herederos únicamente en la legítima estricta y a otro en el resto del caudal hereditario; pero, además, si el testador, al mismo tiempo, dispone que los dos herederos serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, resulta que si el heredero instituido en la legítima estricta renuncia, por aplicación del artículo 985.2 CC, el que había sido tácitamente mejorado [debido a la institución desigual del causante], además, percibirá "por derecho propio" la parte del que repudia, en aplicación del artículo 985.2 CC. Sin

39 Cámara Lapuente, S.: "Comentario al artículo 782 del Código civil", en De Pablo Contreras, P. (coord.), *Código Civil comentado*, vol. II (2.ª ed.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 714 y 715.

40 El artículo 782 CC, después de establecer en el apartado primero que "Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, […]", dispone en el párrafo segundo que "Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes".

41 Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175.

embargo, los sustitutos del o de los llamados al resto de la herencia, si repudian, sí se extiende la sustitución vulgar a los sustitutos designados por el testador, normalmente, sus nietos, y es en esta última hipótesis en la que puede interpretarse que el testador ha querido, aunque no lo hubiese manifestado expresamente, mejorar a los nietos, ya que la porción del renunciante se les atribuiría a tales sustitutos con cargo a la mejora y, en su caso, al tercio de libre disposición. De esta cuestión se ha ocupado López Frías, al analizar pormenorizadamente resoluciones de la Dirección General, sobre las consecuencias de la repudiación de la herencia y la sustitución vulgar, para concluir con la posibilidad de mejora tácita, considerando mejora de este tipo la aplicación de la sustitución en la parte de la cuota repudiada correspondiente al tercio de mejora cuando el repudiante fue instituido heredero sin más; para la autora, "atribuir dicha parte a los nietos del causante con cargo a la mejora implica entender que al instituirlos herederos por sustitución el causante ha querido mejorarlos, dejándoles todo lo que puedan recibir por no haberse asignado a otras personas, o sea, todo lo potencialmente disponible para ellos (parte libre y mejora)"[42].

Tal cuestión ha sido tratada reiteradamente por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de forma recurrente y aun sin referirse expresamente a la mejora tácita. Se ha tratado de supuestos en los que alguno de los legitimarios renuncia y la Dirección General distingue según que el renunciante fuese aquel al que se le atribuyó únicamente la legítima estricta o que se trate del instituido heredero sin más.

Defiende el Centro Directivo, en una de sus últimas resoluciones recaídas respecto de esta cuestión, la RDGSJFP 2508/2022, 18 enero[43], la siguiente doctrina: para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a esta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes: la legítima renunciada corresponderá por derecho propio al coheredero que ha aceptado (ex art. 985.2 CC) y concluye con que "Por lo tanto, debe entenderse que la sustitución vulgar en relación con un heredero forzoso sólo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, o bien cuando los designados sustitutos son los mismos colegitimarios del renunciante o legitimarios de otro grado. Así, cuando renuncia el único heredero forzoso y los designados sustitutos son sus hijos o, en caso de no tenerlos, sus ascendientes" (FD Segundo)[44].

42 López Frías, A.: "Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos", *Revista de Derecho civil*, vol. VI, Número 1 (enero-marzo, 2019), en particular, p. 144.

43 RDGSJFP 18 enero 2022 (RJ 2022, 1211).

44 Tal es la doctrina ya defendida por la RDGRN 11520/2014, 26 septiembre (RJ 2014, 5496); RDGRN 13148/2017, 23 octubre (RJ 2017, 5850) y RDGSJFP 7080/2020, 19 febrero (RJ 2020, 2571).

Ya lo había puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la STS 715/2003, 10 julio[45], cuando afirmó que "[…] la renuncia producida abierta la sucesión es válida y quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su estirpe y se incrementan las cuotas que, por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer. […]" (*cfr.*, el art. 985.2.º CC), para concluir con esta relevante argumentación "Tal desconocimiento por el legislador de la representación del repudiante resulta una fidelidad al principio "viventis non datur repraesentatio", pero quiebra en los supuestos de desheredación o de indignidad, lo que no ocurre con la renuncia del heredero, […]" (FD Segundo) [46].

Cabe resaltar, además, los siguientes argumentos de la Dirección General para fundamentar su doctrina, en particular destaca la última de las Resoluciones, la ya citada RDGSJFP 2508/2022: la admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia (o el legado) supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante, y, en tal sentido, dicho efecto quedaría sujeto a la interdicción de las disposiciones testamentarias que constituyan un gravamen o limitación de la legítima estricta (artículo 813, párrafo segundo, del Código Civil); para el Centro Directivo: "Renunciada la legítima, los hijos del renunciante no son legitimarios y su posición, tras renunciar su padre, se modifica en forma sustancial, pues pasan a ser unos herederos extraños a la legítima. Su posición con ello difiere notablemente de la posición de los hijos del legitimario premuerto, desheredado o incapaz por indignidad, supuestos en los que los hijos por estirpe, ya sea en la vía testada o intestada, ocupan en cuanto a la legítima estricta la posición de su progenitor (artículos 814, 857 y 761 del Código Civil), y la renuncia extingue la legítima sobre la estirpe, lo que resulta del citado artículo 985, párrafo segundo, del Código Civil –"si la parte repudiada fuere la legítima sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer"—" (FD 2).

45 STS 10 julio 2003 (RJ 2003, 4628). *Cfr.*, además, la SAP Las Palmas (Sección 5.ª) 114/2007, 29 marzo (JUR 2007, 147909).

46 Como recuerda la RDGSJFP 7080/2020, 19 febrero (RJ 2020, 2571): "Siendo la legítima en Derecho común una "pars bonorum" cuya atribución individual a los legitimarios viene determinada por el cociente o divisor del número de herederos forzosos existentes en la sucesión, la renuncia de uno de los llamados en tal cualidad determina que no haya llegado a ser legitimario en ningún momento (artículo 989 C.c.), por lo que "no hace número", es decir, no se cuenta en el divisor para calcular la legítima individual" Por ello el artículo 985-II dice que "si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer". Por el contrario, en el Derecho civil de Galicia, la naturaleza de la legítima pasa a ser de "pars bonorum" a "pars valoris", así que, a diferencia de lo que sucede en el Código civil (art. 985.2), tanto los legitimarios apartados, como los que repudian la herencia hacen número para el cálculo de las legítimas de los demás descendientes, lo que implica que la parte ideal de la legitima del apartado o del que repudia la herencia ahora incrementa la libre disposición del causante (art. 239 LDCG). Dispone el artículo 239 LDCG que "A pesar de no tener la condición de legitimarios, los apartados, los que repudian el llamamiento legitimario así como sus descendientes hacen número para el cálculo de las legítimas" —Sobre esta cuestión, *cfr.*, Rebolledo Varela, Á. L.: "Comentario a los artículo 238 y 239 de la Ley de Derecho civil de Galicia", en Rebolledo Varela, Á. L. (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1018—.

No obstante, como ha reconocido el Centro Directivo, nada impide que en el testamento se ordene una sustitución vulgar en favor de los hijos o descendientes del renunciante. Pero el bien o la porción hereditaria será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima. Si excediere su valor del cómputo ideal de la misma, podrá serlo en concepto de mejora: "si así se hubiere ordenado"; o, en otro caso, podrá imputarse al tercio de libre disposición, y en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora (FD Segundo, RDGSJFP 2508/2022, con cita de otras resoluciones de la Dirección General). Aunque insiste la Dirección General en que podría imputarse al tercio de mejora "si así se hubiere ordenado". A mi juicio, aun no ordenándose expresamente, como se viene defendiendo en este trabajo, existiendo sustitutos de un renunciante, salvo que se trate del renunciante a la legítima estricta en la que fue instituido, nada impide que si el instituido en el resto de la herencia repudia, habiendo sustitutos vulgares, normalmente los nietos, puedan ser los mejorados tácitamente, percibiendo el tercio de mejora y, en su caso, el de libre disposición.

Ahora bien, aun manteniendo en todas las Resoluciones citadas la referida doctrina, veamos los distintos casos resueltos con relevantes precisiones/derivaciones que realiza el Centro Directivo, de los que procede, aunque sea a vuela pluma, dejar constancia. A saber:

i) El punto de partida se encuentra en la RDGRN 11520/2014, 26 septiembre[47]. Se plantea si es inscribible una escritura de adjudicación de herencia y entrega de legado en la que se dan las siguientes circunstancias: el testador había ordenado el legado de un inmueble en pago de legítima a favor de dos hijos, con sustitución en sus descendientes. En los restantes bienes instituye usufructuario a su cónyuge y con respeto de ese usufructo, heredero universal a un tercer hijo. Uno de los dos legitimarios renuncia al legado. En la escritura de adjudicación de herencia se hace efectiva la sustitución vulgar ordenada y se entrega a la legitimaria y a los hijos del renunciante el bien legado, más un complemento en metálico de legítima. Se deniega la inscripción por observarse que no cabe sustitución vulgar en cuanto supone un gravamen sobre la legítima de la legataria no renunciante. Se debe, pues, decidir si la renuncia de un legitimario habiendo establecido el testador sustitución vulgar, extingue la legítima de los sustituidos, o si por el contrario la orden de sustitución, en cuanto el testamento es ley de la sucesión, supone el mantenimiento en los nietos en la posición del padre. A continuación, el Centro Directivo recuerda la doctrina ya reproducida: de que ha de entenderse que la sustitución vulgar con relación a un heredero forzoso solo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario[48]. En el caso resuelto

47 RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496).

48 Sentado lo anterior, la Dirección General en esta resolución aclara que, en el presente caso, en el que no cubriría el valor de lo legado el importe de dos sextas partes de la herencia, cuantía que correspondería

todos los interesados están de acuerdo en atribuir a los nietos el montante que les hubiera correspondido de mantenerse la posición de la estirpe. Esta idea se refuerza claramente con el reconocimiento expreso de un suplemento en metálico que se les paga en el mismo acto y que ellos reciben en tal concepto sucesorio, lo que sin duda es posible conforme al artículo 1058 del Código civil. Destaca la siguiente conclusión a la que llega la Dirección General en el Fundamento de Derecho Séptimo "No puede olvidarse que en tanto no recaiga un pronunciamiento judicial estableciendo la nulidad y, por lo tanto, ordenando que se tenga por no puesta la cláusula testamentaria, lo que no parece probable dada la unanimidad de los interesados en su mantenimiento, ésta habrá de ser interpretada en la forma más favorable para que surta efecto. Por lo que, ambos, voluntad del testador y el acuerdo de todos los interesados, deben ser respetados en la medida de lo posible".

ii) De nuevo, la Dirección General vuelve a pronunciarse sobre la cuestión de la renuncia a la legítima (en particular, de la legítima estricta) y de cómo opera en esos casos la sustitución vulgar, en la RDGRN 13148/2017, 23 octubre[49]. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: en el testamento del causante están instituidos tres de sus hijos como herederos y a la cuarta hija le lega la legítima estricta que le corresponda, sustituida vulgarmente por sus descendientes; la legataria de legítima estricta renuncia a sus derechos en la herencia de forma pura y simple; otorgan la aceptación y adjudicación de herencia los tres herederos. El registrador señala como defecto que la renuncia de la legataria de la legítima estricta determina por la sustitución vulgar el llamamiento en el legado a sus descendientes según el tenor literal del testamento; que por lo tanto se exige que la legataria renunciante manifieste la inexistencia de descendientes, o en caso de que sí existan estos descendientes, renuncien también a los derechos que por vía de sustitución pudiera corresponderles; y ello, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria de sustitución en la legítima.

Recuerda la Dirección General, al comparar el caso de esta resolución respecto al resuelto por la Resolución de 2014, que, en el supuesto recogido por la Resolución de 26 de septiembre de 2014, a diferencia del que es objeto de este expediente, comparecían los sustitutos vulgares en la partición, lo que no ocurre en el que ahora nos ocupa, de ahí que el registrador exija que se manifieste la inexistencia de estos. Así que concluye con que "[…], en el supuesto de este expediente, deberá ser computada la porción de lo adquirido por los hipotéticos

idealmente a la legítima estricta de los dos hijos, su pago, es aceptado por todos, de común acuerdo, conforme al artículo 1057 del Código Civil.

49 RDGRN 23 octubre 2017 (RJ 2017, 5850).

sustitutos en el legado, como una atribución con cargo a la mejora o en su caso al tercio de libre disposición, sin que puedan superar el valor de estos".

Quiero resaltar como el Centro Directivo en esta resolución reconoce el valor de la voluntad del testador en la interpretación testamentaria (ex art. 675 CC), cuando declara que "[…], además, se añaden a este expediente dos particularidades: que la voluntad del causante es ley fundamental de la sucesión, lo que se plasma en que dispone una sustitución vulgar para un legado de cuota de herencia correspondiente a la parte de legítima estricta; la necesidad de conciliar esa voluntad del testador con el acuerdo que existe entre los interesados –han prestado todos su consentimiento salvo sustitutos que pueda haber– y el principio de conservación de las disposiciones testamentarias" (FD Tercero).

iii) Una vez más, reitera la doctrina de que debe entenderse que la sustitución vulgar en relación con el heredero forzoso solo cabe con respecto al tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, la RDGSJFP 7080/2020, 19 febrero[50]. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la adjudicación hereditaria de una finca –ganancial–, que había sido legada en pago de la legítima estricta de uno de los legitimarios, que ha renunciado, y está sustituido por sus descendientes. Como declara el Centro Directivo, "[…], no debe ofrecer duda que los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de su padre". En consecuencia, según la Dirección General, en el concreto supuesto de este expediente, renunciada la legítima por el legatario legitimario, los descendientes de este renunciante no son legitimarios, y la posición de los hijos del legitimario, tras renunciar su padre, se modifica en forma sustancial, pues pasan a ser unos herederos extraños a la legítima (FD Segundo).

iv) Finalmente, la RDGSJFP 2508/2022, 18 enero[51], en el caso objeto de la resolución se sigue el criterio que habían sostenido las resoluciones precitadas, que se ocuparon de cuestiones semejantes a la que se planteó en este expediente. De nuevo, la Dirección General acoge la doctrina fijada en torno a la renuncia a la legítima estricta por los instituidos únicamente en ella y la improcedencia en esos casos de la sustitución vulgar y la defensa de que la porción renunciada pase "por derecho propio" a los coherederos legitimarios (ex art. 985.2 CC). Precisamente, en el caso resuelto se produjo la renuncia a la legítima estricta y, por lo tanto, por aplicación del artículo 985.2 CC, quedó como único heredero el colegitimario aceptante[52].

50 RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020, 2571).

51 RDGSJFP 18 enero 2022 (RJ 2022, 1211).

52 Los hechos fueron los siguientes: herencia causada por el fallecimiento del testador, que había otorgado testamento abierto notarial, con las siguientes disposiciones: sin perjuicio de la legítima estricta que corresponda a su esposa, consistente en el usufructo sobre el tercio de mejora, instituye herederos a sus

Una reflexión especial merece la interpretación que del testamento realiza el notario, en el recurso que interpone contra la negativa de la registradora de la propiedad a inscribir la escritura de adjudicación de herencia —al heredero que ha aceptado la herencia, al que corresponde la legítima estricta que habían renunciado los instituidos únicamente en dicha legítima—. Destaco del recurso interpuesto por el notario el apartado 2.º del Fundamento de Derecho Segundo, en el que comienza advirtiendo que "Hay que tener en cuenta que en el caso objeto del recurso el testador dispuso la sustitución vulgar refiriéndose genéricamente a los tres hijos ("Los herederos serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes") y en cláusula distinta a la que contiene el llamamiento de dos de los hijos a la legítima estricta" y concluye con que "[…] de ambos hechos puede inferirse que la interpretación que proponemos –que no hay sustitución vulgar en caso de repudiación del heredero llamado solo a su legítima estricta– es más respetuosa con el tenor literal del testamento y en ningún caso implica dejar la sustitución vulgar vacía de contenido, puesto que al contrario nos invita a distinguir entre los sustitutos vulgares del heredero llamado a su legítima estricta respecto a los que no opera la sustitución vulgar en caso de repudiación del sustituido; y los sustitutos del llamado al resto de la herencia en los que sí se extiende la sustitución vulgar al caso de repudiación".

En esa línea, del notario recurrente, se pronuncia el Centro Directivo, que, además realiza una interpretación del artículo 774 del Código civil[53] que se aleja de la literalidad del precepto. En efecto, sostiene en esta resolución la Dirección General que "[…], aun cuando la sustitución vulgar se ha ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 del Código Civil, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a ésta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes, toda vez que, al no haber dispuesto el testador que dicha porción se atribuya –con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición– a tales sustitutos, la legítima renunciada corresponde por derecho

tres hijos, quienes se distribuirán la herencia en la siguiente forma: a dos de los hijos, se les atribuye la legítima estricta, por partes iguales, equivalente a una tercera parte del tercio de legítima; al tercer hijo, el resto del caudal hereditario, o la totalidad de él si la esposa del testador le premuere; los herederos son sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes; los dos hijos a los que les había correspondido la legítima estricta renunciaron a la herencia de su padre. En la escritura calificada se hacía constar que, como consecuencia de las renuncias de dos herederos a los que se les había asignado la legítima estricta, quedaba como único heredero su hermano, colegitimario, por aplicación del artículo 985.2.º CC. En la calificación registral, en la que se suspende la inscripción, se señalaba como defecto (de carácter subsanable) que "Es necesario que los renunciantes manifiesten la inexistencia de descendientes o en caso de que existan presten su consentimiento, y ello, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria controvertida".

53 A tenor del apartado primero del artículo 774 CC "Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia" y según el párrafo segundo "La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario".

propio al coheredero que ha aceptado la herencia (artículo 985, párrafo segundo, del Código Civil)" (FD Cuarto). Estimo que se trata de una interpretación alejada del tenor de la norma, que deja claro que "a menos que el testador haya dispuesto lo contrario", la sustitución simple y sin expresión de casos incluye no solo el de premoriencia e imposibilidad de aceptar, sino también el de repudiación, salvo, eso sí, que el propio testador excluya dicho supuesto (de repudiación) del llamamiento a la sustitución.

Por otra parte, aprovecha esta resolución la ocasión para destacar el alcance de la interpretación de la voluntad del testador (ex art. 675 CC), hacer un recorrido por los criterios de interpretación, con especial atención a la prueba extrínseca y para recalcar el papel inestimable que juega el notario, al señalar que "[…] es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje. […] en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento" (Cfr., los FD Tercero y Cuarto).

IV. OTRAS POSIBLES MEJORAS TÁCITAS EN DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

El Código civil exige que la voluntad de mejorar sea declarada de una manera expresa por el causante (arts. 825 y 828), tan solo por excepción admiten, doctrina y jurisprudencia, dos casos de mejora tácita: la parte de legados que no quepa o exceda del tercio libre (art. 828, inciso final) y las sustituciones fideicomisarias que graven el tercio de mejora establecidas en favor de hijos o descendientes legitimarios o de un nieto o descendiente no legitimario (art. 782.2.º)[54].

A continuación, se expondrán diferentes ejemplos de posibles de mejoras tácitas, o como dice Roca Sastre: "mejor dicho de mejoras dispuestas de modo tácito" [55].

1. Mejora tácita derivada de la desigualdad en las cuotas hereditarias.

Un supuesto de mejora tácita puede derivar de la desigualdad en cuotas hereditarias, porque, como ha reconocido Roca Sastre, "Cuando los padres

54 Así, se ha sostenido que el Código civil únicamente contempla excepcionalmente mejoras tácitas en los artículos 828 y 782 del Código civil, por ejemplo, en las STS de 27 diciembre 1935 (RJ 1935, 2482), de 23 enero 1959 (RJ 1959, 125) y de 22 noviembre 1991 (RJ 1991, 8477).

55 Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 174.

instituyen herederos a todos sus hijos, pero asignan a alguno o algunos de ellos una cuota hereditaria, cuyo volumen se corresponda con la suma de los valores: de un tercio de la herencia, de la parte alícuota correspondiente al tercio libre en la parte no dispuesta en legados o donaciones y de la cuota legitimaria estricta individual propia, entonces, en dicha cuota hereditaria global habrá una parte que será mejora", así que concluye con que "la desigualdad de cuotas hereditarias demostrará la evidente voluntad del causante de disponer una mejora"[56]. En parecido sentido, con fundamento en una partición desigual hecha por el testador, Mariño Pardo observa una mejora tácita en el caso resuelto por al STS de 18 de junio de 1982[57], en el caso de autos, la testadora había verificado la partición de la herencia, con específica atribución de bienes a cada uno se sus herederos, su hijo y los dos hijos de este, sus nietos, la demanda se interpone por el hijo, en esencia, porque gran parte de los bienes que la testadora le había adjudicado en la partición verificada en el testamento han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha del fallecimiento. Observa Mariño Pardo que al haber realizado la testadora adjudicaciones particionales en el testamento a favor de los herederos de las que resultaban diferencias de valor en lo adjudicado: "esta partición desigual debería mantenerse como mejora tácita derivada de una inequívoca voluntad del testador"[58].

No obstante, la STS 29 mayo 2006, no consideró mejora tácita derivada de lo que, a mi juicio, constituía una manifestación evidente de la voluntad de la causante de desigualar a sus hijas legitimarias, al haber hecho con anterioridad en favor de una de ellas una donación disimulada en forma de venta, si bien en el fallo se hace referencia a que se exige "la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora", a la postre, fue determinante la falta de expresión legal de mejorar, que, para el Tribunal Supremo, no existió en el caso[59].

56 También, el autor incluye como mejora tácita derivada de una desigualdad en las cuotas, el caso en el que los padres instituyen a uno o alguno de sus hijos o descendientes legitimarios y legan a los demás lo que por legítima les corresponda o les otorgan un legado que cubre simplemente una legítima estricta. Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175. Asimismo, Vallet, admite como supuesto de mejora tácita la que se produce al instituir desigualmente a los hijos y reconoce como el caso más evidente de mejora y de mejora tácita posible el siguiente: institución de un hijo, dejando la legítima estricta a los demás: el testador, después de reconocer a todos sus hijos la legítima estricta, instituye heredero a uno solo de ellos. A mi juicio, este caso, también sería un encuadrable en la voluntad del testador de desigualar. Vallet de Goytisolo, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", cit., pp. 53, 54 y 60.

57 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

58 Mariño Pardo, F.: "¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013", cit., (en línea).

59 STS 29 mayo 2006 (RJ 2006, 3343). Al comentar esta sentencia Espejo Lerdo de Tejada se plantea la pregunta: "¿Es posible deducir de las circunstancias del caso una voluntad de desigualar a los hijos?" y, si bien admite que "resulta convincente decir que en el caso existía una mejora tácita", concluye por estimar "absolutamente correcta" la solución de la sentencia al aplicar la exigencia del artículo 825 CC de que la mejora por donación debe realizarse expresamente. Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006", cit., p. 461. Sin embargo, sí infiere la existencia de mejora tácita de los hechos de

En fin, la desigualdad de cuotas hereditarias constituirá una clara manifestación de la voluntad de mejorar, aunque no se hubiese manifestado expresamente (mejora tácita), por tratarse, a la postre, de favorecer a alguno de los hijos o descendientes en detrimento de otros. Como reconoció López Jacoiste, la esencia del carácter típico de la mejora "está formada por una relación de comparación [...], en cuanto que implica una ventaja del mejorado respecto de otros legitimarios o descendientes"[60].

2. Mejora tácita en el caso de la desheredación injusta y posible mejora tácita en la preterición intencional.

El artículo 851 del Código civil proporciona un supuesto de mejora tácita a título de herencia[61]. El problema gira en torno a la interpretación de la afirmación de que "valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima". Vallet admite como mejora tácita el caso de la desheredación injusta[62] y comparte la doctrina defendida por Manresa y Navarro, con el que convengo, en que la única dificultad que puede presentarse es en cuanto a la determinación de la legítima del hijo desheredado al concurrir con otro hijo. A instituye por heredero a su hijo B y deshereda por causa no legal a su hijo C, que obtiene la nulidad de la institución en cuanto perjudica su legítima. Como admite el autor, de la parte de libre disposición no hay que hablar porque íntegra pertenecerá al hijo instituido, y se pregunta si deberá seguir la misma suerte el tercio de mejora, a lo que responde que, englobada con el resto de la herencia, dispuso de él el testador en favor únicamente de B, y para privar a C de este tercio: "no necesita fundarse en más causa que su voluntad". Del tercio de legítima estricta no ha sido C desheredado legalmente y conserva sobre él su derecho; pero, en su opinión: "mejora existe en favor de B, y debe ser respetada"[63].

Si hay un fallo jurisprudencial determinante para advertir la posibilidad de la existencia de una mejora tácita tras una desheredación injusta, ha sido la paradigmática STS 23 enero 1959[64], que, aunque expresamente no se refiere a la existencia de una mejora tácita, se desprende del fallo su existencia. El Tribunal

dicha sentencia Mariño Pardo, F.: "¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013", cit., (en línea).

60 López Jacoiste, J. J.: *La mejora en cosa determinada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, p. 79.

61 A tenor del artículo 851 CC "La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima".

62 Vallet de Goytisolo, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", cit., pp. 56-60.

63 Manresa y Navarro, J. M.: "Comentario al artículo 851 del Código civil", *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, p. 208.

64 STS 23 enero 1959 (RJ 1959, 125). En el caso de autos, el testador había otorgado testamento abierto en el que le atribuye a su esposa la cuota legal usufructuaria, instituye herederos a sus dos hijos y deshereda al tercero, el actor, que considera injusta su desheredación.

Supremo, aun admitiendo la improcedencia de la desheredación, únicamente le reconoce al desheredado (injustamente) el tercio de la legítima estricta y entre sus razonamientos declara que "[…] los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de estos, que a la legítima estricta, el otro tercio de la herencia, y todo lo demás depende de su soberana facultad […]". Por otra parte, aunque en el caso resuelto descarta expresamente la existencia de una mejora tácita, a la postre, la está admitiendo expresamente. Así, tras declarar que "[…] en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, solo admitida en uno o dos supuestos a que se refiere el artículo 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, […]"; concluye que es indudable que desde el momento que expresamente excluye al hijo de la herencia, determinando su desheredación: "esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía a este tercio [de mejora] al margen de la voluntad del testador, existiendo como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por testamento de la mejora entre los coherederos forzosos, que debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición […]" y, además, apostilla que los derechos del heredero necesario, frente al testador, quedan reducidos a la legítima estricta: "pues la voluntad expresa de este [el testador] de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte [tercio de mejora] cuya atribución a este depende, conforme a la Ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve"[65].

Al comentar esta STS 23 enero 1959, a Lacruz le parece muy dudoso que una voluntad injusta expresada tenga efectos dispositivos implícitos, además, estima que el testador ha podido relegar al legitimario a su posición estricta con solo ordenarlo así[66]. Sin embargo, para Díez-Picazo tanto el razonamiento como las conclusiones a que llega esta sentencia "son exactas". Considera el insigne jurista que el artículo 851 CC salva únicamente el derecho del desheredado a percibir su legítima y conduce, por consiguiente, a una pura ineficacia parcial de la institución de herederos, en la medida en que la legítima debe ser respetada: "El derecho del desheredado a percibir su legítima debe entenderse referido a la llamada legítima estricta y, en cambio, no alcanza a la llamada legítima larga, es decir, a la legítima medida con inclusión del tercio de mejora, pues, aunque no existe una expresa mejora, la institución de herederos realizada en favor de los demás hijos conduce claramente a dicha solución"[67].

65 Con esta doctrina, *cfr.*, STS 9 octubre 1975 (RJ 1975, 3583) y STS 10 junio 1988 (RJ 1988, 4813).

66 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, cit., p. 449.

67 Díez-Picazo, J. L.: Al estudiar esta STS 23 enero 1959, número del estudio: 372, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. segundo, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 545-548. Sin embargo, para Miquel González, esta STS 23 enero 1959, "merece crítica muy desfavorable, porque la causa invocada por el testador no se probó y tampoco consta que fuera una causa mentida". Al autor no le parece admisible sostener que una voluntad descalificada por el legislador valga, no obstante, para reducir al desheredado injustamente a la legítima corta, así que su conclusión no se corresponde con la que se defiende en este trabajo, porque

Estimo que también sería un supuesto de mejora tácita la preterición intencional de uno de los legitimarios por el testador, ya que por voluntad propia e intencionadamente no quiere que su legitimario reciba más de lo que por legitima estricta pudiere corresponderle, nunca el tercio de mejora ni el de libre disposición[68]. Claro que en la rúbrica de este apartado concedo mayor protagonismo a la desheredación injusta, porque considero que la mejora tácita otorgada voluntariamente, aunque de modo implícito y no expresamente, se observa de forma más nítida en la desheredación injusta (ex art. 851 CC), que en el caso de preterición intencional (ex art. 814.1.º CC). No en vano, la tan citada STS 23 enero 1959 ya declaraba que en la preterición no hay una voluntad declarada del testador, mientras que en la desheredación la voluntad está declarada: "y sabido es cómo el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la Ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar". En este sentido Manresa, al comentar el artículo 814 CC, considera que en la desheredación existe una presunta voluntad del testador que, al desheredar, revela que existe alguna razón o motivo que le impulsa a obrar así, en cambio, el heredero preterido no ha sido privado expresamente de nada. Ahora bien, concluye el autor equiparando el caso de la desheredación injusta (art. 851 CC), del que se ha inferido la posibilidad de pretender una mejora tácita, al de la preterición intencional (art. 814.1.º CC), así que reconoce que en el terreno de los principios, hay que distinguir el caso en el que el heredero omitido [preterido] viviese al otorgarse el testamento, siendo conocida su existencia por el testador, de aquel en que, o nace después o se ignora su existencia, aplicando al primer caso la doctrina del artículo 851 CC y, en el segundo, la del 814 CC[69].

En definitiva, el perjuicio que la ley quiere salvar, tanto en la desheredación injusta (ex art. 851 CC), como en la preterición intencional (ex art. 814.1.º CC) es la participación en la legítima estricta. A este respecto, destaco dos fallos del Tribunal Supremo que además de incidir en la equiparación de la omisión de un heredero forzoso cuya existencia conoce el testador (preterición "voluntaria") con la desheredación injusta (art. 851 CC), consideran que el fundamento de esa

sostiene que "Si la desheredación injusta fuera por sí misma una mejora tácita válida, sería obvio que las mejoras dispuestas expresamente no se verían nunca afectadas por una desheredación injusta. […]. No existe ninguna razón para favorecer las desheredaciones injustas ni su conversión en mejoras tácitas". Miquel González, J. M.: "Notas sobre la "voluntad del testador"", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 6, 2002, pp. 170-174.

68 No obstante, Miquel González, considera que la preterición llamada intencional es un supuesto importante de voluntad no expresada en el testamento: "que, sin embargo, se toma en cuenta más allá de lo que en principio significa: omisión supuestamente voluntaria de un legitimario en el testamento". Así que, añade: "[…] mal se puede aplicar el art. 675 en caso de ausencia de declaración de voluntad. Hay pues importantes problemas acerca de la voluntad del testador en la preterición y es que precisamente la preterición es la omisión en el testamento de una declaración de voluntad respecto de los herederos forzosos", por lo que concluye que el artículo 814.1 "no permite entender que el preterido intencionadamente quede reducido a la legítima estricta, porque si así fuera no se comprendería por qué reducir las mejoras". Miquel González, J. M.: "Notas sobre la "voluntad del testador"", cit., en especial, pp. 159-163.

69 Manresa y Navarro, J. M.: "Comentario al artículo 814 del Código civil", *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, en especial, pp. 654 y 659.

conclusión está en la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión (art. 675 CC). Se trata de las STS de 13 julio 1985[70] y de 5 octubre 1991[71], cuando después de reconocer que "[…] la preterición voluntaria, significada por la omisión de un heredero forzoso cuya existencia conoce el testador, no puede tener más alcance que el previsto para el caso de desheredación", concluyen con que el hecho de atribuir al desheredado o, en su caso, al preterido, la legítima estricta: "[…], es consecuencia del reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el artículo 675 del Código Civil, de que la voluntad del testador, que es la Ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo riguroso y estrictamente reconocido por la Ley, […]".

Finalmente, Hidalgo García aprecia una mejora tácita a favor de los nietos por la vía del artículo 857 CC[72], al plantear qué ocurre si el posteriormente desheredado fue en su momento mejorado por el testador a través de una donación en concepto de mejora, el autor considera que cabe pensar que, a los nietos, con fundamento en la "ratio legis" del artículo 857 CC, no tiene por qué afectarles la posible revocación de la mejora del padre[73].

3. Mejoras tácitas por disposición del testador a través de los artículos 1056.2.º en relación con el artículo 1075 del Código civil.

Otros supuestos de posibles mejoras tácitas derivan de la utilización por el testador de las facultades "mortis causa" que le otorgan los artículos 1056.2.º[74]

70 STS 13 julio 1985 (RJ 1985, 4052).

71 STS 5 octubre 1991 (RJ 1991, 6889).

72 A cuyo tenor, "Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima".

73 Hidalgo García, S.: "Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas (Aportación al estudio de los arts. 825 y 828 del CC)", en Cabanillas Sánchez, A. "et al." (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, en particular, al estudiar pormenorizadamente "Un posible caso de mejora tácita a favor de los nietos: derecho de representación de los nietos respecto a la herencia a la que habían de ser llamados sus padres", pp. 5315-5318.

74 Dispone el artículo 1056.2.º CC, en su primera parte, que "El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo [partición por el testador por acto entre vivos o por última voluntad], disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados […]". La disposición equivalente en el Derecho civil de Galicia es el denominado "derecho de labrar y poseer", ya regulado por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (arts. 130 a 133) como pacto sucesorio, aunque también podía establecerse por vía de legado (art. 144 [STSJ Galicia 9 noviembre 2002, RJ 2003, 2455]), en esa redacción de la Ley gallega, el artículo 130 se refería a la existencia de una "mejora tácita". Así, después de establecer la posibilidad del ascendiente que quisiese conservar indiviso un lugar o explotación agrícola, de pactar su adjudicación íntegra a alguno de sus hijos o descendientes, en el apartado 3 del artículo 130 se disponía que "Si el testamento no dispusiese otra cosa, se entiende que la adjudicación implica una mejora tácita y que comprende el tercio y el quinto, o sea, las siete quinceavas partes de la hacienda hereditaria, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición". Al comentar este apartado 3 del artículo 130, desde la órbita notarial, se reconoce que se trata de uno de los puntos históricamente más queridos y mimados de la Compilación: la mejora del tercio y del quinto, que como la vieja frase "es así porque es así y porque no puede ser de otra forma", se considera que el párrafo parece pensado también como norma de imputación, en primer lugar al tercio de mejora, en segundo lugar al quinto del tercio de libre disposición y en tercer lugar también al resto del tercio libre si así se dispone. En este sentido se pronunciaron Calvo Alonso, M. A. y Carreira Simón, M.ª C.: "Del derecho de labrar y

y 1075[75] del Código civil. Como observó Vallet de Goytisolo, en cualquiera de los dos supuestos referidos, "sería absurdo y contrario a la voluntad clarísima del testador, pretender que esas desigualdades solo puedan imputarse al tercio libre y que en su exceso deban reducirse por no haberse expresado la palabra mejora". Además, puntualiza que "Ambos casos, por serlo de mejora a título de herencia, caen fuera del artículo 828, y aunque se quisiese incorrectamente incluirlos en él, irían también a escurrirse por la excepción contenida en sus últimas palabras"[76]. A pesar de esa evidente diferencia entre los supuestos de mejora de los artículos 1056.2.º y 828 del Código civil, el primero a título de herencia y el segundo a título de legado, la STS 19 mayo 1951[77], aun considerando que "[…] la voluntad del padre testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en este caso con toda claridad por emplear en la cláusula tercera del testamento las mismas palabras del artículo 1056 mencionado, de modo que no hacen precisa interpretación alguna", sin embargo, a continuación, sostiene que "el caso encaja completamente en el artículo 828 del Código civil".

La doctrina ha sabido ver, en particular, en el artículo 1056.2.º CC una verdadera mejora tácita, al estimar que cuando el testador se limita a adjudicar la explotación por vía particional, sin especificar nada más, parece que el dato de elegir adjudicatario a uno de los descendientes es suficiente para entender que este ha sido mejorado tácitamente[78].

A mi juicio, ambos preceptos, artículos 1056 y 1075 CC, son manifestaciones implícitas de la voluntad del testador de favorecer, mejorar, por medio de la partición que realiza a alguno de sus hijos o descendientes. Como recuerda la

poseer", en Amigo Vázquez, J. M., "et al." (coords.): *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 70 y 71. Como es sabido con la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se ha suprimido la institución de la mejora, por consiguiente y en coherencia con ello, el pacto sucesorio de labrar y poseer ya no puede implicar un supuesto de mejora tácita, por lo que la mejora de labrar y poseer se configura exclusivamente como pacto sucesorio (arts. 219 a 223). Destaco lo dispuesto por el artículo 219.2 "Si del pacto no resulta otra cosa, la adjudicación [íntegra de la explotación agrícola, industrial, comercial o fabril] supondrá la institución de heredero en favor del así mejorado". Ampliamente, Rebolledo Varela, Á. L.: "De la mejora de labrar y poseer", en Rebolledo Varela, Á. L. (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 948-962.

75 A tenor del artículo 1075 CC "La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador".

76 Vallet de Goytisolo, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", cit., pp. 60 y 61. También Roca Sastre consideró como mejoras tácitas los supuestos derivados de la aplicación de los artículos 1056.2.º y 1075 CC. Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175.

77 STS 19 mayo 1951 (RJ 1951, 1618).

78 Así, Torres García, T. F.: "Una aproximación al artículo 1.056.II Código civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Registradores de España Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1667 y 1668. También, en el mismo sentido, Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 1056 del Código civil", en Domínguez Luelmo (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1151 y 1152.

antigua pero significativa STS 6 marzo 1945[79], al referirse, precisamente, a las dos citadas normas, el Código civil español en esta materia da a la facultad de división amplitud y flexibilidad, otorgando al testador una amplia libertad, no solo en la composición cualitativa de los lotes permitida por el artículo 1056.2.º, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1061 y 1062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte [cfr., arts. 1074 y 1075 CC]. Concluye el Tribunal Supremo afirmando que el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código civil es muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de estas en cuanto sea posible, como lo demuestran no solo los artículos 1079 y 1080, aplicables a las particiones en general, sino de un modo especial, para la partición hecha por el propio testador, los artículos 1056 y 1075.

V. EL PERTINENTE RECURSO A LOS MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNSECOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA PARA AVERIGUAR LA EXISTENCIA DE LA INTENCIÓN DE MEJORAR.

Para averiguar si la donación o, en su caso, la disposición testamentaria, comportan una mejora tácita, cuando no se declara expresamente la voluntad de mejorar, una ayuda inestimable es el recurso a la llamada "prueba extrínseca", que contribuirá a la averiguación de la verdadera voluntad del causante, prueba extrínseca, que, como estima Salvador Coderch, "no es ningún último recurso. Antes bien, es un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias. […]. Respeto al principio formal no significa marginación de la prueba extrínseca"[80]. Ya Jordano Barea, al confrontar los artículos 675 y 773 CC, había afirmado que "[…] la verdadera teoría subjetivista […] reclama imperiosamente la posibilidad de utilizar elementos extraños al puro contexto del documento para la determinación de la real voluntad del testador" y llega a la conclusión de que "el artículo 675 circunscribe el objeto (voluntad declarada), pero no los materiales (intrínsecos o extrínsecos) de la voluntad testamentaria, […] sería incomprensible que la ley mandase atender ampliamente a la voluntad del testador para fijar las disposiciones más importantes del testamento (institución de heredero o designación de legatario), y que por otro lado vinculase al juez o al intérprete a no considerar cosa alguna fuera del contexto del testamento para interpretar las restantes disposiciones"[81]. Entre esas

79 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272).

80 Salvador Coderch, P.: "Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983", *CCJC*, 1983, núm. 1 (enero-marzo), p. 295.

81 Jordano Barea, J. B.: *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, en especial, pp. 47-55.

"restantes disposiciones" a las que se refiere JORDANO, podrían incluirse las llamadas "modalidades accesorias" en las disposiciones "mortis causa", determinaciones accesorias de la voluntad testamentaria, es decir, cláusulas que subordinan la eficacia de la disposición a la condición o al modo, por ejemplo, supeditadas al cuidado y asistencia al testador o a otras personas por él designadas. En fin, comparto las consideraciones en torno a la prueba extrínseca de VAQUER ALOY, que, al defender la ausencia de jerarquía entre los medios interpretativos, "incluida la prueba extrínseca", parte de que el artículo 675 CC no limita en ningún momento los medios interpretativos, "y sí establece diáfanamente que siempre debe prevalecer la verdadera voluntad del testador sobre el texto de su declaración, por más que aquella, ni que sea del modo más imperfecto, deba tener reflejo en esta", por eso concluye que "Si el precepto no prioriza los medios interpretativos, menos legitimado está para hacerlo el intérprete"[82].

A continuación, destaco alguna de las manifestaciones de prueba extrínseca que sirven para demostrar que la voluntad del testador era la de mejorar, aunque no lo dijese expresamente. Así, aparecen diversas expresiones del recurso a la prueba extrínseca en el caso resuelto por la STS 536/2013, 29 julio[83]. Esta Sentencia regresa, de nuevo, a la cuestión clásica de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición. Pues bien, el centro de gravedad de este fallo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo radica en la interpretación de la "voluntas testatoris", de hecho, el Tribunal Supremo considera que "fuera de este rango sacramental": "[…], la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad […]"[84].

82 VAQUER ALOY, A.: *La interpretación del testamento*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 2008, pp. 98 y 99.

83 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395). En el caso enjuiciado se plantea como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, la declaración de voluntad de mejorar mediante el cauce de la donación "inter vivos" y, precisamente, a lo largo del fallo del Tribunal Supremo, pueden observarse algunos supuestos de prueba extrínseca que sirvieron para demostrar la voluntad de mejorar del causante. Así, el Tribunal Supremo considera —en un ejemplo de admisión de pruebas extrínsecas al testamento— que de las testificales practicadas resultaba acreditado que la voluntad del testador había sido "compensar a su hijo tanto por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona, como por el hecho de que a su hermano [padre del actor] se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria". Otro ejemplo del recurso a la prueba extrínseca resulta de que "los testimonios recogidos, particularmente los sustentados por los contadores partidores, fueron coincidentes en el propósito manifestado por el testador de querer mejorar el haber sucesorio de su hijo". MARIÑO PARDO, al comentar este fallo, aprecia la transcendencia de la prueba extrínseca en el caso resuelto por esta STS de 2013. MARIÑO PARDO, F.: "¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013", cit., (en línea).

84 Esta doctrina elaborada por la STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395), es reproducida por la STS 468/2019, Civil, 17 septiembre (RJ 2019, 3619), aunque, en este último caso, se descartó la solución dada al caso enjuiciado por la STS 536/2013, al estimar que no se trataba de un supuesto de mejora tácita y que el litigio no guardaba identidad de razón con el resuelto por la STS 536/2013. Así, no se consideró la donación efectuada por el testador a favor de un hijo, sin dispensa de colación, como tácita o presunta, que se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo, en el de mejora, para corresponder a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta, por no constar exteriorizada la voluntad del testador de mejorar al recurrente conforme al artículo 825 CC, ni el testamento contiene dispensa de colación.

Por otra parte, ya en la STS 18 junio 1982[85], se observan diferentes manifestaciones de prueba extrínseca que permiten inferir la voluntad de la testadora de mejorar a sus dos nietos en detrimento de su padre, hijo de la testadora, por ejemplo, el hecho de que gran parte de los bienes que la testadora le adjudica a su hijo en la partición verificada en el testamento, han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha del fallecimiento de la causante; y otra prueba extrínseca que evidencia la voluntad de mejorar a sus nietos radica en un precedente comprobado, el testamento anterior otorgado por la causante en el que instituía "por su único y universal heredero de todos sus bienes a su hijo", testamento que es expresamente revocado por el testamento objeto del litigio, en el que no solo instituía heredero universal a su hijo, sino que también instituía herederos a sus dos nietos.

VI. RECAPITULACIÓN FINAL Y PROPUESTA "DE LEGE FERENDA".

En la interpretación de las disposiciones testamentarias, ha de proclamarse la preponderancia de la voluntad del testador, en detrimento de fórmulas sacramentales proclives a la exigencia de la utilización de la expresión "mejora" para inferir lo realmente querido por el causante, por eso convengo con la conclusión de Vallet de Goytisolo, que creía firmemente en que habían quedado abolidas todas las mejoras presuntas; pero aclaraba que "[…]siguen en pie aquellas mejoras, también comprendidas en el calificativo tácitas, en las que la voluntad del causante, interpretada sin perjuicios pseudotécnicos y solo a la luz del sentido común y del sentido jurídico tradicional, aparece claramente determinada a mejorar a algún descendiente, aunque en su expresión no se emplee término alguno relacionado gramaticalmente con la voz mejora"[86].

La existencia de una mejora tácita a favor de hijos o descendientes puede inferirse, tanto de diferentes preceptos del Código civil, como de la interpretación de la voluntad del testador, o, en su caso, del donante. Entre los casos previstos por el Código civil, destacan los que derivan de la aplicación de determinados preceptos, por ejemplo, artículos 828 (inciso final), 782.2.º, 814.1.º, 851, 1056.2.º o 1075 —que se desenvuelven a lo largo del estudio—. Otras veces, la voluntad de mejorar, por vía de donación o bien, de disposición por causa de muerte, se deduce, por ejemplo, de la inequívoca voluntad de mejorar por medio de una partición desigual —STS 18 junio 1982—, o bien por quedar patente la voluntad de mejorar por una expresa dispensa de colación —STS 29 julio 2013—.

85 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

86 Vallet de Goytisolo, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", cit., p. 18.

El recurso a la prueba extrínseca, como se aprecia, a lo largo del presente estudio, puede desempeñar un papel inestimable en la averiguación de la voluntad de mejorar a algún hijo o nieto, cuando no resulte clara la voluntad testamentaria —STS 18 junio 1982; STS 29 julio 2013—.

Por lo demás, resulta conveniente incorporar el "valor del cuidado" en este ámbito de estudio, para deducir la intención implícita en la voluntad del testador o del donante de mejorar, o, en general, de favorecer a los cuidadores. En estos casos, seguramente, corresponderá un papel decisivo, para la interpretación a la prueba extrínseca —STS 29 julio 2013—.

La propuesta normativa "de lege ferenda" se circunscribe al artículo 825 del Código civil, por ser, en este ámbito de estudio, la norma de mayor conflictividad. La redacción que se propone sería la siguiente:

"La donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, se reputará mejora cuando se deduzca claramente la voluntad de mejorar del donante.

La donación con expresa dispensa de colación, se reputará siempre mejora, cuando no quepa en la parte libre".

Seguramente, los problemas, en especial, de computación e imputación de la mejora se solucionarían con un sistema que favoreciese ampliamente la libertad de testar, como, por ejemplo, fue la opción del legislador gallego, por eso, convengo con Rebolledo Varela, cuando al analizar la cuestión, en la Ley 2/2006, de 14 de junio, observa "La evidente intención del legislador de instaurar un sistema legal en el que se deja a la libre voluntad del causante la disposición de sus bienes, conservando un sistema de legítimas con carácter ciertamente residual"[87].

En suma, a pesar del vigente modelo de legítimas y, por lo tanto, a la vista de la actual institución de la mejora, convendría entender que no debería ser únicamente la manifestación expresa de mejorar a hijos o descendientes, sino la clara e inequívoca voluntad de mejorar la que decidiese la existencia de una mejora. No en vano, la piedra angular de la interpretación testamentaria, el artículo 675 del Código civil, eleva a principio fundamental que "la voluntad del testador es la ley de la sucesión".

87 Rebolledo Varela, Á. L.: "Comentario al artículo 238 de la Ley de Derecho civil de Galicia", en Ángel Luis Rebolledo Varela (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1019 y 1020. Recuérdese que en el modelo legitimario gallego en el que la naturaleza de la legítima es de "pars valoris", desaparece la institución de la mejora, aunque se regule el pacto de mejora (arts. 214 y ss.) y la legítima de los descendientes se reduce a la cuarta parte del valor del haber hereditario (art. 243), alcanzando la parte de libre disposición nada menos que las tres cuartas partes del valor líquido de los bienes.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M.: *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

Calvo Alonso, M. A. y Carreira Simón, M.ª C.: "Del derecho de labrar y poseer", en Amigo Vázquez, J. M., "et al." (coords.): *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 65-79.

Cámara Lapuente, S.: "Comentario al artículo 782 del Código civil", en De Pablo Contreras, P. (coord..): *Código Civil comentado*, vol. II (2.ª ed.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 714 y 715.

Díez-Picazo, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. segundo, Tecnos, Madrid, 1966.

Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 825 del Código civil", en Domínguez Luelmo, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 944 y 945.

Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 1056 del Código civil", en Domínguez Luelmo, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1149-1153.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 18/2007, pp. 453-461.

Fuenmayor Champín, A. De.: "La mejora en el sistema sucesorio español" —Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Coimbra el día 18 de abril de 1944 en la Semana jurídica española—, *Boletim da Facultade de Direito de Coimbra*, vol. XXII, 1946, pp. 247-284.

García Goyena, F.: "Comentario al artículo 654 del Proyecto de Código civil de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, pp. 353-355.

García Goyena, F.: "Comentario al artículo 657 del Proyecto de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Editorial Cometa, Zaragoza, 1974, p. 355.

García Goyena, F.: "Comentario a los artículos 659 y 660 del Proyecto de Código civil de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, p. 356.

García-Granero, J.: "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", *Revista de Derecho Privado*, número 391, 1949, pp. 805-830.

Hidalgo García, S.: "Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas (Aportación al estudio de los arts. 825 y 828 del CC)", en Cabanillas Sánchez, A. "et al." (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 5305-5318.

Jordano Barea, J. B.: *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (quinta edición), Bosch, Barcelona, 1993.

López Frías, A.: "Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos", *Revista de Derecho civil*, vol. VI, Número I (enero-marzo, 2019), pp. 133-176.

López Jacoiste, J. J.: *La mejora en cosa determinada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

Mariño Pardo, F.: "¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013", *Iuris Prudente* (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral [http://www.iurisprudente.com/2015/04/puede-la-donacion-ser-imputable.html] —27 abril 2015—).

Miquel González, J. M.: "Notas sobre la "voluntad del testador"", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 6, 2002, pp. 153-190.

Nieto Alonso, A.: "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad —El alcance de la interpretación de las disposiciones *mortis causa* con cláusulas favorecedoras de los cuidados—", *InDret*, 2023, número 3, pp. 217 a 272.

Otero Varela, A.: "La Mejora", *Anuario de Historia del Derecho Español*, número 33, 1963, pp. 5-132.

Rebolledo Varela, Á. L.: "De la mejora de labrar y poseer", en Rebolledo Varela, Á. L. (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 948-962.

Rebolledo Varela, Á. L.: "Comentario a los artículos 238 y 239 de la Ley de Derecho civil de Galicia", en Ángel Luis Rebolledo Varela (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1015-1024.

Roca Sastre, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor Kipp, *Derecho de Sucesiones*, en Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martin, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976.

Manresa y Navarro, J. M.: "Comentario al artículo 814 del Código civil", *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, pp. 643-663.

Manresa y Navarro, J. M.: "Comentario al artículo 851 del Código civil", *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, pp. 206-215.

Salvador Coderch, P.: "Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, núm. 1 (enero-marzo), pp. 289-295.

Torres García, T. F.: "Una aproximación al artículo 1.056.II Código civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Registradores de España Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1653-1671.

Vallet de Goytisolo, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición" —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 24 de enero de 1950—, *AAMN*, t. VIII, 1954, pp. 5-140.

Vallet de Goytisolo, J. B.: "Donaciones, mejoras, dispensas de colación", en González Porras, J.M. y Méndez González, F.P. (coords.): *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4903-4914.

Vaquer Aloy, A.: *La interpretación del testamento*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 2008.

PARTICIÓN POR EL TESTADOR: REDACCIÓN DEL TESTAMENTO E INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD MANIFESTADA (UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA)*

PARTITION BY THE TESTATOR: DRAWING OF THE WILL AND INTERPRETATION OF THE MANIFESTED WILL (A PRACTICAL PERSPECTIVE IN THE LIGHT OF CASE LAW)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 766-789

* El presente trabajo, desarrollado en el seno del grupo de investigación de la USC "Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio", se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación "La voluntad real del causante en las disposiciones "mortis causa": aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad" (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora Carballo Fidalgo.

Ángel Luis
REBOLLEDO
VARELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: No son infrecuentes los supuestos en los que el testador, con mención expresa de las facultades que le confiere el art. 1056 CC, manifiesta realizar la partición y procede a efectuar las adjudicaciones de sus bienes a los instituidos herederos. Tal partición por el testador debería producir los efectos propios de la misma, especialmente la inexistencia de comunidad hereditaria, la transmisión directa del dominio tras la aceptación, así como la inexistencia de compensaciones si el valor de los bienes adjudicados no se corresponde con la cuota, siempre sin perjuicio de las legítimas. Sin embargo, en muchas ocasiones, surgido el conflicto judicial, a la vista de las disposiciones de última voluntad la jurisprudencia niega que el testador haya realizado la partición de la herencia y califica tales disposiciones como meras normas particionales, por lo que surge la comunidad hereditaria, respetando en lo posible tales normas o instrucciones es necesario realizar la partición para que los herederos adquieran la propiedad de los bienes, y las cuotas en que han sido instituidos prevalecen sobre aquellas. Es objeto de este estudio el análisis de la mencionada jurisprudencia, así como una reflexión sobre la redacción del testamento y sus cláusulas, para que, en definitiva, se cumpla la voluntad manifestada del testador y se estime que ha hecho la partición y no recurrido a las normas particionales.

PALABRAS CLAVE: Voluntad del testador; redacción del testamento particional; interpretación del testamento; partición por el testador; normas particionales; cláusulas testamentarias particionales; comunidad hereditaria.

ABSTRACT: *It is not uncommon to find cases in which the testator, expressly using the powers conferred to him by art. 1056 CC (Spanish Civil Code), carries out the partition and assigns his assets to his designated heirs. Such a partition carried out by the testator should produce the effects which are inherent to it, especially the non-existence of community of heirs and the direct transfer of ownership after acceptance, as well as the non-existence of compensation if the value of the assets awarded does not correspond to the shares, always without prejudice to the legally reserved share ("legítima"). However, on many occasions, when the judicial conflict arises, in view of the last will provisions the jurisprudence denies that the testator has carried out the partition of the inheritance and qualifies such provisions as mere partitional rules ("normas particionales"). When this happens, the community of heirs arises; it is necessary to carry out the partition so that the heirs acquire ownership of the assets - respecting as far as possible such rules or instructions-; and the shares in which they have been instituted prevail over the partitional rules. The object of this study is the analysis of the aforementioned jurisprudence as well as a reflection on the drafting of the will and its clauses, so that, in the end, the testator's expressed will is fulfilled and it is considered that he has carried out the partition and not resorted to the partitional rules.*

KEY WORDS: *Will of the testator; drafting of the partitional will; interpretation of the will; partition carried out by the testator; partitional rules; partitional testamentary clauses; community of heirs.*

SUMARIO.- I. PARTICIÓN TESTAMENTARIA Y NORMA PARTICIONAL.- 1. La partición por el testador y sus efectos.- 2. La norma particional y sus efectos.- II. DISPOSICIONES DEL TESTADOR: ¿PARTICIÓN O NORMA PARTICIONAL?- 1. La doctrina jurisprudencial.- 2. Redacción e interpretación del testamento.- III. CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS.- 1. La voluntad expresada de hacer la partición.- 2. Disposiciones sobre los bienes no adjudicados expresamente.- 3. Disposiciones sobre el valor de los bienes adjudicados.- 4. Disposiciones sobre inexistencia en la herencia de bienes adjudicados.

I. PARTICIÓN TESTAMENTARIA Y NORMA PARTICIONAL.

1. La partición por el testador y sus efectos.

No es inusual que el testador incluya en su testamento disposiciones relacionadas con la partición de la herencia[1]. La más frecuente es la designación de uno o varios contadores-partidores, habitualmente para el supuesto de que los herederos no se pongan de acuerdo sobre la forma de partir la herencia, y señalándoles un plazo,

1 Sobre la partición por el testador puede consultarse especialmente: Sanciñena Asurmendi, C.: *La partición hecha por el testador*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
Además: Abella Rubio, J. M.: "Partición hecha por el testador", en AA.VV.: *La partición de la herencia* (coord. por X. O'Callaghan Muñoz), Madrid, 2006, pp.135-213; Bellod Fernández de Palencia, E.*: La partición efectuada por el causante. Régimen del Código Civil y aragonés, con breve referencia a otros derechos forales*, Reus, Madrid, 2018; Carballo Fidalgo, M.: "Comentario al art. 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), vol. II, Cívitas, Pamplona, 2011, pp. 1732-1736; Casas Vallés, R.: "Comentario a la STS de 21 de julio de 1986", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, 1986, pp. 3967-3974; Corbal Fernández, J.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", el AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), 2 ed., Boch, Barcelona 2006, pp. 655-668; De los Mozos y de los Mozos, J.L.: "La partición de la herencia por el propio testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99-234; Díez Soto, C.: "La partición realizada por el propio testador en el Código Civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. por F. Blasco Gascó), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 879-896; Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A, Cañizares Laso), T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4859-4865; Domínguez Luelmo, A.: "Comentario a la STS de 7 de septiembre de 1998", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 1999, pp. 189-196; Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (director: R. Bercovitz-Rodríguez Cano), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7626-7665; Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Comentario a la STS de 4 de febrero de 1994*", Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, 1994, pp. 493-502; González Valverde, A.: "En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, pp. 781-850; Lora-Tamayo Rodríguez, I.: "La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 62, recuperado de https://www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios?tm%E2%80%A6; Orduña Moreno, F.J.: "La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador: artículos 1056 y 1070, número 1, del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 469-580; Pascual Brotóns, C.C.: "Partición, adjudicación y Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho, empresa y Sociedad*, núm. 14, 2019, pp. 119-139; Pérez de Ontiveros Baquero, C.: *Partición y Registro de la Propiedad: doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019; Rodríguez Adrados, A.: La partición hecha por el testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1970, pp. 209-231; Rubio Garrido, T.: *La partición de la herencia.* Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017; Rubio Garrido, T.: "La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2009, pp. 19-28; Vallet de Goytisolo, J.B.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), tomo XIV, vol. II, Madrid, 1989, pp. 123-170.

• Ángel Luis Rebolledo Varela
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela, Abogado. Correo electrónico: angelluis.rebolledo@usc.es

normalmente con prórroga, que se contará desde que fueran requeridos por algún partícipe (heredero, legatario de parte alícuota o legitimario). Pero tampoco faltan supuestos en que el testador incluye en su testamento la propia partición, realiza adjudicaciones de bienes concretos, establece normas particionales o incluso prohíbe la propia partición, sea de todos los bienes de la herencia o parte de los mismos, prohibición muchas veces vinculada en su duración a la vida del cónyuge viudo a quien, a su vez, se le lega el usufructo universal.

La posibilidad de que el propio testador realice la partición de su herencia aparece reconocida en el párr. 1º del art. 1056 CC al establecer que cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad – incluyéndola, por tanto, en su testamento o en documento independiente, público o privado –, la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, norma que se completa con la previsión del art. 1075 CC de que dicha partición no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador.

Realmente, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, la partición por el testador impide el nacimiento de la comunidad hereditaria – de ahí el carácter equívoco de la expresión "partición por el testador" –, dado que la adjudicación de los bienes coincide con la apertura de la sucesión y aceptación de la herencia, por lo que, como señala la STS 26 enero 2012[2] es un acto "mortis causa" que tiene eficacia a la muerte del causante, lo que desde una perspectiva procesal va a implicar la falta de legitimación de los herederos para instar la partición judicial de la herencia (art. 782 LEC) y sí legitimación activa para plantear una acción reivindicatoria, dado que, conforme al art. 1068 CC, adquieren directamente del causante la titularidad de los bienes y derechos que le han sido adjudicados[3] como en cualquier partición, sea realizada por los herederos, contador-partidor o judicial[4].

Por otra parte, como consecuencia de tal adquisición los herederos hacen ya suyos los frutos y mejoras de los bienes adjudicados habidos desde el fallecimiento[5], si bien también asumen todos los gastos originados por los mismos así como los deterioros y, sobre todo, y sin perjuicio del régimen legitimario, la realización por el propio testador de la partición supone la irrelevancia del valor real o de mercado que tengan a la apertura de la sucesión los bienes que integran la herencia – en realidad también a la fecha de otorgamiento del testamento particional –, por

2 STS 26 enero 2012 (RAJ 2012, 1904).

3 SSTS 21 julio 1986 (RAJ 1986, 4575), 21 diciembre 1998 (RAJ 1998, 9756), 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

4 RDGSJFP 26 enero 2022 (RAJ 2022, 1605), RDGRN 1 agosto 2012 (RAJ 2012, 10381).

5 SAP Madrid, Sección 19, 9 junio 2022 (ECLI: ES:APM:2022:7807).

lo que no van a existir compensaciones económicas entre los herederos por las diferencias que puedan haber entre el valor de los bienes adjudicados en la partición (cláusulas particionales) y la cuota en la que fueron instituidos (cláusulas dispositivas), generalmente a partes iguales, bien por así constar expresamente en la cláusula testamentaria o por aplicación del art. 765 CC, salvo posible interpretación de la voluntad del testador de que en ausencia de cuotas explícitas fueron instituidos en la proporción de los bienes adjudicados.

Así mismo, en la partición por el testador los herederos responden del pasivo frente a terceros en los términos del art. 1084 CC, siendo cuestión controvertida si internamente responden en proporción al valor de los bienes adjudicados o, por el contrario, en proporción a la cuota o participación en que fueron instituidos, pues si bien la dicción literal del art. 1085 CC parece abocar a la segunda conclusión, es lo cierto que para la respuesta habrá que atender al caso concreto, ya que, en último término, dependerá de la interpretación de la voluntad del testador desde el momento en que, internamente, no frente a terceros, es libre de imponer el pago de las deudas a cualquiera de los herederos (art. 797 CC) o legatarios (art. 858 CC).

Y precisamente, conociéndose que se puede plantear un problema de interpretación, es por lo que debería incorporarse en el testamento una previsión que recoja cuál es la voluntad del testador que realiza la partición para el caso de existencia de un pasivo a la fecha de apertura de la sucesión, previsión que no solo es aconsejable sino que se configura necesaria para que, desde un punto de vista registral y con relación a este aspecto del pasivo, se considere que nos encontramos ante una partición por el testador que no requiere una liquidación adicional para su acceso al Registro de la Propiedad[6].

2. La norma particional y sus efectos.

Institución diferente a la partición por el testador, con los efectos que le son propios, son las normas para la partición o normas particionales y aún, en principio, las adjudicaciones que el testador puede realizar en el testamento. La norma particional, no está expresamente regulada en el CC[7], aunque sí existe una

6 Las RRDGRN 8 enero 2014 (RAJ 2014, 1542) y 1 agosto 2012 (RAJ 2012, 10381), esta última de cita recurrente en resoluciones posteriores, no consideran la existencia de partición por el testador y sí norma particional, pues aunque el testador manifiesta que "usando de la facultad distributiva que le concede el art. 1056 CC, adjudica sus bienes a cada uno de sus citados hermanos y sobrinos y herederos, en pago de sus respectivos derechos hereditarios" no se acredita que no existieran deudas o que fueron asumidas por uno de los herederos o que el testador consignó alguna previsión respecto de ellas. Igual criterio en cuanto al pago de las deudas RDGSJFP 7 febrero 2023 (BOE 3 marzo 2023).

7 Sí se regula en el art. 275 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG), así como en el art. 464-4.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (CCC); en el art. 368 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFA).

previsión legal en el art. 786 LEC en relación con las operaciones divisorias del contador dentro de la partición judicial: si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atendrá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos.

La distinción entre partición testamentaria y norma particional es entendida por la doctrina jurisprudencial y registral[8] en el sentido de que en la norma particional el testador se limita a dar instrucciones de obligado cumplimiento, salvo el límite de la intangibilidad de las legítimas, sobre la forma en que en el futuro, cuando se realice la partición, sea por el contador-partidor, los herederos e incluso en la partición judicial, la misma debe realizarse, especialmente con referencia a los bienes que deben adjudicarse a los herederos o alguno de ellos en pago de su haber; pero con ello no se altera la naturaleza de la partición que se realiza de conformidad con dichas normas convirtiéndola en partición por el testador, por lo que no le son de aplicación sus efectos.

Esto es, si las disposiciones del testamento relacionadas con la partición de la herencia son calificadas de normas particionales surge la comunidad hereditaria, el heredero no adquiere la propiedad de los bienes incluidos en aquellas hasta que efectivamente le son adjudicados en la partición todavía pendiente de realización (art. 1068 CC), no hace suyos los frutos y mejoras sino que se integran en la comunidad hereditaria (art. 1063 CC), tampoco asume los gastos y deterioros y, sobre todo, la cuota en la que los herederos aparecen instituidos, por mención expresa en el testamento o derivada del art. 765 CC, prevalece sobre la norma particional, por lo que, aunque la misma en principio deberá ser respetada de ser posible, las adjudicaciones definitivas se realizarán atendiendo al valor real y objetivo de los bienes en el momento de la partición (art. 1074 CC), no del otorgamiento del testamento o del fallecimiento.

Y dado que no se trata de una partición por el testador a la que se le aplique los arts. 1056 y 1075 CC, en la partición que se realice por los herederos, contador partidor o en la partición judicial habrá lugar a las compensaciones económicas correspondientes, a favor o el contra del heredero o, si las mismas no fueran posibles, modificación de las adjudicaciones previstas en la norma particional hasta que las adjudicaciones definitivas se ajusten a la cuota instituida o, al menos, hasta que no exista lesión para ninguno de los herederos en más de la cuarta parte (art. 1074 CC), que sería el motivo general de impugnación de una partición no realizada por el testador.

8 SSTS 7 septiembre 1998 (RAJ 1998, 6395), 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), RDGSJFP 26 enero 2022 (RAJ 2022, 1605), RRDGRN 23 octubre 2019 (RAJ 2019, 4742), 5 julio 2016 (RAJ 2016, 4254), 26 diciembre 2016 (RAJ 2016, 5753), 1 agosto 2012 (RAJ 2012, 1038).

II. DISPOSICIONES DEL TESTADOR: ¿PARTICIÓN O NORMA PARTICIONAL?

1. La doctrina jurisprudencial.

Puede decirse que la distinción entre la partición realizada por el testador y la norma particional no presenta dificultades teóricas, y el causante, al manifestar su última voluntad en forma testamentaria, puede querer los efectos de una u otra institución y así estar recogido en el testamento con referencia al habitual testamento abierto notarial, dado que la norma particional se considera que no puede ser establecida fuera del testamento, por actos "inter vivos" [extratestamentario] como dice el art. 1056 CC al referirse a la partición[9]. Unas veces, en el testamento se menciona expresamente que el testador realiza la partición con las subsiguientes adjudicaciones; en otros se menciona bajo el epígrafe "normas particionales", además de otras disposiciones, cómo deben realizarse las adjudicaciones o alguna de ellas en la futura partición.

Ahora bien, a mi modo de ver, es un hecho que son relativamente pocos los testadores que realizan la partición de su herencia y, en su caso, optan mayoritariamente por hacer uso de las normas particionales. O dicho de una manera más precisa, es un hecho que el Tribunal Supremo, al tener que pronunciarse sobre la cuestión de si el testador ha realizado la partición o meramente ha dispuesto normas o reglas particionales, dados los efectos específicos de la partición por el testador, interpreta en muchas ocasiones que su voluntad o intención ha sido recurrir a la norma particional. Y es que parece que la duda no surge nunca cuando el testador especifica que son normas particionales, especificación que no sucede con frecuencia, quizá por una imprecisa redacción del testamento, y sí cuando manifiesta hacer la partición.

Y a tal conclusión, desde luego no unánime y con decisiones contradictorias, básicamente se llega cuando en la partición no han sido incluidos y adjudicados todos los bienes del causante y son precisas operaciones particionales/divisorias posteriores, sin que se admita, por tanto, la partición parcial por el testador – entendida como la adjudicación solo de una parte de su patrimonio –, con los efectos propios de la misma previstos por la ley respecto de los bienes que sí han sido objeto de partición y adjudicación, esto es, fundamentalmente, desde un punto de vista substantivo, atribución del dominio a la muerte del causante tras la aceptación e inexistencia de compensaciones, y desde una perspectiva registral el acceso al Registro de la Propiedad.

9 En el Derecho civil de Galicia, expresamente el art. 275 LDCG prevé que la norma particional debe ordenarse en testamento, mientras que el art. 274 LDCG admite la posibilidad de una partición realizada en documento no testamentario, que el art. 270.1° LDCG prevé que pueda ser anterior o posterior al testamento.

En efecto, si bien la STS 4 noviembre 2008[10] asume la doctrina de que para la validez de la partición por el testador el CC no exige que en la misma se incluyan todos los bienes de la herencia, una línea jurisprudencial y registral recurrente[11], considera que aunque el propio testador manifieste expresamente que realiza la partición de la herencia, si no realiza la partición total o no incluye el inventario y avalúo, así como los lotes objeto de adjudicación – en definitiva, como dice la STS 7 septiembre 1998[12], no se hacen todas las operaciones objeto de la partición haciendo innecesario que tenga que realizarse por otros medios –, o se designa contador-partidor más allá que un mero ejecutor de la voluntad del testador[13], se trata de una norma o normas particionales y no de una partición realizada por el testador.

Y así, en esta línea jurisprudencial es paradigmática por su cita reiterada en posteriores decisiones judiciales y registrales, la citada STS 7 septiembre 1998, la cual, después de manifestar que el art. 1056 CC faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas, afirma que "[…] no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una "regla de oro", consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones – inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes –, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione".

Y tal doctrina se hace extensible a aquellos supuestos en que el testador, después de la cláusula de institución de herederos, sin manifestación alguna de realizar la partición sí procede a la adjudicación de bienes concretos que integran el patrimonio del causante, adjudicaciones que, sobre la base de que no cabe que el testador realice una partición parcial, se considera no pueden ser calificadas de partición[14] al no extenderse a la totalidad de los bienes, constituyendo una suerte de norma particional[15].

10 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

11 SSTS 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806), 15 junio 2006 (RAJ 2006, 3538), RDGSJFP 7 febrero 2023 (BOE 3 de marzo), RRDGRN, 5 abril 2019 (RAJ 2019, 466), 18 octubre 2013 (RAJ 2013, 7627).

12 STS 7 septiembre 1998 (RAJ 1998, 6395).

13 STS 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023).

14 SSTS 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), 24 enero 2003 (RAJ 2003, 1995), 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806), 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023), 15 febrero 1988 (RAJ 1988, 1987), 9 marzo 1961 (RAJ 1961, 945).

15 SSTS 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023).

Tal conclusión tiene como consecuencia que tales bienes objeto de adjudicación expresa por el testador también se integran en la comunidad hereditaria, sin transmisión del dominio a la fecha de fallecimiento por lo que no pueden practicarse inscripciones separadas de los bienes adjudicados hasta que no esté hecha la partición[16], con las compensaciones a que haya lugar por prevalecer la institución sobre la adjudicación y con valoración al día en que se realice la partición (art. 1074 CC). Todo ello sin perjuicio del problema adicional que se puede presentar, más allá de si se considera que se trata de una partición o de una norma particional, de si con la adjudicación se considera satisfecha o no la cuota, considerándose que no, salvo que el testador manifieste expresamente que la adjudicación se realiza "en pago" de los derechos hereditarios del instituido heredero sin derecho a la adjudicación de otros bienes para el supuesto de que la atribución no cubra su cuota – ni reducción para el caso de que la exceda –, supuesto en el que, en realidad, se trataría de un legatario de cosa específica en cuanto heredero instituido en cosa cierta (art. 768 CC), y con los efectos propios de tal legatario en cuanto a la adquisición del dominio y responsabilidad por las deudas del causante, razón por la que si tal es la voluntad del testador sería aconsejable disponer directamente del legado.

La posición tan restrictiva de esta doctrina jurisprudencial, en la práctica, en la mayoría de los supuestos acaba reduciendo la partición por el testador a los casos en que realiza un completo y clásico cuaderno particional incluyendo todos sus bienes, con avalúo y formación de lotes objeto de adjudicación, normalmente en documento público extratestamentario al que se remite el testamento, que se limita a la institución de herederos y, en su caso, a incorporar legados. En definitiva, parece que esta línea jurisprudencial, más allá de la explícita voluntad del testador de realizar la partición, exige la concurrencia de unos requisitos objetivos para poder calificar la disposición testamentaria como una partición por el testador con los efectos que a la misma le atribuye el CC, requisitos que se concretarían en la exigencia de que el testamento contuviera todas las operaciones particionales.

2. Redacción e interpretación del testamento.

Estrictamente hablando, y como se ha mantenido por la doctrina, el CC no impone que la partición por el testador haya de ser total[17], ni con referencia a

16 RDGRN 8 enero 2014 (RAJ 2014, 1542).

17 En los derechos civiles autonómicos, el art. 273 LDCG se refiere como figuras distintas a la partición y a la adjudicación de bienes o derechos determinados, por lo que, en principio, parece que el efecto propio de la partición (según el art. 274 LDCG prevalencia de la misma sobre la cuota en que se instituyó al heredero), no es de aplicación a las meras adjudicaciones. El art. 464-4.1 CCC expresamente contempla, diferenciadamente de las normas particionales, que la partición puede comprender toda la herencia, o solo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados, regulando en el art. 464-4.2 CCC que, si el causante hace la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y existe contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, prevalecen las primeras. En términos semejantes se regula en el art. 368 CDFA, que admite expresamente la posibilidad de que el causante realice la partición parcial,

todos sus bienes en el momento de otorgar el testamento en que se incluye la partición ni a los existentes a su fallecimiento y apertura de la sucesión, pues resultaría aplicable el art. 1079 CC; tampoco que tenga que incorporar un avalúo de los bienes, irrelevante más allá de lo previsto en el art. 1075 CC, en que será el que se oponga a la partición en base a tal norma quien tenga que demostrar el perjuicio por los valores. Tampoco establece que no sea posible completar las adjudicaciones de bienes específicos mediante una adjudicación alzada del posible remanente a todos o varios de los herederos, por cuotas y en copropiedad ordinaria excluyente de la comunidad hereditaria – así STS 17 febrero 2000[18] en el sentido de que la adjudicación proindiviso implica pasar a ser titular en copropiedad –, o incluso una adjudicación en tal comunidad hereditaria, exclusivamente integrada por los bienes no adjudicados.

Cuestión diferente sería determinar en el caso concreto los efectos que deben producir las disposiciones testamentarias relacionadas con la institución de herederos y las adjudicaciones que se realizan, y en relación con ello, en último término, más allá de supuestos extremos en que el testador se limite a adjudicar algún (o alguno) de los bienes a algún (o algunos) de los herederos, sin previsión sobre la parte más importante económicamente de su patrimonio en el momento de otorgar el testamento, , que el testador esté haciendo la partición con los efectos que son propios o consignando meras normas particionales realmente debe ser considerado como una cuestión de interpretación del testamento para determinar su voluntad real en cada caso[19], interpretación que en la mayoría de los supuestos, como se ha indicado, concluye en la existencia de normas particionales y no de partición como consecuencia, en no pocas ocasiones, de una incompleta, imprecisa o equívoca redacción de las cláusulas testamentarias, a las que el Tribunal Supremo no vincula los efectos legales de la partición por el testador.

Y bajo esa premisa, y sin perjuicio de posiciones críticas o de futuros y eventuales cambios o unificación de la doctrina del Tribunal Supremo en un sentido menos restrictivo, la posición de la jurisprudencia, a mi modo de ver, aunque bastante contradictoria, pero en una tendencia mayoritaria a negar que el testador haya hecho la partición de la herencia y sí incluido meras normas particionales, debe necesariamente ser tenida en cuenta y no puede prescindirse de ella en el momento de plasmar o recoger la voluntad testamentaria. Ello supone la necesidad de que en la redacción y otorgamiento del testamento previamente a su formalización

y si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte, las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Por su parte, la ley 338 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. no recoge expresamente la posibilidad de la partición parcial por parte del causante y sí la previsión de que, si la partición se hiciere en el mismo acto de disposición y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción.

18 STS 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806).

19 STS 29 enero 2008 (RAJ 2008, 229).

se indague y se determine, atendidas las circunstancias del caso concreto, cuál es realmente la voluntad del testador cuando en el testamento se afirma que es él quien ya realiza la partición de sus bienes, y se desecha la opción de designar contador-partidor y/o incluir normas particionales, generalmente referidas a las adjudicaciones, conforme a las cuales se realizará una futura partición que él, obviamente, no realiza.

En otros términos, y analizado desde el punto de vista substantivo de controversia judicial entre los herederos y no tanto desde una perspectiva registral en relación con el acceso de la partición al Registro de la Propiedad[20], cuando el testador en su testamento abierto notarial ha instituido a los herederos a partes iguales, expresamente o no, con aplicación en su caso del art. 765 CC, en la mayoría de los supuestos con la usual substitución vulgar (art. 774 CC), igualmente consigna la manifestación de hacer la partición y realiza las adjudicaciones, ¿conoce y quiere las consecuencias jurídicas de la partición – especialmente el eventual desequilibrio entre el valor objetivo de las adjudicaciones y la cuota instituida a fecha de fallecimiento por mejoras o deterioros de los bienes, o la inexistencia de alguno de los bienes adjudicados –, o más bien se acomodaría mejor a su intención y voluntad limitarse a incluir normas particionales, con designación o no de contador-partidor, o incluso configurar las adjudicaciones como legados?

Y si lo pretendido es realmente realizar la partición en el testamento y se quiere obtener tal resultado cumpliéndose así la voluntad del otorgante, como se expone a continuación, no va a ser suficiente la utilización del recurso habitual a fórmulas más o menos estandarizadas como manifestar que se hace la partición, o adjudicar los bienes el propio testador ("adjudica") y no estableciendo una adjudicación futura ("se adjudique"), sino que será preciso adecuarse a las exigencias jurisprudenciales lo que, salvo partición independiente, será de difícil ejecución en la práctica ante las dificultades de incluir en el testamento todas las operaciones particionales de inventario, avalúo, etc., que comprendan todos los bienes existentes al tiempo del fallecimiento o, al menos, en el momento de otorgar el testamento presuntamente particional.

Por ello, partiendo del principio "favor testamenti" en su proyección de dar prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador[21], puede ser útil indicar

20 Para el acceso al Registro de la Propiedad de la partición realizada por el testador, la DGRN/DGSJFP ha oscilado entre la interpretación estricta siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo representada por la sentencia de 7 septiembre 1998 de que debe contener el inventario y avalúo (RDGSJFP 7 febrero 2023 [BOE 3 marzo 202], RDGRN 5 abril 2019 [RAJ 2019, 466]), y admitir la inscripción si la partición es completada por todas los interesados con todas las operaciones particionales omitidas por el testador, y en todo caso, de existir legitimarios, con su intervención dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (RRDGRN 6 marzo 2012 [RAJ 2012, 6149], 13 junio 2013 [RAJ 2013, 5440], 3 marzo 2015 [RAJ 2015, 5556], 16 octubre 2015 [RAJ 6490]).

21 SSTS 28 junio 2013 (RAJ 2013, 8081), 20 marzo 2013 (RAJ 2013, 7291).

algunos extremos a tener en cuenta en la redacción del testamento, es decir, una vez indagada previamente la voluntad del testador, el que se otorga a fin de conseguir determinados efectos de la partición por el mismo, no ya por aplicación directa de las previsiones que el CC le atribuye, lo que el Tribunal Supremo niega, sino por la inclusión de cláusulas o previsiones testamentarias específicas, de manera que la voluntad explicitada en el testamento no acabe siendo considerada en la mayoría de las ocasiones como normas particionales cuando realmente se quiere hacer la partición o, al menos, algunos de sus efectos más relevantes.

III. CLAUSULAS TESTAMENTARIAS.

1. La voluntad expresada de hacer la partición.

En principio, y sin perjuicio de las limitaciones que en el caso concreto puedan existir en relación con la libertad de testar, fundamentalmente la existencia de legitimarios, la voluntad del causante manifestada en el testamento es la ley de la sucesión, por lo que la partición que el mismo realiza incorporándola en el testamento ha de ser respetada.

Según ello, cuando en el testamento abierto notarial, bajo el asesoramiento y supervisión del notario – sin perjuicio de la particularidad a estos efectos de los testamentos redactados "según minuta" –, tras la cláusula de institución de herederos se incluye otra que dice que "el testador, de conformidad con lo establecido en el art. 1056 CC, realiza la partición de sus bienes…" y procede a continuación a consignar las correspondientes adjudicaciones; o la cláusula menciona que "el testador haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 1056 CC hace las siguientes adjudicaciones…", debería considerarse que la voluntad testamentaria explicitada no es otra que hacer la partición de los bienes – como dice la SAP Pontevedra, Sección 6ª, 17 marzo 2023, "palabras precisas puesto que de documento notarial se trata"[22] –, con las consecuencias que le corresponden, principalmente, como se ha indicado, la adquisición del dominio de los bienes adjudicados una vez aceptada la herencia y con efectos a la fecha de la apertura de la sucesión y, sobre todo, dada su importancia en la conflictividad práctica, que ya no es posible acudir al procedimiento de partición judicial (art. 782 y ss. LEC) – o a la figura del contador-partidor-dativo (art. 1057 párr. 2º CC) – para partir una herencia ya partida, así como la inexistencia de compensaciones para el caso de que el valor de los bienes adjudicados no coincida con la cuota en que los herederos han sido instituidos, bien porque ya no eran sustancialmente coincidentes al tiempo del otorgamiento del testamento y partición, bien al del fallecimiento por circunstancias sobrevenidas.

22 SAP Pontevedra, Sección 6ª, 17 marzo 2023 (ECLI: ES:APPO:2023:526).

Y así, la STS 4 noviembre 2008[23] considera que sí es relevante la circunstancia de que la testadora con las adjudicaciones que realiza manifieste su voluntad de hacer la partición con cita del art. 1056 CC, pues si la interpretación del testamento tiene como finalidad reconstruir la voluntad del testador, el art. 675 CC impone como límite al intérprete que se limite al sentido literal cuando aparezca clara e indudable dicha voluntad (*vid.* siguiendo esta doctrina, SAP Madrid, Sección 19, 9 junio 2022)[24]. Y similar criterio es el mantenido por la STS 29 marzo 2021[25] al indicar que el testador no se limitó a establecer indicaciones acerca de cómo debía hacerse la partición de su herencia, sino que, en un testamento notarial, con cita expresa del art. 1056 CC, declaró ordenar la partición conforme a las concretas adjudicaciones que enumeraba. Es decir, que la voluntad expresada con claridad por el causante fue la de realizar la denominada partición por el testador, lo que excluye la comunidad hereditaria y la situación de indivisión. Y ello, como afirma la mencionada STS 4 noviembre 2008, sin que deje de ser partición por el hecho de que no se hayan incluido todos los bienes, pues conforme al art. 1079 CC puede hacerse una partición adicional.

Y tales conclusiones pueden verse respaldadas igualmente por la doctrina registral. Expresamente la RDRGRN 5 julio 2018[26], reiterando la doctrina de anteriores resoluciones[27], considera que en la interpretación del testamento debe atenderse especialmente al significado que las palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate, y cuando se trata de la interpretación de las disposiciones "mortis causa", es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

Sin embargo, es lo cierto que la manifestación del testador recogida expresamente en una cláusula de que realiza la partición de sus bienes, aunque incluya expresamente la referencia de "al amparo de lo dispuesto en el art. 1056 CC…" o expresión similar, no es habitualmente considerada por el Tribunal Supremo suficiente por sí misma para entender que nos encontramos ante una partición por el testador, pues, como se ha comentado, no lo sería si en relación con el patrimonio que se dice partir o adjudicar no se incluye todos los bienes, y tampoco cuando tales previsiones testamentarias se completan con una cláusula

23 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

24 SAP Madrid, Sección 19, 9 junio 2022 (ECLI: ES:APM:2022:7807).

25 la STS 29 marzo 2021 (RAJ 2021, 1452).

26 RDGRN 5 julio 2018 (RAJ 2018, 4761).

27 RRDGRN 25 de septiembre de 1987 (RAJ 1987, 6574) , 27 de mayo de 2009 (RAJ 2010, 1649), 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 650), 22 junio 2015 (RJA 2015, 3734).

en que se designan contador o contadores-partidores, designación que sería incompatible con una partición previamente realizada por el testador[28].

La conclusión de todo ello sería que en estos supuestos no hay partición por el testador y que las adjudicaciones concretas que se hayan realizado tienen la consideración de meras normas particionales. En último término, aunque la manifestación del testador de realizar la partición o mencionar expresamente el art. 1056 CC acompañada de las adjudicaciones a los instituidos herederos realizada en un testamento autorizado por notario debiera ser un elemento relevante en la interpretación de lo dispuesto y realizado en el testamento, e incluso debería ser el elemento relevante por excelencia en la indagación de su voluntad (art. 675 CC), según la jurisprudencia mayoritaria no es lo esencial y definitivo para apreciar la existencia de tal partición, doctrina que, en muchas ocasiones, acaba en la total irrelevancia de la voluntad manifestada por el testador que es reconducida a la norma particional, a pesar de tratarse de un testamento abierto notarial que habría de suponerse de redacción técnica y precisa en una materia tan controvertida

2. Disposiciones sobre los bienes no adjudicados expresamente.

A mi juicio, la mayor dificultad que se constata en la doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de la partición por el testador con los efectos que le atribuye directamente el CC es el hecho de que en la misma no se incluyan todos los bienes del testador, especialmente los existentes en el momento de su realización y otorgamiento del testamento.

La STS 4 noviembre 2008[29], con cita de la doctrina ya mantenida expresamente por la STS 6 marzo 1945[30], considera que no es preciso que la partición realizada por el testador comprenda absolutamente todos los bienes del causante, pues cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, (art. 1079 CC), ya que, al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Y tal criterio puede encontrarse también en la STS 21 julio 1986[31], para la que el testador puede hacer la partición sin realizar inventario, sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador.

28 SSTS 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023) y 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038).

29 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

30 STS 6 marzo 1945 (RAJ 1945, 272).

31 STS 21 julio 1986 (RAJ 1986, 4575).

Y tal doctrina sería de aplicación no solo al supuesto en que el testador adjudica los que cree todos sus bienes sin referencia a la existencia de otros, omitiendo alguno por olvido o por haber sido adquirido con posterioridad al testamento y partición que en él realiza, siempre que representen una parte no relevante de la herencia susceptible de ser encajada en lo dispuesto por el art. 1079 CC, tal y como ya había declarado la STS 15 febrero 1988[32], sino también a aquellos casos en que, conociendo la existencia de bienes no incluidos en las adjudicaciones, o en previsión de su posible existencia futura, el testador expresamente atribuye el resto de los bienes que integren su herencia al tiempo del fallecimiento a uno de los herederos[33] sin que, por lo tanto, se requieran operaciones particionales adicionales.

Y también sería de aplicación si la atribución de los bienes no expresamente adjudicados se realiza a favor de dos o más herederos, incluso a todos a partes iguales, o directamente lo configura como una cláusula residual instituyendo herederos a partes iguales en los bienes de los que no se haya hecho atribución expresa, configurando así un testamento en parte particional respecto de los bienes atribuidos, y en parte no particional en cuanto al resto que, respetándose las adjudicaciones hechas por el testador, sin perjuicio también del respeto de las legítimas, deberá ser objeto de partición[34].

Tal conclusión, que en último término implica admitir la existencia de que el testador realice una partición parcial de sus bienes, posibilidad que para la partición verificada por los herederos admite el art. 80.1.b RH, no obstante, no es la mantenida por la mayoría de la jurisprudencia. Así, la STS 9 marzo 1961[35], cuya doctrina acoge expresamente la STS 17 febrero 2000[36], que considera que no constituye partición por el testador la adjudicación que se realiza de alguno de los bienes, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio cuya existencia conoce ni realizar la liquidación. O la STS 8 marzo 1989[37], para la que no será partición si en relación con el patrimonio que se dice partir o adjudicar no se incluye una parte importante de los bienes, que normalmente no se especifican, y ello aunque en el propio testamento se incluya expresamente una cláusula de atribución a partes iguales a los herederos del remanente de los bienes no adjudicados, pues tal atribución conjunta va a requerir operaciones particionales posteriores, razón por la que no se puede mantener que el testador haya realizado la partición de su herencia.

32 STS 15 febrero 1988 (RAJ 1988, 1987).

33 RDGRN 26 octubre 2016 (RAJ 2016, 5753).

34 *Vid.* SAP Baleares, Sección 5ª, 22 octubre 2013 (JUR 2014, 4942).

35 STS 9 marzo 1961 (RAJ 1961, 945).

36 STS 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806).

37 STS 8 marzo 1989 (RJA 1989, 2023).

Nótese el carácter tan restrictivo de tal doctrina al considerarse insuficiente para apreciar la existencia de partición que el testador haga uso de una facultad que sí tiene el contador en el art. 786.1 LEC de adjudicar bienes en indivisión o comunidad romana, o los propios herederos que por unanimidad pueden poner término a la comunidad hereditaria mediante su transformación en comunidad ordinaria[38], lo que sin duda supone la realización de la partición[39], comunidad ordinaria ya no susceptible de extinción a través del cauce de los arts. 782 y ss. LEC sino del ejercicio de la acción de división en el procedimiento que por cuantía corresponda[40].

Por otra parte, y si bien la diferencia entre los supuestos puede residir, al menos respecto del contador en el caso del art. 786.1 CC, que se trata de una adjudicación en copropiedad de un bien o bienes concretos a uno o varios herederos, lo que no cabe dudar que también puede hacerlo el testador sin que por tal adjudicación específica en proindiviso se excluya que se trata de una partición, y que lo negado por la jurisprudencia es la eficacia a estos efectos de las adjudicaciones genéricas[41], la cuestión parece no estar tanto en la inclusión o no de todos los bienes en las adjudicaciones realizadas en la partición, sino en que no puede considerarse que el testador ha realizado la partición cuando se limita a adjudicar algunos bienes concretos, pero sin dividir ni partir la herencia, aunque sí podría considerarse partición si los bienes no incluidos en las adjudicaciones no son relevantes en su valor en relación con las mismas, requiriendo con fundamento en el art. 1079 CC tan solo operaciones particionales complementarias no sustanciales.

A la vista de tal doctrina, parece necesaria la inclusión en el testamento de disposiciones complementarias del testador en relación con los bienes, existentes o futuros, no adjudicados de forma expresa e individualizada. Una posibilidad podría ser la especificación de que la adjudicación a partes iguales – tal suele ser la previsión habitual, aunque también en ocasiones lo es en proporción al valor de los bienes adjudicados – lo es de cada uno de los bienes individualmente considerados, en comunidad romana, a la que cualquier heredero podrá poner término a través del ejercicio de la acción de división (art. 400 CC) – que, como se ha indicado, se tramitaría el procedimiento ordinario y no por el de división judicial de patrimonios –, disponiendo expresamente que la misma deberá recaer sobre todos los bienes y que podrán considerarse en su conjunto a los efectos de formar lotes y adjudicarlos – en términos semejantes a la previsión del art. 437.4.4ª LEC – ,

38 SSTS 16 septiembre 2010 (RAJ 2010, 7997) y 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806).

39 RDGRN 13 julio 2015 (RAJ 2015, 4038).

40 STS 8 marzo 1999 (RAJ 1999, 1404).

41 Ningún obstáculo encuentra la RDGRN 26 noviembre 2006 (BOE 28 de diciembre) para la inscripción, en un supuesto en que en la herencia no existían deudas, de las adjudicaciones realizadas a cada heredero de una participación o porcentaje de los bienes de la herencia en vez de referir la participación a bienes concretos y determinados, pues dentro de esa expresión más amplia, están aquellos incluidos en su propia individualidad.

solución posible, dado que el testador genera la comunidad y puede establecer normas sobre uso, disfrute y extinción (art. 392.II CC), pero un tanto forzada y probablemente excesiva, con posibles consecuencias tributarias indeseadas[42], para la obtención de la finalidad pretendida – que lo dispuesto por el causante en su testamento sea considerado partición por el testador – .

Por ello, después de que el testamento recoja la manifestación del testador de hacer la partición al amparo del art. 1056 CC y de realizar las adjudicaciones, parece preferible la opción de mantener una adjudicación alzada del remanente, con la especificación de que su distribución entre los herederos adjudicatarios conforme a las cuotas que se concretan en la propia cláusula (normalmente a partes iguales) se considerará a todos los efectos como una partición complementaria a la ya realizada por el testador, cuyas adjudicaciones, y sin perjuicio de la intangibilidad de las legítimas, en todo caso deberán ser respetadas y transmitido el dominio en el momento de la apertura de la sucesión, previsión que puede completarse con la designación de un contador-partidor para tal partición complementaria, pero con las manifestaciones anteriores dado que, en otro caso, ante la existencia de bienes no partidos o adjudicados con designación de un contador-partidor probablemente será considerado como un supuesto de normas particionales, que deberán ser respetadas pero con sus efectos específicos, y no de partición por el testador.

Y, recordemos, así lo considera la STS 7 septiembre 1998[43], en doctrina reiterada por la STS 15 junio 2006[44], desde el momento en que en el testamento se hace una designación expresa de un contador partidor, "institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento" (en el mismo sentido STS 8 marzo 1989)[45]. Pero tal conclusión, como se indica, no debería ser de aplicación cuando en el testamento se limita la intervención del contador-partidor exclusivamente a los bienes no adjudicados, con manifestación expresa de su carácter complementario de la partición hecha por el testador, aunque sí, obviamente, cuando el testador menciona "que se adjudique" a los herederos los bienes que señala a los herederos, nombrando contador-partidor.

42 Es cuestión discutida en el ámbito fiscal la tributación de la extinción de varios condominios con los mismos titulares, de si cada comunidad es independiente una de la otra y, por lo tanto, una extinción conjunta implica permuta de las cuotas que cada uno tuviese en cada bien en copropiedad con la consiguiente tributación, o si cabe considerarlo a efectos tributarios una única comunidad y una única extinción, por lo que sería un supuesto de no sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Pueden verse las Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos V0724-23, 24 marzo 2023, V0403-22, 2 marzo 2022, V02889-21, 17 noviembre 2021, así como el ATS, Sala 3ª, Sección 1ª, 24 mayo 2023 (ECLI: ES:TS:2023:6274ª).

43 STS 7 septiembre 1998 (RAJ 1998, 6395).

44 STS 15 junio 2006 (RAJ 2006, 3538).

45 STS 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023).

3. Disposiciones sobre el valor de los bienes adjudicados.

El testador al hacer la partición no está vinculado por el art. 1061 CC y puede configurar los lotes o adjudicaciones en los términos que estime oportunos, y precisamente el art. 1075 tiene como consecuencia que deberá pasarse por tal partición en tanto no perjudique las legítimas o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador, lo que supone el efecto fundamental, ya señalado, de que en caso de divergencia entre la disposición testamentaria (cuotas) y el valor de los bienes o lotes adjudicados, sea una divergencia originaria al tiempo de otorgarse el testamento y partición, o sobrevenida después del mismo y al fallecimiento del testador (STS 18 marzo 2010)[46], prevalece la partición[47].

En relación con ello, cuando el testador manifiesta hacer la partición de sus bienes y realiza las adjudicaciones, la conclusión de que nos encontramos ante una partición y no meras normas particionales aunque no haya incluido la totalidad de su patrimonio puede verse reforzada no solo por la cita expresa del art. 1056 CC, sino también por la previsión testamentaria de que pueda existir una diferencia de valor entre los bienes adjudicados a cada heredero, disponiendo expresamente el testador el efecto que prevé el art. 1075 CC, esto es, que aún en ese caso se respete la partición con las adjudicaciones realizadas y sin compensaciones, y así lo apreció la STS 4 noviembre 2008[48].

No obstante, también puede darse el caso contrario, esto es, que el testador prevea la existencia de compensaciones para el caso de que al fallecimiento el valor de los bienes no sea equivalente a las cuotas instituidas, lo que también confirmaría que nos encontramos ante una partición y no una norma particional. En ambos casos, siempre explicitando la voluntad del testador sin dejar su determinación para su posterior indagación, una vez fallecido y abierta la sucesión, a través de la interpretación del testamento.

Con todo, el problema no parece que pueda surgir si el testador instituye a los herederos en la proporción que resulta de las adjudicaciones que realiza – lo que excluiría el derecho de acrecer (art. 982 CC) salvo que el testador indique lo contrario –, lo que habitualmente se considera, salvo previsión contraria del testador, con referencia al valor que los bienes tienen a la apertura de la sucesión y no al tiempo de otorgamiento del testamento particional. Pero también

46 STS 18 marzo 2010 (RAJ 2010, 2409).

47 En cuanto a la existencia de divergencia, en general la doctrina entiende que como tal no puede ser calificado el supuesto de que el valor objetivo de los bienes adjudicados en el testamento no coincida con la cláusula dispositiva, pues ha de atenderse a la valoración subjetiva del testador. Ello supone, se puede añadir, que desde la perspectiva del testador no hay divergencia alguna, salvo que se pueda demostrar que incurrió en error, e incluso existir dolo por alguno de los herederos, o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador, tal y como estimó la STS 20 noviembre 1990 (RAJ 1990, 8990) que, en interpretación de tal voluntad, concluye la prevalencia de las cuotas sobre las adjudicaciones.

48 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

puede suceder que el testador mencione la estricta institución de herederos sin especificación de cuotas, procediendo a continuación a las adjudicaciones, supuesto en el que, aunque no manifieste expresamente su voluntad de que se respeten las adjudicaciones realizadas, puede entenderse que la institución (cuotas), no lo es a partes iguales como se derivaría del art. 765 CC, sino en la proporción de los bienes adjudicados[49]. Ahora bien, dado que se trata de evitar problemas interpretativos de la voluntad del testador, parece oportuno o bien explicitar la institución proporcional o que se respete la partición, con el matiz que si se realiza una institución proporcional ello debe tenerse en cuenta si se incorpora en el testamento una cláusula adicional de adjudicación del remanente o bienes no adjudicados, en que debe plasmarse la voluntad del testador de si tales bienes se adjudican o deben ser distribuidos entre los herederos en proporción a las adjudicaciones realizadas en la partición o, lo que es más habitual, como se ha indicado, a partes iguales.

Por último, y dada la existencia de una doctrina jurisprudencial restrictiva, en el otorgamiento del testamento particional debería tenerse en cuenta, atendidas las circunstancias del caso concreto y la voluntad del testador, que es posible que se pueda entender que no concurran los requisitos para apreciar la existencia de una partición por el testador y sí normas particionales, que en cuanto tales deben ser respetadas. Pero no tratándose de una partición por el testador, las discrepancias al tiempo del fallecimiento del causante entre el valor de los bienes adjudicados por el mismo (o más bien que deben ser adjudicados en la partición que se realice) y la cuota en que los herederos han sido instituidos, en principio, va a ser resuelta a favor de esta última con las compensaciones a que haya lugar.

Podría argumentarse que las adjudicaciones realizadas, aun como normas particionales siempre deben ser respetadas, incluso aunque su efecto final implique que el resultado de la partición que se realice sea desigualitario en relación con las cuotas a partes iguales en que los herederos hayan sido instituidos, pues la distribución de los bienes adjudicados ya ha sido hecha por el testador, quien, salvo para el cálculo de las legítimas en que hay que tener en cuenta el valor real de los bienes, no está vinculado por valor alguno, tampoco por el valor de mercado propio de la partición por los herederos o el contador-partidor, y lo relevante no es su valor objetivo sino los bienes en sí, con el valor subjetivo que el testador implícitamente les ha atribuido.

En este sentido, no se puede descartar que, por la vía de la interpretación del testamento y determinación de la voluntad real del testador, incluso utilizando elementos extrínsecos, se pueda llegar a la conclusión de que aquella voluntad fue que la norma particional fuera respetada a pesar de la divergencia con la

49 *Vid.* SSTS 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), 4 febrero 1994 (RAJ 1994, 909).

cuota en que se instituyeron a los herederos, lo que debería hacerse si no hay perjuicio en las legítimas[50]. Sin embargo, sin la previsión adicional en el testamento de que las adjudicaciones han de ser respetadas sin modificación alguna, aunque los valores de las mismas no sean igualitarios a la fecha de apertura de la sucesión en correspondencia con la cuota en que han sido instituidos los herederos – previsión perfectamente válida (vid. STS 29 enero 2008[51] –, es muy probable que únicamente se reconozcan los efectos propios de la norma particional, lo que hace aconsejable la inclusión de una cláusula que recoja expresamente tal voluntad del testador.

4. Disposiciones sobre inexistencia en la herencia de bienes adjudicados.

Cuando se trata de normas particionales sobre adjudicaciones de bienes, la inexistencia de estos al fallecimiento del testador supone la ineficacia, en cuanto no produce efectos, de la norma particional, por lo que en la partición que se realice al heredero deberán adjudicársele bienes – o compensarle – hasta el pago de su cuota. Por el contrario, tratándose de una partición por el testador, en principio, le correspondería al heredero adjudicatario soportar la pérdida o menoscabo (arg. ex. art. 1070.1 CC), ello sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima (arts. 815 y 1075 CC)[52].

Ahora bien, tal conclusión una vez más se presenta como una cuestión controvertida. Salvo que de la interpretación de la voluntad del testador pueda derivarse lo contrario, se puede mantener, y así lo hace una parte de la doctrina, que en tales supuestos la partición debe ser modificada con compensación al heredero del valor del bien – otro problema de interpretación de si el valor al tiempo de la partición o de la adjudicación, valor subjetivo del testador o valor objetivo –, e incluso que al menos cabría la rescisión por lesión si la misma supera la cuarta parte (art. 1074 CC). Todo ello con la duda de si tales consecuencias se aplican solo a los actos de disposición voluntarios, como sucede en la ineficacia de los legados (art. 869.1 CC), o también a los supuestos de enajenación forzosa[53].

Por otra parte, dado que el art. 1070.1º CC sí señala la obligación recíproca de los herederos de responder por evicción y saneamiento de los bienes adjudicados por el testador cuando parezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, también es controvertido si tal voluntad contraria cabe deducirla del hecho de que la institución se haya realizado a partes iguales y las adjudicaciones

50 *Vid.* SAP La Rioja, Sección 1ª, 4 diciembre 2018 (ECLI: ES:APLO:2018:557).

51 STS 29 enero 2008 (RAJ 2008, 229).

52 *Vid.* STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

53 El art. 281 LDCG contiene una previsión expresa en relación con la partición conjunta realizada por los cónyuges: la partija podrá ser declarada ineficaz cuando la composición patrimonial base de la misma se haya alterado de forma sustancial por enajenaciones voluntarias o forzosas.

testamentarias se ajustaran, sin necesidad de un ajuste exacto, a tales valores igualitarios al tiempo del otorgamiento del testamento y realización de la partición, lo que implica, como se ha indicado, compensaciones por los deterioros y mejoras, pérdidas o incrementos de valor, o la propia inexistencia de los bienes al fallecimiento.

Estos supuestos, en que la solución que se adopte va a depender de la voluntad del testador y de la interpretación de la voluntad declarada, aunque se puedan utilizar elementos extrínsecos, deberían estar previstos en el testamento, especialmente en el caso de que la voluntad del testador sea que cada heredero soporte el deterioro, pérdida o inexistencia del bien adjudicado, ello sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima.

BIBLIOGRAFIA

Abella Rubio, J. M.: "Partición hecha por el testador", en AA.VV.: *La partición de la herencia* (coord. por X. O'Callaghan Muñoz), Madrid, 2006, pp.135-213.

Bellod Fernández de Palencia, E.: *La partición efectuada por el causante. Régimen del Código Civil y aragonés, con breve referencia a otros derechos forales*, Reus, Madrid, 2018.

Carballo Fidalgo, M.: "Comentario al art. 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), vol. II, Cívitas, Pamplona, 2011, pp. 1732-1736

Casas Vallés, R.: "Comentario a la STS de 21 de julio de 1986", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, 1986, pp. 3967-3974.

Corbal Fernández, J.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", el AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), 2 ed., Boch, Barcelona 2006, pp. 655-668.

De los Mozos y de los Mozos, J.L.: "La partición de la herencia por el propio testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99-234.

Díez Soto, C.: "La partición realizada por el propio testador en el Código Civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. por F. Blasco Gascó), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 879-896.

Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A, Cañizares Laso), T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4859-4865.

Domínguez Luelmo, A.: "Comentario a la STS de 7 de septiembre de 1998", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 1999, pp. 189-196.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (director: R. Bercovitz-Rodríguez Cano), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7626-7665.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Comentario a la STS de 4 de febrero de 1994", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, 1994, pp. 493-502.

González Valverde, A.: "En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, pp. 781-850.

Lora-Tamayo Rodríguez, I.: "La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 62, recuperado de https://www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios?tm%E2%80%A6

Orduña Moreno, F.J.: "La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador: artículos 1056 y 1070, número 1, del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 469-580.

Pascual Brotóns, C.C.: "Partición, adjudicación y Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho, empresa y Sociedad*, núm. 14, 2019, pp. 119-139.

Pérez de Ontiveros Baquero, C.: *Partición y Registro de la Propiedad: doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.

Rodríguez Adrados, A.: La partición hecha por el testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1970, pp. 209-231.

Rubio Garrido, T.: *La partición de la herencia*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Rubio Garrido, T.: "La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2009, pp. 19-28.

Sanciñena Asurmendi, C.: *La partición hecha por el testador*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

Vallet de Goytisolo, J.B.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), tomo XIV, vol. II, Madrid, 1989, pp. 123-170.

CUESTIONES INTERPRETATIVAS EN TORNO A LAS CLÁUSULAS DE SUSTITUCIÓN VULGAR*

QUESTIONS ON THE INTERPRETATION OF COMMON SUBSTITUTION CLAUSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 790-819

* El presente trabajo, desarrollado en el seno del grupo de investigación de la USC "Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio", se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación "La voluntad real del causante en las disposiciones *mortis causa*: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad" (*VOLUNTAS*, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora Carballo Fidalgo.

Marta
CARBALLO
FIDALGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Las cláusulas de sustitución vulgar, de extendida utilización práctica, suscitan diversas cuestiones interpretativas en torno a sus presupuestos de operatividad, la determinación de los sujetos llamados como sustitutos y el alcance de su llamamiento.

El presente trabajo trata de abordar tales cuestiones desde una perspectiva práctica, a través del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina registral recaídas en torno a la debida interpretación de las cláusulas de sustitución, tarea presidida por la absoluta preeminencia de la voluntad real del causante.

PALABRAS CLAVE: Testamento; interpretación; sustitución vulgar; representación; *ius transmissionis*; legítima.

ABSTRACT: *Substitution clauses, which are widely used in practice, give rise to various interpretative questions regarding their operative conditions, the determination of the parties called as substitutes and the scope of their right.*

This paper attempts to address these questions from a practical perspective, through the analysis of the case law and the doctrine of DGSJFP on the proper interpretation of substitution clauses, a task presided over by the absolute preeminence of the real will of the deceased.

KEY WORDS: *Will; interpretation; common substitution; representation; ius transmissionis.*

SUMARIO.- I. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR: SUSTITUCIÓN SIMPLE Y SUSTITUCIÓN CON EXPRESIÓN DE CASOS.- 1. Los presupuestos de la sustitución simple o sin expresión de casos.- 2. La sustitución con expresión de casos.- A) La limitación de la cláusula a alguno de los supuestos legales.- B) La extensión de la sustitución a supuestos no previstos por la ley. II. EL LLAMAMIENTO SUBSIDIARIO DE DESCENDIENTES "EN REPRESENTACIÓN" DEL INSTITUIDO EN PRIMER TÉRMINO.- III. LA DESIGNACIÓN DE VARIOS INSTITUIDOS Y UNO O VARIOS SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN VERSUS ACRECIMIENTO.- IV. LA DESIGNACIÓN GENÉRICA DE SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN POR DESCENDIENTES Y POR PARIENTES.- V. EL ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN EN LA LEGÍTIMA.- 1. Supuestos de premoriencia, indignidad o desheredación justa del legitimario instituido en primer término.- 2. Efectos de la repudiación por el legitimario sustituido.

I. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR: SUSTITUCIÓN SIMPLE Y SUSTITUCIÓN CON EXPRESIÓN DE CASOS.

1. Los presupuestos de la sustitución simple o sin expresión de casos.

El Código civil sanciona la posibilidad de que el causante designe sustituto a los herederos "que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar la herencia". La norma, al igual que la Ley 222.1 del FNN, fija tres supuestos de procedencia de la sustitución que son propiamente subsumibles en dos (bipartición más simple adoptada por el artículo 425-1 del CC de Cataluña): que el instituido en primer término no quiera o que no pueda aceptar[1]. Si el primer supuesto se identifica con la repudiación de la herencia[2], el segundo comprende tanto

1 En derecho aragonés, la sustitución legal en la línea descendente y a favor de descendientes de hermanos opera en la sucesión voluntaria, salvo previsión en contrario del causante, cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder. La sustitución en la legítima se extiende al supuesto de desheredación justa del legitimario de grado preferente (artículos 336 y 339 CDFA). Queda abierta a la voluntad del causante el establecer una sustitución voluntaria, comprensiva del caso de repudiación o de muerte del instituido bajo condición suspensiva antes de su cumplimiento (artículo 437 CDFA). También en derecho navarro opera la representación en la sucesión voluntaria, en las líneas descendente y colateral y en los casos de premoriencia e incapacidad (Ley 308 FNN).

2 Como advierte Mariño Pardo, F., "La sustitución vulgar I. Supuestos en que tiene lugar", *Iuris Prudente*, 30 de septiembre de 2014. http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-i-supuestos-en_30.html, la sustitución se limita a la repudiación genuinamente abdicativa, pues el artículo 1100 CC atribuye a la traslativa (ya sea gratuita, a favor de uno o más de los herederos, ya por precio a favor de todos o algunos de los coherederos) efectos de aceptación tácita, lo que excluye el juego de la sustitución vulgar. Idéntico efecto atribuye el derecho catalán a la renuncia por el llamado de su derecho a suceder a cambio de una contraprestación o a la realizada a favor de solo alguno o algunos de los coherederos (artículo 461-5 CC de Cataluña). Resulta de interés, aunque ciertamente confusa, la RDGSJFP 30 diciembre 2021 (RJ 2022, 5833). En el asunto controvertido, el causante instituye herederas por partes iguales a sus dos hijas "quienes serán sustituidas vulgarmente por sus respectivos descendientes que heredarán, en su caso, por estirpes". Abierta la sucesión, una de las hijas "…renuncia pura y simplemente a favor de su hermana a cualesquiera derechos y obligaciones que pudieran derivarse a su favor en la herencia de su citado padre…". El registrador de la propiedad niega la inscripción de la instancia de heredera única otorgada por la hermana aceptante, al reputar necesaria la determinación por acta de notoriedad de los sustitutos de la renunciante, no designados nominativamente. Para la Dirección, de los términos literales de la cláusula de renuncia se deduce la voluntad clara de la renunciante sobre el destino de la herencia, conclusión que no

• Marta Carballo Fidalgo
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidade de Santiago de Compostela. Correo electrónico: marta.carballo@usc.es

la premuerte (o declaración de fallecimiento) del primer instituido como cualquier otro supuesto que excluya la delación a su favor.

El juego de la sustitución vulgar no ofrece problema cuando el causante remite en su testamento a "los tres supuestos legales", lo que comprende cualquier vacancia en la herencia derivada de una causa reconducible a los genéricamente enunciados por el artículo 774.1 CC y por sus homólogos autonómicos. Lo mismo ocurrirá cuando la cláusula testamentaria no especifique los casos de procedencia de la sustitución, de acuerdo con la norma interpretativa establecida en el párrafo segundo del artículo 774 CC que, al igual que la Ley 222.2 FNN, se basa en la voluntad presunta del causante para establecer que la sustitución sin expresión de casos comprende los tres establecidos legalmente, de modo que la exclusión de un supuesto determinado ha de ser expresa o derivarse del proceso interpretativo[3]. La extensión a los tres supuestos legales se dará también cuando el causante prevé que la sustitución opere "en su caso"[4] o "si a ello hubiere lugar"[5], expresiones que, en caso de sustituciones sucesivas, han de reputarse también aplicables a las sustituciones ulteriores, salvo que otra cosa resulte de la voluntad del causante, correctamente interpretada.

En todos estos supuestos, además de la premuerte y declaración de fallecimiento entrarán, bajo el paraguas de la imposibilidad de aceptar, los supuestos de conmoriencia (expresamente contemplados por el artículo 425.1.2 del CC de Cataluña y equiparables a la premuerte en el ámbito del Código civil, en la medida en que el artículo 33 excluye la transmisión de derechos entre las personas cuya muerte simultánea se presume); la incapacidad absoluta de suceder (categoría aplicable a los instituidos – *concepturi* o *nascituri*- que no lleguen a nacer, a los entes que no llegan a alcanzar personalidad jurídica y a las corporaciones y

puede quedar empañada por el hecho de que se haya expresado que renuncia "pura y simplemente". A mi juicio, tal consideración debiera reconducir el supuesto al artículo 1000.2 CC, como constitutivo de una aceptación tácita y simultánea cesión de la herencia, con exclusión del llamamiento a los sustitutos. No obstante, para la Dirección es preciso determinar si existen o no tales sustitutos, al objeto de constatar si la renuncia gratuita se ha realizado a favor de coheredera con derecho de acrecer, lo que excluiría que se entienda aceptada la herencia (artículo 1000.3 CC).

3 RDGRN 11 octubre 2002 (RJ 2002, 9942): "El artículo 774 del Código civil es categórico: la sustitución vulgar simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, de modo que la renuncia del hijo a su llamamiento hereditario, determina el juego de la sustitución a favor de sus descendientes, los cuales por imperativo del artículo 1058 del Código Civil deberán intervenir en la partición de la herencia y solamente en el caso de que no existan sustitutos vulgares, podrá entrar en juego el derecho de acrecer (cfr. artículos 981 y siguientes del Código Civil) y, subsidiariamente se procederá a la apertura de la sucesión intestada (cfr. artículo 912 del Código Civil)".

4 RDGRN 25 septiembre 1987 (RJ 1987, 6574), en que se cuestiona si la sustitución "en su caso" abarca la repudiación, a lo que la Dirección responde afirmativamente, de modo que, instituidos los hijos, en su caso sustituidos por los descendientes, repudiando todos menos uno, no puede el hijo aceptante otorgar escritura adjudicándose el prelegado como heredero único.

5 STS 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9597) que, en interpretación de la cláusula por la que el causante instituye herederos en el resto de sus bienes a todos sus hijos a partes iguales, "sustituidos por sus descendientes legítimos, si a ello hubiere lugar", afirma que la expresión, al no incluir especificación de casos, canaliza el juego de la sustitución vulgar en los términos genéricos prevenidos en el art. 774 CC, por lo que ha de activarse también en caso de repudiación.

asociaciones no permitidas por la ley); las causas de indignidad; las incapacidades relativas o instituciones a favor de personas incursas en prohibición legal de suceder; la ausencia declarada al tiempo de la delación y el incumplimiento de condición suspensiva o muerte del instituido antes de su cumplimiento. Más dudas suscitan los supuestos de ineficacia (por causa distinta a la incapacidad de suceder) y de revocación de la institución realizada en primer término, para los que entiendo que ha de seguirse una regla interpretativa inversa. En el primer caso (p.e., ineficacia del legado de cosa propia del legatario *ex* artículo 866), ha de sostenerse la voluntad favorable al mantenimiento de la sustitución, salvo que de la voluntad de causante se infiera la existencia de una conexión causal entre institución y sustitución, de modo que la ineficacia de la primera arrastre la de la segunda. En el segundo, la revocación de la institución principal ha de entenderse extensiva a la sustitución establecida, salvo que sea salvada expresamente por el causante o de la interpretación del testamento (o, en su caso, pacto) revocatorio se desprenda lo contrario[6].

Es dudosa la extensión que ha de darse a la sustitución vulgar cuando el causante la prevé para el caso de "que el heredero no llegue a serlo" o de que el instituido "no llegue a heredar". En línea de principio, tales expresiones podrían ser tratadas como sustituciones simples o sin expresión de casos, de modo que se reconducirían a la postre a los tres supuestos legales, de conformidad con la regla del artículo 774.2 CC o, en su caso, de la Ley 222.2 FNN. No obstante, el carácter subsidiario de la regla permite entender que, de conformidad con la literalidad de la cláusula, la sustitución se ha de activar también cuando la delación ha llegado a producirse en favor del instituido como heredero en primer término, que muere sin ejercerla.

2. La sustitución con expresión de casos.

El carácter dispositivo (ejemplificativo y subsidiario) de la norma interpretativa establecida por el artículo 774.2 CC determina la posibilidad de su desplazamiento

6 A favor del juego de la sustitución en caso de invalidez o revocación de la institución de heredero o legatario (siempre que su causa o ámbito, respectivamente, no afecten a la sustitución), Cámara Lapuente, S.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), vol. II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 699. En sentido contrario, Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar I", cit., expresa sus dudas sobre la procedencia de la sustitución en caso de incapacidad relativa u otra causa de nulidad de la institución, al poder presumirse la conexión causal entre lo principal (la institución) y lo accesorio (la sustitución). *Obiter dicta,* la procedencia de la sustitución en caso de nulidad se contempla en la STS 22 octubre 2004, que realiza una amplia enumeración de los presupuestos de la sustitución, al señalar que "En el caso del debate, se trata de una sustitución dispuesta sin expresión de casos, expresada en el artículo 774, párrafo segundo, del Código Civil, que, en interpretación de autorizada doctrina científica, comprende todas las ocasiones en que el heredero no llegue a serlo, tanto si no quiere, como si no puede; así, cabe que el llamado no sea heredero por no quererlo (repudiación) o por carecer de aptitud para serlo (premoriencia, indignidad para suceder, no nacimiento de un concebido, nulidad de la institución, incumplimiento de la condición suspensiva impuesta al primer llamado o su fallecimiento antes de cumplirse, ausencia declarada al tiempo de la delación, etcétera)".

por voluntad del causante, quien puede alterar el juego de la sustitución, ya limitándola a uno de los tres supuestos legales, ya previendo un supuesto de operatividad no recogido legalmente.

A) La limitación de la cláusula a alguno de los supuestos legales.

Cuando el testador restringe el llamamiento de los sustitutos a alguno de los supuestos legalmente establecidos, surge la cuestión de la posible extensión de su juego a los restantes. En derecho catalán, la cuestión es resuelta expresamente por el artículo 425-1.2 CC, conforme al cual, "Salvo que la voluntad del testador sea otra, la sustitución vulgar ordenada para uno de los casos a que se refiere el apartado 1 vale para el otro. En particular, la ordenada para el caso de premoriencia del heredero instituido se extiende a todos los demás casos, incluidos el de conmoriencia, el de institución bajo condición suspensiva si el instituido muere antes de cumplirse la condición o si la condición queda incumplida, y los casos en que no llega a nacer el instituido que ya había sido concebido y en que el instituido ha sido declarado ausente".

En el ámbito del Código civil, doctrina y jurisprudencia han sostenido una interpretación diversa que, partiendo de la lectura *a contrario* de la regla del artículo 774.2, entiende que la sustitución con previsión de casos excluye los no previstos expresamente[7], exclusión que se aplica a las sustituciones sucesivas establecidas, aunque el causante no lo haya explicitado para ellas[8]. Queda a salvo, en cualquier caso, la posibilidad de deducir lo contrario de la interpretación del testamento, valorado en su conjunto.

Admitida la inoperatividad de la sustitución en los supuestos no incluidos en la cláusula testamentaria (conforme a la regla *inclusus unus* o de interpretación estricta), el alcance preciso de los sí previstos vendrá dado en muchos casos de la mano de la interpretación testamentaria. Cuando la sustitución se ciñe al supuesto de premuerte, la literalidad de la expresión no debe excluir que, desde un enfoque lógico y finalístico, el llamamiento se extienda a los supuestos en que no sea posible determinar si el instituido ha muerto o no antes del causante, en que el artículo 33 CC presume la muerte simultánea de uno y otro, excluyendo los derechos sucesorios entre ambos, lo que a efectos prácticos equipara este supuesto al expresamente previsto. Por el contrario, la DGRN ha descartado que

7 Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar I", cit.; Cámara Lapuente, S.: "De la sustitución", cit., p. 699; STS 28 septiembre 1956 (RJ 1956, 3161); RDGRN 21 enero 2013 (RJ 2013, 8264).

8 RDGFPSJ 15 junio 2020 (RJ 2020, 3397), recaída a propósito de un supuesto de sustitución vulgar prevista a favor de los descendientes del sustituido, para caso de premoriencia. Premuerto efectivamente el heredero al testador, la renuncia por sus hijos sustitutos no da lugar al llamamiento subsidiario de sus propios descendientes o a la necesaria acreditación de su inexistencia.

en los supuestos de previsión de la sustitución para el caso de muerte simultánea el llamamiento se extienda a la premuerte[9].

También el supuesto de previsión testamentaria de una sustitución vulgar para el caso de "premoriencia e incapacidad" de la heredera ha sido objeto de interpretación por la DGRN que, en resolución de 27 de mayo de 2009 (RJ 2010, 1649), ha sostenido que la expresión "incapacidad" ha de entenderse referida a la incapacidad para suceder (absoluta o relativa) y no ya a la previsible incapacitación judicial de la instituida, conclusión reforzada por el hecho de que en el propio testamento se designaba un administrador de los bienes heredados por la instituida "para el caso de que en un futuro pudiese o tuviese que ser incapacitada".

B) La extensión de la sustitución a supuestos no previstos por la ley.

La primacía de la voluntad testamentaria, en tanto no transgreda norma imperativa, avala la facultad del causante de prever una sustitución vulgar en supuestos no comprendidos en el artículo 774 CC La generalidad del precepto apenas reduce la posibilidad analizada a dos supuestos: la muerte del primer instituido sin aceptar ni repudiar la herencia y el cumplimiento de la condición resolutoria o término final a que se somete la institución de heredero o legatario. En el primer caso, la cláusula testamentaria desplaza el juego del *ius transmissionis*, que por regla general se ha reputado preferente a la sustitución cuando el instituido en primer término fallece sin ejercer el *ius delationis*[10]. La interferencia

9 RDGRN 29 junio 2015 (RJ 2015, 4433), a propósito de la interpretación de las siguientes cláusulas testamentarias: "Segunda: Instituye por sus únicas y universales herederas de todos sus bienes, créditos y acciones presentes y futuros, a partes iguales, a sus dos hermanas Doña Sandra y Doña Noelia. Al fallecimiento de una de ellas, será sustituida por la sobreviviente. Tercera: Si fallecieran en el mismo momento, la testadora y sus dos hermanas, Doña Sandra y Doña Noelia, heredarían por partes iguales sus sobrinos Don Mario y Doña Claudia". La DGRN considera que, a falta de otras manifestaciones en el testamento y dada la redacción precisa de las cláusulas, debe primar su interpretación literal, que modo que, al haberse incluido solo el supuesto de conmoriencia en la sustitución a favor de los sobrinos, no se puede extender la misma a la premoriencia de las herederas designadas. Para Mariño Pardo, F., "La sustitución vulgar I", cit., sin perjuicio de lo que pudiera desprenderse de la interpretación del testamento, incluido el recurso a la prueba extrínseca, lo poco usual de esta previsión testamentaria puede ser un indicio de que solo se quiso la sustitución vulgar para el caso de muerte al mismo tiempo, al margen de que fallecimientos con muy escaso lapso temporal y con una misma causa posiblemente debieran entenderse comprendidos en el supuesto. En sentido contrario, para el derecho catalán (en que la solución viene impuesta por el hoy artículo 425-1.2), RDGDEJ 1 febrero 2006 (JUR 2007, 87335), donde se sostiene que la expresión "muerte simultánea" se ha de interpretar más allá de la literalidad, en el sentido que, empleándola, el causante estableció una sustitución vulgar en favor del sobrino para el caso que no fuese efectivo el llamamiento a favor de la esposa.

10 RDGRN 5 junio 2018 (BOE, núm. 153, 25 de junio de 2018, 8708): "Ciertamente en los supuestos de colisión de la sustitución vulgar con el derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, prevalece este segundo en caso de haber fallecido el heredero sustituido con posterioridad al causante sin haber aceptado ni repudiado la herencia, situación en la que «pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía» conforme al citado precepto, por cuanto los derechos a la sucesión de una persona se transmiten «desde el momento de su muerte» (cfr. artículo 657 del Código Civil), de forma que habiendo sobrevivido el heredero sustituido al causante adquiere derechos (el «ius delationis») definitivamente (salvo concurrencia de condición suspensiva) y los transmite a sus herederos". Para el derecho catalán, *vid.* RDGDEJ de Cataluña 16 febrero 2006 (JUR 2007, 87347), que niega la facultad de la sustituta testamentaria de otorgar escritura de aceptación cuando la instituida en primer término ha muerto sin aceptar ni repudiar, dada la preferencia *ius transmissionis*.

de la sustitución, expresamente preferida por el causante, no solo puede desviar el destino de la vacante (sustituto *vesus* transmisario), sino que, aun en el caso de que ambas cualidades converjan en la misma persona, muta sustancialmente las reglas del llamamiento, pues el llamado en calidad de sustituto no habrá de aceptar la herencia del sustituido para heredar al primer causante. En el segundo, la verificación de la condición o la llegada del término final dará lugar al llamamiento al sustituto, con retroacción de sus efectos al tiempo de la apertura de la sucesión[11].

II. EL LLAMAMIENTO SUBSIDIARIO DE DESCENDIENTES "EN REPRESENTACIÓN" DEL INSTITUIDO EN PRIMER TÉRMINO.

Es conocido que, en el ámbito del Código civil, el denominado "derecho de representación" en favor de descendientes y de los hijos de hermanos opera exclusivamente en el marco de la sucesión intestada, extendiéndose a la cuota íntegra del sucesor legal preferente premuerto, indigno o desheredado[12]. La exclusión de la representación en caso de repudiación por el primer llamado queda patente en varios preceptos reguladores de la institución (entre otros, los artículos 924 y 929), de modo que, repudiado el llamamiento por uno de los herederos, su parte acrecerá a los coherederos del mismo grado (artículos 922), mientras que en caso de repudiación por el heredero único o por todos los parientes más próximos, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante (artículo 923).

Pese a tratarse de una institución propia de la sucesión legal, no son infrecuentes en la práctica notarial las cláusulas por las que el causante prevé la "representación" del primer instituido por sus descendientes, expresión que sitúa al intérprete en la tesitura de optar, bien por homologarla a la sustitución vulgar sin expresión de casos, de modo que se active en los tres supuestos legales, bien por entender establecida una sustitución vulgar sometida a las reglas de la representación, con la consecuente exclusión del llamamiento al "sustituto" en caso de repudiación por el primer llamado.

Con criterio que no comparto, la RDGRN 5 julio 2018 opta por la segunda de estas interpretaciones, apelando al carácter notarial del testamento para defender que "es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras

11 Sobre la diferencia entre la figura citada en texto y la sustitución fideicomisaria, que carece de efectos retroactivos, *vid.*, RDGRN 7 mayo 1960 (RJ 1960, 1639), recaída a propósito de la sustitución prevista para el caso de que la instituida muera sin descendencia.

12 Solo de un modo impropio, puede afirmarse que la representación en la testada se produce en el caso de premuerte, indignidad o desheredación de un legitimario, situaciones que provocan la entrada de los descendientes en la legítima del premuerto, indigno o desheredado, por el juego de los artículos 814, 851 y 761. Para el derecho catalán, Artículo 451-3. Legítima de los descendientes y derecho de representación. 1. Son legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales. 2. Los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes son representados por sus respectivos descendientes por estirpes. (…)

que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento", de ahí que haya de entenderse que el llamamiento subsidiario a otro heredero o legatario se previene únicamente para los casos en que se establece por la ley respecto del derecho de representación de la sucesión intestada, excluyendo que el representante herede o adquiera el legado en caso de repudiación de primer llamado o favorecido[13].

En la cláusula testamentaria controvertida en la resolución citada, el causante instituyó herederos a sus hijos, a quienes atribuyó también ciertos legados "con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes, que también se dará en el legado". En escritura de manifestación y adjudicación de herencia, los hijos y herederos renunciaron a los legados establecidos a su favor, adjudicándose bienes (incluidos los que fueran objeto de legado) en las operaciones particionales únicamente en su condición de herederos. La DGRN avala la interpretación mantenida en el acuerdo, estimando innecesaria la ratificación de la escritura por los sustitutos, exigida por el registrador, cuya nota de calificación se revoca.

Resulta paradójico que el carácter notarial del testamento determine la opción de atribuir a las palabras utilizadas por el testador "el significado técnico que les asigna el ordenamiento", siendo así que, en buena técnica, el llamamiento subsidiario a un segundo o tercer llamado debiera articularse simple y llanamente a través de una sustitución vulgar, como institución típica para canalizar tal finalidad. Si es deseo del causante excluir su juego en caso de renuncia, basta que así se exprese, evitando el empleo de expresiones que dejan abierto el conflicto en torno a su interpretación.

Más allá de esta apreciación genérica, puede observarse que, en supuestos como el discutido en la resolución analizada (en que la sustitución recae sobre prelegados cuya repudiación provoca la refundición de los bienes legados en la masa hereditaria, posterior objeto de reparto por los propios repudiantes, en su cualidad de herederos), la interpretación sostenida puede volverse a la postre en contra de la voluntad testamentaria. Basta con imaginar que, en este mismo supuesto, los legados estuviesen gravados con alguna carga o modo, que se extinguiría con el legado mismo por efecto de la repudiación, mientras que el llamamiento al "representante" designado testamentariamente salvaría su cumplimiento.

Sea como fuere, la tesis de la Dirección se mantiene, *obiter cita*, en la RDGSJFP 2 febrero 2023 donde, tras recordar que las palabras empleadas en un testamento notarial han de ser interpretadas en sentido técnico, afirma que el "derecho de representación" establecido por la causante en favor de los descendientes

13 RDGRN 5 julio 2018 (RJ 2018, 4761).

matrimoniales de la madre, instituida heredera universal, ha de operar por las mismas causas por las que procede en la sucesión intestada, y en favor de los mismos parientes (fundamento de derecho sexto)[14]. Cierto es que, en el caso, no se había producido ninguna repudiación, sino la premuerte de la madre instituida y de uno de sus hijos (hermano de la causante), padre a su vez de dos hijos, que no suscriben la escritura de manifestación y adjudicación de herencia otorgada por sus tías, ausencia que, con razón, justifica la ratificación por la Dirección de la calificación por la que el registrador suspende la inscripción de la escritura. Pero no deja de ser curioso que se defienda incidentalmente la integración de la representación ordenada testamentariamente con las normas rectoras de la institución en la sucesión intestada, cuando tales normas excluyen precisamente su juego en un supuesto como el controvertido, en que es llamada en primer término una ascendiente de la causante.

En el ámbito del derecho civil catalán, la tesis que aquí se cuestiona ha sido también asumida por la DGDEJ de Cataluña 7 julio 2007, recaída a propósito de la interpretación de la cláusula testamentaria de prelegado en la que el fideicomitente establece un derecho de representación a favor de los hijos de los fideicomisarios para el supuesto de premoriencia[15]. Para la Dirección, la sustitución vulgar que es preciso presumir en la cláusula controvertida (en aplicación del artículo 171 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, aplicable al caso[16]) no alcanza al caso de renuncia de los fideicomisarios, por no serle aplicable la regla del entonces artículo 155.2 (hoy artículo 425-1.2 CC), que extendía la sustitución para caso de premoriencia a todos los casos en que los sustituidos no quieran o no puedan heredar.

III. LA DESIGNACIÓN DE VARIOS INSTITUIDOS Y UNO O VARIOS SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN *VERSUS* ACRECIMIENTO.

Cuando una persona es llamada a sustituir a varias instituidas en primer término, como herederas o colegatarias, es preciso dilucidar si la vacancia producida por la premuerte, renuncia o imposibilidad de heredar de una de ellas ha de dar lugar al acrecimiento de la cuota de los demás instituidos o al llamamiento del sustituto por la porción vacante. Se trata de una cuestión clásica, que exige extremar el cuidado

14 RDGSJFP 2 febrero 2023 (BOE, núm. 53, 3 de marzo de 2023, 5661).

15 DGDEJ de Cataluña 7 julio 2007 (JUR 2007, 236326).

16 El precepto, tras reconocer la facultad del testador de disponer una sustitución vulgar en el fideicomiso, para el caso de que el fideicomisario no llegase a serlo, sentaba en el párrafo segundo una regla interpretativa, conforme la cual "Si el testador, con la misma previsión, emplea en los fideicomisos el concepto de derecho de representación u otro análogo. se entenderá que ha querido disponer una sustitución vulgar en fideicomiso". Obsérvese que la regla interpretativa nos e recoge en el artículo 426-7 del Código civil vigente.

en la interpretación de la voluntad real del causante, decisoria de la adopción de una u otra alternativa.

En ocasiones, tal voluntad se recoge con claridad en las cláusulas testamentarias o paccionadas, que fijan la operatividad exacta de la sustitución prevista (así, cuando la sustitución se establece para el supuesto de premuerte, renuncia o imposibilidad de heredar de *cualquiera* de los instituidos[17] o cuando, en sentido inverso, se prevé la sustitución para el supuesto de frustración del *ius delationis* de *todos* los instituidos). En otras, el conflicto entre instituciones se resuelve por la propia ley, como sucede, en el ámbito del Código civil, cuando los instituidos en primer término son llamados a partes desiguales de la herencia o de la cuota que se les defiere, lo que excluye el derecho de acrecer entre ellos, salvo disposición en contrario del causante (artículo 983 CC).

Pero existe un amplio abanico de supuestos en que la convergencia entre instituciones no es resuelta de modo claro por la cláusula o cláusulas de referencia, que se limitan a designar a sustituidos y sustituto sin realizar previsiones adicionales (así, cuando se instituye a varias personas como herederas, "sustituidas" por un llamado subsidiario, o cuando se designa colectivamente a un grupo "con sustitución" a favor de una tercera persona). En el ámbito del Código civil, la ausencia de una norma interpretativa que dirima la cuestión ha llevado a la mayoría de la doctrina a postular, como regla general subsidiaria, la preferencia del juego de la sustitución, al modo en que se consagra en los ordenamientos catalán, navarro y aragonés[18]. Se apela en defensa de tal tesis a la literalidad del artículo 912.3 CC, que contiene una suerte de prelación entre instituciones, y a la preferencia que ha de darse a la voluntad expresa del causante, contenida en la sustitución, sobre la voluntad presunta en que se fundamenta el acrecimiento, ligada a la vocación solidaria[19]. *Obiter dicta*, esta tesis puede verse en la ya citada STS 22 octubre 2004[20]

17 *Vid.*, RDGSJFP 22 febrero 2022 (RJ 2022, 1627), a propósito de la cláusula de institución de herederos por partes iguales a las diez personas que detalla "sustituyendo a cada uno de estos por sus respectivos descendientes por estirpes".

18 Artículos 427-16, 462-1, 462-3 y 462-4 CC de Cataluña; Leyes 221 y 312 FNN, que priorizan la sustitución sobre el derecho de representación (procedente en la sucesión voluntaria, para el caso de premoriencia e incapacidad) y el de acrecer; artículo 437 CDFA, del que deriva el juego sucesivo, en caso de vacancia, de la sustitución voluntaria, el derecho de acrecer y la sustitución legal.

19 Albaladejo García, M.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1918, para quien, siempre que un sustituto es designado *para varios instituidos*, la sustitución debe operar cada vez que uno de ellos no suceda, pues si es voluntad del causante que hayan de faltar *todos,* el sustituto solo habrá sido nombrado para el *último instituido que falte*; López Frías, M. J.: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Comares, Granada, 2004; pp. 40-41; Galicia Aizpurua, G. H.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5698 y 5709; Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar I", cit.; Cámara Lapuente, S., "De la sustitución", cit., p. 706.

20 STS 22 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6582). En el caso, en que la *quaestio litis* no era la tratada en texto, sino la determinación del momento en que se ha de valorar la capacidad sucesoria de los sustitutos, la cláusula debatida dejaba poca duda sobre la preferencia de la sustitución, al disponer en su literalidad que "En el remanente de sus bienes y sin perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas de este testamento,

y es aplicada sin discusión en algunos fallos y resoluciones[21], que en ocasiones ni siquiera se pronuncian sobre el eventual conflicto entre instituciones, al ser otro el objeto de la contienda[22].

Los argumentos apuntados a favor del juego de la sustitución pueden ser contestados, no solo contraponiendo a la letra del artículo 912.3 la del artículo 986 (del que resulta la preferencia del acrecimiento sobre la sustitución), sino desde la propia lógica de la voluntad del causante, pues no siempre es posible afirmar que el acrecimiento se funda en su voluntad *presunta*, derivada de una institución plural sin especial designación de partes. Así lo entiende un sector doctrinal minoritario, que advierte que, del mismo modo que se puede pensar que si el causante hubiera querido dar prioridad al acrecimiento tendría que haberlo dicho expresamente, cabe argumentar lo contrario: que si el causante hubiera preferido anteponer la sustitución debería haber manifestado su voluntad de llamar al sustituto en caso de no adquirir la herencia alguno de los llamados solidariamente[23].

En la línea de esta segunda tesis, entiendo que la defensa de la regla abstracta de la prioridad de la sustitución tiene una utilidad limitada, pues han de ser las expresiones utilizadas por el causante, debidamente interpretadas, las que apunten por una u otra de las soluciones posibles, en la medida en que ambas se asientan sobre la voluntad que la interpretación del testamento revela. En este sentido, la preferencia de la sustitución puede ser efectivamente defendida cuando las cláusulas controvertidas individualicen de algún modo el llamamiento de los distintos instituidos en primer término, conectándolo con la designación de uno o varios sustitutos para el caso de vacancia. Puede pensarse en el supuesto, habitual en la práctica, de que el causante instituya a sus hijos "sustituidos por sus respectivos descendientes", en que el empleo de la forma plural y la lógica subyacente a la designación de distintos sustitutos para cada sustituido apela a la entrada de la estirpe para cubrir cada vacancia, relegando el acrecimiento de la cuota de los demás coherederos llamados en primer término. Del mismo modo,

nombra herederos universales, por partes iguales, a sus primos carnales doña Amanda y don Andrés, sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes y en su defecto por el otro heredero". No obstante, el TS declara que "Mediante esta figura jurídica (en alusión a la sustitución vulgar) se concede al testador el medio de lograr que le suceda un heredero de su libre elección, con preferencia a los posibles titulares del derecho de acrecer y al heredero determinado por la Ley en el orden de la sucesión intestada".

21 RDGN 3 diciembre 2015 (BOE, núm. 289, 3 diciembre 2015, 13114).

22 *Vid,* la citada STS 9 junio 1987 (RJ 1987, 4049) o la RDGRN 25 septiembre 1987 (RJ 1987, 6574), en que el objeto de discusión es si, instituidos los hijos, sustituidos "en su caso" por su respectiva descendencia, la sustitución prevista abarca o no la repudiación por los primeros llamados. La respuesta afirmativa de la Dirección le lleva a defender que, repudiando todos los hijos excepto uno, no puede este otorgar escritura adjudicándose el prelegado contenido a su favor en el testamento, en su calidad de heredero único, siendo preceptivo que conste la repudiación de los sustitutos de sus hermanos. Del mismo modo, la preferencia se aplica en la RDGRN 27 mayo 2009 (RJ 2010, 1649), en que la controversia se ceñía a la interpretación que debía darse a la "incapacidad" de la primera instituida como presupuesto de su sustitución.

23 Zumaquero Gil, L.: "El derecho de acrecer entre coherederos", ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 279; López Frías, A.: "Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, n. 1, Enero-Marzo, 2019, p. 165.

entiendo que la sustitución ha de prevalecer cuando, instituidos varios herederos, la cláusula prevé que "en caso de vacante" sean sustituidos por un tercero, pues el empleo del singular apunta en este caso a la activación de la sustitución por cada *ius delationis* que no llegue a nacer o a ejercerse.

Frente a supuestos como los descritos, la pluralidad de sustituciones individuales no parece ser querida por el causante que realiza un llamamiento nítidamente colectivo en favor de un grupo cohesionado de personas, previendo una sustitución para el caso de que no puedan o no quieran heredar. Como apunta Ana López Frías, la probabilidad de una voluntad favorable al acrecimiento se acentúa cuando los instituidos en primer término pertenecen a un mismo grupo familiar (padres, hermanos, sobrinos) y el sustituto es una tercera persona que no forma parte de ese grupo, sea pariente o no del causante[24]. Paradigma de estos supuestos es la institución de varios herederos de la misma línea y grado y el llamamiento a un tercero "en su defecto", expresión con la que el causante parece reservar la entrada subsidiaria del sustituto al caso en que efectivamente falten todos los primeramente instituidos. Así lo ha entendido la DGRN en las resoluciones de 25 marzo 2003[25] y de 17 febrero 2016, con criterio que comparto[26].

En la primera de ellas, la Dirección avala la legitimidad de la interpretación sostenida por la heredera en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia cuya inscripción deniega el registrador. En el testamento de referencia, la causante, fallecida sin ascendencia ni descendencia, había instituido herederos universales por iguales partes a su hermano y a su hermana, y "en su defecto y también por partes iguales", a otro hermano y a su sobrina. Premuerto el hermano instituido en primer término, la hermana supérstite otorga la escritura controvertida en calidad de heredera única, bajo el presupuesto de que la sustitución establecida habría de operar únicamente en caso de defecto de los dos herederos instituidos en primer término y no ya en defecto de uno de ellos. Una interpretación que la Dirección reputa correcta, "pues la expresión "en su defecto", a continuación de la institución por iguales partes de dos hermanos, no indica sino que la sustitución opera a falta de ambos instituidos, y en este sentido cobra plena congruencia que se disponga, a continuación, que la sustitución establecida a favor de otras dos personas lo sea también por partes iguales".

En idéntico sentido se pronuncia la RDGRN 17 febrero 2016, recaía a propósito de la cláusula, contenida en testamentos idénticos otorgados por dos cónyuges, en que los causantes instituyen herederas a partes iguales a sus hijas, sustituidas vulgarmente por sus respectivas estirpes de descendientes y, en defecto

24 López Frías, A.: "Repudiación de la herencia", cit., pp. 165-166.

25 RDGRN 25 marzo 2003 (RJ 2003, 3549).

26 RDGRN 17 febrero 2016 (RJ 2016, 1739).

de descendientes, por el cónyuge sobreviviente, llamando en defecto de este a una vecina de ambos otorgantes. Premuerta sin descendencia una de las hijas del matrimonio y abierta la sucesión de ambos cónyuges, la DGRN sanciona la procedencia de la inscripción de la escritura de adjudicación de herencia otorgada exclusivamente por la hija sobreviviente, al entender que no opera la sustitución vulgar en defecto de una de las herederas nombradas, sus descendientes y el cónyuge del respectivo testador, sino el derecho de acrecer a favor de la otorgante sobreviviente. La Dirección apela a la interpretación gramatical, finalística y lógica de los testamentos para entender que la voluntad real (y no ya presunta) que expresan es que la sustitución vulgar a favor del extraño al círculo familiar se dé únicamente a falta de sucesión de ambas hijas o los descendientes de cualquiera de ellas, dando en otro caso preferencia al acrecimiento a favor de la sobreviviente.

IV. LA DESIGNACIÓN GENÉRICA DE SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN POR DESCENDIENTES Y POR PARIENTES.

De conformidad con el artículo 778 CC, el causante puede designar varios sustitutos a un solo instituido, para el caso de que este no llegue a adquirir la herencia. Aun cuando la norma lo omita, los sustitutos podrán ser llamados simultánea o sucesivamente, tal y como expresamente dispone el artículo 425-2 CC de Cataluña.

Dentro de la modalidad de sustitución plural analizada se inscriben las cláusulas, de extendida utilización práctica, por las que el causante prevé la sustitución del instituido "por sus descendientes" (o de varios instituidos "por sus respectivos descendientes"), expresión que suscita varias cuestiones interpretativas sobre las que se han pronunciado los tribunales y la doctrina registral, sentando, con mayor o menor unanimidad, una serie de criterios interpretativos que suplen el silencio mantenido por el Código en este extremo.

El primero de ellos sostiene el carácter gradual que la sustitución tiene en estos casos, de modo que, de producirse la vacante prevista, no han de entenderse llamados conjuntamente todos y cada uno de los descendientes de cada instituido, sino que la expresión "respectivos descendientes" implica una serie de sustituciones vulgares, en cuya virtud son llamados primeramente los descendientes en primer grado del instituido, a falta de estos los de segundo grado y así sucesivamente[27].

En segundo lugar, y salvo que de la adecuada interpretación de la voluntad del causante se dedujera otra cosa, la sustitución de los sustitutos se ha de entender sujeta a los mismos presupuestos a los que se sujeta la de los primeramente

27 STS 22 octubre 2004 (RJ 2004, 6582); RDGRN 22 febrero 2022 (RJ 2022, 1627).

llamados. De este modo, cuando la sustitución vulgar a favor de los descendientes del sustituido ha sido prevista para caso de premoriencia, si efectivamente premuere el llamado, la renuncia a la herencia por sus hijos sustitutos no implica un llamamiento subsidiario a favor de sus descendientes, o la acreditación de que estos descendientes no existen, pues se aplican al llamamiento a los sustitutos las mismas condiciones que a la vocación del heredero sustituido[28]. Por la misma razón, la sustitución ordenada sin expresión de casos tiene el mismo alcance para el instituido y para los sucesivos sustitutos, de modo que la renuncia por uno de ellos debe tener en tal caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido premuerto, es decir, la entrada en juego de la vocación subsidiaria de la sustitución vulgar y no el eventual acrecimiento de la cuota de los demás sustitutos, salvo que a otra conclusión conduzca la interpretación del testamento[29].

El último de los criterios establecidos afecta a la determinación de las concretas personas llamadas como sustitutas, cuestión común a todo supuesto de designación genérica de sucesores. Como punto de partida, y salvo que otra cosa resulte de la interpretación del testamento, el llamamiento a los descendientes no se agota en el primer grado, sino que continúa en los siguientes, en la medida en que se den los presupuestos del juego de la sustitución[30]. Cuando tales presupuestos se producen con posterioridad a la apertura de la sucesión (lo que ocurre en caso de repudiación, incumplimiento de condición suspensiva o, de haberse previsto en la cláusula, de cumplimiento de condición resolutoria o muerte del instituido sin aceptar o repudiar la herencia), la cuestión que surge es si han de entenderse subsidiariamente llamados quienes vivían al tiempo de la apertura de la sucesión o quienes vivan al tiempo de la activación de tal presupuesto. Una cuestión compleja, que trasciende el espectro de la interpretación testamentaria para enlazar con el problema de la capacidad de suceder. En la tantas veces citada STS 22 octubre 2004, referida a un supuesto de repudiación por los herederos instituidos y también por los descendientes en primer grado de estos, el Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 758 CC, entiende que tales repudiaciones activan el llamamiento como sustitutos vulgares a las personas que hayan sobrevivido no solo a la testadora, sino también ("además", dice el citado precepto) al acto jurídico de las repudiaciones, que retrotraen sus efectos (al igual que la nueva delación) al momento de la apertura de la sucesión, al que habrá de estarse para apreciar la capacidad de los sustitutos.

La sentencia, que trata la sustitución como un supuesto de llamamiento condicional, sienta con claridad dos exigencias cumulativas: que los sustitutos han de sobrevivir a la testadora (lo que parece obvio) y que han de sobrevivir

28 RDGSJFP 15 de junio 2020 (RJ 2020, 3397).

29 RDGRN 15 junio 2020 (RJ 2020, 3397).

30 SSTS 22 octubre 2004 (RJ 2004, 6582); RDGRN 22 febrero 2022 (RJ 2022, 1627).

al repudiante a quien sustituyen, lo que implica que, de fallecer entre ambos momentos, nada transmiten a sus propios sucesores[31]. En apariencia, el fallo parece excluir el llamamiento como sustitutos a los descendientes que no existían aún al tiempo de la apertura de la sucesión (con la reserva, aunque no se explicite, de los derechos del *nasciturus*, derivados del artículo 29 CC). Pero lo cierto es que no se pronuncia expresamente sobre este extremo, sin que pueda concluirse sin más que la exigencia de que los descendientes *sobrevivan* al causante implique la de que *existan ya* en tal momento.

Una cuestión sobre la que sí se ha pronunciado la RDGRN 6 junio 2016 (RJ 2016, 3042) que, con cita de la sentencia comentada, limita la sustitución a las personas que ya existen al tiempo de la apertura y siguen existiendo al tiempo de la repudiación, razón por la que, instituidas tres nietas en un legado, sustituidas por sus descendientes, excluye el llamamiento a la hija de una de las colegatarias repudiantes, bisnieta de la causante, nacida después de su muerte y, por tanto, sin capacidad para sucederla[32].

El criterio sostenido por la Dirección me parece cuestionable. Cierto es que, tal y como apunta, no se trataba en el caso de una sustitución fideicomisaria (en que la admisión de fideicomisarios no nacidos al tiempo de la apertura de la sucesión resulta del artículo 781 CC, con los límites que el mismo establece), pero la misma posibilidad de suceder ofrecida por el ordenamiento a los no concebidos por la vía del llamamiento sucesivo que caracteriza la sustitución fideicomisaria debiera extenderse a los supuestos de llamamiento directo por vía de sustitución vulgar, al no contravenir norma imperativa alguna. El reconocimiento de la capacidad de suceder de la *concepturus* se resolvería mediante el tratamiento de la institución como llamamiento sujeto a condición, que en el caso analizado efectivamente se cumple antes de que se consuma la delación posterior a la repudiación[33].

31 Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar III", cit. Una solución diversa adopta el derecho catalán, al sancionar que la delación de la herencia al sustituto vulgar se entiende producida al mismo tiempo que al sustituido y, por lo tanto, aunque aquel muera antes de que se frustre el llamamiento al sustituido, transmite su derecho a sus sucesores (art. 425.4 CC de Cataluña).

32 RDGRN 6 junio 2016 (RJ 2016, 3042).

33 A favor de la capacidad sucesoria de los no concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión, en la medida en que las personas futuras son una realidad pensable e identificable en su tiempo, que pueden estar representadas y protegidas, Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones,* Barcelona, Bosch, 1991, pp. 61-62. A una conclusión similar parecen llegar las autoras que exceptúan la regla del artículo 758 CC en los supuestos en que las personas no existen al tiempo de la apertura de la sucesión, pero que pueden existir después y, por tanto, pueden sucederle, respecto a las cuales la capacidad se apreciará en relación al momento en que hayan de heredar (Díaz Alabart, S.: "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch), T I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1875; Zurilla Cariñana, M. A.: "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Comentarios a los artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5647). En la jurisprudencia y la doctrina registral, la capacidad sucesoria de las personas futuras o *nodum concepti* se ha admitido, tanto como beneficiarias directas de una institución que se reputa como sometida a condición (RDGRN 29 enero 1988 (RJ 1988, 316) como en el marco del conocido como "pseudousufructo testamentario" (STS 3 abril

Las consideraciones precedentes son extensibles al supuesto, menos frecuente, de llamamiento como sustitutos a los "parientes" del causante, cuya determinación habrá de realizarse al tiempo de la apertura de la sucesión, atendiendo a los llamamientos de la sucesión intestada, sin el límite de la línea colateral al cuarto grado y excluyendo el juego de la representación del pariente más próximo premuerto (art. 751 CC, correctamente interpretado).

V. EL ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN EN LA LEGÍTIMA.

El alcance y aun el propio juego de la sustitución vulgar en los tres supuestos legales ofrece perfiles propios en el caso de que concurra en las personas instituidas en primer término la cualidad de legitimarias, cuando alguna o algunas de ellas no pueda o no quiera heredar, lo que *a priori* habría de activar la sustitución prevista. Se produce en tales casos una situación de posible conflicto entre los sustitutos designados por el causante y los legitimarios que efectivamente lleguen a suceder, cuya solución debe a mi juicio resolverse mediante la correcta coordinación del respeto a la voluntad del causante y al derecho imperativo representado por la regulación legal de la legítima. La respuesta a estas situaciones no puede sin embargo ser unívoca, pues han de distinguirse los supuestos en que los legitimarios sustituidos no pueden heredar por premuerte, indignidad o desheredación (supuestos en que han de ser "representados" en la legítima por sus hijos y descendientes), de aquellos en que la vacante resulta de la repudiación de la herencia, que excluye la cualidad de legitimarios de los descendientes del repudiante.

1. Supuestos de premoriencia, indignidad o desheredación justa del legitimario instituido en primer término.

Cuando alguno o algunos de los legitimarios instituidos en primer término no puedan heredar por premuerte o incapacidad para suceder, ha de ser plenamente eficaz la sustitución prevista en favor de los hijos del primer instituido, que con la atribución voluntaria dispuesta por el testador ven satisfecho su "derecho de representación" en la legítima, en la medida en que efectivamente quede cubierto por la sustitución[34]. Si la cuota hereditaria o el valor del legado hecho en favor

1965, RJ 1965, 1979; RDGRN 27 diciembre 1982, RJ 1982, 8065; RDGRN 14 noviembre 2016, RJ 2016, 5760).

34 Es dudosa la extensión del derecho reconocido por los artículos 761, 857 y 814.3 CC a los descendientes del premuerto, desheredado o indigno. Su limitación a la legítima estricta es defendida *obiter dicta* por la DGSJFP (RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496); RDGRN 23 octubre 2017 (RJ 2017, 5850); RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020, 2571). Sin embargo, apenas existe jurisprudencia sobre el particular, con la excepción de la STS 10 junio 1988 (RJ 1988,4813) que, también *obiter dicta,* se decanta por esta tesis en materia de desheredación justa, en coherencia con su propia doctrina que, esta sí con claridad, sostiene la limitación del derecho del desheredado injustamente a la legítima estricta (STS 23 de enero 1959 (RJ 1959, 125) y STS 9 octubre 1975 (RJ 1975, 3583). A mi juicio, tal limitación se justifica efectivamente en los supuestos de indignidad y desheredación del legitimario preferente, pero no en el caso de premuerte, en

del primer llamado fuese insuficiente, corresponderán al legitimario de grado ulterior (como corresponderían al más próximo) las acciones de complemento de su derecho. Si, por el contrario, el valor de la atribución es superior, habrá de seguir las reglas de imputación generales (que en su caso se aplicarían al primer instituido), de modo que, en lo que exceda del tercio de libre disposición, el sustituto se reputará mejorado (artículo 828 CC)[35].

Creo que la validez de la sustitución (sin perjuicio de su eventual reducción por inoficiosidad) debe sostenerse también en el caso, menos habitual, de que el designado en sustitución del hijo premuerto, desheredado o indigno sea un extraño, supuesto que aún admite dos variables: que existan al tiempo de la apertura de la sucesión hijos o ulteriores descendientes del primer instituido o que este carezca de descendencia. En el primer caso, la eficacia de la sustitución, imputable al tercio libre, no debiera verse afectada cuando el derecho que corresponde a los descendientes ulteriores por "representación" de sus padres pueda ser satisfecho con otros bienes de la herencia, pero en caso de insuficiencia de estos la sustitución deberá someterse al régimen general de reducción de disposiciones inoficiosas. Cuando, por el contrario, el legitimario sustituido por un extraño no deje descendientes, la legítima se extinguirá en caso de no existir más hijos del causante ni descendencia de estos. Si efectivamente concurren, son dos las posibles soluciones: equiparar el supuesto al de repudiación, que excluye la condición de legitimarios de los descendientes del repudiante - lo que nos remite

que no hay razón para restringir al "representante" el mínimo que por ley correspondería al "representado", equivalente al tercio de legítima estricta y a la parte de mejora no dispuesta por el causante. En la doctrina, la limitación del derecho del descendiente del indigno o desheredado a la legítima estricta puede verse en Vallet de Goytisolo, J. B.: "De las legítimas. Artículos 806 a 857", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo), T. XI, 2° ed., Madrid, EDERSA, 1982, p. 592; Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho de sucesiones,* T. II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 614; Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus causas*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 140; en contra, Mena-Bernal Escobar, M. J.: *La indignidad para suceder,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 126-127; Zurilla Cariñana, M. A.: "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano). T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5657; Algaba Ros, S.: "De la desheredación. Artículos 848 a 857", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 900-1000. A propósito de la extensión del derecho del descendiente del premuerto no preterido, la tesis aquí seguida puede verse en Torres García, T. y Domínguez Luelmo, A.: "La legítima en el Código Civil (II)", en AA.VV.: *Tratado de legítimas,* Barcelona, Atelier, p. 66. A favor de la extensión de la representación a todo cuanto el causante hubiese dejado al premuerto, Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos,* cit., p. 52; Madriñán Vázquez, *El derecho de representación en la sucesión testada,* Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 186-199; Ragel Sánchez, L. F.: "Artículo 814", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5947. En sentido radicalmente opuesto, Vallet de Goytisolo, J. B. limita el derecho de los descendientes del premuerto a la legítima estricta, salvo que se trate de legitimario único ("De las legítimas. Artículos 806 a 857", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador coderch), T I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2012.

35 *Vid*., para el derecho catalán, artículo 451-3 CC: "(…) 2. Los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes son representados por sus respectivos descendientes por estirpes. 3. El derecho de representación sólo tiene por objeto el derecho a la legítima y no se extiende a las atribuciones patrimoniales que el causante haya ordenado a favor del representado, salvo que el representante haya sido llamado por vía de sustitución".

a lo que se expondrá en el epígrafe siguiente-[36] o entender que la extensión de la legítima individual de los colegitimarios del repudiante no debe empañar la eficacia de la sustitución prevista, directamente imputable a la parte libre, siempre que sus derechos estén suficientemente cubiertos con bienes de la herencia. Solución esta última que estimo más correcta, en cuanto restringe en menor medida la libertad dispositiva del causante.

2. Efectos de la repudiación por el legitimario sustituido.

Cuando el legitimario a quien el causante ha designado sustituto repudia la cuota hereditaria o el legado establecido a su favor, extinguiendo el derecho de legítima para sí y para su estirpe, la respuesta a la cuestión de la eficacia de la sustitución prevista ha de tener presente las reglas contenidas en el artículo 985 CC, cuya interpretación dista de ser sencilla.

De conformidad con el párrafo primero de la norma, "Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño". Aunque no se explicite, la norma presupone que en la institución (o el legado: artículo 987 CC) imputables a la parte libre (ya por determinación expresa del causante, ya por el juego de las reglas de imputación legal) concurren los presupuestos propios del derecho de acrecer recogidos en los artículos 982 y 983 (sintéticamente, vocación solidaria y frustración de uno de los llamamientos), que darán lugar a la extensión de la cuota de los legitimarios aceptantes en los mismos términos en que acrecería de tratarse de extraños. Una extensión que puede verse paralizada por el juego de la sustitución expresa prevista por el causante, cuando así se desprenda de la correcta interpretación de su voluntad (*vid.* Epígrafe III).

Por oposición a la regla anterior, el párrafo segundo del artículo 985 excluye el derecho de acrecer en caso de que "la parte repudiada" fuere la legítima, supuesto en que sucederán en ella los demás legitimarios de igual grado "por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer". De este modo, y a diferencia de lo que sucede en los derechos autonómicos, los legitimarios repudiantes no hacen

36 En este sentido, puede verse el artículo 467-9 PCCAPDC. La interpretación extensiva de la regla contenida en el artículo 985.2 CC, a propósito del efecto de la repudiación entre legitimarios, es defendida por la mayoría de la doctrina, que sostiene su aplicación a los supuestos de inexistencia de descendientes del legitimario premuerto, indigno o desheredado (Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho de sucesiones,* T. II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, pp. 615-616; Colina Garea, R.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 986", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7108; Ragel Sánchez, L. F.: "De la desheredación. Artículos 848 a 857", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6304); Zurilla Cariñana, M. A.: "De la capacidad", cit., p. 5658; Zumaquero Gil, L.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1397).

número para el cálculo de las legítimas individuales de los aceptantes, que se ven así incrementadas por efecto de la repudiación[37].

El carácter imperativo del artículo 985.2, como norma reguladora del derecho de legítima, determina la ineficacia de la sustitución prevista por el causante en relación con "la parte repudiada" que le fuere imputable[38]. Ahora bien, en un sistema como el codicial, en que la legítima de los descendientes tiene naturaleza dual, debe precisarse si esta "parte" destinada a los legitimarios aceptantes se extiende a la participación del repudiante en los dos tercios de la herencia o, por el contrario, se ha de restringir a su legítima estricta.

En línea de principio, la simple alusión por el precepto a "la legítima", sin más atributo, debiera conducir a identificarla con la legítima larga, de modo que el ámbito de la regla contenida en el párrafo primero de la norma estaría limitada estrictamente al tercio de libre disposición[39]. Sin embargo, entiendo que el respeto a la voluntad del causante, dentro del marco del derecho imperativo, aconseja salvar la eficacia de la sustitución hecha en favor de los hijos y descendientes del repudiante hasta donde alcance el tercio de mejora, que puede ser válidamente atribuido a descendientes no legitimarios. Así debiera ser al menos cuando el repudiante hubiese sido expresamente mejorado en el testamento[40]. Pero, aun

37 Véanse artículos 494.3 CDFA; 42.3 y 80 CDCIB; 239 LDCG y 451-6 CC de Cataluña. En todos estos ordenamientos, el importe de la legítima individual se calcula con inclusión del repudiante, lo que impide el acrecimiento de las legítimas individuales, a beneficio de la parte de libre disposición. El supuesto del legitimario repudiante es equiparado al del indigno o desheredado sin descendientes en el derecho catalán e, implícitamente, en el balear, solución postulada para Galicia por ESPINOSA DE SOTO, para quien el artículo 239 LDCG sienta un principio contrario al acrecimiento de las legítimas individuales, que con mayor razón ha de aplicarse a desheredados e indignos (Espinosa de Soto, J. L., "Da lexítima dos descendentes", en AA.VV. *Dereito de sucesións e réxime económico familiar de Galicia. Comentarios aos Títulos IX e X e Disposición Adicional Terceira da Lei 2/2006, de 14 de xuño e á Lei 10/2007, de 28 de xuño*, vol. II, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007, pp. 620-621).

38 La expresión utilizada por el precepto, puesta en relación con el artículo 987 CC, extiende su aplicación tanto a la institución del legitimario repudiante en una cuota de la herencia como a los supuestos de atribución a su favor de un legado, ya se trate de legado simple de legítima, de legado de cuota de legítima con asignación de cosa o de legado de cosa con delimitación de cuota.

39 STS 26 diciembre 1989 (RJ 1989, 8872). En el caso, la testadora instituye herederos a sus siete hijos y al único hijo de su otra hija fallecida, y lega a dos de ellos, en concepto de mejora, un inmueble. Premuerto uno de los legatarios sin descendencia, el TS excluye el acrecimiento en favor del mejorado aceptante, decretando que en la porción vacante suceden por derecho propio todos los legitimarios, en aplicación del artículo 985.2. En la doctrina, defienden la alusión por el artículo 985.2 a la legítima larga Beltrán de Heredia y Onís, P.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch), T I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2350; Miquel González, J. M., "Derecho de acrecer y mejora", en VVAA: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1795; Zumaquero Gil, L.: *El derecho de acrecer entre coherederos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 236-237 y en "Del derecho de acrecer", cit., pp.1397-1398.

40 López Frías, A.: "Repudiación", cit., p. 144. La cuestión enlaza con la clásica discusión sobre el juego del acrecimiento en la mejora, pues la tesis que defiende su procedencia – hoy mayoritaria- desplaza el tratamiento jurídico de este tercio a la regla contenida en el artículo 985.1 – lo que implícitamente determina la eficacia de la eventual sustitución establecida a favor de los descendientes del repudiante, sujetos susceptibles de ser mejorados- A favor del acrecimiento en la mejora, RDGRN 14 agosto 1959 (RJ 1959, 3354); Vallet de Goytisolo, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 361; Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 58; Albaladejo García, M.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987", en AA.VV.:

a falta de tal mejora expresa, la legitimidad de la sustitución hasta donde alcance tal tercio no tendría más reparo que la prohibición legal de mejoras tácitas, cuyo ámbito se reduce en puridad a las atribuciones gratuitas *inter vivos* (artículo 828 *versus* 819 CC)[41].

La tesis aquí sostenida ha sido refutada por el TS en sentencia 10 julio 2003, que decretó la ineficacia íntegra de la sustitución en favor de los descendientes de las dos hijas instituidas en los dos tercios de legítima larga, al no existir en el testamento controvertido mejora expresa a favor de la legitimaria repudiante[42]. En el caso, el testador legó a su esposa el usufructo universal de todos sus bienes y a sus dos hijas (y en defecto y sustitución de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes) por partes iguales la nuda propiedad del tercio de libre disposición, previendo que tal tercio pasaría en plena propiedad a su esposa en caso de que cualquiera de sus hijas no aceptase el gravamen a su legítima representado por el usufructo materno. En cláusula independiente, ambas hijas fueron instituidas como herederas universales por partes iguales, y en defecto y sustitución de cada una de ellas, sus respectivos descendientes. Abierta la sucesión, una de las heredas aceptó la herencia, manifestando no aceptar el gravamen sobre la legítima representado por el usufructo de la madre, a quien pasó así la plena propiedad del tercio libre como legado. La otra, madre de cinco hijos, renunció a la herencia de su padre, pura, simple y gratuitamente. La esposa del causante y la hija aceptante otorgaron escritura de protocolización del cuaderno particional de la herencia, sin contemplar en tal partición a los hijos de la repudiante, tres de los cuales impugnaron la partición. La pretensión fue desestimada por el Juez de Primera Instancia, en sentencia revocada por la Audiencia Provincial. Recurrida la sentencia, fue casada por el Tribunal Supremo.

A juicio del tribunal, en los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de los herederos forzosos del testador, no existiendo mejora al no haber expresado el testador su voluntad de mejorar, la renuncia pura, simple y gratuita de una de ellas implica la renuncia por sí y su estirpe, incrementando la cuota que por legítima individual corresponde a su hermana, por derecho propio y no por derecho de acrecer, como se desprende del art. 985.2 del Código civil, no pudiendo representarla los descendientes de la renunciante, en virtud de lo dispuesto en el art. 929 del mismo cuerpo legal, que sólo permite la representación de persona viva en los casos de desheredación y de incapacidad.

Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. T. XIII. Vol. 2. Artículos 959 a 987 del Código civil (dir. por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1998, pp. 494-526; Torres García, T. y Domínguez Luelmo, A.: "La legítima en el Código Civil (II)", en AA.VV.: *Tratado de legítimas,* Barcelona, Atelier, p. 97. Una tesis peculiar sigue Miquel González, J. M., para quien no acrece al comejorado la parte del tercio de mejora a que se imputaba la atribución repudiada, pero sí la atribución misma, que se imputará al tercio libre y a la propia cuota de legítima aumentada ("Derecho de acrecer", cit., pp. 1792 y 1808).

41 López Frías, A.: "Repudiación", cit., p. 144.

42 STS 10 julio 2003 (RJ 2003, 4628).

La sentencia se decanta así por la exclusión del juego de la sustitución en el tercio de mejora, en defecto de previsión expresa por el causante, en una interpretación amplia de la expresión empleada en el artículo 985.2 CC. Se comparta o no tal tesis, sorprende la argumentación jurídica sostenida por el tribunal, que focaliza su razonamiento en la consideración de que la repudiación excluye la representación tanto en la sucesión intestada como en la testada, de modo que la estirpe no puede representar al llamado que repudia la porción que se le defiere y percibir lo que su ascendiente abdica o no quiere (922, 923, 981 CC). Si tal afirmación es incontestable, lo cierto es que resulta ajena a la cuestión debatida, en que la llamada a los descendientes de la repudiante no derivaría en modo alguno del juego de la representación, sino de la sustitución simple prevista por el causante que, tal y como el propio fallo recuerda, comprende los tres supuestos previstos en el artículo 774 CC.

La posición del TS sobre la cuestión debatida no es coincidente con la mantenida por la DGSJFP, que en esta materia ha seguido una evolución singular, que va desde el puro y simple reconocimiento de la eficacia íntegra de la sustitución vulgar en cualquiera de los supuestos previstos por el testador o la ley hasta el entendimiento de que, en el contexto de un testamento notarial, la sustitución en la legítima estricta ha de reputarse excluida por el causante para el caso de repudiación.

En el caso resuelto por la RDGRN 11 octubre 2002 (RJ 2002, 9942), la testadora falleció bajo testamento en el que, después de legar a una de sus hijas los tercios libre y de mejora, la instituye junto a su hermano como herederos universales, sustituyéndoles vulgarmente por sus respectivos descendientes[43]. Abierta la sucesión, el hijo «renuncia pura y simple y gratuitamente, a todos los derechos que le puedan corresponder en la herencia de su madre...», procediendo su hermana a otorgar escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencias, en la que se adjudica los dos únicos bienes relictos. La DGRN confirma la nota de suspensión extendida por el registrador porque, estando establecida la sustitución vulgar sin distinción de casos en el testamento del causante, la renuncia del heredero instituido determina el juego de la sustitución a favor de sus descendientes, que por imperativo del artículo 1058 del Código Civil deberán intervenir en la partición de la herencia, de modo que solamente en el caso en que no existan sustitutos vulgares podrá entrar en juego el derecho de acrecer y, subsidiariamente se procederá a la apertura de la sucesión intestada.

El conflicto existente entre los sustitutos del legitimario repudiante y la extensión de la cuota de sus colegitimarios "por derecho propio" es también obviado en la RDGRN 13 noviembre 2015, que sanciona el mejor derecho de

43 RDGRN 11 octubre 2002 (RJ 2002, 9942).

los primeros desde la defensa de la preferencia general de la sustitución sobre el acrecimiento, sin discriminar entre cuotas ideales de la herencia ni tener presente la expresa exclusión del derecho de acrecer en la legítima, sancionada en el artículo 985.2 CC[44].

La simplicidad del pronunciamiento comentado contrasta con la complejidad de la doctrina contenida en la RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496), que con anterioridad se pronunció, si bien *obiter dicta,* sobre el problema que aquí nos ocupa, acometiendo la cuestión del conflicto entre sustitutos y colegitimarios desde el prisma del artículo 985.2 CC[45]. En el caso, el causante legó a dos de sus hijos un piso en pago "de todos sus derechos hereditarios", con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes, instituyendo al cónyuge en el usufructo del resto de los bienes y designando heredero universal a su tercer hijo. Abierta la sucesión, uno de los hijos, padre a su vez de dos hijos, renuncia al legado. En la misma fecha, todos los interesados en la sucesión otorgan escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia, en la que hacen entrega del bien legado a la legataria aceptante (en la mitad indivisa en pleno dominio) y a los dos nietos, hijos del legatario renunciante (en una cuarta parte indivisa a cada uno de ellos), completando la atribución con un complemento en metálico de la legítima estricta. Presentada la escritura para su inscripción, la registradora de la propiedad acuerda su suspensión, al entender que la adjudicación parcial del legado a los nietos lesiona las legítimas de los hijos, con vulneración de los artículos 813 y 985.2 CC La DGRN revoca la calificación recurrida, sobre la base de un argumento incontestable: la existencia de consentimiento unánime de los interesados en la sucesión, quienes pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, ya eludiendo la voluntad del causante, ya, como ocurre en este caso, dándole ejecución en sus propios términos, aun cuando entren en colisión con los derechos de alguno o algunos de los otorgantes, que pueden legítimamente renunciar a ellos (fundamento jurídico séptimo). Pese a que el sentido del fallo no podría ser otro, la Dirección realiza una extensa (y en algún punto confusa) exposición acerca de la incidencia que la sustitución vulgar puede tener sobre la intangibilidad de la legítima, en los términos de los artículos 813 y 985.2 CC, invocados por el registrador en su nota de calificación. Con criterio que comparto, aclara que la legítima del legitimario sustituido en modo alguno se ve conculcada por la sustitución vulgar, prevista precisamente para el caso de que no llegue a serlo. Pero añade que la sustitución sí puede atentar contra la legítima de los demás

44 RDGRN 13 noviembre 2015 (RJ 2015, 5286). En el testamento otorgado por la causante, fueron instituidos sus tres hijos por partes iguales, sustituidos vulgarmente por sus descendientes. Dos de ellos renunciaron pura y simplemente a la herencia, procediendo el otro hijo a otorgar escritura de aceptación, manifestación y adjudicación de herencia, por sí solo y como heredero único. La Dirección confirma la nota de calificación negativa de la inscripción, al entender que la renuncia de dos de los herederos determina la entrada en juego de la sustitución en favor de sus descendientes, quienes por tanto habrán de intervenir en la partición de la herencia.

45 RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496).

coherederos forzosos, que se vería limitada en su extensión (determinada para los casos de repudiación por el artículo 985.2) por efecto del llamamiento al sustituto, con transgresión del artículo 813.2 CC. Tras recordar que los descendientes de un legitimario renunciante no tienen derecho alguno a la legítima, lo que excluye en este caso el juego de la representación, la Dirección delimita, en el fundamento de derecho quinto, el juego de la sustitución en la legítima con unas palabras que, por su interés, reproduzco literalmente: "Nada impide, por supuesto, que se produzca una sustitución vulgar en el legado ordenado en favor de los nietos. Pero el bien o su parte indivisa correspondiente será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima.

Pensemos que, si excediere su valor del cómputo ideal de la misma, podrá serlo en concepto de mejora, si así se hubiere ordenado; o en otro caso, podrá imputarse al tercio de libre disposición, y en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora.

Por lo tanto, es claro que ha de entenderse que la sustitución vulgar en relación con un heredero forzoso sólo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, o bien cuando los designados sustitutos son los mismos colegitimarios del renunciante o legitimarios de otro grado. Así, cuando renuncia el único heredero forzoso y los designados sustitutos son sus hijos o, en caso de no tenerlos, sus ascendientes".

La DGRN salva así la validez de la sustitución en cuanto exceda de la legítima estricta, imputando la atribución realizada a título de sustitución a la mejora, si así se hubiese ordenado (se entiende, en favor del primer instituido, aunque nada impide que la mejora en favor de los sustitutos se prevea expresamente) y, en otro caso, al tercio de libre disposición y, en el exceso, a la parte no dispuesta del tercio de mejora.

Se admite, en definitiva, la mejora tácita de los nietos por vía de sustitución, tesis que la DGRN retomará en la RDGRN 23 octubre 2017, donde, ya *ratio decidendi*, emplea las palabras transcritas para defender la eficacia de la sustitución en el legado de legítima estricta dispuesta a favor de los descendientes del legitimario repudiante, con imputación de la atribución a la mejora o en su caso al tercio de libre disposición (fundamento de derecho tercero)[46]. En el testamento controvertido, el causante instituyó herederos a tres de sus hijos, legando a la cuarta la legítima estricta que le corresponda, sustituida vulgarmente por sus descendientes. La legataria de legítima estricta renuncia a sus derechos en la herencia de forma pura y simple, procediendo los herederos a otorgar escritura de aceptación y adjudicación de herencia con exclusión de los descendientes

46 RDGRN 23 octubre 2017 (RJ 2017, 5850).

sustitutos, al reputar que la renuncia de la legataria extingue la legítima sobre la estirpe. La Dirección confirma la calificación negativa de la escritura sostenida por el registrador pues, según el tenor literal del testamento, la renuncia de la legataria de la legítima estricta determina por la sustitución vulgar el llamamiento en el legado a sus descendientes, de ahí que se exija la intervención de los sustitutos, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria de sustitución en la legítima.

Aun cuando la resolución reserva la respuesta última a la decisión judicial, la Dirección defiende nítidamente la eficacia de la sustitución vulgar en el legado de legítima estricta, en doctrina que ha sido reputada errónea por alguna doctrina, por contradecir en el caso la voluntad del causante, que dejó al legitimario repudiante su legítima estricta, lo que por definición excluye la imputación a otro tercio distinto a este[47]. Sin negar la oportunidad de esta objeción, entiendo que la interpretación de la voluntad real del causante no puede hacer tabla rasa de la sustitución prevista. Cierto es que la atribución del legado de cuota a los sustitutos no puede hacerse en el concepto en el que fue establecido, al carecer de la condición de legitimarios. Pero, si su llamamiento en defecto de su ascendiente fue querido por el causante, debiera ser respetado en la medida en que las reglas de imputación salven su oficiosidad, sin perjuicio de que el *quantum* de la legítima de los aceptantes se vea incrementado por efecto de la repudiación del legitimario sustituido. Se trata, en definitiva, de sostener una reinterpretación del artículo 985.2 CC, en el sentido de que sanciona una extensión cuantitativa y no cualitativa del derecho de los colegitimarios del repudiante.

La cuestión es compleja, y entiendo que la única solución posible es la de extremar el cuidado en la redacción de estas cláusulas, con la expresa previsión del destino de la institución realizada a favor de legitimario a quien se designa sustituto para el caso de repudiación.

Entretanto, los déficits de la "jurisprudencia cautelar" notarial han sido salvados por la Dirección General con un cambio de enfoque de su doctrina, constatado en la RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020/2571), en que la cuestión es tratada desde el prisma de la correcta interpretación de la voluntad del causante[48]. En la cláusula controvertida, el causante legó a uno de sus cinco hijos un bien ganancial en pago de su legítima estricta, previendo su complemento en metálico si el bien legado no alcanzase para cubrirla y estableciendo, "en su caso", la sustitución del

47 Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar II. La sustitución vulgar y las legítimas", Iuris Prudente, 30 de septiembre de 2014. http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-ii-la-sustitucion.html (última consulta: 19-11-2023). El autor observa además que, quien lega a un hijo su legítima estricta e instituye herederos a los demás, expresa una voluntad clara de mejorar a estos en todo el ámbito disponible. Idéntica crítica a la resolución realiza Lopez Frías, A.: "Repudiación", cit., p. 143.

48 RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020, 2571).

legatario por sus descendientes. Repudiado el legado, la Dirección entiende que, dado que el llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario repudiante no puede perjudicar el derecho de sus colegitimarios (al constituir una limitación de su legítima estricta, en los términos del artículo 813.2 CC), la cláusula, contenida en testamento notarial, ha de ser interpretada en el sentido de que la sustitución prevista ha de operar únicamente en el "caso" de que los descendientes sustitutos sean legitimarios (por premoriencia o indignidad del hijo), de ahí que, no siéndolo, no proceda la sustitución.

La nueva doctrina se reitera en la RDGSJFP 18 enero 2022, recaída a propósito del testamento en el que se dejaba a dos hijos la legítima estricta por partes iguales y al tercer hijo el resto del caudal hereditario, siendo los herederos sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Tras la renuncia a la herencia por los hijos instituidos en la legítima estricta, el hijo aceptante otorga escritura de adjudicación en calidad de heredero único, por aplicación del artículo 985.2 CC La inscripción de dicha escritura es denegada por el registrador, al entender necesario que los renunciantes manifiesten la inexistencia de descendientes, o en caso de que existan, presten su consentimiento, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria controvertida. La resolución es revocada por la Dirección, que aplica el "principio de interpretación" de que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en su redacción tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento. Por ello, "aun cuando la sustitución vulgar se haya ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 CC, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a ésta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes, toda vez que, al no haber dispuesto el testador que dicha porción se atribuya –con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición– a tales sustitutos, la legítima renunciada corresponde por derecho propio al coheredero que ha aceptado la herencia (artículo 985.2 CC)" (fundamento de derecho cuarto).

La doctrina contenida en las dos últimas resoluciones analizadas evita, con astucia, entrar en el núcleo del problema representado por las sustituciones estudiadas. Sin embargo, esconde una falacia, al presumir el conocimiento por el causante del régimen legal de la repudiación de las disposiciones realizadas en concepto de legítima. Si efectivamente aquel desea "excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes", debiera expresarlo así, limitando el juego de la sustitución a los supuestos de imposibilidad de suceder del primer llamado. A falta de tal exclusión

expresa, más parece que su voluntad es que se llame a los nietos en defecto de sus padres, cualquiera que sea la causa de la vacancia. Sea como fuere, las resoluciones ligan la voluntad "implícita" del causante de excluir la sustitución en caso de repudiación a la ausencia de previsión testamentaria de que la porción repudiada se atribuya a los sustitutos "con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición". Pero, ¿es ello posible, cuando esa porción es la legítima estricta? Creo que la literalidad el artículo 985.2 CC lo impide, al prever la extensión de la cuota de los colegitimarios en la misma parte repudiada. Una solución excesivamente rigorista, que coarta la libertad dispositiva del causante de modo innecesario, cuando existan bienes suficientes para cubrir la legítima "extendida" de los legitimarios no repudiantes. En cualquier caso, queda a mi juicio abierta la posibilidad de que la sustitución opere en la porción en que la institución establecida a favor del repudiante exceda del tercio de legítima estricta, si bien, y a efectos de prevenir el conflicto, la cláusula de testamentaria debiera precisar expresamente el destino de tal excedente, con imputación al tercio de mejora o de libre disposición, conforme a los deseos del causante correctamente plasmados en el testamento.

BIBLIOGRAFÍA

Algaba Ros, S.: "De la desheredación. Artículos 848 a 857", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 970-1001.

Albaladejo García, M.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1904-1946.

Albaladejo García, M.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. T. XIII. Vol. 2. Artículos 959 a 987 del Código civil* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1998, pp. 415-549.

Beltrán de Heredia y Onís, P.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch), T I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2334-2354.

Cámara Lapuente, S.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), Vol. II, 2ª ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 698-728.

Cano Martínez de Velasco, J. I.: *La mejora,*Barcelona, Bosch, 2002.

Colina Garea, R.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 986", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7074-7121.

Díaz Alabart, S.: "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch), T I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1857-1882.

Espinosa de Soto, J. L., "Da lexítima dos descendentes", en AA.VV. *Dereito de sucesións e réxime económico familiar de Galicia. Comentarios aos Títulos IX e X e Disposición Adicional Terceira da Lei 2/2006, de 14 de xuño e á Lei 10/2007, de 28 de xuño*, vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pp. 595-806.

Galicia Aizpurua, G. H.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5696-5758.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones,* Barcelona, Bosch, 1991.

López Frías, M. J.: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Comares, Granada, 2004.

López Frías, A.: "Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, n. 1, Enero-Marzo, 2019, pp. 133-176. https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/392 (última consulta: 19-06-2023).

Madriñán Vázquez, *El derecho de representación en la sucesión testada,* Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar I. Supuestos en que tiene lugar", Iuris Prudente, 30 de septiembre de 2014. http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-i-supuestos-en_30.html (última consulta: 19-11-2023).

Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar II. La sustitución vulgar y las legítimas", Iuris Prudente, 30 de septiembre de 2014. http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-ii-la-sustitucion.html (última consulta: 19-11-2023).

Mariño Pardo, F.: "La sustitución vulgar III. Determinación de los sustitutos, los sustitutos recíprocos y las sustituciones vulgares tácitas", Iurisprudente, 30 de septiembre de 2014. http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-iii-determinacion.html (última consulta: 19-11-2023).

Mena-Bernal Escobar, M. J.: *La indignidad para suceder,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Miquel González, J. M., "Derecho de acrecer y mejora", en VVAA: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1791-1810.

Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Bosch, Barcelona, 2021.

Ragel Sánchez, L. F.: "Artículo 814", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5933-5948.

Ragel Sánchez, L. F.: "De la desheredación. Artículos 848 a 857", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6268-6313.

Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho de sucesiones,* T. II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1997.

Torres García, T. y Domínguez Luelmo, A.: "La legítima en el Código Civil (I y II)", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. Torres García), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 21-141.

Vallet de Goytisolo, J. B.,: "De las legítimas. Artículos 806 a 857", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo), T. XI, 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1982.

Vallet de Goytisolo, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica*, Bosch, Barcelona, 1984.

Vallet de Goytisolo, J. B., "De las legítimas. Artículos 806 a 857", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, P.), T I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1967-2097.

Zumaquero Gil, L.: *El derecho de acrecer entre coherederos*, Dykinson, Madrid, 2011.

Zumaquero Gil, L.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987" en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. Cañizares Laso y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1375-1403.

Zurilla Cariñana, M. A. "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano). T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5589-5664.

LA INTEGRACIÓN DEL TESTAMENTO*

THE INTEGRATION OF THE WILL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 820-847

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación "La voluntad real del causante en las disposiciones *mortis causa*: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad - RETOS 2020" (PID2020-115254RB-I00) financiado por la Agencia estatal de Investigación para las fechas 01/09/2021 - 31/08/2024. Investigador Principal: Marta Carballo Fidalgo.

Marta
MADRIÑÁN
VÁZQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Junto al proceso de interpretación de la declaración expresada en testamento, orientado a conocer la voluntad real que tal declaración encierra, se encuentra el proceso de interpretación integradora del negocio sucesorio, cuya finalidad no es otra que la reconstrucción de la voluntad hipotética del causante para dar respuesta a situaciones no previstas por él al tiempo de su otorgamiento.

El interés de la materia resulta incuestionable, ya que la práctica de los tribunales y la dinámica registral refrendan que la solución a gran parte de las controversias existentes en el ámbito sucesorio se encuentra en la averiguación de la voluntad del de cuius. Controversias que, en ocasiones, podrían ser evitadas mediante una adecuada canalización por parte de los notarios y abogados de la voluntad que se les transmite y de las finalidades buscadas por el otorgante, a través de cláusulas completas y adaptadas al marco normativo vigente.

Consciente de que son muchos los supuestos en que nuestros tribunales se sirven de este proceso, se ha realizado una búsqueda de algunas de las sentencias que, más allá del supuesto más típico de disposición testamentaria a favor del cónyuge que dejó de serlo al tiempo de la apertura de la sucesión, resuelvan el conflicto planteado mediante la interpretación integradora del testamento.

PALABRAS CLAVE: Testamento; interpretación; integración; voluntad hipotética; voluntad real; causante; testador; sucesión; causante.

ABSTRACT: *Alongside the process of interpretation of the declaration expressed in the will, aimed at ascertaining the real will that such a declaration contains, there is the process of integrating interpretation of the inheritance business, the purpose of which is none other than the reconstruction of the hypothetical will of the testator in order to respond to situations not foreseen by him at the time of its granting.*

The interest of the subject is unquestionable, as the practice of the courts and the dynamics of the registry confirm that the solution to a large part of the existing controversies in the field of succession lies in the ascertainment of the will of the de cuius. Disputes which, on occasions, could be avoided by means of an adequate channelling by notaries and lawyers of the will transmitted to them and of the purposes sought by the grantor, by means of complete clauses adapted to the current legal framework.

Aware that there are many cases in which our courts make use of this process, a search has been carried out for some of the judgments which, beyond the most typical case of testamentary disposition in favour of the spouse who ceased to be a spouse at the time of the opening of the succession, resolve the conflict raised by means of the integrating interpretation of the will.

KEY WORDS: *Will; interpretation; integration; hypothetical will; actual will; testator; testator; succession; succession: testator.*

SUMARIO.- I CUESTIONES PREVIAS: LA VOLUNTAD DEL TESTADOR EXPRESADA EN TESTAMENTO.- II. LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE.- III. INTEGRACIÓN NORMATIVA DE LA VOLUNTAD HIPOTÉTICA DEL TESTADOR. IV. INTEGRACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA VOLUNTAD HIPOTÉTICA DEL TESTADOR.- 1. Interpretación integradora en los supuestos de crisis matrimonial.- 2. Sustitución vulgar implícita en una sustitución fideicomisaria.- 3. Otros supuestos jurisprudenciales de interpretación integradora.- A) Instituciones hereditarias sometidas al deber de prestar cuidado y asistencia.- B) Imputación de legados y pago de la legítima.- C) Donación con dispensa de colación.- D) La sustitución vulgar ordenada por el testador.

I. CUESTIONES PREVIAS: LA VOLUNTAD DEL TESTADOR EXPRESADA EN TESTAMENTO.

El punto de partida del trabajo que aquí presento lo constituye la voluntad del causante cuyo instrumento de determinación no es otro que el testamento en cuanto negocio en el que se concreta la voluntad *mortis causa*. Así lo determina el art. 667 CC al disponer que "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento".

En efecto, es el causante quien voluntariamente decide el destino que debe darse a su patrimonio para después de su muerte, y lo hace, tal como dispone el art. 658 CC a través del testamento.[1]

Así las cosas, resulta que la voluntad del testador, que constituye la ley primera y fundamental del Derecho sucesorio, es un acto de naturaleza imperativa, pues lejos de limitarse a sugerir los deseos del causante respecto al destino de sus bienes, ordena y manda qué destino se les debe dar, sin que en principio nadie pueda alterarlo.

Por lo dicho, no es de extrañar que el elemento clave del testamento sea la voluntad del causante, una voluntad que ha de ser "libre y exenta de motivaciones erróneas determinantes"[2] y que, además, puede ser modificada tantas veces como este lo desee a través de la revocación del mismo.[3]

Ahora bien, la voluntad del causante puede tener varias acepciones que es preciso distinguir. En ocasiones se habla de la voluntad del causante, sin precisar si

1 Art. 658.1 CC: "La sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley (…)".

2 Miquel González, M.ª.: "Notas sobre la voluntad del testador", *Revista jurídica UAM*, núm. 6, 2002, p.154.

3 Serrano Gómez, E.: *Ineficacia de las disposiciones testamentarias por cambio en las circunstancias personales o familiares del testador*, Reus, Madrid, 2021, pp. 20 y 21.

• Marta Madriñán Vázquez
Profesora titular de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: marta.madrinan@usc.es

se trata de una voluntad verdadera y real, o si por el contrario estamos ante una voluntad hipotética (que no irreal a mi entender).

La voluntad hipotética o presunta es una voluntad real que no está plenamente probada. Se trata de una voluntad que se da cuando las circunstancias que rodean al *de cuius* sólo permiten presumir, pero no de modo inequívoco, lo que el testador habría declarado de haber conocido ciertas circunstancias que no estaban presentes al momento de hacer el testamento. Imaginemos qué habría pasado si el causante al testar hubiera sabido que el llamado a la herencia había fallecido al tiempo de apertura de la sucesión o imaginemos que el causante dispone de un legado o nombra heredero a su cónyuge sin saber que al momento de su muerte estaría divorciado, ¿debemos respetar lo dispuesto literalmente en el testamento o por el contrario debemos proceder a realizar una interpretación integradora y considerar que, disuelto el matrimonio, ese cónyuge que ya no lo es no debe ser llamado a la herencia?

El profesor Miquel González pone un ejemplo verdaderamente esclarecedor para diferenciar los distintos supuestos de voluntad. Parte para ello del derecho de acrecer y de la sustitución vulgar. Y es que, cuando hablamos de sustitución vulgar nos estamos refiriendo a la voluntad real del testador y, por ende, tiene preferencia respecto al derecho de acrecer, que se apoya en una hipótesis sobre la voluntad del causante. En efecto, cuando el Código civil dispone que siendo llamados varios a una herencia o a una misma porción de la misma sin especial designación de partes, si uno de los llamados muere antes que el testador, renuncia a la herencia o es incapaz de recibirla, su parte acrece a los demás coherederos, la ley se funda en la presunta voluntad del testador. Presume que habiendo sido llamados varios de este modo, si uno no llega a heredar, el testador habría querido que su parte acreciera al resto de los llamados conjuntamente. La ley procede pues a la reconstrucción de la voluntad hipotética del causante.[4] Por su parte, si el testador manifiesta en testamento que su hijo Pedro herede la casa de la playa, y para el caso en que no pueda o no quiera heredar, lo haga Juan, no cabe duda de que esta sustitución obedece a la voluntad real el testador, que está disponiendo expresamente del destino de sus bienes para el caso de que el primer llamado no llegara a sucederle.

Volviendo a la consideración de que la voluntad del testador constituye la ley primera y fundamental del Derecho sucesorio, ello exige la necesidad de proceder a su búsqueda, lo cual no siempre es tarea fácil, no sólo por la complejidad que presenta el fenómeno sucesorio en sí, sino también por la incidencia que pudieran tener posibles circunstancias no previstas por el aquel al hacer testamento. Todo ello unido al hecho de que las cláusulas testamentarias no siempre resultan ser lo

4 Miquel González, M.ª: "Notas sobre", cit., pp. 155 y 156.

claras que deberían, y por tanto no siempre representan la voluntad verdadera y real del testador, se suscitan importantes contiendas de difícil solución, que nos conducen a la difícil tarea hermenéutica de su voluntad,[5] máxime si tenemos en cuenta que la única persona que podría aclarar todas aquellas dudas que plantean ya no se encuentra en este mundo.

Siendo que el problema principal se encuentra en la necesidad de determinar cuál fue la voluntad real del causante, el art. 675 CC[6], viene a fijar el criterio subjetivo para la interpretación de las disposiciones testamentarias, al determinar que la voluntad del testador constituye el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad, y por ello, el intérprete debe dirigir la actividad hermenéutica a su averiguación.

En efecto, visto el precepto mencionado *supra* y según dispone doctrina reiterada de nuestra jurisprudencia, en la interpretación testamentaria, debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador. Sólo cuando aparezca claramente que fue otra su voluntad, puede prescindirse de este y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto. Así, si las palabras están claras, se han de interpretar de forma literal, a no ser que claramente aparezca que fue otra la voluntad del causante, "sin que sea lícito al intérprete la búsqueda de otros medios probatorios más allá de la literalidad".[7]

En definitiva, el significado literal de las palabras utilizadas por el testador en su declaración última cede ante la verdadera voluntad interna. O lo que es lo mismo, el significado literal no se impone necesariamente salvo que se corresponda con la verdadera voluntad. Se reconoce así el subjetivismo como principio básico de la interpretación testamentaria.[8]

Si pese a lo expuesto permanecieran dudas sobre la voluntad real del testador, el intérprete puede valerse, de ser necesario, de otros métodos de interpretación sin necesidad de seguir una relación jerárquica entre ellos buscando, eso sí, una utilización combinada y equilibrada.[9] Incluso puede acudir a la utilización de medios extrínsecos al objeto de discernir cuál fue la voluntad del testador contenida en

5 Garrido Melero, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 323.

6 Art. 675 CC: "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento".

7 *Vid*., entre otras: SSTS 18 junio 1979 (RAJ 1979, 2894), 8 de junio 1982 (RAJ 1982, 3408), 26 marzo 1983 (RAJ 1983, 1644).

8 Vaquer Aloy, A.: *La interpretación del testamento*, Reus, Madrid, 2008, pp. 75 y ss.

9 *Vid*., entre otros: Vaquer Aloy, A.: *La interpretación,* cit., pp. 75 a 81; Zubero Quintanilla, S.: "La voluntad real del testador: ineficacia de las disposiciones testamentarias", *RDP,* julio-agosto, 2020, p. 53. Así lo manifestó, entre otras muchas, la STS 10 febrero 1986 (RAJ 1986, 521) según la cual "(…) sólo en otro caso, o sea, en el de existir oscuridad o ambigüedad y consiguiente duda entre la voluntad o intención del testador y el sentido literal de sus palabras, es posible dar paso a la interpretación lógica, al conjunto

sus disposiciones testamentarias, que son las declaradas y no expresadas. Así, tras la primera regla interpretativa (la literalidad), existen otros medios calificados como extrínsecos que, si bien no pueden rechazarse, jugarán un papel accesorio en la interpretación y, sobre todo, debe evitarse que se atribuyan al testador soluciones que no quiso.[10]

Pese a que la utilización de medios extrínsecos no siempre estuvo bien vista, su admisión ha ido evolucionando de suerte que, en la actualidad, esos recelos han sido superados y tanto la práctica unanimidad de nuestra doctrina como la mayor parte de la jurisprudencia se muestran favorables al uso de este recurso interpretativo con el único límite del encaje con el texto testamentario.[11] De lo contrario se estaría contraviniendo el carácter formal del acto de última voluntad, al otorgar relevancia a una intención expresada fuera del cauce solemne previsto por la ley. En definitiva, el carácter formal del testamento no es óbice a la utilización de medios de prueba extrínsecos. Ahora bien, su uso debe ser prudente y restrictivo, por lo que estos deben ser utilizados "de forma cautelosa y cuando la voluntad se expresa de modo oscuro"[12] de suerte que el resultado de su utilización debe encontrar apoyo, aunque sea imperfecto, en el texto de la declaración testamentaria al constituir este el único límite impuesto al respecto.[13] Como bien manifiesta Doral García, "no puede hablarse de interpretación en los supuestos en que el testamento no basta".[14]

Por su parte, nuestra jurisprudencia, partiendo del carácter formal o solemne que tiene el testamento, consagrado en el art. 687 CC, coincide en que "el sentido averiguado y desenvuelto por la (a través de los medios de prueba extrínsecos) tenga una expresión, cuando interpretación menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por si sola, cono una declaración del contenido de la voluntad del testador".

II. LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANATE.

Cosa distinta de la interpretación es el proceso de integración del testamento no admitido por nuestro ordenamiento jurídico. Constituye este un proceso

armónico de todas las disposiciones testamentarias o elemento sistemático y ya finalmente, al teleológico o finalista".

10 STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011,3323).

11 *Vid*., entre otros: López Frías, M.ª. J.: Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias, Granada, 2004, pp. 177 y ss.; González Acebes, B.: *La interpretación del testamento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 45 y ss.; Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 158 y 159.

12 STS 6 octubre 1994 (RJA 1994,746).

13 González Acebes, B.: *La interpretación* cit., p. 47; Vaquer Aloy, A.: *La* interpretación, cit., p. 93.

14 Doral García de Pazos, J. A.: "Sobre la interpretación del testamento", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 5, 2007, p. 73.

encaminado a completar las lagunas del negocio testamentario ante la existencia de cláusulas testamentarias inexpresivas.[15] A este respecto entiende el Tribunal Supremo que no resulta plausible que, bajo el pretexto de la interpretación integrativa, se forje la intención del testador construyendo el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración testamentaria.[16]

Por su parte, la interpretación integradora del testamento sí se encuentra aceptada por nuestra doctrina, aunque de un modo sucinto y sin abordar buena parte de la problemática que genera.

Si la integración del testamento trata de completar sus lagunas forjando una voluntad no manifestada por el causante con elementos ajenos a la declaración testamentaria; la interpretación integradora lo que pretende es colmar las lagunas existentes en la declaración de voluntad del testador que no ha contemplado la producción de un determinado hecho.[17]

La situación real tomada en consideración por el causante al tiempo de otorgar testamento, en base a la cual emitió su voluntad ha variado de manera que el resultado que se desprende de las cláusulas testamentarias no se corresponde con la finalidad perseguida en su momento por el causante. No nos encontramos aquí con disposiciones inexpresivas, en cuyo caso no cabría integrar la voluntad del de cuis, pues se estaría forjando una cláusula nueva, no declarada por el testador. La voluntad del testador está completa, lo que verdaderamente sucede en el supuesto que estamos analizando es que el testador no ha previsto un cambio en las circunstancias tenidas en cuenta al momento de testar lo que conlleva a que la finalidad perseguida o que pensaba conseguir se frustra.

Y es que, junto a la voluntad real o verdadera del causante, a la que se llega, cuando las declaraciones del *de cuius* no son todo lo claras que deberían, a través de la interpretación; existe otra voluntad hipotética que se da cuando las circunstancias que rodean al *de cuius* sólo permiten presumir, pero no de modo inequívoco lo que el testador habría declarado de haber conocido ciertas circunstancias que no estaban presentes al tiempo de hacer el testamento.

En estos supuestos, la voluntad del testador está completa, en el sentido que contiene una regulación a priori suficiente de todas las consecuencias jurídicas que desea que se produzcan teniendo en cuenta las circunstancias presentes al tiempo de otorgar testamento. Lo que sucede es que se produce un cambio en

15 Jordano Barea, J. B.: *El testamento y su interpretación,* Comares, Granada, 1999, pp. 113 y ss., p. 211.

16 STS 8 julio 1940 (RJA 1940, 689).

17 Jordano Barea, J. B.: *El testamento,* cit., pp. 113; Mestre Rodríguez, M.ª L.: *La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 50; González Acebes, B.: *La interpretación,* cit., p. 50.

las circunstancias que no pudo o no supo prever y que tiene como resultado que determinados fines que se proponía conseguir con su testamento no vayan a lograrse.

En definitiva, la interpretación integradora del testamento procede, no cuando este es inexpresivo en algún punto, pues en tal caso no cabría integrar la voluntad del causante ya que se estaría creando una nueva cláusula no dispuesta por el *de cuius*; sino cuando el testador no ha previsto un cambio de circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de testar que no vienen sino a frustrar la finalidad pensada por el testador.

A través de la interpretación integradora no se busca una voluntad verdadera, cuya inexistencia no se discute, sino que trata de determinar lo que el testador, si hubiera conocido las circunstancias que ignoró cuando hizo testamento, habría dispuesto con seguridad o presumiblemente. Nuestra jurisprudencia viene a entender que la misión de la interpretación integradora radica en extraer de modo claro la verdadera y completa voluntad del testador.[18]

No se trata de contemplar casos no previstos por el testador, pues eso sería integrar el testamento, sino de adecuar la voluntad del testador a la nueva situación que no contempló, en definitiva, de responder a la siguiente pregunta: ¿Qué habría manifestado el testador si hubiera conocido las actuales circunstancias?[19] Nuestra jurisprudencia viene a entender que la interpretación integradora tiene por objeto completar la disposición testamentaria en lo que esté incompleta, su misión es extraer de modo claro la verdadera y completa voluntad del testador.

En definitiva, se trata de responder a la siguiente pregunta: ¿Qué habría manifestado el testador si hubiera conocido las actuales circunstancias? Lo cual no consiste en contemplar casos no previstos por el testador. Esto sería integrar., sino que se trata de adecuar la voluntad del testador a la nueva situación que no contempló.

Tomando como punto de partida la STS 6 marzo 1944, un sector importante de nuestra doctrina considera que supuesto de hecho de la integración consiste en la "inexpresividad" en algún punto de la declaración de voluntad del testador, es decir, éste ha optado por utilizar términos equívocos y confusos que conducen a posicionamientos erróneos.

18 Sin embargo, no podemos hablar aquí de voluntad irreal en el sentido de que no es una voluntad manifestada expresamente por el testador (Vaquer Aloy, A.: *La interpretación,* cit., p. 108) sino que resulta más correcto hablar de voluntad hipotética. Con la integración de lo que se trata es de construir la voluntad hipotética del testador o lo que es lo mismo, lo que el causante hubiera dispuesto de haber conocido las circunstancias fácticas, distintas a las contempladas al elaborar el testamento.

19 González Acebes, B.: *La interpretación,* cit., p. 51.

Sin embargo, el verdadero supuesto de hecho de la integración lo constituye la existencia de una laguna en la declaración testamentaria. Es decir, procede la integración cuando el testador no ha contemplado la producción de un determinado hecho. En los supuestos verdaderos de integración, la voluntad del testador está completa, en el sentido que contiene una regulación *a priori* suficiente de todas las consecuencias jurídicas que desea que se produzcan teniendo en cuenta las circunstancias presentes al tiempo de otorgar testamento. Lo que sucede es que se produce un cambio en las circunstancias que no pudo o no supo prever y que tiene como resultado que determinados fines que se proponía conseguir con su testamento no vayan a lograrse.[20]

Dicho esto, lo que se pretende con este trabajo es exponer los problemas más interesantes que la integración testamentaria suscita en la práctica y que han sido objeto de respuestas diversas por parte de nuestros tribunales, siendo las más destacadas aquellas que se encuentran en sede de crisis matrimoniales o sustituciones hereditarias.

III. INTEGRACIÓN NORMATIVA DE LA VOLUNTAD HIPOTÉTICA DEL TESTADOR.

El Código civil, a diferencia de algunos de nuestros ordenamientos jurídicos autonómicos[21], no prevé expresamente la interpretación integradora del testamento. La doctrina, por su parte, ha manifestado en reiteradas ocasiones que existen normas que, aunque de modo forzado, parecen hacer referencia a supuestos similares, supuestos en los que el Código civil ajusta lo dispuesto en testamento según las intenciones que cabría atribuir a cualquier testador.

Piénsese por ejemplo en la distribución de cantidades dejadas a clases determinadas como pobres, parientes, institutos de beneficencia (art. 671 CC); o en el supuesto en que el testador dispone de todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio del alma de forma indeterminada y sin especificar su aplicación (747 CC); o el llamamiento a favor de los pobres en general, en cuyo caso se considera que quiso dejarlos a los de su domicilio en el

20 Vaquer Aloy, A.: *La interpretación* cit., p. 107; González Acebes, B.: *La interpretación* cit., p. 51.

21 Así por ejemplo la Ley 281 del Fuero de Navarra se refiere explícitamente a la "interpretación e integración" al disponer : "Para el caso de fallecer el causante sin haber ordenado de otro modo su sucesión, puede aquel delegar en un fiduciario-comisario, por testamento, capitulaciones u otra escritura pública, las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones, disponer legados y constituir un patrimonio especialmente protegido para personas con discapacidad o dependencia, dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente título. La delegación puede conferirse al cónyuge, pareja estable u otras personas individual, conjunta o subsidiariamente; cuando se haya conferido genéricamente a los "parientes", se entenderá a los Parientes Mayores.
Interpretación. En la fiducia sucesoria, la interpretación e integración de la voluntad del causante deben ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia. Salvo que otra cosa se hubiere establecido, se observarán las leyes siguientes."

momento de su muerte (749 CC) a una pluralidad de sucesores cuando parte de ellos son designados individualmente y el resto de forma colectiva (769 CC), cuando se llama a la herencia a hermanos del causante y los tiene de doble vínculo y de vínculo sencillo, en cuyo caso estable el art. 770 CC que se dividirá la herencia como si fuera intestada, de modo que los hermanos de doble vínculo recibirán el doble que los de vínculo sencillo; el supuesto en que el testador designe sucesor a una persona y a los hijos de esta, se entenderán designados de forma simultánea y no sucesiva (771 CC); el caso de la designación nominal del heredero (772 CC), etc.

Fuera de estos casos, respecto de los cuales considero que realmente no existe una laguna en la declaración testamentaria, pues la imprecisión es directamente querida por el testador[22], sí creo que de un modo indirecto o sin expresarlo, el Código civil cuenta con numerosas normas respecto de las cuales debemos plantearnos si constituyen supuestos normativos de interpretación integradora. En los párrafos que siguen, dado el límite espacial que me viene impuesto, se procederá sólo a la exposición de algunas de ellas respecto de las cuales, adelanto aquí mi respuesta afirmativa al respecto. De lo contrario me resultaría imposible proceder al análisis de muchos de los supuestos en los que la jurisprudencia procede también a la reconstrucción de la voluntad hipotética del testador, o lo que es lo mismo, a la interpretación integradora de la voluntad del causante.

Pensemos en primer lugar en la institución del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria. Cierto es que no hay unanimidad en la doctrina cuando se trata de dilucidar si el Código civil está procediendo a una interpretación integradora al disponer que en la sucesión testamentaria siendo llamados varios a una herencia o a una misma porción de la misma sin especial designación de partes, si uno de los llamados muere antes que el testador o renuncia a la herencia o es incapaz de recibirla, su parte acrece a los demás coherederos. A mi parecer entiendo que, ante una situación no prevista por el testador, a saber, que alguno de los llamados conjuntamente no pueda o no quiera heredar, la ley no hace sino reconstruir su voluntad hipotética presumiendo que el causante habría querido que su parte acreciera al resto de los llamados conjuntamente y no que se abra la sucesión intestada yendo a parar esos bienes a personas no designadas en testamento. En efecto, el legislador considera que en estos casos lo que habría querido el testador medio si hubiera previsto lo que iba a ocurrir es el derecho de acrecer y por tanto, lo impone de acuerdo con la hipotética voluntad de aquel. Es así que, dispone el profesor Miquel González, si el testador lo hubiera previsto nombrando, por ejemplo, un sustituto vulgar a quien no quiera o no pueda sucederle, entonces su voluntad real debería imponerse a la hipotética dispuesta por el legislador.[23]

22 González Acebes, B.: *La interpretación* cit., pp. 51 y ss.

23 Miquel González, J. M.ª.: "Notas sobre", cit., pp. 155 a 157.

Lo mismo ocurre, a mi entender en el caso de la preterición no intencional de un heredero forzoso, que tiene lugar cuando el testador, ante el desconocimiento de la existencia de un hijo, o no habiendo previsto en su disposición de última voluntad la posibilidad de tener con posterioridad más hijos que los sabidos en ese momento (en cuyo caso la práctica unanimidad de nuestra doctrina admite que la no intencionalidad de la preterición resulta demostrada *ex re ipsa),* obvia tenerlos en cuenta en su sucesión mortis causa. El art. 814.2 CC, de aplicación preferente al art. 767.1 CC por tratarse de una norma especial, regula las consecuencias de dicho error o cambio de circunstancias imprevisto y que fueron determinantes para la voluntad del causante expresada en testamento. Así las cosas, la ley parte de la voluntad hipotética procediendo a anular en todo o en parte las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial en aras a garantizar la voluntad del testador respecto de los hijos en tanto en cuanto estos son herederos intestados.[24]

Un supuesto más conflictivo por las discrepancias existentes en torno a su admisibilidad es el del derecho de representación en la sucesión testada, cuya admisión resulta, en principio, admitida para los casos de indignidad y desheredación limitando su operatividad sólo respecto de la porción legítima. ¿Podemos considerar un supuesto de interpretación integrativa el que la norma entienda que, llamados a la herencia los hijos o descendientes del testador, si estos no pudieran heredar por sucederle por desheredación o indignidad ocuparán su lugar sus herederos forzosos respecto a la porción legítima?

A mi entender no hay duda de que el legislador no está sino procediendo a una interpretación integradora del testamento. Al menos en lo que a la representación sucesoria en caso de indignidad respecta. En efecto, como bien desarrolla la profesora Gómez Calle[25], la indignidad para suceder puede tener lugar por causas acaecidas tras el otorgamiento del testamento, o incluso una vez abierta la sucesión, de modo que el testador no las ha tenido presentes al disponer *mortis causa* de sus bienes. Una vez más el legislador no hace sino proceder a una reconstrucción de la voluntad hipotética del causante disponiendo que los hijos y descendientes del excluido de la herencia por indignidad le representarán en lo que por legítima le corresponde (art. 761 CC).

Dejando por un instante el derecho de representación y centrándonos en la indignidad para suceder, podemos plantearnos si la pérdida de los derechos sucesorios debida a tal causa constituye también una regla de interpretación integradora. Para dar una respuesta, debemos de partir del hecho de si la indignidad sucesoria tiene un fundamento subjetivo o si por el contrario el fundamento es

24 Miquel González, J. Mª.: "Notas sobre", cit., p. 176 y ss.; Mestre Rodríguez, Mª. L., *La interpretación* cit., p. 188; Gómez Calle, Mª. E.: *El error del testador y el cambio sobrevenido de circunstancias existentes al otorgamiento del testamento,* Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 124 y 125.

25 *Cfr., El error del testador,* cit., pp. 124 y 125.

objetivo o normativista. Sin entrar a hacer una disertación sobre el tema pues se trata de una cuestión discutible, lo cierto es que me inclino más por considerar que se trata de una norma integradora a través de la cual el legislador sanciona lo que sería "la voluntad hipotética de un testador medio en similares circunstancias"[26]. En efecto con la previsión de la exclusión para suceder por indignidad no se busca basarse en la voluntad real del testador en un caso determinado pues precisamente se recurre a ella cuando dicha voluntad no se puede averiguar, ya sea porque está viciada por error o por imprevisión. Nos encontramos ante una regla que plasma un efecto legal que se establece precisamente teniendo en cuenta la voluntad hipotética del testador típico, de suerte que dicho efecto dejará de producirse cuando se pueda determinar la voluntad real del causante.

Volviendo a retomar el tema de la representación sucesoria y dando un paso más, podemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué ocurre en los supuestos en que los hijos o descendientes llamados a la sucesión premueren al causante? Ya en su día, más concretamente al elaborar mi tesis doctoral defendí, en contra de un sector importante de nuestra doctrina, que el art. 814.3 CC vino a admitir la operatividad del derecho de representación en la testada, si bien sólo para el caso de premoriencia de los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, eso sí en toda la porción a la que hubieran sido llamados por el causante.[27] Admitida esta tesis ha de considerarse que la norma, cuya pretensión no fue sino la de evitar que se pudieran originar pretericiones inesperadas por no haber previsto el testador la posibilidad de que los descendientes legitimarios mencionados en el testamento hubieran premuerto, alcanza su objetivo a través de la interpretación integradora de la voluntad hipotética del causante de que los descendientes del descendiente no preterido ocupen su lugar en la sucesión del ascendiente.

IV. INTEGRACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA VOLUNTAD HIPOTÉTICA DEL TESTADOR.

Los supuestos más típicos de integración jurisprudencial tienen lugar en los casos de divorcio, separación o nulidad del causante con posterioridad a haber dispuesto en el testamento a favor de quien al momento de su elaboración era su pareja; así como en los casos de sustitución vulgar implícita en una fideicomisaria. También, en relación con la interpretación de la cláusula *si sine liberis decesserit* se ha declarado que la voluntad hipotética del causante podrá llevarnos a determinar si se ha ordenado una sustitución fideicomisaria a favor de los hijos puestos en condición o, por el contrario, una sustitución vulgar a favor de estos mismos

26 Gómez Calle, M.ª E.: *El error del testador,* cit., p.126.

27 *Vid.*, Madriñán Vázquez, M.: *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

hijos. Más allá de estos, nuestros tribunales recurren muy frecuentemente a este procedimiento interpretativo aplicando lo que entiende que habría sido la voluntad real y verdadera del testador de haber previsto un cambio de circunstancias al tiempo de testar.

1. Interpretación integradora en los supuestos de crisis matrimonial.

El Código civil, a diferencia de ciertos ordenamientos autonómicos como el aragonés, el gallego o el catalán, no cuenta con una norma que prevea el destino de los bienes dispuestos por el testador a favor de quien en ese momento era su cónyuge o pareja de hecho. Nuestro Código obvia normar esta situación pese a que es un supuesto de hecho que se produce en la práctica con bastante asiduidad.

Si el cónyuge aparece designado en el testamento en condición de legitimario por su cuota vidual usufructuaria no existiría problema alguno, ya que la propia ley se encarga de ello en tanto que dispone expresamente la pérdida de la condición de legitimario para el excónyuge e incluso para el cónyuge separado de hecho o judicialmente. La cuestión se complica cuando el causante al disponer por testamento otorga a quien en ese momento era su cónyuge o pareja de hecho algo más que la mera porción legitimaria. En este caso podemos, cuanto menos, cuestionarnos si el testador realmente habría querido que concurriera a su sucesión quien a su muerte dejó de serlo porque hubiera mediado divorcio o declaración de nulidad o incluso estando pendiente de un proceso de separación o divorcio o incluso no habiéndose disuelto el matrimonio, estaban separados legalmente o, de hecho.

Ni la jurisprudencia ni las resoluciones de la Dirección General han mantenido un criterio unánime hasta las SSTS 26 y 28 septiembre 2018[28]. En ellas el Supremo, tras argumentar que la averiguación de la voluntad real del testador no se ve impedida por la literalidad del art. 675 CC, pues la condición de pareja o cónyuge fue la razón determinante de esa voluntad y como tal debe prevalecer sobre otros elementos concurrentes (como la expresión en el testamento del nombre y apellidos o del tiempo transcurrido entre la redacción del testamento y el fallecimiento del causante sin que se hubiera rectificado la disposición que beneficiaba al cónyuge o pareja de hecho del *de cuius*); recurren para argumentar la ineficacia de estas disposiciones al art. 767.1 CC en cuya virtud "la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa".[29]

28 SSTS 26 septiembre 2018 (RAJ 2018, 531), 28 septiembre 2018 (RAJ 2018, 539).

29 Zubero Quintanilla, S.: "La voluntad real", cit., p. 45.

La cuestión reseñada ha sido objeto de numerosas y dispares posturas doctrinales y jurisprudenciales. Ante una ausencia normativa al respecto, la doctrina favorable a dejar ineficaz las disposiciones testamentarias relativas a quien fue cónyuge al tiempo de hacer el testamento, plantean como solución, o bien aplicar el art. 767 CC, según el cual la expresión de una causa falsa de la institución de heredero no la vicia a menos que se demuestre que esta fue determinante de la atribución; o bien que, ante la separación o disolución del vínculo matrimonial, el testamento debe entenderse revocado.[30]

Ambas soluciones presentan, no obstante, importantes problemas que, a mi juicio, impiden regirse por ellas. Ante un cambio de circunstancias, si el testador pudo revocar y no lo hizo, habrá que llegar a la conclusión de que su voluntad sigue siendo la misma. Frente a este planteamiento, propio de la doctrina tradicional, existen autores que abogan por explorar otro tipo de posibilidades sobre la base de que lo ideal es buscar la voluntad real del testador. Y en este sentido habría que plantearse si existe la posibilidad de una revocación presunta, lo cual me resulta un tanto difícil de admitir.

En efecto, la revocación, además de expresa, puede ser tácita, lo que requiere un testamento posterior, perfecto y válido que deje sin efecto el anterior. Ahora bien, en pro del principio *favor testamenti,* incluso existiendo este testamento posterior, si en él no se mencionara al excónyuge anteriormente instituido, y se obviara el destino de los bienes dejados en su momento, debería mantenerse su institución a no ser que ambos testamentos, el anterior y el posterior resultaran totalmente incompatibles. Por ello me cuesta imaginar que se pueda dar efecto a una revocación presunta.

Resulta esencial el respeto a la voluntad de quien pudiendo hacerlo no revocó estas atribuciones. Es cierto que esto puede suponer un contraste con lo previsto en los arts. 834 CC, respecto de la legítima del cónyuge viudo, o el 945 CC que, relativo a la sucesión intestada excluye del llamamiento al cónyuge separado de hecho o de derecho del testador. Claramente estos preceptos amparan la pérdida de derechos sucesorios. Ahora bien, ello no debe llevarnos a abogar por una interpretación integradora en los supuestos tratados bajo este epígrafe. Efectivamente, si el Código civil, a diferencia de la sucesión legítima y la intestada, no prevé nada para los supuestos de sucesión testamentaria es porque tal vez considere que, existiendo la posibilidad de revocación, no resulta necesario unos preceptos de esta índole.

30 Serrano Gómez, E.: *Ineficacia de las disposiciones testamentarias,* cit., entiende que esta argumentación es ciertamente discutible.

El Código civil a diferencia de lo dispuesto en el art. 102 en cuya virtud el divorcio implica la revocación de poderes, no prevé en materia sucesoria una norma de este calado, tal vez porque entiende que no siempre la ruptura matrimonial implica que el testador no quiera dejarle algo a quien fu su cónyuge. Probablemente este silencio se deba a que el legislador ha querido dejar este asunto en manos de la voluntad del causante que, al fin y al cabo, es la ley principal en materia de Derecho sucesorio.

Respecto a la posibilidad de aplicar el artículo relativo a la causa falsa, la regla general será que la disposición de última voluntad otorgada por el causante no queda ineficaz tras la ruptura del vínculo matrimonial, a no ser que se demuestre que el testador instituyó a su cónyuge, precisamente por el vínculo matrimonial que les unía. Es decir que el vínculo fuera la causa de la atribución testamentaria. La causa del 767 CC es la causa subjetiva, el motivo o razón que llevó al testador a disponer a favor de una determinada persona. Además, la causa falsa ha de ser determinante lo que implica la creencia por parte del testador de la subsistencia del vínculo matrimonial en las mismas circunstancias en las que se encontraba al momento de otorgar testamento, es decir, hay que demostrar que el testador pensó que seguiría casado a su muerte y en normal convivencia. Efectivamente otro de los obstáculos que habría que saltar para declarar la ineficacia de la disposición testamentaria lo constituye el límite temporal impuesto por nuestro ordenamiento jurídico a la búsqueda de la voluntad del testador. Y en este punto, como ya he comentado al tratar la interpretación de la voluntad real, insisto en el hecho de que el testamento es un negocio perfecto y acabado, definitivo desde que se otorga. Por ello la voluntad relevante y a cuya búsqueda se orienta la labor del intérprete es la del momento de la redacción del testamento, y para buscarla se puede atender a elementos extrínsecos, efectivamente, pero dentro de los límites anteriormente expuestos.[31] No se trata de buscar la voluntad del testador al tiempo del fallecimiento, sino que hay que indagar la que tenía o hubiera tenido al tiempo de testar. Es así como lo que realmente hay que preguntarse es: ¿qué querría el testador en el momento de su fallecimiento? ¿sería su voluntad mantener la disposición a favor de quien ya no es su cónyuge?

Entiendo que, en base al art. 675 CC, el elemento clave para determinar la voluntad del testador es el testamento y el momento para tomar en consideración es el de su realización con lo que una hipotética voluntad, distinta a la expresada en el mismo, con carácter general no debe tener valor[32].

31 González Acebes, B.: *La interpretación,* cit., pp. 51 y ss.

32 Serrano Gómez, E.: *Ineficacia*, cit., p. 84. *Vid* también SSTS de 9 de junio de 1987 (RJ 4029), 29 de diciembre de 1987 (RJ 9490) y 23 de enero de 2001 (RJ 997).

En este sentido se manifiesta, entre otras muchas la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid, que con apoyo en la STS 18 julio 2005, dispone que "cuando nos referimos a la interpretación de un testamento, la voluntad o intención real del testador a tener en cuenta es la que pudo tener en el momento de su otorgamiento, no un cambio de voluntad posterior (…)". Añade la sentencia un dato muy interesante y es que establece que "la jurisprudencia ha puesto reiteradamente de manifiesto que la condición nunca se presume (…) las condiciones para ser tenidas por tales han de ser expresas, sin que quepa presumir su existencia, no pudiendo aceptarse que la institución de heredero estuviese sometida en nuestro caso a la condición de que se mantuviese el matrimonio de que existiese mutua reciprocidad testamentaria en los cónyuges porque nada se hizo constar al respecto, sin que el empleo de la expresión esposo permita en modo alguno configurar la presencia en el testamento de alguna de tales condiciones".[33]

Aplicar aquí la teoría de la causa resulta un tanto forzado si tenemos en cuenta que las reglas interpretativas encaminadas a averiguar la voluntad del testador deben estar referidas al momento en que se hizo testamento. Es por ello por lo que los efectos del error o los motivos en la causa falsa de la institución no serán de aplicación. La causa es falsa en el momento de la disposición y no por circunstancias sobrevenidas que afecten a la disposición testamentaria. Debe entenderse que entre la hipótesis sancionada en el art. 767.1 CC y la que aquí se analiza no existe la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica del precepto, ya que este está pensando en un supuesto en que la voluntad se encuentra viciada, es decir irregularmente formada, sin embargo, en las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge la declaración de voluntad no está viciada, sino que el testador no ha previsto la ruptura matrimonial. En un caso se trata de la invalidez de la disposición por error-vicio y en el otro de una posible ineficacia de una disposición que es válida. [34]

Con la ley en la mano, pienso que, con carácter general, pues habrá que estar al supuesto de hecho concreto, no resulta factible proceder en este caso a una interpretación integradora que dé valor a una hipotética voluntad distinta de la expresada en. De querer hacerlo de este modo, resulta preciso una reforma legislativa que permita que una situación como la descrita priven a quien en su momento fue cónyuge y ya no lo es, de la posibilidad de suceder al causante. Es preciso pues la existencia de una norma integrativa, que no imperativa, que se manifieste en este sentido, es decir, no que interprete, sino que supla la voluntad del testador. A decir verdad, una norma de este tipo recogería un criterio más eficiente y acorde con lo que presumiblemente será la voluntad del testador

33 SAPM (RAJ 2013, 21850). STS 18 julio 2005 (RAJ 2005,628).

34 Galicia Aizpurua, G.: "Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España nº 539/2018, de 28 de septiembre, *Rev. Boliviana de Derecho*, nº 28, julio 2019.

medio. Ahora bien, esa norma de integración no sería de aplicación si procediera la interpretación del testamento. Lo primero que debemos hacer es interpretar el testamento y comprobar si existe una voluntad testamentaria que se deba respetar. Sólo en caso contrario, podríamos acudir a la aplicación de la voluntad hipotética, "elevada a rango de norma por nuestro legislador en caso de que se produjera la reforma a la que estamos aludiendo. De lo contrario habría que mantener la eficacia del testamento. Lo esencial es clarificar cuál fue la intención del testador al incluir esta alusión de carácter persona.

Es cierto que la interpretación integradora busca descubrir la voluntad real, dar sentido a la voluntad hipotética por cambio de circunstancias para salvaguardar el fin perseguido por el testador. ¿Pero realmente podemos afirmar que la voluntad real del testador que pudiendo no cambió su testamento tras la disolución del matrimonio no quiere que su excónyuge le suceda? Pienso que no tiene por qué ser así y por ello sin una norma que lo establezca o sin que se puede llegar tras una interpretación no me muestro favorable a la integración del testamento en este caso.

2. La sustitución vulgar implícita en una sustitución fideicomisaria.

Otro de los supuestos típicos de interpretación integradora entendida como tal por la doctrina tiene lugar respecto de las sustituciones fideicomisarias. En relación con ellas, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en considerar que, dispuesta una sustitución fideicomisaria (un heredero después que otro), se quiere que, si el primero no puede o no quiere heredar, sea llamado el siguiente, salvo que el testador hubiera nombrado un sustituto vulgar al fiduciario. Así las cosas, si designados dos herederos, uno de ellos no puede serlo por haber premuerto al causante sin que este lo hubiera previsto, entrará en su puesto el heredero designado en segundo lugar.[35]

Más dudoso resulta el caso del fideicomiso de residuo, en el que el fiduciario está autorizado para disponer de los bienes, con mayor o menor extensión, de modo que el fideicomisario heredará si quedan bienes o lo que quede de ellos (*si aliquid o de eo quod supererit*). La jurisprudencia ha venido calificando estas sustituciones de condicionales, de suerte que el fideicomisario no adquiere su derecho a suceder si la condición no se cumple y esta no llega a cumplirse si el fiduciario no ha heredado antes pues en este caso, no hay residuo de lo que no haya dispuesto.[36] En definitiva, el primer instituido tiene que ser heredero, por lo

35 Así lo declara la Resolución DGRN 27 diciembre 1981, para el caso de premoriencia del fiduciario al causante, en un fideicomiso puro.

36 *Vid*., SSTS 13 de febrero 1943 (RAJ 1943, 134), 28 junio 1947 (RAJ 1947, 920), 13 noviembre 1948 (RAJ 1948, 1270), 21 noviembre de 1956 (RJ 1956, 3830). Todas estas sentencias dictadas en un contexto en el que la visión del TS, como hemos visto, reivindicaba la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo.

que si premuere no se cumple la condición y el fideicomisario no puede entrar en la herencia.[37]

Ahora bien, a mi modo de ver lo cierto es que la única diferencia entre ambos tipos de sustituciones fideicomisarias (puras y de residuo) radica en el deber de conservar. Sin embargo, este deber no es esencial a la institución. La idea básica es la misma en uno y otro caso, se quiere a un heredero antes que a otro por lo que, en ambas, si el fiduciario falta se quiere al fideicomisario, ya sea para toda la herencia o para el residuo. Ello unido a la idea (que también defiendo) de que lo único incierto o eventual es la cuantía que recibirá el fideicomisario de residuo, pero no su llamamiento como heredero, se debe concluir que en estas últimas también se encuentra implícita una sustitución vulgar.

Frente a esta postura del Tribunal Supremo se manifiesta un importante sector de nuestra doctrina,[38] así como la Dirección General de Registros y Notariado en numerosas resoluciones. Tal es el caso, por ejemplo, de la resolución de 17 de septiembre de 2003, en virtud de la cual "(…) la realidad de las cosas lleva a concluir que entender que el fideicomisario de residuo no implica la sustitución vulgar lleva a resultados no deseados por el testador que denomina herederos fideicomisarios a los llamados al residuo."[39]. Un año más tarde, la Dirección General de Registros y Notariado insiste en la misma idea considerando una vez más que en la fideicomisaria de residuo lo condicionado no es el llamamiento sino su contenido.[40] Para la Dirección General que la sustitución fideicomisaria de residuo implique la vulgar se justifica en que así se descarta la presunción de que en ella la premoriencia del fiduciario obliga a abrir la sucesión ab intestato. Efectivamente, si el testador no ha declarado que su intención fuese abrir la intestada, se debe entender que su intención fue que el fideicomisario de residuo fuese su heredero.

No obstante, ya encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alguna sentencia contraria al carácter condicional del fideicomiso de residuo, lo que puede ser determinante en la valoración de esta cuestión. Tal es el caso por ejemplo de la STS 30 octubre 2012,[41] que declara: "el fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos

37 Lopez Frías, Mª. J.: *Voluntad del causante,* cit., pp. 44 a 46.

38 Es el caso por ejemplo de Díaz Alabart, S.: *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1.981, p.185. Entiende la autora que: "(…) el fideicomiso de residuo, como una institución fideicomisaria más que es, engloba la sustitución vulgar, y no sólo para caso de premoriencia del fiduciario al causante, sino también para cualquier otro, como de repudiación, etc.".

39 (RAJ 2003,6279).

40 RDGRN 27 octubre 2004 (RAJ 2004,7808).

41 STS 30 octubre 2012 (RAJ 2012, 624).

incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. (…) El fideicomisario, según el *ordo sucessivus*, o llamamientos a sucesivos herederos como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (art. 784 del Código Civil)".

3. Otros supuestos jurisprudenciales de interpretación integradora.

Fuera de estos supuestos típicos de interpretación integradora, existen en nuestra jurisprudencia un sinfín de situaciones en las que el Alto Tribunal opta por proceder a la reconstrucción de la voluntad hipotética del testador. A continuación, paso a exponer algunos de ellos

A) Instituciones hereditarias sometidas al deber de prestar cuidado y asistencia.

La actual configuración de la sociedad, y el paulatino envejecimiento de la población, justifican que en la actualidad sea cada vez más común recurrir a una forma de ordenación de la sucesión testamentaria, sometida al deber de prestar cuidado y asistencia[42].

Esta forma de ordenación testamentaria lleva aparejada ineludiblemente el estudio jurisprudencial, del alcance de la interpretación de las cláusulas testamentarias.

A tal efecto, destaca en primer lugar, la necesidad de solventar un problema de interpretación previo, cual es, el de la calificación jurídica de la obligación de cuidado o asistencia, es decir, bien como condición, ya sea suspensiva ya resolutoria, bien como una carga modal. La cuestión no es baladí, habida cuenta el diferente régimen legal y los distintos efectos asociados si el testador al disponer cualquier atribución en favor del que le cuide o asista, lo hace en forma de condición, legado o carga modal.

Constituye este un tema complejo y conflictivo lo cual responde, según manifiesta el Tribunal Supremo[43], a la deficiente regulación de nuestro Código civil sobre la materia. A la ausencia de regulación de la carga modal en la sucesión testamentaria se suma, tanto la incompleta regulación de la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias (arts. 790 ss. CC), como el peculiar contenido

42 Sobre este tema, *vid*., Nieto Alonso, A.: "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad El alcance de la interpretación de las disposiciones mortis causa con cláusulas favorecedoras de los cuidados", *Indret,* mayo 2023, pp. 217 a 272.

43 En tal sentido se manifiesta la STS 30 mayo 2018 (RAJ 2018, 2314), en virtud de la cual: "la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación (de cuidado y asistencia) en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida"

condicional de la obligación impuesta, de carácter potestativo para el favorecido y de realización o cumplimiento en vida del testador, por lo que solo tangencialmente viene contemplada en el seno de la obligación condicional (art. 795 CC). Por lo dicho no resulta extraño que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la "dispar calificación" que, con frecuencia se otorga a disposiciones mortis causa que incorporan los cuidados y asistencia.

La sentencia referenciada optó por calificar la cláusula de cuidado o asistencia como una condición suspensiva de hechos pasados, considerando que la línea diferenciadora se difumina cuando la obligación sólo puede cumplirse ates de la apertura de la sucesión. Así las cosas y bajo la premisa de que "sólo cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución era que la llamada como heredera cuidara y asistiera a la testadora hasta su fallecimiento, y no lo hizo, se ha declarado la ineficacia de la institución", el Supremo resuelve un supuesto claro de incumplimiento de la condición de prestación de cuidados a favor del testador imputable al instituido.[44] En este caso, la testadora, viuda y sin hijos, otorga testamento en 2012. La demanda interpuesta por uno de los sobrinos solicitando la nulidad de la institución de heredero por incumplimiento de la condición y la apertura de la sucesión intestada se desestima en primera instancia en base a la concurrencia de versiones contradictorias y por atender la versión ofrecida por las personas designadas para verificar el cumplimiento de la condición. La Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, declara la ineficacia de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada. La instituida como heredera interpone recurso de casación alegando la infracción del art. 798 CC por considerar que el incumplimiento de la condición se debe exclusivamente a la salida voluntaria de la testadora del domicilio de la instituida, lo que impide que el incumplimiento le resulte imputable. El Tribunal Supremo desestima el motivo pronunciándose en el sentido de que a pesar de que el testamento no hubiese sido revocado por la testadora, el hecho de que pusiese fin voluntariamente a los cuidados y asistencia liquidando los gastos de los servicios recibidos, constituye un hecho propio frontalmente contrario al cumplimiento de la condición, al tiempo que la heredera no tuvo reparo en suscribir un documento privado, con asistencia letrada, aceptando la liquidación de los gastos que le generaron la atención y cuidados dispensados a la testadora.

44 STS 30 mayo 2018 (RAJ 2018, 2314).

En otras ocasiones, el Supremo se inclina por considerar el deber de cuidado un modo en atención a que esta había sido la palabra utilizada en la disposición testamentaria y en atención también al criterio de menor vinculación.[45]

En la STS 3 marzo 2021[46] se plantea como cuestión jurídica la interpretación de un testamento en el que el testador (viudo, sin hijos), tras instituir herederos a unos vecinos con los que mantenía una buena relación de amistad, les "impone la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento". Fallecido este, sus sobrinos interponen una demanda a fin de que se declare la ineficacia de la institución de herederos.

En ambas instancias se ha desestimado la demanda, pero con una argumentación diferente, lo cual resulta cuanto menos curioso teniendo en cuenta los distintos efectos jurídicos que se derivan de una u otra calificación. El juzgado porque considera que se trataba de una condición potestativa de pasado, sin que pudiera apreciarse incumplimiento, porque no hubo ocasión de cumplir pues los instituidos no fueron informados de su designación y además el causante se encontraba en una residencia (art. 795 CC). La Audiencia porque considera que se trataba de una institución modal en la que no había vinculación del nombramiento al cumplimiento (art. 797 CC).

Resulta cuanto menos curioso esta disparidad de criterios al momento de la calificación jurídica habida cuenta los efectos diversos que se derivan de considerar esta disposición una condición o una carga modal.

Considera el Supremo que no hubo una verdadera vinculación del llamamiento al cumplimiento de lo puesto como condición y resta así importancia al deber de cuidado dispuesto en el testamento por el causante e incumplido por los instituidos destacando que lo decisivo para desestimar la demanda es que el testador expresó su voluntad de instituir herederos a los demandados por la amistad prolongada que les unía, sin subordinar la eficacia del llamamiento al efectivo cumplimiento de una obligación de cuidado, tal como resulta de la dicción del testamento y del hecho de que mantuviera inalterada su designación tras haber ingresado en una residencia. Concluye, en definitiva, que si el causante hubiera querido que el testamento perdiera eficacia lo habría revocado.

El Alto Tribunal viene pues a realizar una interpretación integradora de la inactividad del testador que pudiendo revocar el testamento no lo hizo, todo lo cual a nuestro parecer resulta un tanto curioso máxime cuando se había procedido a una sustitución vulgar para el caso de que los vecinos no hubieran cumplido

45 Este es el caso de la significativa STS 21 enero 2003 (RAJ 2003, 604) reiterada por la STS 3 marzo 2021 (RAJ 2021, 118).

46 RAJ 2021,969

con el deber de cuidado impuesto. No alcanzo a entender esta interpretación. Ciertamente coincido con Ana Díaz al considerar un tanto excesiva esta reconstrucción de la voluntad hipotética del testador.[47] Del tenor del testamento parece que era voluntad que no heredaran los sobrinos, pero para ello no es necesario mantener la eficacia de una institución en la que se impone un deber no cumplido, pues para evitar a los sobrinos ya dispuso de una sustitución vulgar a favor de los descendientes de los instituidos. La verdad es que no alcanzo a entender la razón de haber impuesto una condición si su cumplimiento resulta irrelevante, si el testador quería que heredaran los vecinos no hacía falta imponer el deber de cuidado.

Lo que me parece también un tanto curioso es que el Supremo se sirva del argumento de la no revocación del testamento para proceder a la interpretación integradora sin en otras ocasiones, el resultado fue el contrario. Debería unificar criterios.[48]

B) Imputación de legados y pago de legítima.

Huelga señalar en este apartado un supuesto en que el Tribunal Supremo, si bien no lo manifiesta expresamente, no hace sino proceder a la interpretación integradora para negar a la viuda su derecho al complemento para recibir su legítima. Ello es así al dictaminar, en síntesis, que el legado de usufructo de varios bienes ciertos y determinados a favor de la viuda con cargo a su legítima excluye su eventual derecho al complemento de la cuota legal cuando existan en el testamento otros legados que permitan cubrirla.[49] El Alto Tribunal se centra en la interpretación del testamento como clave para resolver la cuestión litigiosa.[50]

Los hechos son como siguen: el causante fallece bajo testamento en el que lega a su esposa el usufructo vitalicio de varios inmuebles con cargo al usufructo vidual recayente sobre el tercio de mejora y, si lo superare, con cargo al tercio de libre disposición. Además, le lega, en pleno dominio y con cargo al tercio de libre disposición, todos los plazos fijos, cuentas, acciones y valores que tuviera en el momento de su fallecimiento. A continuación, instituye a sus tres hijos, habidos de su primer matrimonio, en el remanente de todos sus bienes derechos y acciones, por partes iguales. Calculadas las legítimas en atención al valor de los bienes hereditarios al tiempo de la apertura de la sucesión, los contadores-partidores designados verifican la insuficiencia del legado de usufructo para cubrir

47 Díaz Martínez, A.: "La voluntad del testador deducida de testamentos revocados o de la falta de revocación del último", *RDP*, julio-agosto 2020, p. 82.

48 Díaz Martínez, A.: "La voluntad del testador", cit., p. 85.

49 STS 3 marzo 2022 (RAJ 2022, 1164).

50 *Vid.* Comentario a la sentencia TS 3 marzo 2022 cit. Realizada por Carballo Fidalgo, M., en el blog del grupo de investigación Libredón Derecho civil. Persona, familia y patrimonio (www.libredondereitocivil.gal)

su legítima, y ello les lleva a imputar a su pago el legado de las cuentas y valores dispuestas expresamente a cargo del tercio de libre disposición. El juzgado de Primera Instancia reconoce el derecho de la reclamante a recibir la integridad de su cuota legal usufructuaria. No así la Audiencia ni el Tribunal Supremo que estimaron que fue voluntad del testador que la viuda le sucediera a título particular en bienes concretos y determinados. De modo que, abonada con los mismos su legítima (pese a que no fue esa la voluntad declarada por el testador), le niegan el derecho a completar con la adjudicación de otros bienes la parte de la cuota legal no cubierta por el legado de usufructo de bienes inmuebles.

Tanto el extremo relativo a la imputación de los legados como los argumentos esgrimidos al respecto me parecen ciertamente cuestionables. En esencia, el tribunal descarta que la literalidad de las cláusulas testamentarias permita deducir de modo inequívoco la voluntad o propósito del testador, estimando que la interpretación de tal voluntad sostenida por la Audiencia Provincial no es arbitraria ni ilógica y debe ser mantenida por la Sala.

El Tribunal Supremo focaliza la respuesta al conflicto en la cualidad de legataria de cosa cierta y determinada de la esposa del causante, por oposición a la cualidad de herederos universales con la que instituyó a sus hijos en el remanente de todos sus bienes, lo cual entiende reforzado mediante el recurso a dos elementos de prueba extrínseca, que son: los tres testamentos anteriores al finalmente otorgado donde consta la institución de la viuda, y los actos propios del causante, que días antes de otorgar el último de sus testamentos solicitó información al Banco sobre el valor de los bienes comprendidos en el legado dispuesto a cargo del tercio libre. A partir de tal constatación, el tribunal concluye que la viuda no ha de recibir nada más allá de lo que singularmente ha querido legarle el causante.

Sorprende el esfuerzo argumental desarrollado ya que la claridad testamentaria hace innecesario acudir a elementos de prueba extrínsecos. En el supuesto de autos, el complemento se le niega porque el juzgador – que no el causante- decide imputar a su pago el segundo de los legados dispuestos, ignorando la declaración expresa de imputación al tercio libre, lo que a mi parecer excede los límites de la tarea de la interpretación, cuyo resultado ha de encontrar apoyo en el propio tenor del testamento, sin que legitime la creación de una voluntad nueva y menos aún si esta es contraria a tal tenor.

Sin mencionarla expresamente, el tribunal hace uso de la técnica de interpretación integrativa del testamento, al entender que la formulación literal de los legados obedece al hecho de que el causante consideró el primero de ellos suficiente para pagar la legítima, de ahí que, si finalmente lo adjudicado no resulta bastante para cubrirla, los demás bienes atribuidos a la viuda deban ser asignados a esa cuota. El tribunal induce su intención de que la viuda no reciba más bienes

que los singularmente legados, de lo que deduce su voluntad hipotética: que, de haber previsto la insuficiencia del primer legado, habría imputado el segundo a su pago. Y ello- insistimos – ignorando la regla expresa de imputación de su pago al tercio libre y creando así una cláusula inexistente.

C) Donación con dispensa de colación.

En definitiva, son numerosos los supuestos en los que la jurisprudencia, sin manifestarlo expresamente, procede en sus fallos a una interpretación integrativa. Es el caso de la STS 29 julio 2013[51] en la que el Supremo opta, ante el silencio del testador, por calificar como mejora la donación inter vivos hecha por el causante a su hijo con dispensa de colación.

En el pleito que da origen a la sentencia aquí expuesta, el nieto del causante insiste en que las donaciones realizadas por su abuelo fueron nulas de pleno derecho por tener por finalidad perjudicar su legítima. Argumenta, en base a la literalidad del art. 825 CC que las donaciones no pueden entenderse mejora salvo expresa voluntad del testador, aduciendo que dicha voluntad expresa de su abuelo no existió, razón por la cual el tercio de mejora, según el recurrente, debía repartirse al cincuenta por ciento entre los legitimarios. Sin embargo, el Tribunal Supremo hace una interpretación amplia de lo que es voluntad expresa, y concluye que existe una voluntad inequívoca de mejorar al hacerse en la donación expresa dispensa de colación ex art. 1036 CC. "patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado", siendo, pues, una manifestación de una voluntad tácita del disponente a favor de la mejora, lo que resulta confirmado por los testimonios sustentados por los contadores partidores, y las pruebas testificales.

D) La sustitución vulgar ordenada por el testador.

El Código civil admite la posibilidad de que el causante designe sustituto a los herederos "que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar la herencia".

En los supuestos de sustitución plural es muy habitual que el causante prevea la sustitución del instituido por sus descendientes (o de varios instituidos por sus descendientes), lo cual genera diversas cuestiones interpretativas sobre las que se han pronunciado los tribunales y la doctrina registral, sentando, con mayor o menor unanimidad, una serie de criterios interpretativos que suplen el silencio mantenido por el Código en este extremo.

51 (RAJ 2013, 6395).

En lo que aquí interesa, salvo que de la adecuada interpretación de la voluntad del causante se dedujera otra cosa, la sustitución de los sustitutos se ha de entender sujeta a los mismos presupuestos a los que se sujeta la de los primeramente llamados. Así, cuando la sustitución vulgar a favor de los descendientes del sustituido ha sido prevista, por ejemplo, para caso de premoriencia, premuerto el llamado, la renuncia a la herencia por sus hijos sustitutos no implica un llamamiento subsidiario a favor de sus descendientes, pues se aplican al llamamiento a los sustitutos las mismas condiciones que a la vocación del heredero sustituido[52].

Del mismo modo, la sustitución ordenada sin expresión de casos tiene el mismo alcance para el instituido y para los sucesivos sustitutos, por tanto, la renuncia por uno de ellos debe tener en tal caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido, es decir, la entrada en juego de la vocación subsidiaria de la sustitución vulgar y no el eventual acrecimiento de la cuota de los demás sustitutos

52 RDGSJFP 15 junio 2020 (RAJ 2020, 3397).

BIBLIOGRAFÍA

Carballo Fidalgo, M.: en el blog del grupo de investigación Libredón Derecho civil. Persona, familia y patrimonio (www.libredondereitocivil.gal).

Díaz Alabart, S.: *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981.

Díaz Martínez, A.: "La voluntad del testador deducida de testamentos revocados o de la falta de revocación del último", *RDP*, julio-agosto 2020.

Doral García de Pazos, J. A.: "Sobre la interpretación del testamento", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 5, 2007.

Galicia Aizpurua, G.: "Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España nº 539/2018, de 28 de septiembre, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 28, julio 2019.

Garrido Melero, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña,* Marcial Pons, Barcelona, 2000.

Gómez Calle, Mª. E.: *El error del testador y el cambio sobrevenido de circunstancias existentes al otorgamiento del testamento,* Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

González Acebes, B.: *La interpretación del testamento,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Jordano Barea, J. B.: *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.

Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

López Frías, M.ª. J.: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Granada, 2004.

Mestre Rodríguez, M.ª L.: *La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003.

Miquel González, J. M.ª.: "Notas sobre la voluntad del testador", *Revista jurídica UAM*, núm. 6, 2002.

Nieto Alonso, A.: "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad El alcance de la

interpretación de las disposiciones mortis causa con cláusulas favorecedoras de los cuidados", *Indret*, mayo 2023.

SERRANO GÓMEZ, E.: *Ineficacia de las disposiciones testamentarias por cambio en las circunstancias personales o familiares del testador*, Reus, Madrid, 2021.

VAQUER ALOY, A.: *La interpretación del testamento*, Reus, Madrid, 2008.

ZUBERO QUINTANILLA, S.: "La voluntad real del testador: ineficacia de las disposiciones testamentarias", *RDP*, julio-agosto, 2020.

DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA VINCULADA AO DEVER DE CUIDAR DO TESTADOR – UMA ANÁLISE TENDO POR BASE O DIREITO PORTUGUÊS*

TESTAMENTARY PROVISION LINKED TO THE DUTY TO CARE FOR THE TESTOR – AN ANALYSIS BASED ON PORTUGUESE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 848-869

* O presente trabalho, desenvolvido no seio do grupo de investigação da USC "*Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio*", enquadra-se no projeto do *Ministerio de Ciencia* e *Innovación "La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad*" (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatória 2020 Projetos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 setembro 2021 a 31 agosto 2024), de que é IP a professora Carballo Fidalgo.

Diana Isabel DA SILVA LEIRAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: As disposições testamentárias vinculadas ao dever de cuidar do testador são uma realidade comum na sociedade portuguesa, sendo, geralmente, estipuladas a favor do filho de quem o testador deseje receber cuidados no advento da sua velhice, e até ao seu falecimento.

Este texto analisa questões que os tribunais portugueses têm sido chamados a decidir em relação a tais cláusulas, para o que têm de apurar a vontade real do testador, aplicando, para o efeito, os critérios de hermenêutica testamentária previstos na lei. A análise dessas questões –sobre a qualificação jurídica do dever de cuidar e o conteúdo deste dever –, demonstra que, para garantia da segurança e certeza jurídicas, o notário deve redigir este tipo de cláusulas com a maior precisão possível, de acordo com a vontade do testador.

PALABRAS CLAVE: Testamento; dever de cuidar; interpretação testamentária.

ABSTRACT: *Testamentary provisions linked to the testator's duty of care are a common reality in Portuguese society, and are generally stipulated in favor of the child from whom the testator wishes to receive care in the advent of his old age, and until his death.*

This text analyzes issues that the Portuguese courts have been called upon to decide in relation to such clauses, for which they have to determine the real will of the testator, applying, for this purpose, the criteria of testamentary hermeneutics provided for by law. The analysis of these questions – about the legal qualification of the duty of care and the content of this duty – demonstrates that, to guarantee security and legal certainty, the notary must write this type of clauses with the greatest possible precision, in accordance with the will of the testator.

KEY WORDS: *Will; duty of care; testamentary interpretation.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. EXISTEM PROIBIÇÕES OU RESTRIÇÕES À REALIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS A FAVOR DO CUIDADOR?- III. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE CLÁUSULA ACESSÓRIA DE TESTAMENTO – DEVER DE CUIDAR DO TESTADOR.- 1. Condição e modo no testamento.- 2. Interpretação da disposição testamentária.- IV. CONTEÚDO DO DEVER DE CUIDAR: REFLEXÕES.

I. INTRODUÇÃO.

Com o avançar da idade, e o aumento da esperança média de vida, é normal que surja, ou se agudize, nas pessoas, um sentimento de preocupação quanto aos cuidados (de alojamento, alimentação e/ou cuidados médicos) que necessitarão na última etapa da sua vida, em que, por um período de tempo que, naturalmente, não lhes é possível prever, poderão não ter plena autonomia e, inclusivamente, estar em situação de total dependência de terceiro ou terceiros. É no seio de um sentimento generalizado de desconfiança e de receio em relação à prestação de cuidados profissionalizados na velhice, em especial, quanto à institucionalização em lar de terceira idade, que se observa o recurso à sucessão testamentária favorecedora dos cuidados e assistência[1]: é estipulado no testamento o dever de o beneficiário da atribuição patrimonial cuidar do testador até ao fim da vida deste.

Em grande parte dos casos, os cuidados são prestados no âmbito das relações familiares mais diretas – entre pais e filhos –, sendo proporcionados por valores morais e não como serviços remunerados. Pese embora o desigual sacrifício da vida pessoal e, muitas vezes também profissional, que tais cuidados implicam para o filho cuidador em relação aos seus irmãos, demais filhos da pessoa cuidada, não podem os mesmos ser valorados em sede de processo de partilha da herança, como dívida desta, e correspetivo crédito do filho cuidador. Através do testamento, que se trata de um negócio jurídico *mortis causa*, unilateral e livremente revogável (arts. 2179.º e 2311.º do CC)[2], o testador pode, respeitando as legítimas, "corrigir" tal situação, realizando atribuições patrimoniais a favor desse seu filho, e, caso seja essa a sua vontade, com vinculação deste ao dever de cuidados.

1 A sucessão testamentária, cujo regime está contido nos arts. 2179.º e seguintes do Código Civil português, que foi aprovado pelo Decreto-Lei núm. 47344, de 25 de novembro (CC), constitui, a par da sucessão contratual (por princípio, proibida, cfr. arts. 2028.º e 996.º do CC), uma modalidade de sucessão voluntária (art. 2027.º do CC).

2 O testamento só produz os seus efeitos após a morte do testador, sendo só neste momento que o herdeiro ou legatário adquire um verdadeiro e definitivo direito subjetivo sobre os bens que lhe foram deixados. *Vid.* Capelo de Sousa, R.: *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 167. Ainda que conjugue interesses do testador e de quem este designa como seu sucessível, o testamento é unilateral – contém única e exclusivamente uma declaração de vontade, a do testador (o art. 2181.º do CC proíbe expressamente o testamento de mão comum). A intervenção de outras pessoas além do testador, ditada por razões formais (notários, testemunhas…), não afasta a unilateralidade deste negócio jurídico (Duarte Pinheiro, J.: *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 86).

• Diana Isabel da Silva Leiras
Professora do Politécnico do Cávado e do Ave. E-mail: dleiras@ipca.pt

As disposições testamentárias a favor de filho podem ser realizadas por conta da quota disponível ou da quota indisponível, dado ser aquele um herdeiro legitimário (arts. 2157.º e 2133.º, núm. 1, alínea a), do CC). Salientam-se, contudo, dois aspetos:

1) O filho cuidador apenas sairá beneficiado em relação aos demais filhos do falecido se recebe a disposição testamentária por conta da quota disponível, isto é, da quota que, supletivamente, será distribuída por sucessão legítima (arts. 2027.º e 2031.º do CC)[3], pois que todos os filhos, enquanto legitimários, têm direito a receber, *ex lege*, uma parte da herança, e do mesmo valor – a chamada "legítima" (arts. 2156 e 2159.º do CC)[4];

2) À luz do princípio da intangibilidade qualitativa da legítima, o testador está proibido de impor encargos sobre as legítimas (assim como designar os bens que devem preencher as mesmas) contra a vontade dos herdeiros (art. 2163.º do CC). Destarte, como princípio, a disposição testamentária realizada com o encargo de o prestar cuidados deve ser imputada na quota disponível[5].

O testador pode realizar a disposição testamentária a favor de pessoa incerta, empregando-se no testamento, por exemplo, a expressão "a favor de quem me cuide", ou "a favor do filho que me cuide", mas, como é óbvio, tal disposição só se considera válida se, por algum modo, for possível determinar o respetivo beneficiário (art. 2185.º do CC). No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06.2TBVLG.P1.S1[6], é apreciada uma cláusula neste sentido: "institui sua única e universal herdeira a pessoa que há mais de um ano esteja a cuidar dela testadora e à data da sua morte. Caso não haja ninguém nessas condições, institui sua única e universal herdeira a Obra do Padre Américo, conhecida por Casa do Gaiato".

Tenha-se, ainda, em conta que o testador pode não estabelecer o dever de cuidar a seu favor ou, pelo menos, de forma exclusiva, podendo estipular como beneficiários dos cuidados um terceiro ou terceiros, por exemplo, o seu cônjuge, conjuntamente ou não com ele. Se o testador for beneficiário dos cuidados, existe a particularidade de estes terem, necessariamente, de ser prestados em momento prévio à abertura da sucessão.

3 Tratando-se de sucessão com filhos, a quota disponível é de um terço da herança se os filhos concorrem à herança com cônjuge sobrevivo, para os quais a lei reserva uma legítima de dois terços, e, ainda, quando não haja cônjuge sobrevivo, e existam dois ou mais filhos cfr. art. 2159.º, números 1 e 2, do CC), ou de metade da herança, quando não haja cônjuge sobrevivo e apenas exista um filho (art. 2159.º, núm. 2, do CC).

4 Salvo nos casos de deserdação justificada ou de indignidade sucessória (arts. 2166.º e 2167.º, e 2034.º a 2038.º, todos do CC), ou, ainda, de repúdio da herança (art. 2062.º do CC).

5 O testador não está impedido de impor encargos aos seus herdeiros legítimos, atento o caráter supletivo da sucessão legítima (arts. 2027.º e 2131.º do CC). *Vid.* Capelo de Sousa, R.: *Lições*, cit., p. 329, nota 844.

6 (Relator: Lopes do Rego), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 20/06/2023).

II. EXISTEM PROIBIÇÕES OU RESTRIÇÕES À REALIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS A FAVOR DO CUIDADOR?

Determinados fatores, em especial, a idade avançada do testador, a doença de que este padecia ou a relação que o mesmo mantinha com o beneficiário da atribuição patrimonial, levam a que possa pairar a incerteza sobre se a disposição testamentária efetivamente expressa a sua real vontade. Apesar disso, a Lei portuguesa não consagra proibições ou restrições específicas para as disposições testamentárias a favor do cuidador.

A capacidade testamentária ativa constitui a regra: qualquer pessoa pode fazer testamento, a menos que a lei indique o contrário (art. 2188.º do CC). De acordo com o art. 2189.º do CC, apenas são incapazes de testar: "a) os menores não emancipados"[7]; e b) "Os maiores acompanhados, apenas nos casos em que a sentença de acompanhamento assim o determine"[8]. O testamento é nulo se, na data em que é outorgado, o testador se encontrar em alguma dessas situações (arts. 2190.º e 2191.ºdo CC).

O maior acompanhado, apesar de se encontrar impossibilitado, por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos e cumprir os seus deveres (art. 138.º do CC), tendo de ser acompanhado, nos atos que o tribunal determinar, pelo respetivo acompanhante (designado pelo tribunal), mantém, em princípio, o seu direito de testar. Como decorre do art. 147.º, núm. 1, do CC "[o] exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário"; o direito de testar está indicado expressamente como exemplo de direito pessoal no núm. 2 do mesmo artigo (a par de outros exemplos como, os direitos de casar ou de constituir situações de união ou de procriar). A este propósito, refira-se que, sendo o testamento um ato pessoal, o mesmo é insuscetível de ser feito por meio do acompanhante (art. 2182.º, núm. 1, do CC), mas sem prejuízo da admissibilidade de os pais substituírem os filhos menores (não emancipados) e os filhos maiores que sejam incapazes de testar em consequência de sentença de acompanhamento, através de substituição pupilar ou quase-pupilar, ao abrigo dos arts. 2297.º a 2300.º do CC[9].

7 Isto é, quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade e não tenha casado (arts. 122.º e seguintes, do CC). Conforme indica o art. 132.º, do CC, "[o] menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento".

8 O regime do maior acompanhado, que foi introduzido pelo Decreto-Lei núm. 49/2018, de 14 de agosto e que eliminou os institutos da interdição e da inabilitação, tem como propósito garantir à pessoa acompanhada a sua autodeterminação, e promover, "na medida do possível, a sua vida autónoma e independente, de acordo com o princípio da máxima preservação da capacidade do sujeito" (neste sentido, *vid.* o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de maio de 2022, processo núm. 408/21.8T8VRL.G1 (Relator: Pedro Maurício), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 20/06/2023).

9 O instituto da substituição quasepupilar (art. 2298.º do CC) constitui uma exceção *sui generis* ao caráter pessoal do testamento. *Vid.* Bettencourt Rodrigues Silva Morais, D.: "Da Relevância da Substituição Quase-Pupilar. A Propósito do Regime do Maior Acompanhado", em *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da*

No que respeita à capacidade testamentária passiva, importa chamar à colação os "casos de indisponibilidade relativa", previstos nos arts. 2192.º e seguintes, do CC, nos quais a proibição de testar se verifica apenas relativamente a determinada pessoa (e não a toda e qualquer pessoa), assentando no vínculo especial que existe entre ela e o testador. Capelo de Sousa explicita que estas indisponibilidades visam não só "defender o testador contra si mesmo (*v.g.,* contra a sua eventual dependência, excesso de gratidão, fraqueza da vontade ou temor reverencial)", mas também "objetivos sociais e deontológicos, impedindo que certos cargos, funções ou posições propiciem a obtenção de benefícios testamentários inaceitáveis moral e juridicamente"[10].

As disposições testamentárias feitas a favor das pessoas abrangidas por esses casos são nulas, e abrangem, entre outras, o acompanhante ou o administrador legal dos bens do testador, ainda que estejam aprovadas as respetivas contas (art. 2192.º, núm. 1, do CC), exceto se feitas a favor de descendentes, ascendentes, colaterais até ao terceiro grau, cônjuge do testador ou pessoa com quem este viva em união de facto (art. 2192.º, núm. 2, do CC); e o médico ou enfermeiro que tratou do testador, e o sacerdote que lhe prestou assistência espiritual, se o testamento foi feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela (art. 2194.º do CC). Estas últimas disposições são, porém, válidas quando correspondam a legados remuneratórios de serviços recebidos pelo doente, ou, ainda, se o beneficiário se trata de alguma das referidas pessoas, designadas no núm. 2 do art. 2192.º (art. 2195.º do CC).

A propósito deste aspeto, saliente-se, numa perspetiva de Direito comparado, que, através da *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica,* foi modificado o art. 753.º do Código Civil espanhol (CC esp.), para se estabelecer que as pessoas físicas que prestem serviços de cuidado, assistenciais ou de natureza análoga ao *de cujus* só podem ser favorecidas na sucessão mediante testamento notarial aberto. Esta modificação evidencia claramente a preocupação do legislador espanhol quanto ao uso das outras formas de testamento comum admitidas, *rectius* o testamento ológrafo e o testamento cerrado (arts. 676.º, 688.º a 693.º, e 706.º a 715.º, todos do CC esp.), para a realização de disposições testamentárias a favor de tais pessoas. É inegável que tais formas de testamento não garantem a mesma segurança jurídica que o testamento notarial aberto, o qual, além de ser outorgado perante notário, pode ser feito na presença de duas testemunhas idóneas (art. 697.º do CC esp.).

Família e das Sucessões. As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias (Dias, C., e outros, Coord.), Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 85-127.

10 Capelo de Sousa, R.: *Lições,* cit., pp. 174-175.

No Direito português, o testador pode, em qualquer caso, optar entre as duas formas de testamento comum admitidas – testamento público e testamento cerrado (art. 2204.º do CC) –, não sendo admitido o testamento ológrafo, isto é, o testamento escrito e assinado pelo testador, e que não carece de ser aprovado perante notário[11]. Quanto ao testamento cerrado, que é escrito e assinado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado, tem o mesmo de ser aprovado por notário, nos termos da Lei do Notariado, e na presença de duas testemunhas idóneas, como se tratasse de testamento público[12].

III. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE CLÁUSULA ACESSÓRIA DE TESTAMENTO – DEVER DE CUIDAR DO TESTADOR.

1. Condição e modo no testamento.

Embora com as limitações que expressamente prevê, o Código Civil português admite a aposição de cláusulas acessórias à instituição de herdeiro assim como à nomeação de legatário. Entre as cláusulas típicas, tratadas nos arts. 2229.º e seguintes, do CC, encontra-se a condição (suspensiva ou resolutiva) e os encargos, também designados de "modos", ou, ainda, de "cláusulas modais"[13].

A sujeitação dos efeitos jurídicos de um negócio jurídico à verificação de uma condição também resulta das regras gerais dos negócios jurídicos, em concreto do art. 270.º do CC, segundo o qual "[as] partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutiva". Destarte, no caso de condição suspensiva, a vocação sucessória do beneficiário da disposição testamentária está condicionada à verificação de um facto futuro e incerto; por sua vez, no caso de condição resolutiva, o chamamento sucessório já ocorreu, mas resolve-se *ipso iure,* e com efeitos *ex tunc*, caso o beneficiário não pratique o ato condicionante, ao qual não está, porém, obrigado.

Quanto ao modo, este traduz-se num dever (ou obrigação) que é imposto ao beneficiário de uma atribuição patrimonial de adotar uma certa conduta, um certo

11 De acordo com o art. 689.º do CC esp., o testamento ológrafo tem de ser protocolizado perante notário, no prazo de cinco anos após o falecimento do testador.

12 O notário só pode dispensar as testemunhas no caso de haver urgência e dificuldade em as conseguir, devendo fazer menção dessa circunstância no texto do testamento. Cfr. arts. 67.º, e 106.º a 108.º, do Código do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei núm. 207/95, de 14 de agosto.

13 As condições e as cláusulas modais impossíveis, contrárias à lei ou à ordem pública, ou ofensivas dos bons costumes têm-se por não escritas, mantendo-se a disposição testamentária (arts. 2230.º e 2245.º do CC). Apenas não é assim no caso do art. 2186.º do CC, segundo o qual "[é] nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes".

comportamento (de dar ou não dar, fazer ou não fazer alguma coisa), no interesse do próprio disponente ou no interesse de terceiro ou do próprio beneficiário[14]. Neste sentido, Rodrigues Bastos ensina que "[o] modo testamentário consiste numa cláusula acessória, mercê da qual se impõe, no testamento, ao onerado, empregar parte do que este recebe, como herdeiro ou legatário, num fim determinado, em benefício do testador, de um terceiro ou do próprio onerado. É uma limitação da liberalidade, que visa alcançar um fim, que se acrescenta ao fim principal da disposição, sem, contudo, o destruir"[15].

Ao contrário da condição, o modo obriga, pelo que, não sendo cumprido, o testador, ou quem lhe suceder, poderá exigir judicialmente o seu cumprimento (sendo ainda possível) ou fazer cessar os efeitos do negócio para o futuro, se o testador assim o tiver determinado ou for lícito concluir que tal disposição não seria mantida sem o cumprimento do encargo (arts. 2247.º e 2248.º, núm. 1, do CC). Posto isto, o não cumprimento do dever imposto ao beneficiário do testamento, ao invés do que acontece no caso de não preenchimento da condição, não implica, *ipso facto*, a ineficácia do negócio jurídico do testamento, apenas conferindo o direito potestativo de pedir a resolução da disposição testamentária[16]. Este direito de resolução caduca passados cinco anos sobre a mora no cumprimento do encargo e, em qualquer caso, decorridos vintes anos sobre a abertura da sucessão (art. 2248.º, núm. 3, do CC).

Como resulta do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694[17], "[o] modo distingue-se da condição e do termo porque não torna incerta a manifestação da última vontade, que conserva plena e atual eficácia, nem difere a execução do testamento"[18]. Ademais, como é comum dizer-se "o modo obriga mas não suspende; a condição suspende mas não obriga"[19].

14 Mota Pinto, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 578-589. *Vid.* também Carvalho Fernandes, L.:, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª edição, Universidade Católica, Lisboa, 2010, p. 434.

15 Rodrigues Bastos, J.:, *Notas ao Código Civil*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2002, p. 442. No mesmo segmento, Pires de Lima, F., Antunes Varela, A.: *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 387. Na jurisprudência, veja-se no mesmo sentido, *v.g,* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de outubro de 2014, processo núm. 1837/10 (Relator Hélder Roque), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 26/06/2023).

16 Carvalho Fernandes, L.: *Teoria*, cit., p. 434. Como clarifica o mesmo autor (*op. cit*., p. 435), "o modo gera, para o beneficiário da liberalidade, uma vinculação a certo comportamento; por isso, já se vê que não tem sentido falar, neste caso, ao contrário do que sucede na condição ou no termo, da sua verificação ou não verificação, mas sim do seu *cumprimento* ou *não cumprimento"*.

17 (Relatora Anabela Dias da Silva), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 26/06/2023).

18 Não há modo suspensivo ou resolutivo, mas o modo em si mesmo pode ser sujeito a condições ou a termo. *Vid.* Capelo de Sousa, R.: *Lições*, cit., p. 216, nota 510.

19 Antunes Varela, J., *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, Coimbra, 1955, p. 283.

Na prática, o modo opera de forma similar à condição resolutória: o herdeiro instituído ou legatário nomeado converte-se em tal desde a abertura da sucessão (a aceitação da herança ou do legado retroage a este momento – art. 2050.º, núm. 2, do CC), e só perderá o seu direito sucessório, com efeitos retroativos a essa data, se se alegar e provar que ele não cumpriu o dever de cuidar do testador (nos termos queridos por este). Já no caso da condição suspensiva, a vocação sucessória, cujos efeitos também retroagem ao momento da abertura da sucessão, apenas ocorre realizada a prova da verificação da condição (se os cuidados foram efetivamente prestados, e nos termos queridos pelo testador)[20]. Porém, em boa verdade, no caso específico do dever de cuidar do testador, só impropriamente se pode considerar que a disposição testamentária está sujeita a condição. Isto porque, como este dever tem, necessariamente, de ser cumprido em vida do testador, ou seja, antes da abertura da sucessão, não ocorre período de dependência (da condição), sendo o chamamento sucessório definitivamente eficaz, ou ineficaz, no próprio momento do falecimento do testador, consoante se possa ou não considerar que o dever em causa foi cumprido (a qualificação do beneficiário da disposição testamentária como cuidador do falecido é constitutiva da sua vocação sucessória).

Uma questão que surge no âmbito da resolução da disposição testamentária por incumprimento do modo (art. 2248.º do CC), é se esta pode assentar num qualquer incumprimento ou, se pelo contrário, se tem de tratar de incumprimento culposo. Cabe então clarificar se, mesmo no caso em que a não realização do encargo seja inimputável ao beneficiário, a disposição testamentária poderá ser resolvida.

O art. 2248.º, n.º 1, do CC não faz referência ao pressuposto da culpa[21], mas a doutrina e a jurisprudência têm feito referência a ele, o que se ajusta ao facto de a vontade do testador em instituir alguém como seu herdeiro ou nomear alguém como seu legatário dever, por princípio, ser conservada (*favor testamenti*). O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25 de janeiro de 2022, processo núm. 3620/20.14.2TBMAI.P1[22], consigna que, para a resolução da disposição testamentária devido ao incumprimento do modo (ou encargo), se exige que este incumprimento "seja imputável ao beneficiário a título de culpa – se o inadimplemento não for imputável ao onerado (onerado com o encargo,

20 A retroatividade da condição à data da morte do testador resulta do art. 2242.º, n.º 1, do qual também resulta que se consideram não escritas as declarações testamentárias em contrário.

21 Como refere Antunes Varela, a culpa "exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente" (Antunes Varela, J.:, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª Edição revista e atualizada, 9.ª reimpressão da edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2012, p. 566).

22 (Relator João Ramos Lopes), disponível em www.dgsi.pt.

beneficiário da atribuição testamentária), ou se não se tratar de inadimplemento culposo (dolo ou mera culpa), o onerado nenhumas consequências terá a sofrer"[23].

Posto isto, se o dever de cuidar constitui uma condição, e a mesma não se verifica, seja por causa imputável ou não ao beneficiário da disposição testamentária, esta disposição não produz efeitos jurídicos (condição suspensiva) ou, torna-se ineficaz (condição resolutiva). Assim, se o beneficiário da disposição testamentária não cuidou do testador porque foi impedido de o fazer, por exemplo, porque este decidiu, por sua livre vontade, ser institucionalizado num lar, não se pode considerar verificada a condição[24]. Não obstante, a interpretação da cláusula testamentária pode ditar outra solução, na medida em que dela pode resultar que os cuidados só tinham de ser prestados se o testador precisasse deles.

Diferentemente, no caso do modo, a disposição testamentária produz efeitos de imediato (aquando da abertura do testamento), podendo ser resolvida caso o seu beneficiário não tenha cumprido o encargo de cuidar do testador devido a causa que lhe seja imputável, o que não sucede se foi o próprio testador ou outra pessoa que o impediu de prestar os cuidados. Por exemplo, se aplicando as regras da hermenêutica testamentária, se apurar que era vontade do testador que os cuidados lhe fossem prestados de forma permanente, mas que o mesmo, por sua livre vontade, foi institucionalizado num lar, o sucessor instituído ficou impedido, por razão que não lhe pode ser imputada, de prestar os cuidados nos referidos termos. Se este fez visitas regulares ao testador, tendo providenciado pelo bem-estar deste, parece adequado considerar-se que o encargo foi cumprido.

Teoricamente a distinção entre condição e modo não apresenta dificuldades, mas, em termos práticos, a mesma não se afigura fácil na generalidade dos casos.

Entende-se estar em causa um modo em todos os casos em que se conclua que o testador não quis sujeitar ou fazer depender a atribuição patrimonial de que efetivamente o beneficiário desta lhe tivesse prestado cuidados, mas sim fazer essa atribuição e impor ao beneficiário da mesma um encargo, de seu cuidado. Neste sentido, são bem eloquentes as palavras empregues pelo Tribunal da Relação de Coimbra, Acórdão de 5 de fevereiro de 2013, processo núm. 1837/10.8TBCTB.

23 No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 1996, processo 96B115 (Relator Sá Couto): "O inadimplemento do modo pressupõe a culpa do beneficiário onerado a qual se não verifica se este não cumpre por não poder". Cfr. também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694 (Relatora Anabela Dias da Silva), e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de junho de 2019, processo núm. 3698/17.7T8VCT.G1 (Relatora Fernanda Proença Fernandes). Todos os acórdãos foram consultados em www.dgsi.pt (data das consultas: 26/09/2023).

24 Na falta de uma regulação própria para esta matéria, há que aplicar a norma geral dos negócios jurídicos do art. 275.º, n.º 2, 1.ª parte, do CC, segundo a qual a condição se tem por verificada se a sua verificação for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica.

CI[25]: "[q]uando da interpretação dos factos se colhe que a disposição mediante a qual se estipula que os efeitos do testamento de imediato produzidos tinham apenas como imposição que em certas circunstâncias o beneficiário praticasse determinado facto nela descrito, então não ocorreu a aposição de uma condição em sentido próprio, mas de um encargo ou modo, traduzindo-se este num certo comportamento positivo do beneficiado (composto por uma específica conduta a preencher por este já como herdeiro de pleno direito").

Dado que a vontade manifestada pelo testador, desde que estabelecida dentro dos limites legais, deve ser respeitada, tem a mesma de ser apurada, sendo, para isso, necessário proceder à interpretação da disposição testamentária segundo os critérios legais (art. 2187.º do CC). Saber se, num caso concreto, está em causa uma cláusula condicional ou uma cláusula modal é questão de interpretação do testamento.

Se, após a aplicação de tais critérios, persistir a dúvida sobre a qualificação da disposição testamentária, pese embora não exista no Código Civil português uma norma análoga ao art. 797.1.º, do CC esp., na qual se reconhece a preferência do modo sobre a condição[26], entende-se ser também essa a posição mais adequada. A este propósito Mota Pinto refere que, "[e]m nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos é sustentada pela doutrina a solução, segundo a qual, em caso de dúvida, a estipulação deve ser qualificada antes como modo do que como condição"[27].

No que diz respeito ao prazo de exercício do direito de resolução pelo não cumprimento culposo do modo (prazo de caducidade, portanto), tendo em conta que o cumprimento do encargo tem de ocorrer em vida do testador e até ao falecimento deste, isto é, até à abertura da sucessão, dos dois prazos previstos no art. 2248.º, n.º 3 – um, de cinco anos sobre a mora no cumprimento do encargo, e um geral, de vinte anos sobre a abertura da sucessão – parece ser de aplicar apenas este último[28].

25 (Relator: Freitas Neto), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 14/07/2023).

26 "La expresión del obligado de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad".

27 Mota Pinto, C. A., *Teoria*, cit, p. 579. *Vid*. também Capelo de Sousa, R.: *Lições., cit.,* p. 217, nota 512.

28 Naturalmente que o art. 2248.º, n.º 2, do CC não tem aplicação ao caso em que o encargo corresponde à obrigação de cuidar do testador, ficando a disposição testamentária pura e simplesmente sem qualquer efeito. De acordo com esta norma "[s]endo resolvida a disposição, o encargo deve ser cumprido, nas mesmas condições, pelo beneficiário da resolução, salvo se outra coisa resultar do testamento ou da natureza da disposição". Tendo a obrigação em causa de ser cumprida em vida do autor da sucessão, é óbvio que o encargo não poderá mais ser mais cumprido, seja por quem seja.

2. Interpretação da disposição testamentária.

O art. 2187.º do CC enuncia os critérios legais da hermenêutica testamentária, ou seja, os critérios que a lei manda aplicar na interpretação dos testamentos a fim de se descobrir a intenção do *de cujus*[29], a sua real vontade (*voluntas testatoris*). Só depois de sabido o que o testador pretendeu com a sua disposição testamentária, é possível definir o modelo legal que a ela se ajusta: se a da condição ou do modo.

Na aludida norma, *rectius* no seu núm. 1, pode ler-se que "[n]a interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento". Daqui resulta, claramente, que, como critério interpretativo do testamento, deve ser seguida a perspetiva subjetivista, valendo o testamento com o sentido que se mostrar mais ajustado à vontade do testador, atento o seu contexto. Este critério, que se contrapõe ao da teoria objetiva que preside à interpretação da declaração recetícia nos negócios jurídicos *inter vivos,* em que releva o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do declaratário real, possa deduzir do comportamento do declarante (art. 236.º do CC)[30], é o que melhor se coaduna com o caráter pessoal, unilateral, não receptício e livremente revogável do testamento, o qual deve expressar a última vontade do seu autor[31].

O núm. 2 do art. 2187.º acrescenta que "[é] admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa".

Conforme explicita o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06.2TBVLG.P1.S1[32], esta limitação é totalmente justificada, pois constituindo o testamento um ato formal, solene, objetivado num texto, a sua interpretação não pode prescindir deste elemento objetivo que funciona como seu ponto de partida. Posto isto, e ainda à luz do mesmo aresto, "a vontade do autor do testamento deve ser apurada e reconstruída não só tendo em conta o respetivo texto, mas também, quando se entenda que ele não manifesta correta ou integralmente a sua vontade (e para que estes vícios

29 Pires de Lima, F., Antunes Varela, A.: *Código,* cit., p. 303.

30 Releva o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratário, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer. *Vid.* Mota Pinto, C. A., *Teoria*, cit, pp. 443 e ss.

31 Pereira Coelho, F.:, *Direito das Sucessões, Lições ao curso de 1973-1974*, Coimbra, 1974, p. 218; e Pires de Lima, F., Antunes Varela, A.: *Código,* cit., p. 303. Na jurisprudência, *vid*., *v. g.*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM.E1.S1 (Relator: Abrantes Geraldes), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

32 Relator: Lopes do Rego), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

sejam eliminados) o respetivo contexto à data da outorga e no qual se inspirou a vontade do testador…"[33].

Destarte, na averiguação do sentido da vontade real do testador (daquilo que ele quis dizer) é admitido o recurso à chamada "prova complementar" ou "extrínseca", ou seja, a elementos ou circunstâncias estranhas aos termos do testamento, fundadas em qualquer dos meios de prova geralmente admitidos. Essa prova, que pode ser de qualquer tipo (documental, pericial ou testemunhal) constitui, assim, um elemento adicional para os tribunais ponderarem na apreciação do sentido e alcance das disposições testamentária, mas a vontade reconstituída tem sempre de ter um mínimo de correspondência, ainda que imperfeita no contexto, isto é, no teor do testamento[34].

Considerando a preferência do modo sobre a condição (em nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos), apenas se, da interpretação do testamento, resultar que a prestação de cuidados teve caráter decisivo e determinante para a realização da atribuição patrimonial, se deve qualificar essa prestação como condição. Dito de outra forma, o dever de cuidar só constitui uma condição (e não um modo) se a vontade do testador, extraída do texto do testamento, assim como de todo o contexto deste negócio jurídico, ponderando o enquadramento factual da vida do testador, for a de condicionar a eficácia ou resolução da atribuição patrimonial (herança ou legado) à efetiva prestação dos cuidados (facto futuro e incerto). Se a condição é suspensiva, com a verificação da condição ocorre a vocação sucessória; se a condição é resolutiva, com a não verificação da condição opera a destruição automática da vocação sucessória, e com efeitos "e*x nunc*". A este propósito, considere-se a seguinte cláusula: "– Instituo como meu herdeiro universal, em todos os meus bens, direitos e ações, o meu sobrinho X…, com a obrigação de me cuidar e assistir até ao meu falecimento, dispensando-me toda a classe de cuidados, sendo o mesmo substituído em caso de premoriência, ou de não poder ou não querer aceitar a herança, por aquele dos seus descendentes que esteja disposto a cumprir ou continuar a cumprir a obrigação imposta".

Interpretando esta cláusula, que contém uma substituição direta (arts. 2281.º a 2285.º do CC), conclui-se que a vontade do testador era a de beneficiar quem lhe prestasse cuidados e assistência até ao seu falecimento (o seu sobrinho X ou qualquer um dos descendentes deste, e não necessariamente aquele). Dado que a efetiva realização da prestação de cuidar e assistir o testador condiciona

33 O testamento não é apenas o seu texto, é também o contexto; e estando o texto objetivado no instrumento escrito que só por si constitui prova, já para a averiguação daquela e deste último é lícito recorrer a meios extrínsecos e complementares de prova que não colidam frontalmente com o texto (Oliveira de Ascensão, J., *Direito Civil: Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra).

34 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de abril de 2012, processo núm. 259/10.5TBESP.P1.S1 (Relator: Alves Velho), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

diretamente a eficácia da instituição sucessória, aquela prestação consubstancia, notoriamente, uma condição testamentária.

Um outro exemplo claro de disposição testamentária sujeita a condição (este, também com elementos literais) é apreciado no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23 de fevereiro de 2023, processo núm. 1383/20.1T8VRL.G1[35]: "Institui sua única e universal herdeira, sua prima, AA, Nif…, casada, residente no…, com a condição suspensiva de cuidar e tratar da testadora com caráter de habitualidade na saúde e na doença até à data do seu falecimento, isto é, de lhe prestar todos os cuidados de saúde, higiene, alimentação, assistência médico-medicamentosa, enquanto a testadora for viva. – Que a presente condição carece de ser provada, ou seja, a herdeira testamentária, deve provar que se verificaram os eventos condicionantes".

Como declarado neste aresto, "trata-se de uma condição suspensiva e não de uma cláusula modal, por ser essa a real vontade declarada expressamente pela testadora, e não um simples encargo modal, questão esta que não merece qualquer dúvida". Com efeito, o conteúdo da obrigação supõe que o cumprimento da mesma constitui a razão decisiva e determinativa da outorga da atribuição testamentária relativa à instituição de herdeiro.

Neste âmbito, retoma-se a análise do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06.2TBVLG.P1.S1 – que aprecia uma disposição testamentária – instituição de herdeira universal – a favor da "pessoa que há mais de um ano esteja a cuidar dela testadora e à data da sua morte. Caso não haja ninguém nessas condições, institui sua única e universal herdeira a Obra do Padre Américo, conhecida por Casa do Gaiato".

Esta cláusula testamentária foi qualificada na primeira e na segunda instâncias judiciais como cláusula modal, mas parece existir uma certa relutância do Supremo Tribunal quanto ao facto de ser essa a sua real natureza ao afirmar que "[n]o caso dos autos, não vem questionada a natureza modal da disposição testamentária em causa". Além disso, o Tribunal utiliza o termo "condição" e refere que a verificação desta constitui causa constitutiva da vocação sucessória: "[t]al como se não vê razão bastante para censurar o decidido no acórdão recorrido quanto à insuficiência dos atos de apoio e auxílio concretamente apurados para ter preenchida a referida condição – implicando a qualificação de cuidadora da falecida, constitutiva da própria vocação sucessória da R., efetivamente, não preenche a cláusula modal estipulada e querida pela testadora…". Considerando que no caso em apreço a prestação de cuidados pelo beneficiário da atribuição patrimonial parece ter sido decisiva e determinativa para a realização da mesma, a qualificação que melhor se

35 (Relator: António Figueiredo de Almeida), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

adequa para a cláusula contida no testamento é a de condição (resolutiva) e não a de cláusula modal. No entanto, em termos práticos, a qualificação da disposição testamentária como condição não levaria o tribunal a decidir de forma diversa, que confirmou a decisão do tribunal de primeira instância no sentido de que a herdeira instituída não cuidou efetivamente da testadora no último ano de vida desta, pressuposto no qual assentava, constitutiva e essencialmente, a vocação sucessória conferida no testamento[36].

Noutros casos, a jurisprudência considera estar em causa uma cláusula modal e não uma condição: a prestação efetiva de cuidados ao testador não terá sido a razão decisiva e determinante da realização da disposição testamentária, mas outra razão, por exemplo, a forte e duradoura relação de amizade que existia entre o testador e o beneficiário da atribuição patrimonial, podendo esse facto resultar expressamente do testamento ou ter enquadramento no contexto em que o mesmo foi realizado.

No já aludido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694, a questão de saber se no testamento estava inserida uma cláusula condicional (em concreto, resolutiva) ou uma cláusula modal constituiu o ponto de partida do tribunal para a resolução do conflito das partes. O Tribunal de primeira instância qualificou a disposição testamentária pela qual a testadora institui C. como herdeiro da sua quota disponível na condição de o mesmo, até à sua morte, a tratar e cuidar na saúde e na doença, prestando-lhe todo o acompanhamento necessário, como uma cláusula modal, tendo rejeitado a posição da autora, que se referiu a condição resolutiva. O Tribunal da Relação, considerando esta decisão "suficientemente fundamentada, nela se tendo feito um juízo interpretativo corretíssimo do testamento feito pela falecida, assim como da sua vontade testamentária", confirmou que a autora não logrou fazer prova dos factos que lhe competia, não havendo, portanto, fundamento legal para a resolução da deixa testamentária, com base em incumprimento culposo da cláusula modal pelo herdeiro instituído, nos termos do art. 2248.º do CC.

Num outro caso, decidido no já mencionado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de fevereiro de 2013, processo núm. 1837/10.8TBCTB.C1, ainda que no testamento seja empregue o termo "condição", o tribunal considerou estar em causa uma cláusula modal, por não entender que a efetiva prestação de cuidados pelo beneficiário da atribuição patrimonial tenha sido decisiva e determinativa desta. A cláusula testamentária em causa expressa-se nas seguintes palavras: "Que institui herdeira do remanescente de todos os seus bens, a associação a constituir,

36 Não obstante, como já se referiu *infra*, dado que a prestação em causa tinha de ser obrigatoriamente realizada antes da abertura da sucessão (em vida de quem recebe os cuidados, isto é, do testador), em bom rigor, nem sequer se deveria admitir a hipótese de tal cláusula testamentária constituir uma condição (não há período de dependência desta).

que vai adotar a denominação "LAR S (…)", com sede na (…), freguesia de (…), concelho de Castelo Branco, com a condição de essa instituição lhe prestar toda a assistência de que necessitar enquanto for vivo, nomeadamente alojamento, alimentação, vestuário e cuidados médicos".

Realizando a interpretação do testamento de acordo com os critérios definidos na Lei (art. 2187.º do CC), tendo, pois, em atenção a letra e contexto do documento e a prova complementar realizada, entendeu o tribunal que o encargo apenas subsistia caso a associação beneficiária da disposição testamentária tivesse sido constituída em vida do testador, caso em que ela estaria vinculada a prestar a este a assistência que o mesmo necessitasse, nomeadamente alojamento, alimentação ou cuidados médicos; e que, caso a associação não fosse constituída em vida do testador, o encargo desapareceria, tendo a mesma a qualidade de herdeira se e logo que se viesse a constituir. Justamente, a associação só veio a ser constituída após o falecimento do testador, e, pese embora este não tenha recebido dela qualquer assistência, foi chamada à sucessão do mesmo, enquanto sua herdeira testamentária.

Pode ainda ser dado o exemplo da seguinte cláusula: "Institui única e universal herdeira, de todos os seus bens, móveis e imóveis, incluindo contas bancárias, F., instituição que ficará dependente da instituída ter cuidado do testador, prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos, se necessário, tendo caráter resolutivo caso tais cuidados não lhe sejam prestados ou não o sejam até à sua morte".

O emprego dos termos "dependente" e "resolutivo" incitam que o dever de cuidar e assistir o testador constitui uma condição resolutiva, pelo que a instituição testamentária deixaria de produzir os seus efeitos caso o instituído não tivesse prestado os cuidados ao testador (nos termos queridos por este), conforme decide o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de maio de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM[37]. Porém, tendo sido interposto recurso dessa decisão para o Supremo Tribunal de Justiça, veio a mesma a ser revogada. Com efeito, este Tribunal, em Acórdão de 26 de novembro de 2020[38], em consonância com aquela que entendeu ser a vontade do testador, atento o contexto do testamento, qualificou a cláusula testamentária como modo, isto é, como encargo que a testador impôs à beneficiária, no interesse e a favor do seu interesse (dela testadora), com isso limitando o benefício por aquela recebido, e apurados os demais factos, decidiu que não estavam verificados os requisitos da resolução da deixa testamentária, previstos no art. 2248.º do CC[39].

37 (Relatora: Maria João Sousa e Faro), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 30/07/2023).

38 (Relator: Abrantes Geraldes), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 30/07/2023).

39 No caso particular, é feita referência expressa no testamento à possibilidade de a deixa testamentária vir a ser resolvida se o beneficiário dela não prestar os cuidados ao testador, ou os prestar, mas não até à morte

Com base na análise jurisprudencial realizada, foi possível constatar que as decisões judiciais que qualificam o dever de cuidar do testador como um modo, e não como uma condição, e que são favoráveis à conservação da disposição testamentária, não aludem ao facto de o testador não ter revogado essa disposição (desde, claro, que este fosse capaz, tanto de direito como de facto, para o efeito, e não estivesse, por alguma razão, impedido de o fazer). Embora esse facto possa, de certo modo, indiciar que o testador não pretendeu condicionar a eficácia da disposição testamentária à efetiva prestação de cuidados, mas tão só impor um limite ao benefício testamentário, o testador pode não ter procedido à revogação do testamento apenas pela incerteza do que lhe reservaria o futuro, tendo falecido com a expectativa de que lhe viriam a ser prestados os cuidados.

IV. CONTEÚDO DO DEVER DE CUIDAR: REFLEXÕES.

A vontade do testador deve ser considerada a lei da sucessão, contanto que tenha sido estabelecida dentro dos limites legais. A falta de precisão que se verifica na generalidade dos testamentos realizados em Portugal quanto ao conteúdo do dever de cuidar dificulta a apreciação da verificação ou não verificação da condição, ou o cumprimento ou não cumprimento do modo, conforme seja o caso, sendo fonte de incerteza e insegurança jurídicas para a sucessão *mortis causa*.

A interpretação do conceito de cuidar de uma pessoa pode levantar numerosos problemas no caso de cláusulas genéricas, em que se estabelece apenas, por exemplo, que o beneficiário da disposição testamentária tem de "tratar e cuidar (o testador) na saúde e na doença, prestando-lhe todo o acompanhamento necessário" (cláusula apreciada no já referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694).

O alcance do sentido da expressão "cuidar do testador" contida em testamento depende do apuramento da vontade psicológica do testador, que se realiza de acordo com os critérios enunciados no art. 2187.º do CC, já explanados *supra*: o texto e o contexto do testamento. Em casos concretos, o julgador poderá ter de apurar a vontade do testador em relação a aspetos como,

- A prestação de cuidados tinha de ser realizada com caráter habitual, ou era suficiente a prestação de alguns serviços (por exemplo, levar o testador ao médico sempre e quando fosse necessário)?

- Os cuidados deviam ser prestados por conta do testador ou do sucessor?

deste. Este é um dos casos em que a Lei (art. 2248.º, núm. 1, do CC) admite a resolução de disposições testamentárias pelo não cumprimento do encargo (a outra é "ser lícito concluir do testamento que a disposição não teria sido mantida sem o cumprimento do encargo").

- Os cuidados, nomeadamente no que se refere à higiene e alimentação, tinham de ser pessoalmente prestados pelo sucessor, ou este podia prestá-los através de terceiro, contratando serviços profissionais, ainda que fazendo a supervisão dos mesmos com a sua presença, e, sendo o caso, assumindo os pagamentos?

É adequado que no testamento o conceito de cuidados seja determinado com a maior precisão possível, de modo a assegurar que apenas será qualificado como cuidador quem efetivamente tenha cuidado o testador nos termos queridos por este. Para o apuramento da vontade real do testador, embora o texto do testamento não seja o único critério legal de hermenêutica testamentária, é inegável que o mesmo assume caráter fundamental e de extrema relevância (art. 2187.º do CC).

A este propósito, vejam-se alguns exemplos de decisões judiciais.

No já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM.E1.S1 (Relator Abrantes Geraldes), em que está em causa uma disposição testamentária que formula o dever de cuidar do testador de forma genérica – "prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos" –, o Tribunal considerou que tal dever foi cumprido, não só pelo facto de não se terem provado os factos alegados pelos interessados relativos ao incumprimento do encargo estabelecido, mas também considerando que se apurou que a herdeira e o *de cujus* mantinham uma relação ao longo de alguns anos, pernoitando aquela na casa deste ocasionalmente e aí passando alguns períodos de tempo; que a herdeira acompanhou o testador a consultas e tratamentos hospitalares quando se agravou o estado de saúde deste, e aquando do internamento hospitalar que precedeu a sua morte, a beneficiária acompanhou o testador no hospital, permanecendo com ele até falecer.

Num outro caso, mais recentemente decidido, em Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23 de fevereiro de 2023, proferido no processo núm. 1383/20.1T8VRL.G1[40], em que se reconheceu que foi instituída uma condição suspensiva (conforme consta do teor do testamento), foi considerado um elemento contido no testamento, traduzido nas seguintes palavras da testadora: "… vou ao … onde ela (a autora) reside até se reformar quando quiser e precise de ir ao médico ela trabalha no Hospital…e já lhe falta pouco para a reforma e se Deus quiser virão ela e o marido para junto de mim, não podia estar mais bem entregue…". O Tribunal considerou que a expetativa da testadora "ao apor a condição em questão no testamento tinha a ver com a pretendida e esperada proximidade da autora consigo (testadora) de forma que aquela pudesse disponibilizar a esta cuidados e tratamentos, com caráter de habitualidade, na saúde e na doença,

40 (Relator: António Figueiredo de Almeida), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 01/08/2023).

prestando-lhe todos os cuidados de saúde, higiene e alimentação, assistência médico-medicamentosa, enquanto a testadora fosse viva", e que, de acordo com factos provados, a condição não se verificou.

Pese embora a reconstrução da vontade do autor do testamento seja, como é óbvio, própria de cada caso, verifica-se que os tribunais têm sido rigorosos a respeito da qualificação do instituído como cuidador do testador. Vejam-se dois exemplos:

1) O já aludido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06, que apreciou uma cláusula pela qual a testadora beneficiava "com a atribuição do imóvel que era sua habitação a pessoa que lhe prestasse os últimos cuidados de alojamento, de higiene, médicos, vestuário e alimentário e convívio permanente" no último ano da sua vida, decidiu que tais cuidados não foram prestados. Entendeu o Tribunal que, "a qualificação do instituído como cuidador do *de cujus* implica a vontade de compensação de uma particular onerosidade suportada pelo real e efetivo cuidador na fase final da vida do *de cujus*, afetado por relevantes patologias incapacitantes, obrigando a uma dedicação intensa e limitadora da autonomia pessoal, interesse primacial e em benefício do bem-estar do *de cujus* – não se verificando tal condição justificadora da própria vocação sucessória, quando o testador esteve institucionalizado, em consequência de graves patologias incapacitantes que o afetaram, suportando o respetivo custo com a pensão auferida, apenas se provando a prática pontual e secundária de atos de assistência e auxílio'"[41]; e

2) O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de novembro de 2017, processo núm. 362/11.4TJPRT.P1.S1[42], perante a cláusula genérica "institui herdeiro a pessoa que estiver a tratar e cuidar de si há mais de três meses", e considerando que o testador fez esta disposição testamentária como prevenção do seu decesso depois do decesso do respetivo cônjuge, sustentou que a intenção daquele era a de compensar quem nos últimos momentos da vida o tratasse, alimentando-o, dando-lhe medicação, levando-o ao médico, e tratando da sua higiene. Neste seguimento, o Tribunal decidiu: "[n]ão se verificando a prática de atos minimamente significativos de apoio, tratamento ou cuidado por parte dos interessados que se limitaram praticamente a algumas visitas ao lar de terceira idade onde o *de cujus* foi internado, sem suportarem nenhum custo, não pode considerar-se preenchida a aludida condição, não podendo, portanto, ser-lhes reconhecida a qualidade de herdeiros testamentários".

41 No mesmo sentido, *vid*. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de maio de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM (Relatora: Maria João Sousa e Faro), no qual se pode ler que o conceito de cuidadora não se basta "com a mera prática pontual e secundária de atos de assistência e auxílio". Disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 01/08/2023).

42 (Relator Salazar Casanova), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 1/08/2023).

Posto isto, razões de certeza e segurança jurídicas impõem que os notários redijam este tipo de cláusulas acessórias de testamento com a maior precisão possível, de modo que as mesmas expressem de forma clara e completa a vontade real dos testadores, para o que devem, naturalmente, fazer a estes as questões que considerem adequadas e necessárias.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES VARELA, J., *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, Coimbra, 1955.

ANTUNES VARELA, J.:, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª Edição revista e atualizada, 9.ª reimpressão da edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2012.

BETTENCOURT RODRIGUES SILVA MORAIS, D.: "Da Relevância da Substituição Quase-Pupilar. A Propósito do Regime do Maior Acompanhado", em *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões. As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias* (Dias, C., e outros, Coord.), Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 85-127.

CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

CARVALHO FERNANDES, L.:, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª edição, Universidade Católica, Lisboa, 2010.

DUARTE PINHEIRO, J.: *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2019.

MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO, J., *Direito Civil: Sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

PEREIRA COELHO, F.:, *Direito das Sucessões, Lições ao curso de 1973-1974*, Coimbra, 1974.

PIRES DE LIMA, F., ANTUNES VARELA, A.: *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

RODRIGUES BASTOS, J.:, *Notas ao Código Civil*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2002.

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL ACERVO COMUNITARIO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE*

THE CONCEPT OF CONSUMER IN THE ACQUIS COMMUNAUTAIRE CONSIDERING THE CASE LAW OF THE CJEU

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 870-909

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Excelencia PROMETEO/2018/088 "El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado", financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana.

Raquel
EVANGELIO
LLORCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Aunque no existe un concepto único legal de consumidor, sino que cada norma puede establecer uno distinto, en la práctica, hay coincidencia en las definiciones legales recogidas en el acervo comunitario. Pues bien, en este trabajo se analizan los elementos que definen ese concepto legal "general" de consumidor a efectos del Derecho de la UE a través de la interpretación que el TJUE viene realizando en sus sentencias. Asimismo, se exponen críticamente los criterios que permiten determinar cuándo cabe atribuir a una persona la condición de consumidor en los denominados contratos mixtos, de doble finalidad o de doble uso, y se aborda el concepto y características del llamado prosumidor. Finalmente, con base en todo lo anterior, se reflexiona sobre el fundamento actual de la protección del consumidor en el ordenamiento jurídico comunitario.

PALABRAS CLAVE: Concepto de consumidor; prosumidor; contratos mixtos; acervo comunitario; jurisprudencia del TJUE.

ABSTRACT: *Although there is no single legal concept of consumer, and each regulation can establish a different one, in practice, there is a coincidence in the legal definitions contained in the EU consumer acquis. This paper analyses the elements that define this "general" legal notion of consumer for the purposes of EU law through the interpretation that the CJEU has been making in its rulings. It also critically examines the criteria for determining when a person can be attributed the consumer status in so-called mixed, dual-purpose, or dual-use contracts, and addresses the concept and characteristics of the so-called prosumer. Finally, based on the above, it reflects on the current basis of consumer protection in the EU consumer law.*

KEY WORDS: *Concept of consumer; prosumer; mixed contracts; acquis Communautaire; case law of the CJEU.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.- 1. La condición de persona física.- 2. La actuación al margen de una actividad comercial, empresarial o profesional.- A) Interpretación restrictiva y objetiva.- B) Especial referencia al ánimo de lucro y la cuantía del contrato.- C) Incidencia de la habitualidad y el carácter de la actividad.- III. LOS CONTRATOS MIXTOS, DE DOBLE FINALIDAD O DE DOBLE USO.- IV. LOS PROSUMIDORES.- V. A MODO DE RECAPITULACIÓN: ¿CUÁL ES HOY EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO?

I. INTRODUCCIÓN.

El concepto de consumidor —junto con el de empresario— es la piedra angular del Derecho de Consumo. Sin consumidor no hay relación de consumo ni, por tanto, justificación para la aplicación de la normativa específica de protección del consumidor como parte considerada más débil frente al empresario[1].

De ahí que el TJUE exija la previa comprobación, por parte del juez nacional, de la condición de consumidor de una de las partes enfrentadas al efecto de establecer la norma jurídica aplicable, ya sea a instancia de parte o incluso de oficio cuando el interesado no haya alegado expresamente su cualidad de consumidor[2].

A este respecto, es preciso recordar que no existe en la normativa comunitaria una noción general legal de consumidor, sino que esta categoría presenta diferentes significados dependiendo de la finalidad concreta de la disposición en la que es utilizada[3]. Se trata, en efecto, de un concepto versátil, que puede variar de una norma a otra[4].

1 Así lo destaca también Florensa i Tomàs, C. E.: "La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del JTUE", en AA. VV.: *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (dir. por M. Gramunt Fombuena y C. E. Florensa i Tomàs), Dykinson, Madrid, 2017, p. 65, para quien la noción de consumidor es un "supra" o "protoconcepto", en la medida en que su existencia funciona a modo de previa exigencia dogmática tanto respecto de la calificación de la relación jurídica como de "relación de consumo", cuanto de la aplicación de sus estándares.

2 En este sentido, la STJUE 4 junio 2015, C497/13, Froukje Faber, apdo. 46: "El principio de efectividad […] exige que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva (se refiere a la Directiva 1999/44/CE) tenga la obligación, siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor, aunque éste no la haya alegado expresamente", así como la STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, apdo. 22.

3 Tampoco es el de consumidor el único concepto usado en normas de consumo. Así, la Directiva 85/374 de responsabilidad por daños por productos defectuosos utiliza el término "perjudicado"; el Reglamento (UE) 261/2004, 11 febrero, sobre overbooking en el transporte aéreo, se refiere al "pasajero"; y la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, alude al "viajero". La directiva 90/314 de viajes combinados usaba el término "consumidor", pero se apartaba del concepto estándar en la UE. El cambio a "viajeros" se produce, precisamente, "para evitar la confusión con la definición del término "consumidor" utilizado en otros actos legislativos de la Unión" (Cdo. 7 Directiva 2015).

4 En este sentido, Arroyo Aparicio, A.: "Noción de consumidor para el Derecho Europeo (Noción del Reglamento 1215/2012 versus la de las Directivas de protección de los consumidores)", *Revista Electrónica*

• Raquel Evangelio Llorca
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: r.evangelio@ua.es

En relación con ello, el TJUE, en sus sentencias relativas al concepto de consumidor respecto de los sucesivos Reglamentos (UE) para la determinación de la competencia judicial, afirma que, a efectos de estas normas, la noción de consumidor debe interpretarse de forma autónoma para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, haciendo referencia, principalmente, al sistema y a los objetivos de dicho Convenio, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de este en todos los Estados contratantes[5]. No obstante, en varios de esos fallos, se señala también que, para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión en el sector de los contratos celebrados por los consumidores y la coherencia del Derecho de la Unión, en dicha interpretación se puede tener en cuenta —y de hecho así se hace—, la jurisprudencia sobre el concepto de consumidor en el Derecho derivado europeo de protección a los consumidores[6].

En todo caso, lo cierto es que las diferentes definiciones legales recogidas en las normas comunitarias son equivalentes, puesto que, con ligeras variaciones en la redacción, en todas ellas se considera como "consumidor", a sus respectivos efectos, a una persona física que actúa con un propósito o fin ajeno a su actividad profesional, comercial o empresarial[7]. Por tanto, en la práctica cabe hablar de una noción legal uniforme de "consumidor" en el ámbito del Derecho de la UE.

---

de Direito, febrero 2018, núm. 1 (vol. 15), p. 11, afirma que la versatilidad es una de las características principales de la noción de "consumidor" en el Derecho europeo.

5 STJCE (Sala Segunda) 20 enero 2005, C-464/01, Gruber, en relación con el Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil; STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 28, en cuanto al Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, apdo. 86 y jurisprudencia citada, respecto del Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis).

6 SSTJUE de: 5 diciembre 2013, C 508/12, Vapenik, apdo. 25; 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 28; y 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević.

7 Así, art. 2.b) Directiva 93/13/CEE, cláusulas abusivas: "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional"; art. 2.2 Directiva 97/7/CE, contratos a distancia (hoy derogada por la Directiva 2011): "toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional"; art. 1.2 a) Directiva 1999/44/CE, venta y garantías de bienes de consumo: "toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional"; art. 2.e) Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico: "cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión"; art. 2.d) Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores: "toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional"; art. 3 a) Directiva 2008/48/CE (al que se remite el art. 4.1 Dir. 2014/17/CE, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles): "persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional"; art. 2.1.f) Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: "toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión"; art. 2.1 Directiva 2011/83/UE: "toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión"; art. 4.1.a) Directiva 2013/11 sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos [al que se remite el art. 4.1 a) Reglamento 524/2013]: "toda persona física que actúe con fines

Ahora bien, en el caso concreto no siempre es fácil determinar cuándo estamos ante un consumidor o no, ya que el requisito de actuar con un fin ajeno a una actividad profesional, comercial o empresarial necesita una concreción de su alcance y significado, que el TJUE realiza en cada una de sus sentencias, como se verá a lo largo de este trabajo.

El desarrollo de la contratación electrónica, y, dentro de esta, de la contratación intermediada por plataformas digitales, no ha hecho más que complicar la cuestión. Desde un punto de vista legal, el aspecto clave de las plataformas es la estructura triangular que crea, basada en relación entre: 1) la plataforma y el proveedor; 2) la plataforma y el receptor; y 3) el proveedor y el receptor[8]. En esta estructura, pueden establecerse relaciones entre empresarios (*business-to-business* o B2B); entre empresarios y consumidores, siendo el empresario el proveedor (*business-to-consumer* o B2C) o incluso al revés (*consumer-to-business* o C2B); y, finalmente, entre pares o particulares (*peer-to-peer* o P2P)[9].

En efecto, el proveedor del servicio de plataforma es un prestador de servicios de la sociedad de la información, que actúa siempre, por tanto, como empresario. En este sentido, el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales[10] (en adelante, RSD) regula, entre otros servicios de intermediación, los

ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión"; arts. 2.6 Dir. 2019/770 y art. 2.2 Dir. 2019/771: "toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión"; art. 3.1) Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: "toda persona física que actúe con fines ajenos a su propia actividad comercial, negocio, oficio o profesión"; art. 3.c) Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales: "toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión".

8 Wiewiórowska-Domagalska, A.: "Online platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?", European Parliament, 2017, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf

9 Cuena Casas, M.: "La contratación a través de plataformas intermediarias en línea", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, núm. 2, p. 297. En el mismo sentido, Jacquemin, H.: "Consumers contracting with other consumers in the sharing economy: fill in the gaps in the legal framework or switch to the blokchain model?", *IDP - Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, February 2019, p. 46, quien, sin embargo, se refiere al último caso señalado como *consumer-to-consumer* (C2C), coincidiendo con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, donde se señala que las relaciones entre pares, esto es, entre personas que actúan ambas al margen de una actividad profesional, se consideran transacciones entre consumidores, si bien quedan excluidas del ámbito de aplicación de la legislación especial de protección de los consumidores, que solamente se aplica a las que se establecen entre empresarios y consumidores.
Sin embargo, en mi opinión, el concepto de consumidor solamente tiene sentido a los efectos de la aplicación de normativa especial de consumo y, por tanto, esa condición debe reservarse para quien actúa al margen de una actividad profesional frente a un empresario. En el mismo sentido, Gramunt Fombuena, M.: "Contratación de consumo mediante plataformas digitales", en AA. VV.: *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (dir. por G. García González y M. R. Redinha), Dykinson, Madrid, 2019, p. 193, afirma que si la relación se establece entre particulares no profesionales no es correcto referirse a dos consumidores, porque este concepto no se define por sí mismo, sino por oposición a la contraparte contractual cuando esta es un empresario.

10 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Esta norma está destinada a establecer un conjunto de normas uniformes, eficaces y proporcionadas de obligado cumplimiento en el ámbito de la Unión para regular la prestación de servicios intermediarios en

servicios de alojamiento de datos, y, como un subtipo de estos, las plataformas en línea, definidas como servicios de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacenan y difunden información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento [art. 3.i) RSD].

Por su parte, el Reglamento (UE) 2022/1925 de Mercados Digitales[11] (en adelante, RMD), se refiere a los "servicios básicos de plataforma", respecto de los que no ofrece una definición sino una enumeración. Así, en el art. 2.2. se dispone que son servicios básicos de plataforma cualquiera de los siguientes elementos: a) servicios de intermediación en línea; b) motores de búsqueda en línea; c) servicios de redes sociales en línea; d) servicios de plataforma de intercambio de vídeos; e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; f) sistemas operativos; g) navegadores web; h) asistentes virtuales; i) servicios de computación en nube; j) servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados en las letras a) a i)[12].

Por su parte, los usuarios de la plataforma, tal y como los denomina el RMD —a diferencia del RSD, que se refiere a ellos como los "destinatarios de una plataforma en línea"[13]—, pueden actuar como profesionales o al margen de una actividad profesional. A este respecto, el RMD distingue entre el "usuario final", que es "toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional" (art. 2.20) y el "usuario profesional", definido como "toda persona física o jurídica que, a título comercial o profesional,

el mercado interior, a fin de que las empresas tengan acceso a nuevos mercados y puedan aprovechar las ventajas del mercado interior, al tiempo que se permite a los consumidores y otros destinatarios de los servicios disfrutar de una mayor oferta, asegurando, entre otras cosas, la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores (Cdos. 2-4).

11 Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

12 El RMD tiene como objetivo establecer obligaciones específicas a los que denomina "guardianes de acceso", que básicamente son las grandes plataformas digitales, esto es, servicios básicos de plataforma que: a) tienen una gran influencia en el mercado interior; b) prestan un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y c) tienen una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo (arts. 2 y 3).

13 El art. 3.b) RSD define al destinario del servicio como "toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermediario, en particular para buscar información o para hacerla accesible".
3.p) RSD define al destinatario activo de una plataforma en línea como "un destinatario del servicio que haya utilizado una plataforma en línea, bien solicitando a la plataforma que aloje información, bien exponiéndose a la información alojada en la plataforma en línea y difundida a través de su interfaz en línea".

utilice servicios básicos de plataforma para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o utilice dichos servicios en el marco del suministro de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales" (art. 2.21). En esta norma no hay definición de "consumidor", sino que este queda comprendido en la figura del usuario final, que comprende también, como se ha dicho, a las personas jurídicas que actúen al margen de una actividad empresarial. Por el contrario, el RSD sí define la noción de consumidor a los efectos de dicha norma, en la línea ya consolidada de la UE.

Así pues, el contrato de intermediación entre la plataforma y sus usuarios solamente puede ser B2C o B2B. En cambio, el contrato celebrado entre los usuarios de la plataforma a través de la intermediación de esta, puede encajar en todos los tipos antes señalados. De ellos, los que plantean más dificultades, en cuanto a la determinación del estatus de los sujetos, son los contratos en los que una persona física actúa como proveedor, pero al margen de una actividad profesional o empresarial; esto es, el denominado "prosumidor".

A partir de estas premisas, en las páginas que siguen se analizarán los requisitos del concepto de "consumidor" en el actual acervo comunitario en materia de consumo, con apoyo en la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión. A continuación, nos centraremos en la determinación de la cualidad de consumidor en los denominados contratos mixtos, de doble objeto o de doble uso, para finalizar con una referencia a la calificación del prosumidor en una relación contractual.

II. ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

De las definiciones legales recogidas en el acervo comunitario de consumo se desprende que la cualidad de consumidor exige dos requisitos: ser persona física y actuar con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Antes de analizar dichos elementos con detalle, interesa precisar que, en el ámbito de la UE, se utiliza la denominación única de "consumidor" para comprender tanto al consumidor en sentido estricto como al "usuario", a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, en el que tradicionalmente se han usado las expresiones "consumidor y usuario" o "consumidor o usuario"[14], si bien entendiendo los términos de "consumidor" y de "usuario" como sinónimos. En una de las últimas reformas del TRLGDCU, operada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, se modificó el art. 3 para incluir

14 En este sentido, el art. 3 TRLGDCU, que bajo el título de "Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable", comienza disponiendo que "[a]efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios...".

la definición de "persona consumidora vulnerable" en el concepto general de consumidor y usuario[15]. Aparte del detalle relativo al lenguaje inclusivo, interesa señalar que se prescinde de la referencia al usuario, pero exclusivamente para el caso concreto de los consumidores vulnerables.

1. La condición de persona física.

Es una constante en la legislación de la UE que solamente las personas físicas pueden ser consumidores y, por tanto, beneficiarse de la protección específica prevista para estos. Ahora bien, esa circunstancia puede ser distinta en los Estados miembros.

En efecto, por un lado el TJUE ha afirmado, en relación con la Directiva 93/13, que si bien una comunidad de propietarios de un edificio no puede considerarse como consumidor a los efectos de la aplicación de la citada norma, en la medida en que no cumple el requisito de ser persona física requerido por aquella, cabe que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan aplicar disposiciones de dicha norma a sujetos no incluidos en su ámbito de aplicación, siempre que esa interpretación garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados (STJUE 2 abril 2020, C-329/19, Condominio di Milano, apdos. 29 y 37)[16].

Por otro lado, en las directivas más recientes se otorga libertad a los EEMM para que puedan extender la aplicación de lo dispuesto en ellas a las personas jurídicas o físicas que no sean "consumidores" en el sentido de dichas normas, como ONGs, empresas emergentes o pequeñas y medianas empresas (Cdo 13 Dir. 2011/83, Cdo. 16 Dir. 2019/770 y Cdo. 21 Dir. 2019/771).

Esa libertad otorgada a los Estados miembros puede utilizarse de tres modos: 1) mediante la extensión del concepto de consumidor, incluyendo en él a esos

15 Así, el nuevo párrafo tercero del art. 3 TRLGDCU dispone que "a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad". Ver, con carácter general, respecto de este nuevo tipo de consumidor, Marín López, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 37, 2021, pp. 111-120; Barceló Compte, R.: "El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 626-653; Reyes López, M. J.: "La evolución del concepto de consumidor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3230-3257.

16 Esta resolución se refiere al enfrentamiento entre la comunidad de propietarios de un edificio de Milán y la empresa Eurothermo a propósito de una determinada cláusula del contrato de suministro de energía térmica celebrado entre ellas que, en opinión de la comunidad de propietarios, era abusiva. Siendo claro el carácter abusivo de la cláusula, las dudas se planteaban acerca de la posibilidad de considerar que la comunidad de propietarios de un bien inmueble esté comprendida en la categoría de consumidores en el sentido de la Directiva 93/13.

otros sujetos que menciona; 2) a través de la aplicación general del régimen legal, con independencia de la naturaleza del receptor de bienes o del contenido o servicios digitales; o 3) extendiendo la protección a otras categorías de personas, como las pequeñas y medianas empresas, sin considerarlas consumidores[17]. Aunque el resultado práctico podría ser el mismo, creo que la segunda y la tercera opción son de mayor acierto técnico[18]. El legislador español, sin embargo, optó por la primera opción hace ya algunos años. Así, quitando supuestos excepcionales en los que se considera que solo las personas físicas pueden ser consumidores[19], a efectos del TRGLDCU pueden ser consumidores o usuarios, salvo en el caso de las personas consumidoras vulnerables, tanto las personas físicas como las jurídicas y los entes sin personalidad jurídica. Ahora bien, en el caso de las personas jurídicas y los entes sin personalidad jurídica se exige un requisito adicional al de actuar en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial: que esa actuación sea sin ánimo de lucro.

En cualquier caso, con una perspectiva transfronteriza, la extensión en la legislación nacional de la protección específica de los consumidores o usuarios a otras personas o entidades prevista en una determinada directiva puede producir ciertas incoherencias, ya que esas personas o entidades no podrán beneficiarse de una protección similar a la de los consumidores en lo relativo a la aplicación de otros instrumentos de la Unión en el marco de los cuales los Estados no gozan de libertad para extender la normativa de protección relativa a contratos de consumo a quienes no son consumidores en el sentido del respectivo instrumento de la Unión[20]; sería el caso, por ejemplo, del régimen de protección en materia de contratos de consumo de los artículos 17 a 19 del Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia mercantil (Reglamento Bruselas I bis)[21] o del artículo 6 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)[22].

17 Morais Carvalho, J.: "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services - Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *Journal of European Consumer and Market Law* Volume 8, Issue 5 (2019) pp. 198; Zdraveva, N.: "Digital Content Contracts and Consumer Protection: Status Quo and Ways Further", 5 ECLIC 398 (2021), p. 405.

18 Coincido en este punto con Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal de "consumidor" en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, núm. 1, p. 98.

19 Como la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores o la Ley 16/2001, de 25 de junio, sobre contratos de crédito al consumo.

20 Así lo afirma, con buen criterio, De Miguel Asensio, P.: "Acerca del concepto de consumidor en el Derecho de la UE", 2 de abril de 2020, disponible en https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/04/acerca-del-concepto-de-consumidor-en-el.html

21 ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj

22 ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj

2. La actuación al margen de una actividad comercial, empresarial o profesional.

Además de ser persona física, el consumidor, para serlo a los efectos de la normativa de la UE, ha de actuar con un fin o propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión[23].

El alcance de este requisito ha sido progresivamente concretado por el TJUE en un buen número de sentencias, en las que, como se verá en las páginas que siguen, se adopta una interpretación funcional, en el sentido de adaptar el concepto de consumidor, dentro de los límites de los que dispone, al objetivo perseguido por la norma cuya aplicación se debate[24]. De este modo, se da un hecho curioso: la uniformidad que *de facto* se produce en las definiciones legales de "consumidor" en el Derecho de la UE —porque, a pesar de que cada norma podría recoger un concepto diferente, todas coinciden en sus respectivas definiciones, como ya señalé— es matizada por el Tribunal de Luxemburgo, con base en que hay que atender al objetivo perseguido por cada texto legal.

A) Interpretación restrictiva y objetiva.

La primera precisión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia es que el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva y objetiva, en el sentido de que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, "hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras" (SSTJUE de: 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 29, 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, apdo. 87, 3 octubre 2019, Petruchová, apdo. 41, 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, apdo. 47, y 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B. B. B., apdo. 29; y en términos parecidos, STJCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa, apdo. 15, y STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, apdo. 20).

Por consiguiente, el de consumidor no es un *status* permanente, sino una condición que puede tener el sujeto en función de cómo actúe en un contrato

23 Idéntica fórmula utiliza el art. 3 TRLGDCU respecto del consumidor persona física, desde su modificación en virtud de la Ley 3/2014 de transposición de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, precisamente para acomodar el concepto de consumidor persona física al de la legislación comunitaria. Antes de ese momento, en cambio, lo que se exigía era actuar al margen de "una" actividad empresarial, expresión esta que se mantuvo tras la reforma en relación con las personas jurídicas y las entonces incorporadas entidades sin personalidad jurídica (como las comunidades de propietarios, por ejemplo); respecto de ambas, se requiere que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a "una" actividad comercial o empresarial, lo cual es más exacto, en mi opinión, coincidente en este punto con la de Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal", cit., p. 103.

24 Ver, al respecto, Toader, C.: "European Contract Law in the Court of Justice of the European Union Jurisprudence", *Revista Română de Drept European*, 2019(2), pp. 24-35.

determinado, con independencia de que tenga una actividad profesional o empresarial al margen.

De la misma manera, el TJUE sostiene que la consideración de consumidor es independiente de factores subjetivos tales como los conocimientos o la capacitación que la persona que actúa al margen de una actividad profesional pueda poseer. En relación con esto último, es preciso mencionar la STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea. El litigio principal que dio lugar a esta sentencia se originó por un contrato de crédito firmado entre el Sr. Costea, abogado de profesión, y la entidad bancaria Volksbank, en el que no se especificó el destino del dinero prestado y la devolución de este se garantizó mediante una hipoteca constituida por el abogado en su condición de representante de su bufete, al cual pertenecía el bien hipotecado. En un momento dado, el Sr. Costea interpuso demanda en la que solicitaba la declaración del carácter abusivo y la consiguiente anulación de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo, así como la devolución de la cantidad pagada al banco en virtud de dicha cláusula. Pues bien, el tribunal nacional tenía dudas en cuanto a si, en tales circunstancias, el Sr. Costea podía considerarse como consumidor a los efectos de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas, por lo que elevó cuestión prejudicial al TJUE. Este afirmó, en lo que ahora interesa, que el concepto de consumidor, a los efectos de la citada directiva, "tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga" (apdo. 21)[25]; de manera que un abogado puede calificarse como consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional (apdo. 25), ya que, en tal caso, "aunque se considere que un abogado dispone de altas competencias técnicas […] ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil" (apdo. 27), dado que "la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor. Lo que realmente importa, por tanto, es que la persona actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional[26], con independencia de que, en virtud de dicha actividad, disponga de un alto nivel

25 En el mismo sentido, STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 39.

26 Cuando, por el contrario, actúa como profesional, la situación cambia por completo. En esta línea, la STJUE 15 enero 2015, C-537/13, Šiba, tuvo en cuenta el alto nivel de competencias de los abogados para determinar la existencia de una desigualdad entre ellos y sus clientes-consumidores en los contratos de servicios jurídicos, debido a la asimetría de la información de la que disponen las partes. Con base en ello, se afirmó que "un abogado que, como en el litigio principal, presta en ejercicio de su actividad profesional un servicio a título oneroso a favor de una persona física que actúa para fines privados es un profesional, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13"; por consiguiente, el contrato para la prestación de ese servicio está sujeto al régimen de dicha directiva, que se aplicará cuando dicho contrato incorpore cláusulas no negociadas individualmente.

de competencias técnicas, como es el caso de un abogado, un informático, un mecánico, un peluquero o cualquier otro profesional especializado"[27].

A estos efectos, es indiferente si se actúa en atención a una actividad empresarial actual o futura, ya que "[l]a protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional" (apdo. 17 SJTCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa)[28]. Con base en ello, el Tribunal de Justicia entendió que no podía considerarse consumidor, a efectos del párrafo primero del artículo 13 y del párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[29], a quien celebra con un empresario un contrato de franquicia para la futura apertura de un establecimiento comercial propio. En el mismo sentido, y con cita de la mencionada sentencia, la STJUE de 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, respecto de un contrato de crédito con un banco a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble para prestar servicios de alojamiento turístico. El hecho de que tales servicios aún no se estuvieran prestando, sino que estuvieran previstos para un momento posterior, no afectaba en nada a su naturaleza profesional[30].

Por otro lado, en la STJUE de 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, el TJUE precisó que, en los contractos de tracto sucesivo, el uso no profesional debe mantenerse durante toda la vigencia del negocio. El Sr. Schrems, de nacionalidad austríaca, es usuario de Facebook, donde tiene una cuenta que utiliza bajo nombre ficticio para actividades privadas (intercambio de fotos, chateo, publicación de aportaciones) y una página, registrada a su nombre, donde informa a los internautas sobre sus acciones contra Facebook Ireland, sus conferencias y sus participaciones en debates públicos, solicita donaciones y hace publicidad de sus libros. En su contienda contra la mencionada red social, el Sr. Schrems demandó a Facebook Ireland, en nombre propio y en representación de otras personas, ante los tribunales austríacos por infracción de la normativa sobre protección de datos.

27 De igual manera, pero en sentido contrario, la falta de experiencia de quien concluyó un contrato de franquicia para iniciar un negocio futuro no tuvo incidencia, en la SJTCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa, para calificarle como empresario y no como consumidor.

28 Para Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal", cit., p. 101, esta solución parece razonable a falta de pronunciamiento legislativo en contra. Ahora bien, en su opinión, seguramente debería enjuiciarse con otra perspectiva el caso de quien se inscribe en unos cursos de formación profesional o empresarial sin certeza de emprender una tal actividad, pues se trata de un auténtico consumidor.

29 Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada), DOCE C-27/1 de 26.1.98, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:027:0001:0033:ES:PDF

30 Paredes Pérez, J. I.: "La noción de consumidor a efectos de aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: Petruchová", *La Ley Unión Europea*, núm. 75, noviembre 2019, nota 31.

Una de las cuestiones debatidas fue la de la competencia judicial: mientras que el Sr. Schrems entendía que el tribunal austríaco era internacionalmente competente por ser el fuero del consumidor de acuerdo con el Reglamento Bruselas I[31] (hoy derogado), la demandada lo negaba. Así las cosas, se preguntó al TJUE si el usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de consumidor en el sentido del art. 15 del citado Reglamento 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.

Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo precisó que "procede tener en cuenta, en el caso de servicios de una red social digital que van a ser usados durante un largo periodo de tiempo, la evolución posterior del uso que se hace de dichos servicios"; de modo que "un demandante usuario de tales servicios sólo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional" (apdos. 37 y 38).

Por otro lado, dado que lo relevante es la actuación de la persona durante la vigencia de un determinado contrato, si durante ese tiempo, una de las partes ha actuado al margen de una actividad empresarial, la extinción del contrato no provoca que deje de ser considerada como consumidor a los efectos de invocar la aplicación de la normativa protectora. Así lo ha afirmado el TJUE en la sentencia de 9 julio 2020, asuntos acumulados C-698 y C-699/18, Raiffeisen Bank y BRD Group Société Générale, respecto de sendos contratos de préstamo personal que contenían ciertas cláusulas cuya nulidad fue solicitada por los respectivos prestatarios por considerarlas abusivas, una vez pagadas íntegramente las deudas. En efecto, el TJUE no consideró procedente la excepción de falta de legitimación pasiva de los prestatarios demandantes opuesta por los bancos demandados con base en que, en la fecha de presentación de las demandas, los interesados ya no tenían la condición de consumidor porque, para entonces, los contratos de préstamo se habían extinguido a causa de su cumplimiento íntegro. Al decir de la sentencia, la definición de consumidor del art. 2, letra b), de la Directiva 93/13, "no incluye elemento alguno que permita determinar en qué momento un contratante deja de ser consumidor en el sentido de esta y deja, por tanto, de poder invocar la protección que le confiere esa Directiva" (apdo. 71); de lo que se desprende que "el hecho de que un contrato se haya cumplido íntegramente no excluye que una de las partes del contrato pueda ser considerada consumidor a efectos de tal disposición" (apdo. 74)[32].

31 Reglamento (CE) núm. 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, DOUE L 12 de 16.1.2001, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001R0044

32 Ver, al respecto, Iliescu, M. G.: "Recent clarifications by the European Court of Justice on the meaning of the notion of consumer", *Law Annals from Titu Maiorescu University 2021*: 25-34, concretamente, pp. 28 y 29.

El principio de interpretación restrictiva y objetiva se aplica también en los casos de contratos principales y accesorios, en el sentido de que deben tratarse por separado a los efectos de la determinación de la cualidad de consumidor. Pero no siempre ha sido así. En efecto, en la STJCE de 17 marzo 1998, C-45/96, Dietzinger, se declaró que la persona física que, al margen de su actividad profesional, celebra un contrato de fianza fuera de establecimiento mercantil con una entidad bancaria, para garantizar una deuda ajena, puede obtener la protección de la Directiva 85/577 solamente cuando esta deuda se haya contraído también al margen de su actividad profesional.

Con posterioridad, sin embargo, se sustituye este criterio de la accesoriedad por el de la vinculación funcional[33]. Así ocurrió en la STJUE 14 marzo 2013, C-419/11, Feichter, sobre la interpretación del derogado Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La sociedad Feichter celebró un contrato de crédito en cuenta corriente con Česká spořitelna y para garantizar las obligaciones derivadas de dicho contrato, emitió un pagaré en blanco, firmado a favor de Česká spořitelna por el Sr. Feichter, el gerente de la deudora, en nombre de ella y también como persona física en calidad de avalista. El pagaré no fue atendido a su vencimiento, por lo que Česká spořitelna interpuso una demanda ante el Tribunal Municipal de Praga. Frente a ello, el Sr. Feichter alegó que, dado que residía en Austria, dicho tribunal no era competente para conocer del asunto, ya que debían aplicársele las normas de competencia específicas para los consumidores previstas en el citado Reglamento. Así, la primera cuestión que se planteó al TJUE fue si el Sr. Feichter era consumidor a los efectos de los arts. 15 y 16 Reglamento. La respuesta del tribunal fue que "aunque la obligación del avalista tenga un carácter abstracto y, en consecuencia, sea independiente de la obligación del emisor de la que es garante, lo cierto es que el aval de una persona física otorgado en el marco de un pagaré emitido para garantizar las obligaciones de una sociedad mercantil no puede considerarse otorgado fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional si esa persona física tiene estrechos vínculos con dicha sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella" (apdo. 37).

Un supuesto parecido se dio en dos autos posteriores, el de 11 noviembre 2015, C-74/15, Tarcău y el de 14 septiembre 2016, C-534/15, Dumitras, con la diferencia de que en estos casos no había coincidencia entre las partes intervinientes en ambos negocios. El origen del primero de esos fallos fue un contrato de crédito celebrado entre la entidad bancaria Sanpaolo y la sociedad mercantil Crisco, representada por el Sr. Cristian Tarcău, como socio único y gerente. Un año más tarde, los padres del citado Sr. Tarcău, firmaron, a petición de este, un apéndice al mencionado contrato de crédito en el que, a fin de ampliar la línea de crédito, se

33 Florensa i Tomàs, C. E.: "La delimitación", cit., p. 82.

añadían dos nuevas garantías prestadas por aquellos (concretamente, una hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad y una fianza). Con posterioridad, el matrimonio solicitó la anulación del apéndice o, subsidiariamente, de algunas de sus cláusulas por ser abusivas. Pues bien, siguiendo el mismo criterio que en el caso Feichter, el TJUE afirmó que una persona física que se constituya como garante puede considerarse consumidor en un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad (como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social) (apdos. 29 y 30)[34].

Del mismo modo, en el segundo fallo mencionado, el Sr. Dumitraş, administrador y socio único de SC Lanca SRL, y su esposa, celebraron un contrato de garantía hipotecaria frente a BRD Groupe Société Générale con el fin de garantizar las obligaciones derivadas de tres contratos de préstamo que Lanca celebró con BRD Groupe Société Générale. Algún tiempo después, en 2009, BRD Groupe Société Générale, en calidad de prestamista, SC Lanca Construcţii SRL, en calidad de prestatario, y Lanca, en calidad de codeudor, celebraron tres contratos de crédito relativos a la refinanciación y reprogramación de los tres contratos de préstamo celebrados anteriormente entre BRD Groupe Société Générale y Lanca, que Lanca asumió por delegación de deuda. Como consecuencia de la novación, los Sres. Dumitraş actuaron como garantes hipotecarios de las obligaciones de los segundos tres contratos y, a tal efecto, firmaron en su propio nombre, como garantes hipotecarios, los tres contratos de crédito. En un determinado momento, los avalistas interpusieron una demanda contra el prestamista solicitando que se declarasen abusivas y, por tanto, nulas, determinadas cláusulas de los contratos de crédito celebrados en 2009. Frente a ello, BRD Groupe Société Générale alegó que, dado que el Sr. y la Sra. Dumitraş no habían actuado con fines ajenos a su actividad comercial, no podían invocar su condición de consumidores.

Así las cosas, el Tribunal de Primera Instancia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia algunas cuestiones prejudiciales. La primera de ellas se refería a si podían considerar consumidores, en el sentido del art. 2, letra b), de la Directiva 93/13, a las personas físicas que hayan celebrado, en calidad de fiadores/garantes, actos y contratos de garantía, accesorios al contrato de crédito suscrito por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, cuando dichas personas físicas no tengan ninguna relación con la actividad de

34 De nuevo se insiste en que el concepto de consumidor tiene carácter objetivo y se afirma que debe apreciarse según un criterio "funcional", consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (apdo. 27).

dicha empresa y hayan actuado con fines ajenos a su actividad profesional, habida cuenta de que, inicialmente, dichas personas físicas habían actuado como fiadores del primer deudor principal (una persona jurídica de la que una de ellas era administrador) que delegó su deuda a aquella sociedad mercantil.

Pues bien, el TJUE consideró que, en el momento de la celebración de los tres primeros contratos, el Sr. Dumitras "actuó en virtud de los vínculos funcionales que mantenía con Lanca y, por tanto, no puede ser asimilado, a este respecto, a un "consumidor", en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13" (apdo. 36). Sin embargo, por lo que respecta a los tres últimos contratos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitraş, en su condición de garantes hipotecarios de Lanca Construcţii, actuaron o no con fines relacionados con su actividad comercial, empresarial o profesional, teniendo en cuenta que no actuaron en virtud de los vínculos funcionales que tenían con Lanca Construcţii, ya que ninguno de ellos era administrador de esta sociedad ni tenía una participación no desdeñable en ella (apdos. 39 y 40).

Como puede apreciarse, en las resoluciones referidas, el TJUE no separa completamente el contrato principal y el contrato de garantía a efectos de determinar si la persona física garante puede ser considerada consumidor, en la medida en que exige que esta no tenga vínculos funcionales con la empresa. Esto reduce el alcance de la protección. De ello se desprende que puede tener el efecto de excluir a las personas físicas cuya participación en el capital o en la dirección puede (para ellas) ser puramente una cuestión de inversión personal o de apoyo al negocio de un miembro de la familia (a menos que también se considere que estos factores no son suficientemente funcionales). Además, no se aclara qué participación puede considerarse "insignificante" ni qué otros factores pueden considerarse vínculos funcionales[35].

La afirmación del TJUE de considerar la garantía independientemente del préstamo también se aplica a la inversa. Así, a la hora de determinar si la parte del contrato principal es un "consumidor", es irrelevante quién celebró el contrato vinculado, como resulta de la STJUE de 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea. En ella se afirma que es irrelevante que el contrato principal estuviera garantizado con un contrato accesorio de hipoteca sobre bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de abogado del Sr. Costea y en el que este hubiera actuado en su condición de representante de su bufete de abogados. "Tal hecho carece de incidencia", según la sentencia, porque "el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de

35 Allen, R.: "Consumer unfair terms: CJEU sets out test for personal guarantees in business lending", Simmons+Simmons blogspot, October 2016, https://files.simmons-simmons.com/api/get-asset/elexica_PDF_article_on_personal_guarantees_and_unfair_terms_October_2016_345707781.pdf?id=blt68268c77ec0f0a9f

la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantizar el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito" (apdos. 28 y 29)[36].

A estos efectos, entiendo que en los casos de actos que no forman parte de la actividad empresarial o profesional directamente, pero los bienes o servicios obtenidos sí se destinan, de alguna forma, a dicha actividad, debe excluirse la condición de consumidor, siguiendo lo dispuesto en la E. de M. del TRLGDCU [37]. No olvidemos que dichos actos también contribuyen al proceso de producción y comercialización, aumentan el rendimiento de la empresa, se benefician de regímenes fiscales empresariales, etc., así como que el legislador siempre puede, en caso de entenderlo oportuno por razones de equidad, extender la protección a personas sin la calidad de consumidores[38].

36 Nótese que el TJUE adopta un enfoque diferente al del AG Cruz Villalón. Este último consideró que aunque el abogado suscribiera un préstamo para fines personales, el hecho de que este estuviera garantizado con una hipoteca sobre su patrimonio profesional y se celebrara en el ejercicio de su profesión, podría haber supuesto un contrato mixto (esto es, un contrato con una finalidad en parte personal y en parte profesional). El TJUE, en cambio, distingue entre el contrato principal y el accesorio y exige que el estatuto de la persona que celebra estos contratos se aprecie por separado: "En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito" (STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, apdo. 29). Se muestra de acuerdo con la posición del TJUE Luzak, J. A.: "Status of a person concluding linked contracts may differ per contract - CJEU in Costea (C-110/14)", 4.9.2015, http://recent-ecl.blogspot.com/2015/09/status-of-person-concluding-linked.html

37 En ella se aclara que el consumidor y usuario definido en el mismo es la persona física o jurídica que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, "sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros". Así lo destaca también Navarro Castro, M.: "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en AA.VV: *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. Ataz López y C. L. García Pérez), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 326-327, y Marín López, M. J.: "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 3-4.

38 En este sentido, Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal", cit., p. 107, quien apunta algunas otras razones de técnica y política legislativa para apoyar la exclusión de los mencionados actos como actos de consumo: a) los empresarios cuentan con más medios que los consumidores para informarse dentro de la propia estructura jurídica y económica de la empresa, con una mayor capacidad financiera e informativa, y actúan o deben actuar con otro tipo de diligencia (la profesionalidad parece implicar la busca de asesoramiento en caso de desconocimiento); b) en este sentido, aunque no sea su ámbito natural, siguen teniendo mayores conocimientos y destrezas por su condición de empresarios, lo que pone en entredicho la asimilación por desigualdad o desequilibrio; c) se corre el riesgo de difuminar en exceso el concepto de consumidor; d) el legislador siempre puede, en caso de entenderlo oportuno por razones de equidad, extender la protección a personas sin la calidad de consumidores; e) la no exclusión sería contraria a la seguridad jurídica, pues en función de la complejidad de la actividad empresarial o profesional y de la interpretación más estricta o amplia del concepto de "relación directa" se podría llegar a resultados muy dispares y, en todo caso, inciertos; f) entonces podría asimilarse a profesionales a los consumidores que actúan en un ámbito de su competencia o especialización para fines privados, fuera de su actividad empresarial, cuando la definición de consumidor no está limitada por el grado de conocimientos o experiencias del consumidor.

B) Especial referencia al ánimo de lucro y la cuantía del contrato.

La legislación comunitaria no exige la ausencia de ánimo de lucro para que una persona física pueda calificarse como consumidor en un contrato con un empresario. En esta línea, el TJUE no ha tenido reparos en calificar como consumidores a personas físicas que actúan con un claro fin lucrativo. Así ocurrió, por ejemplo, en las sentencias de 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, y 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco.

En la primera de esas resoluciones, la Sra. Petruchová, residente en la República Checa, celebró un contrato marco a distancia con FIBO, una sociedad de corretaje chipriota que opera en el sector de los valores mobiliarios, a fin de poder realizar operaciones en el mercado internacional de divisas FOREX (Foreign Exchange) introduciendo órdenes de compra y de venta de la divisa de base que debían ser ejecutadas por FIBO a través de su plataforma de negociación online. Al amparo de ese contrato marco, se celebraron contratos individuales, calificados como contratos financieros por diferencia (CFD), destinados a la realización de beneficios resultantes de la diferencia entre los tipos de cambio aplicables a la compra y a la venta de la divisa de base en relación con la divisa cotizada. Pues bien, mediante uno de esos contratos la Sra. Petruchová introdujo una orden de compra de un lote de 35 lotes de 100.000 dólares cada uno a un tipo de cambio fijado en relación con el yen japonés. Debido a una importante acumulación de órdenes, FIBO ejecutó la procedente de la Sra. Petruchová con 16 segundos de retraso, intervalo en el que se produjo una fluctuación del tipo de cambio USD/JPY (dólares estadounidenses/yens japoneses) que, según aquella, le perjudicó, ya que de haberse ejecutado a tiempo su orden de compra, habría obtenido el triple de beneficio. Por ello demandó a FIBO ante el tribunal checo correspondiente a su domicilio, con base en el Reglamento Bruselas I bis (aunque en el contrato marco había un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales chipriotas), alegando enriquecimiento injustificado. FIBO, en cambio, defendía la validez del acuerdo.

En cuanto a la segunda sentencia mencionada, procede del enfrentamiento entre la empresa Reliantco, propietaria de la plataforma UFX, y el Sr. AU, quien, en calidad de director de desarrollo de una sociedad mercantil y usando el nombre de dominio de esta, abrió una cuenta de negociación en dicha plataforma con la finalidad de negociar contratos financieros por diferencias. En un determinado momento, AU cursó varias órdenes a precio limitado a consecuencia de las cuales perdió una gran cantidad de dinero. A raíz de ello, demandó a Reliantco Investments ante un tribunal rumano solicitando que se declarase la responsabilidad civil de las demandadas por incumplimiento de la normativa protectora de los consumidores, así como la nulidad de determinadas cláusulas que, a su juicio, eran abusivas, y de

ciertas órdenes que había cursado en la plataforma. Las demandadas negaron la competencia judicial de los tribunales rumanos, que se había fundamentado por el actor en el art. 17,1, letra c), Reglamento 1215/2012, alegando su condición de consumidor residente en Rumanía. A juicio de aquellas, sin embargo, no cabía aplicar tal precepto porque el demandante no podía considerarse como consumidor en la medida en que era una persona física con ánimo de lucro que había realizado actos específicos de una actividad profesional, toda vez que obtuvo cuantiosos beneficios de casi cien transacciones realizadas a través de la plataforma UFX. Por consiguiente, entendían que debía aplicarse la cláusula contractual en virtud de la cual todas las controversias derivadas del contrato celebrado entre las partes debían someterse a los tribunales chipriotas.

En lo que ahora interesa, ambas sentencias admitieron la aplicación del fuero del consumidor del Reglamento Bruselas I bis[39] en los referidos contratos para operaciones de compra y de venta de divisas en el mercado internacional mediante plataformas de negociación en línea, en contra de las alegaciones de los operadores de la plataforma[40]. Más allá de la irrelevancia de la existencia de ánimo de lucro para la calificación como consumidor de la Sra. Petruchová y del Sr. AU, llama la atención que en el caso Reliantco el TJUE pasara por alto el hecho de que el Sr. AU abriera una cuenta de negociación en una plataforma, con la finalidad de negociar contratos financieros por diferencias, en calidad de director de desarrollo de una sociedad mercantil y usando el nombre de dominio de esta, todo lo cual apunta a que la actuación de dicha persona formaba parte de su actividad profesional[41].

En un contexto diferente, la sentencia de 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B., B. B., consideró como consumidor, a los efectos de la aplicación del Reglamento Bruselas I, a una persona física en un contrato celebrado con una plataforma de organización de juegos de azar en línea que permitía a aquel jugar al póker con otros sujetos. En efecto, en el litigio principal, que enfrentaba al Sr. B. B., residente en Eslovenia, y a PEI, empresa que ofrece servicios de juegos de azar en línea por

39 Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE L 351 de 20.12.2012, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1215

40 De acuerdo con estas sentencias, el art. 17, apdo. 1, del Reglamento 1215/2012 —que declara la competencia de los tribunales del lugar en el que el consumidor tiene su domicilio— es aplicable cuando se cumplen tres requisitos: en primer lugar, una parte contractual tiene la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; en segundo lugar, se ha celebrado efectivamente el contrato entre dicho consumidor y el profesional; y, en tercer lugar, este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 17" (STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, apdo. 39, y STJUE 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, apdo. 45).

41 En el mismo sentido, Cuartero Rubio, Mª. V.: "El ¿consumidor? internacional en los mercados de instrumentos financieros (a propósito de la STJUE de 2 de abril de 2020, Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursala Bucureşti, C-500/18", *CESCO Publicaciones jurídicas*, p. 6.

medio del sitio de Internet www.my.bet.com, por desavenencias en el contrato firmado entre ellos, surgieron dudas sobre una cláusula de dicho contrato en la que se atribuía competencia para resolver eventuales conflictos entre las partes a los órganos jurisdiccionales de Malta. Frente a la demanda del adherente ante el tribunal esloveno correspondiente a su lugar de domicilio, con base en el art. 16.1 del Reglamento Bruselas I (actualmente derogado y refundido en el citado Reglamento Bruselas I bis), la empresa negó la competencia de los órganos jurisdiccionales eslovenos por considerar que aquel no podía considerarse como consumidor al ser un jugador de póker profesional, que realizaba esta actividad con carácter regular. El Tribunal de Luxemburgo, sin embargo, como se ha dicho, entendió que el jugador de póker sí [42].

Los fallos mencionados son interesantes, además, porque descartan la relevancia de la cuantía del contrato a la hora de determinar si una persona física es o no consumidor en su relación contractual con un empresario[43]. En este sentido, la STJUE de 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, entendió que no puede negarse a una persona física la calidad de consumidor "debido a factores como los riesgos que implica suscribir un contrato CFD, el valor de las operaciones, los eventuales conocimientos o experiencia que posea esa persona en el sector de los instrumentos financieros o su comportamiento activo en el mercado FOREX" (apdo. 47); a lo que la STJUE de 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, añadió que "[l]o mismo puede decirse del hecho de que el consumidor haya realizado un elevado volumen operaciones en un plazo de tiempo relativamente breve o de que haya invertido cuantiosas sumas en ellas" (apdo. 54). De igual modo, la STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B., B. B., ante la cuestión de si se puede negar a una persona física la condición de consumidor, en el sentido del art. 15.1 Reglamento Bruselas I (hoy derogado y sustituido por el art. 17 Reglamento Bruselas I bis), "debido a factores como la cuantía de las cantidades ganadas en el marco de las partidas de póker, que permiten a esa persona vivir de estas ganancias", respondió que "el ámbito de aplicación de los artículos 15 a 17 de dicho Reglamento no está limitado a cuantías determinadas", de donde se deduce "que la circunstancias de

42 Como pone de relieve Alonso Pérez, T., "La evolución del concepto de consumidor como consecuencia del desarrollo de los servicios digitales y de las plataformas de intermediación", *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, p. 573, el TS sigue la misma tesis respecto de servicios digitales en la reciente STS de 11 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1036, que trata de un caso de apuestas on-line. En este fallo —subraya la citada autora—, aunque se desestima la pretensión del jugador que reclamaba una cantidad superior a los 2 millones de euros porque había sobrepasado los límites normales del ejercicio del derecho infringiendo el art. 7.2 del Código civil por el volumen de apuestas efectuado, en ningún momento se pone en entredicho la cualidad de consumidor del jugador que demandaba la nulidad de una serie de cláusulas del contrato por abusivas.

43 En contra de lo que entendió el TS en la sentencia de 21 noviembre 2018, ECLI:ES:TS:2018:3909, en la que se negó la condición de consumidores de una pareja de inversores con base en el ánimo de lucro con el que actuaban y la elevada cuantía de los contratos que celebraron, como también pone de relieve Alonso Pérez, T., "La evolución", cit., p. 574. Sobre esta sentencia y la fundamentación a mi juicio errónea del TS, al menos en una parte, me remito a lo expuesto en las pp. 643 a 646 de mi trabajo "Los ricos también lloran… y pueden ser consumidores", en AA. VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. por J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

que B. B. haya ganado cantidades considerables gracias a las partidas de póker a raíz de la celebración del contrato por PEI no es, en sí, un elemento determinante para su calificación o no de "consumidor" en el sentido del Reglamento núm. 44/2001" (apdos. 32 y 34).

También la STJUE 2 mayo 2019, C-694/17, Pillar Securitisation, defendió este entendimiento en relación con la aplicación del art. 15 del Convenio relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, firmado el 30 de octubre de 2007, cuya celebración fue aprobada en nombre de la Comunidad por la Decisión 2009/430/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 (Convenio de Lugano II). En este caso, la Sra. Arnadottir, residente en Islandia, suscribió un contrato de préstamo por un importe en coronas islandesas (ISK), equivalente a más de un millón de euros, con Kaupthing Bank Luxembourg (KBL). El préstamo debía amortizarse en un solo plazo con fecha de vencimiento a 1 de marzo de 2010. El mencionado préstamo tenía por objeto que la Sra. Arnadottir adquiriera acciones de la sociedad islandesa Bakkavör Group hf, sociedad en la que trabajaba por cuenta ajena. El pago del crédito se garantizó mediante un aval otorgado por Bakkavör Group que, según los términos empleados por el tribunal remitente, surtiría efectos, como pronto, en el transcurso del año 2009. El aval fue firmado por dos directivos de dicha sociedad, uno de ellos la propia Sra. Arnadottir. Posteriormente, KBL fue dividida en dos entidades. Una de ellas, Pillar Securitisation Sàrl, reclamó la devolución del préstamo suscrito por la Sra. Arnadottir. Al no haber procedido la Sra. Arnadottir a la devolución del préstamo, Pillar Securitisation ejercitó en 2011 una acción ante los tribunales luxemburgueses, en aplicación de la cláusula del contrato de préstamo que atribuía la competencia a dichos tribunales. No obstante, el Tribunal de Distrito de Luxemburgo se declaró incompetente para conocer del litigio, basándose en que la Sra. Arnadottir debía considerarse "consumidor", en el sentido del art. 15 Convenio de Lugano II. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Apelación, contra cuyo fallo interpuso entonces recurso de casación la entidad demandante. El Tribunal de Casación decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia si para determinar si un contrato de crédito es un contrato de crédito celebrado por un "consumidor", a efectos del citado art. 15, procede verificar si dicho contrato está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48, en el sentido de que la cuantía total del crédito en cuestión no rebase el límite máximo de 75.000 euros fijado en el artículo 2, apartado 2, letra c), de dicha Directiva, y que se dilucide asimismo si es relevante a este respecto que el Derecho nacional que transponga la citada Directiva no establezca un límite máximo más elevado.

El TJUE afirma que, para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador europeo en el sector de los contratos celebrados

por los consumidores y la coherencia del Derecho de la Unión, procede tener en cuenta, a efectos del Convenio de Lugano II, el concepto de consumidor contenido en otras normativas del Derecho de la Unión. Ahora bien, ello no debe conducir en ningún caso a interpretar las disposiciones de un reglamento relativo a las reglas para determinar la competencia de una manera ajena al sistema y a los objetivos del propio reglamento. Pues bien, los objetivos del Convenio de Lugano II y los de la Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo —afirma la sentencia— son distintos. La finalidad del Convenio no es armonizar el Derecho material relativo a los contratos de consumo, sino establecer —como hicieron el Reglamento núm. 44/2001 y, más tarde, el Reglamento núm. 1215/2012— las reglas que permiten determinar el tribunal competente para resolver un litigio en materia civil y mercantil que verse, en particular, sobre un contrato celebrado entre un profesional y una persona que actúa con un fin ajeno a su actividad profesional, de manera que esta última quede protegida en este supuesto. Al perseguir este objetivo, el Convenio de Lugano II no presenta un ámbito de aplicación limitado a cuantías determinadas y se extiende a todos los tipos de contratos, con excepción del contemplado en el artículo 15, apartado 3, del propio Convenio (transporte). Por consiguiente, el hecho de que un contrato de crédito, tal como el controvertido en el litigio principal, no esté incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48 por ser su importe superior al límite máximo de 75 000 euros fijado en el artículo 2, apartado 2, letra c), de dicha Directiva, no tiene incidencia, en opinión del TJUE, en la determinación del ámbito de aplicación del artículo 15 del Convenio de Lugano II.

C) Incidencia de la habitualidad y el carácter de la actividad.

Merece la pena detenerse en las reflexiones del TJUE sobre la habitualidad o regularidad de la actividad realizada con ánimo de lucro por una persona física en la citada STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B., B. B., en relación con el contrato celebrado entre PEI, empresa que ofrece servicios de juegos de azar en línea por medio del sitio de Internet www.my.bet.com, y B. B., jugador de póker que dedica a ese juego una media de nueve horas al día y obtiene considerables ganancias de ello, hasta el punto de vivir de dichos ingresos. Lo que se preguntaba al Tribunal de Justicia era, precisamente, si el hecho de que el Sr. B. B. hubiera vivido durante varios años de las ganancias percibidas jugando al póker impedía calificarlo como consumidor, aunque no hubiera declarado oficialmente tal actividad ni ofreciera a terceros esa actividad en el mercado como servicio de pago. Pues bien, el Tribunal responde recordando su propia doctrina recogida en la sentencia Kamenova acerca de que el carácter regular de una actividad es un elemento que puede ser tenido en cuenta para calificar a alguien de profesional, por oposición al concepto de consumidor, pero que no es determinante a estos efectos (apdos. 45 y 46); y subrayando una diferencia notable respecto de aquella, que vendría a reforzar la

irrelevancia de la habitualidad de la actividad en el caso enjuiciado: mientras que en la sentencia Kamenova el particular cuya condición de consumidor se discutía había actuado como vendedor en el contrato contemplado —y aun así se le consideró como consumidor—, en la sentencia A. B., B. B., la actividad del jugador de póker no daba lugar a la venta de bienes ni a una prestación de servicios (apdos. 47 y 48).

Procede realizar varias observaciones.

En primer lugar, la afirmación del TJUE de que, aunque no tenga carácter determinante, la habitualidad de la actividad puede ser tenida en cuenta a la hora de determinar la condición de consumidor, entra en contradicción, a mi juicio, con la doctrina del mismo Tribunal de que, para determinar si una persona es consumidor en una determinada relación contractual, únicamente hay que atender a la actuación de la persona en dicha relación; ya que para saber si la actividad se realiza con carácter regular, es preciso atender a la actuación del sujeto más allá del contrato que se contempla.

En segundo lugar, resulta difícil imaginar que una actividad que proporciona la totalidad o la mayor parte de los ingresos de una persona, suponiendo que no tenga otros medios de subsistencia, pueda ser otra cosa que su oficio o profesión[44]. De manera que, en definitiva, se podría decir que el TJUE admite, en este fallo, que la profesionalidad del usuario de la plataforma (siempre que no preste servicios ni provea bienes a terceros, habría que puntualizar) no representa un obstáculo a la calificación de un sujeto como consumidor, lo cual, —se afirma— "abre un terreno pantanoso y puede plantear grandes incertidumbres sobre una cuestión como la del concepto de consumidor que, al menos, en eso, parecía estar clara"[45].

III. LOS CONTRATOS MIXTOS, DE DOBLE FINALIDAD O DE DOBLE USO.

Un supuesto difícil de resolver es el de los contratos mixtos, también denominados de doble finalidad o de doble uso, que son aquellos que se celebran con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona. Pensemos, por ejemplo, en un ordenador portátil comprado por un abogado para usarlo tanto en su actividad profesional como en su vida privada.

La primera sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo relativa a esta cuestión es la de 20 enero 2005, asunto C-464/01 (Gruber), que procede del enfrentamiento entre el Sr. Gruber, agricultor y propietario de una granja en Austria,

44 Así lo pone de relieve Hartley, T. C., "Recent developments under the Brussels I Regulation", *International & Comparative Law Quarterly*, 69, 2000, p. 990.

45 Alonso Pérez, T., "La evolución", cit., p. 568.

y la sociedad alemana Bay Wa AG, establecida en Alemania, debido al supuesto cumplimiento defectuoso de un contrato de compraventa celebrado entre ellos. Se daba la circunstancia de que el Sr. Gruber ocupaba algo más del 60% de la superficie total construida de la granja como vivienda para él y su familia, mientras que el resto se dedicaba a una pocilga y una gran nave para maquinaria y pienso. Pues bien, cuando el Sr. Gruber quiso cambiar las tejas del techo de su granja, las compró a Bay Wa, después de varias conversaciones telefónicas para pedir información sobre distintos tipos de tejas y de sus precios y de visitar las oficinas de la empresa para ver las tejas *in situ*. Durante esa visita, el Sr. Gruber informó al empleado de Bay Wa de que era propietario de una explotación agrícola y quería tejar el techo de su granja. Indicó que poseía asimismo edificios secundarios que servían fundamentalmente para la explotación agrícola, pero no precisó si el edificio que quería tejar estaba destinado principalmente a la explotación o a un uso privado. Una vez instaladas las tejas, el Sr. Gruber comprobó que no eran todas del mismo color a pesar de que se le había garantizado la homogeneidad del colorido, por lo que había que volver a hacer el techo. Por esta razón, basándose en la garantía y en la responsabilidad del vendedor, el Sr. Gruber decidió reclamar ante los tribunales austriacos, con base en los arts. 14 y 15 del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Bay Wa, considerando que el Sr. Gruber no había actuado como consumidor en la compraventa, opuso una excepción de incompetencia territorial. Esta fue desestimada por el juzgado de primera instancia, contra cuya sentencia la demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado, dando lugar a un recurso de casación por parte del Sr. Gruber. Llegados a este punto, el Tribunal de Casación austriaco decidió suspender el procedimiento y plantear varias cuestiones prejudiciales, todas ellas en torno a la determinación de la cualidad de consumidor en los contratos con doble finalidad.

En opinión del Tribunal de Justicia, "se desprende ya claramente de la finalidad de los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas, que consiste en proteger debidamente a la persona que se supone que se encuentra en una posición más débil respecto de su cocontratante, que una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en dichas disposiciones. El resultado únicamente sería distinto en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato" (apdo. 39). Y ello "aunque predomine el uso privado" (apdo. 41)[46].

46 Señala Navarro Castro, M.: "El ánimo de lucro", cit., p. 327, que el TS español sigue esta doctrina en la Sentencia de 5 abril 2017 (RJ 2017, 2669), cuando declara que "para determinar si una persona puede ser

Este criterio del uso profesional marginal no coincide con el adoptado por el legislador comunitario, que se inclina por el del uso profesional no preponderante[47]. Aunque hasta el momento este criterio no ha adquirido rango legal, sí se hace expresa referencia a él en los Considerandos de varias normas elaboradas en los últimos años. La primera de ellas fue la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores (Cdo. 17), seguida por las Directivas 2013/11 sobre resolución alternativa de litigios en línea (Cdo. 18) y 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (Cdo. 12), así como el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Cdo. 13). En todos estos considerandos se establece que, en los contratos de doble finalidad, si "el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro, dicha persona debe ser considerada un consumidor".

La expresión "tan limitado que no predomina" resulta extraña y podría confundir, ya que "tan limitado" apunta a marginal. Sin embargo, que la intención del legislador comunitario fue descartar el criterio del uso marginal y sustituirlo por el del uso preponderante se desprende claramente de la tramitación parlamentaria de la Directiva 2022/83, como puso de relieve el AG Cruz Villalón en sus Conclusiones al asunto Costea: "Durante las negociaciones de esta Directiva —afirma—, el Parlamento Europeo planteó una enmienda que proponía expresamente la modificación de la definición de consumidor en el sentido de ampliarla a "toda persona física que […] actúe con un propósito *principalmente* ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión". Durante las negociaciones subsiguientes, el Parlamento Europeo accedió al mantenimiento de la definición de consumidor, eliminando el adverbio "principalmente", con la condición de que en el considerando destinado a clarificar la definición de consumidor, basado originariamente en la sentencia Gruber, se sustituyese la palabra "marginal" por la palabra "preponderante"[48].

considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGDCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba. En mi opinión, sin embargo, el TS no está usando el mismo criterio que el TJUE.

47 Así lo destaca también Arroyo Aparicio, A.: "Noción de consumidor", cit., p. 34.

48 Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 23 de abril de 2015, Asunto C110/14, Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA (ECLI:EU:C:2015:271).

En las posteriores Directivas 2019/770 y 2019/771, se aprecia un ligero cambio de posición, ya que se dispone que "los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones" (Cdos. 17 y 22, respectivamente).

Nótese, en efecto, que en el primer grupo de normas, el legislador comunitario declara expresamente su preferencia sobre la consideración como consumidor de la persona que actúa con fin profesional no predominante, mientras que en las más recientes lo que se establece es que, en tales casos, los EEMM tienen libertad para decidir si se le considera como consumidor o no[49]. Probablemente sea, como destaca algún autor, porque en el entorno digital puede resultar muy difícil discriminar el uso personal y el profesional[50].

En cualquier caso, se mantiene el recurso al factor de preponderancia y no de marginalidad en el uso, el cual sigue siendo el preferido por el TJUE, como se desprende de la STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems. En esta sentencia, igual que en la del caso Gruber, cuya doctrina viene a confirmar, las cuestiones prejudiciales giran en torno a la posible aplicación del fuero del consumidor en relación con los sucesivos Reglamentos sobre competencia judicial en materia de contratos celebrados por consumidores (Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento (CE) núm. 44/2001, hoy sustituido por el vigente Reglamento 1215/2012).

Pues bien, el TJUE declara que "en el supuesto de que el juez nacional estime que no resulta claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, atendiendo a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de los medios de prueba objetivos a su disposición, cuya valoración corresponde a la jurisdicción nacional" (apdo. 47). A su juicio, este criterio aporta "una solución más equilibrada"[51].

49 Así lo destacan también Zdraveva, N.: "Digital Content", cit., p. 405 ("This position of the DCD regarding the dual-purpose contracts, opens the possibility to different approaches and cases where a same person has different position in different Members States") y Arroyo Amayuelas, E., "Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41/2022, p. 7. https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955

50 Arroyo Amayuelas, E.: "Entra en vigor", cit., p. 7.

51 Así lo entiende también Arroyo Aparicio, A.: "Noción de consumidor", cit., p. 34.

Ahora bien, procede recordar que el concepto de consumidor recogido en estos textos debe interpretarse de forma autónoma, es decir, con referencia al sistema y a los objetivos de los citados Reglamentos. En relación con ello, el AG Cruz Villalón, en sus ya citadas Conclusiones en el asunto Costea, afirmó que la jurisprudencia del TJUE sobre el Convenio de Bruselas de 1968 ha de ser considerada con "cautela". Y ello porque al tratarse de excepciones al criterio general de competencia basado en el domicilio del demandado implica que, como tales restricciones, deban considerarse estrictamente. Así, estima que la aplicación restrictiva de la noción de consumidor en los contratos con doble finalidad que lleva a cabo el Tribunal de Luxemburgo en relación con los reglamentos sobre competencia judicial no habría de ser "automáticamente trasladable por analogía al ámbito de las normas específicas destinadas a la protección de los consumidores" (apdo. 31).

Por mi parte, considero que el principio *pro consumatore* debe inclinarnos a preferir el criterio del uso preponderante (aunque en ocasiones pueda ser difícil determinar cuál es el destino principal del contrato)[52].

IV. LOS PROSUMIDORES.

Comúnmente se afirma que, aunque el concepto de "prosumidor" fue anticipado por McLuhan y Nevitt en 1972, al afirmar que la tecnología electrónica permitiría al consumidor asumir simultáneamente los roles de productor y consumidor de contenidos, el término fue formalmente acuñado por A. Toffler en su famoso libro *La tercera ola*, publicado en 1980, para hacer referencia a la persona que consume lo que ella misma produce. Por tanto, lo que define al prosumidor en la concepción de Toffle es el autoconsumo, como insistió, años más tarde, en *La revolución de la riqueza*, de 2006, escrito junto a Heidi Toffler: "…en *La Tercera Ola* (1980), inventamos la palabra prosumidor para designar a quienes creamos bienes, servicios o experiencias para nuestro uso o disfrute, antes que para venderlos o intercambiarlos. Cuando como individuos o colectivos, PROducimos y consumimos nuestro propio output, estamos prosumiendo"[53].

Desde entonces, sin embargo, el término prosumidor ha variado ligeramente su significado, ya que se utiliza también para designar a un nuevo tipo de consumidor

52 En este sentido, Llamas Pombo, E.: "De la noción consumidor a la tutela del contratante débil", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 150, 2022, LA LEY 2650/2022, p. 7, para quien el criterio del "destino principal" introduce un nuevo elemento de confusión, ya que obliga a determinar qué se entiende por "principal". A su modo de ver, una adquisición de ese tipo "constituye un evidente acto de consumo o, mejor aún, que el contrato celebrado para la adquisición es, indudablemente, una relación de consumo, por razón de la asimetría evidente entre el profesional vendedor y el *amateur* comprador".

53 Pérez Daza, J.: "La mirada de los jóvenes. Prosumidores visuales en la era digital", *Temas de Comunicación*, núm. 36-37, 2019, p. 45, quien, a su vez, cita a Islas Carmona, J. O.: "El prosumidor. El actor comunicativo de la sociedad de la ubicuidad", *Palabra Clave*, vol. 11, núm. 1, junio 2008, pp. 29-39, https://palabraclave.unisabana.edu.co/index.php/palabraclave/article/view/1413/1550

de bienes, contenidos y servicios que, paralelamente, es también proveedor de bienes, contenidos y prestador de servicios para él mismo y para los demás. Caben aquí los contenidos generados por usuarios, el conductor que comparte su vehículo particular con otras personas —con las que contacta a través de una app— para realizar un trayecto común a todos ellos, o el propietario de un bien inmueble que, al margen de su actividad profesional o empresarial, lo alquila a través de plataformas tipo *Airbnb* o el sujeto que vende bienes propios de segunda mano a través de mercados en línea como *Vinted*.

Pues bien, la cualificación de si el proveedor no profesional debe calificarse como comerciante o no, a efectos de la aplicación del acervo comunitario de consumo, es una cuestión todavía no resuelta. Ya lo decía la CE, en 2016, en su Comunicación "Una Agenda Europea para la economía colaborativa": "La legislación de la UE no establece expresamente cuándo un par se convierte en un prestador de servicios profesional en la economía colaborativa". Para ilustrar esta afirmación, la CE señala que "[l]a Directiva de servicios, por ejemplo, define a los prestadores de servicios como cualquier persona física o jurídica que ofrece una actividad económica por cuenta propia, normalmente a cambio de una remuneración (véase el artículo 4, apartado 2). Esto significa que cualquier actividad económica podría estar abarcada por las disposiciones de dicha Directiva, independiente de la frecuencia con que se ofrezca y sin requerir que el proveedor actúe necesariamente como "profesional""; en cambio, "el acervo de la UE relativo a la protección del consumidor define "comerciante" como cualquier persona que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión (véase la sección 2.3)"[54].

A continuación, la Comisión se refiere a diferentes criterios que utilizan los Estados miembros para distinguir entre servicios profesionales y servicios entre pares, como diferenciar en función de si existe o no una remuneración ("Algunos Estados miembros definen los servicios profesionales como servicios prestados a cambio de una remuneración, en comparación con los servicios entre pares, que tienen por objeto compensar los gastos realizados por el prestador de servicios"), o establecer umbrales, que se elaboran a menudo sobre una base sectorial teniendo en cuenta el nivel de los ingresos generados o la regularidad con la que se presta el servicio, y que, en opinión de la CE, "utilizados de manera razonable, pueden ser un indicador útil y pueden ayudar a crear un marco reglamentario claro en beneficio de los prestadores no profesionales"[55].

54 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, p. 5.

55 "Una Agenda Europea", cit., p. 6. En la doctrina, Jarne Muñoz, P.: *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, 2019, p. 104, considera que los umbrales son un buen sistema para deslindar entre el prosumidor que presta servicios ocasionales y no desarrolla una actividad profesional encubierta —que, en su opinión, no

En este sentido, la Comisión se remite a las orientaciones generales que ella misma ofrece en la Guía revisada sobre la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales[56] para determinar si un vendedor es un comerciante o un consumidor, cosa que debe evaluarse caso por caso: si el vendedor tiene una motivación con fines de lucro, incluido el hecho de que pudiera haber percibido una retribución u otra compensación por actuar en nombre de un determinado comerciante; el número, el importe y la frecuencia de las transacciones; el volumen de negocios del vendedor; si el vendedor compra productos con objeto de revenderlos[57].

De esos factores, la Comisión afirma que son importantes, en el contexto de la economía colaborativa, los siguientes:

"1) Frecuencia de los servicios: los prestadores que ofrecen sus servicios solo de manera ocasional (es decir, de manera marginal y accesoria, y no regularmente) son menos susceptibles de ser considerados comerciantes. Cuanto mayor es la frecuencia con que se prestan los servicios, más claro está que el prestador puede considerarse un comerciante, ya que ello podría indicar que está actuando con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión.

2) Fin lucrativo: Un fin lucrativo puede ser un indicio de que el prestador puede considerarse un comerciante con respecto a una determinada transacción. Los prestadores cuyo objetivo es intercambiar activos o competencias (por ejemplo, en el caso de las permutas de casas o los bancos de tiempo) no reúnen en principio las condiciones para ser considerados comerciantes. Los prestadores que solo reciben una compensación por los costes en una determinada transacción pueden no estar buscando un beneficio. En cambio, es probable que los prestadores que obtienen una remuneración superior a la compensación de los costes tengan un fin lucrativo.

3) Nivel de volumen de negocio: Cuanto más alto es el volumen de negocio generado por el prestador de servicios (procedente de una o más plataformas colaborativas) más indicios hay de que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante. A este respecto, es importante evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador procede de la misma actividad (p. ej., el uso compartido de vehículos) o de varios tipos de actividades

debería considerarse como comerciante—, y el prosumidor que presta servicios profesionalizados que se alejan de los parámetros de la economía colaborativa para entrar de lleno en el terreno de lo crematístico.

56 Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/ce relativa a las prácticas comerciales desleales que acompaña al documento comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos" {COM(2016) 320 final}, Bruselas, 25.5.2016 SWD(2016) 163 final.

57 Guía para la implementación, cit., p. 36.

(uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). En el segundo supuesto, un mayor volumen de negocio puede no implicar necesariamente que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante, ya que puede no haber sido obtenido necesariamente en relación con el otro negocio (principal) del prestador"[58].

Por lo que se refiere al TJUE, hasta el momento solo ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto en la sentencia de 4 octubre 2018, C-105/17, Kamenova. El supuesto de hecho del litigio principal fue el siguiente: Un consumidor compró un reloj de pulsera en un sitio de Internet. Al considerar que dicho reloj no respondía a las características indicadas en el anuncio publicado en dicho sitio, presentó una reclamación ante la CPC después de que el vendedor del reloj se negara a que se le devolviera a cambio de la devolución del importe pagado. La CPC constató que la Sra. Kamenova, registrada en dicho sitio con el pseudónimo de "eveto-ZZ", era la vendedora del reloj. Según el gestor del sitio de Internet www.olx.bg, el usuario de dicho pseudónimo había publicado un total de ocho anuncios de venta de productos diversos en dicho sitio, entre ellos, el reloj objeto del litigio principal. Mediante resolución de 27 de febrero de 2015, la CPC resolvió que la Sra. Kamenova había cometido una falta administrativa y le impuso varias sanciones administrativas porque había omitido indicar, en cada uno de dichos anuncios, el nombre, la dirección postal y la dirección de correo electrónico del comerciante, el precio final del producto puesto a la venta, incluidos todos los impuestos, las condiciones de pago, entrega y ejecución, el derecho del consumidor a desistir del contrato de compraventa a distancia, las condiciones, el plazo y las modalidades de ejercicio de dicho derecho, así como la indicación de la existencia de una garantía legal de la conformidad de los productos en relación con el contrato de venta. La Sra. Kamenova interpuso un recurso contra dicha resolución sancionadora ante el Tribunal de Distrito de Varna, Bulgaria. Mediante sentencia de 22 de marzo de 2016, dicho órgano jurisdiccional anuló la referida resolución, porque la Sra. Kamenova no tenía la condición de comerciante en el sentido del artículo 13, apartado 2, de las disposiciones complementarias de la ZZP y de la Directiva 2005/29. Contra dicha sentencia, la CPC interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Varna, Bulgaria. El órgano jurisdiccional remitente señala, en primer lugar, que en Internet se vende un gran volumen de bienes de consumo. Recuerda, a continuación, que el objeto de la Directiva 2005/29 es garantizar un alto nivel de protección de los consumidores. Este se pregunta, esencialmente, si, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una persona física vende en Internet un número relativamente elevado de artículos de considerable valor, dicha persona tiene la condición de comerciante en el sentido

58 "Una Agenda Europea", cit., pp. 10-11.

de la Directiva 2005/29. Decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: "¿Debe interpretarse el artículo 2, letras b) y d), de la [Directiva 2005/29] en el sentido de que la actividad de una persona física, que está registrada en un sitio de Internet para la venta de bienes y ha publicado al mismo tiempo un total de ocho anuncios para la venta de distintos bienes en el sitio de Internet, es una actividad de un comerciante en el sentido de la definición del artículo 2, letra b), constituye una práctica comercial de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el sentido del artículo 2, letra d), y está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva con arreglo al artículo 3, apartado 1?".

Pues bien, la sentencia recoge algunos criterios para determinar, en el caso concreto, si una persona es comerciante, que coinciden con los señalados por la Comisión y los amplían: si la venta en la plataforma en línea se ha efectuado de forma planificada y si dicha venta tiene fines lucrativos, si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que ofrece de las que el consumidor no dispone necesariamente, de manera que lo coloca en una situación más ventajosa respecto a este, si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor, si el vendedor está sujeto a IVA, si el vendedor, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación, si el vendedor compra bienes nuevos o usados con la intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional, si los productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos (apdo. 38).

A continuación, la sentencia aclara que tales criterios no son taxativos ni exclusivos —coincidiendo con la CE[59]—, por lo que el mero hecho de que con la venta se persiga una finalidad lucrativa o de que una persona publique simultáneamente en una plataforma en línea una serie de anuncio en los que ofrece a la venta bienes nuevos y usados no basta, por sí mismo, para calificar a dicha persona de comerciante (apdos. 39 y 40). Solamente se le considerará como comerciante si actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión (apdo. 45). Con base en tales factores, el TJUE negó la consideración como empresaria de la Sra. Kamenova en el caso enjuiciado; pero

59 "Aunque ninguno de ellos sería por sí mismo suficiente para que un prestador pudiera ser considerado un comerciante, según las circunstancias del caso su combinación puede apuntar en esa dirección" ("Una Agenda Europea", cit., p. 10).

en ningún momento descartó que, en otras circunstancias, y teniendo en cuenta los factores que el TJUE indica, un prosumidor pueda calificarse como empresario.

Así las cosas, lo claro es que, si bien la distinción entre consumidores y empresarios nunca ha sido perfectamente clara, la economía de la plataforma ha incrementado significativamente la "zona gris". Así se advertía en un informe realizado en 2017 en el seno del Parlamento Europeo, en el que se abogaba por una regulación específica la economía de plataforma que clarificara el estatus del operador de la plataforma y el de los usuarios de la plataforma y estableciera reglas sobre los sistemas reputacionales[60].

En lo que se refiere al estatus de los usuarios de la plataforma, y más concretamente, a lo que el informe bautiza como "el problema del prosumidor en el contexto de la plataforma", se afirmaba que, dado que las diferencias entre profesionales y no profesionales son muy a menudo intrascendentes en un mundo digital, la plataforma debería dirigirse a todos sus usuarios por igual, independientemente de su estatus, de modo que el acervo existente en materia de consumo podría aplicarse a todos los contratos entre plataformas y usuarios. A ello se añadía que el hecho de que la plataforma organice el mercado y permita a los usuarios entrar en él la coloca en una posición en la que puede, de manera relativamente fácil, aclarar la condición de los usuarios (al menos a efectos operativos de la plataforma); por consiguiente, se abogaba por imponer a las plataformas el deber de informarse sobre el estatus de los proveedores.

Según el referido informe, este planteamiento toma como punto de partida el enfoque sugerido por la Comisión con respecto a las plataformas: "las plataformas que se consideren "comerciantes" deben adoptar las medidas adecuadas para —sin que ello suponga una obligación general de supervisar o llevar a cabo acciones de investigación— permitir que los comerciantes terceros pertinentes cumplan los requisitos de la legislación de la UE en materia de consumo y comercialización, y que los usuarios comprendan claramente con quién están posiblemente celebrando contratos. Esto incluiría, por ejemplo, permitir a los comerciantes terceros pertinentes indicar claramente que actúan como comerciantes ante los usuarios de la plataforma, o permitir a las plataformas diseñar su estructura web de manera que permita a los comerciantes terceros presentar la información a los usuarios de la plataforma de la manera exigida por la legislación de la UE en materia de comercialización y consumo"[61].

Estas recomendaciones han terminado por convertirse en normas. Así, el art. 6bis Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores [añadido

60 Wiewiórowska-Domagalska, A.: "Online platforms", pp. 5 y 6.

61 Wiewiórowska-Domagalska, A.: "Online platforms", cit., p. 7.

por la Directiva (UE) 2019/2161, que modifica varias directivas a fin de mejorar la aplicación y modernizar las normas de protección de los consumidores de la Unión][62], impone requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea (que pueden ser ampliados por los Estados miembros, siempre que ello sea proporcionado y no discriminatorio, y esté justificado por razones de protección de los consumidores). Así, dicho precepto establece que antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia o cualquier oferta correspondiente en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, cierta información, entre la que se incluye la siguiente: si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea; cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato; cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea.

V. A MODO DE RECAPITULACIÓN: ¿CUÁL ES HOY EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO?

Como se ha visto, el TJUE ha consolidado el principio de que es consumidor toda aquella persona física que actúa —con o sin ánimo de lucro— al margen de una actividad profesional o empresarial en el concreto contrato que se contemple, con independencia de que en otras relaciones actúe en el marco de una actividad profesional o empresarial, así como de factores subjetivos como los conocimientos, capacidad o información de la que disponga, y de otros objetivos como la cuantía del contrato; y sin que sea determinante, por sí solo, el carácter habitual de la actividad realizada con ánimo de lucro por la persona física[63]. De este modo, se ha admitido la consideración como consumidor del abogado que actúa como particular en un contrato bancario, de personas con alto poder adquisitivo que contratan regularmente con plataformas para realizar operaciones financieras de gran cuantía y riesgo elevado e incluso de jugadores de póker que celebran

62 Esta norma fue incorporada en el Derecho español como el art. 97 bis TRLGDCU mediante el art. 82.9 RD Ley 24/2021 de 2 noviembre, y entró en vigor el 28 mayo 2022.

63 En este sentido, Ungureanu, C.: "Who is the European consumer anyway?", *Revista de Stiinte Juridice*, 2021(1), p. 12: "Considering the case law of the CJEU in which the notion of consumer has been qualified, it appears that the only condition for a natural person to be considered a consumer is to have entered into contracts for a purpose which is outside his professional field as a party to a contract of adhesion. The knowledge of the natural person in the field in which he contracts, his skills, the risks he assumes, the amounts of the amounts he is selling are irrelevant, since no European text requires a certain consumer behaviour or a value threshold for contracts concluded by him or that he must act prudently and diligently".

contratos con plataformas para realizar una actividad que constituyen su medio de vida.

¿Es ello compatible con el clásico fundamento de la protección especial del consumidor frente al empresario basado en la debilidad del primero frente al segundo? En opinión del TJUE, sí, porque la situación de inferioridad del consumidor puede deberse, no solo a una falta de conocimientos, capacidades o información, o a un bajo nivel económico bajo de la persona, en comparación con el empresario[64], sino también a la ausencia de poder de negociación ante condiciones contractuales prerredactadas por el comerciante y sobre cuyo contenido el consumidor no puede influir.

Siendo esto así, la pregunta que surge a continuación es si esa misma debilidad frente al empresario no la padecen también las personas jurídicas sin ánimo de lucro (asociaciones, fundaciones) e incluso las pymes, las microempresas y los profesionales autónomos.

Así las cosas, hay quien plantea que, en realidad, lo que se debería hacer es sustituir la protección abstracta y general del consumidor, basada en una presunción *iuris et de iure* de debilidad de aquel frente al empresario —y que conduce a la protección de personas que en realidad no están en situación de inferioridad—, por una protección caso por caso, basada en una presunción *iuris tantum* de debilidad[65].

En la misma línea, se defiende que "se debería excluir de la condición de consumidor a quien no se encuentre en posición de debilidad contractual y, correlativamente, incluir a aquellos que sí lo están por mucho que no se identifiquen con el último eslabón de la cadena comercial o empresarial". En otras palabras, se afirma que se debería conferir la noción de consumidor "a todos aquellos que adquieren bienes y servicios en una posición objetiva de debilidad, con independencia de la finalidad económica que tenga esa adquisición, finalidad que, en términos de lógica contractual, nada añade jurídicamente. Aproximaríamos así la noción de consumidor a la de *cliente*, para incluir a cualquier persona que interviene en una relación jurídica en la posición de solicitante o demandante de bienes y servicios en un hipotético y convencional vínculo con el titular

64 En efecto, como destaca la doctrina, "consumer vulnerability is a relational vulnerability, i.e. he is vulnerable only in relation to the professional, not in relation to another person who contracting for private purposes, who could also be considered a consumer" (Chazal, J. P.: "Vulnérabilité et Droit de la consummation", *Colloque sur la vulnérabilité et le droit*, Mar 2000, Université P. Mendes-France, Grenoble II, France, p. 1, disponible en https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053489; Ungureanu, C., "Who is…", cit., p. 17). En términos parecidos, Bănulescu, V.: "Considerations regarding consumer protection in Romanian and European Law. The notion of consumer", *Juridical Tribune*, vol. 10, June 2020, p. 26. Entre nosotros, también Llamas Pombo, E.: "De la noción", cit., p. 4, afirma que "el foco no hay que ponerlo en la figura individual del consumidor sino, más bien, en la *relación de consumo*, que es siempre (por definición, diríamos) una relación de desigualdad" (el subrayado es del autor).

65 Chazal, J. P.: "Vulnérabilité et Droit", cit., pp. 3 y ss.; Ungureanu, C.: "Who is", cit., pp. 17-18.

o responsable de la oferta, con independencia de cuál sea el propósito de la adquisición o el destino proyectado para los bienes o servicios". Podrían incluirse en el concepto de consumidor, por tanto, pymes, profesionales, agricultores, pequeños comerciantes, etc., ya que, en términos jurídicos, solo ha de importar la idea de la asimetría contractual. "Ello permitiría resolver no pocas dudas y dificultades en los denominados actos mixtos de consumo o las relaciones C2B o C2C con representación y asesoramiento profesional"[66].

Quizá en las recientes sentencias del TJUE referidas a servicios digitales y contratación a través de plataformas en línea haya pesado este objetivo —que parece haberse convertido en el fundamento último de la protección del consumidor— de tratar de equilibrar la asimetría contractual entre las partes, aún a costa de relajar significativamente los requisitos de la condición de "consumidor" hasta encajar, incluso, en el concepto de consumidor a los usuarios de plataformas de intermediación en línea que las utilizan para realizar actividades con ánimo de lucro que por su habitualidad y el hecho de ser la única fuente de ingresos de quien las lleva a cabo, como el jugador de póker del caso A.B. B.B.

66 Llamas Pombo, E.: "De la noción", pp. 13 y 14.

BIBLIOGRAFÍA

Allen, R.: "Consumer unfair terms: CJEU sets out test for personal guarantees in business lending", Simmons+Simmons blogspot, October 2016, https://files.simmons-simmons.com/api/get-asset/elexica_PDF_article_on_personal_guarantees_and_unfair_terms_October_2016_345707781.pdf?id=blt68268c77ec0f0a9f

Alonso Pérez, T.: "La evolución del concepto de consumidor como consecuencia del desarrollo de los servicios digitales y de las plataformas de intermediación", *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 564-581.

Arroyo Amayuelas, E.: "Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41/2022. https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955

Arroyo Aparicio, A.: "Noción de consumidor para el Derecho Europeo (Noción del Reglamento 1215/2012 versus la de las Directivas de protección de los consumidores)", *Revista Electrónica de Direito*, febrero 2018, núm. 1 (vol. 15), pp. 9-38.

Bănulescu, V.: "Considerations regarding consumer protection in Romanian and European Law. The notion of consumer", *Juridical Tribune*, vol. 10, June 2020, pp. 20-26.

Barceló Compte, R.: "El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 626-653.

Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal de "consumidor" en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 84-117.

Chazal, J. P.: "Vulnérabilité et Droit de la consummation", *Colloque sur la vulnérabilité et le droit*, Mar 2000, Université P. Mendes-France, Grenoble II, France, pp. 1-18.

Cuartero Rubio, Mª. V.: "El ¿consumidor? internacional en los mercados de instrumentos financieros (a propósito de la STJUE de 2 de abril de 2020, Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursala Bucureşti, C-500/18", *CESCO Publicaciones jurídicas*, pp. 1-7.

Cuena Casas, M.: "La contratación a través de plataformas intermediarias en línea", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, núm. 2, pp. 283-348.

De Miguel Asensio, P.: "Acerca del concepto de consumidor en el Derecho de la UE", 2 de abril de 2020, disponible en https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/04/acerca-del-concepto-de-consumidor-en-el.html

Florensa i Tomàs, C. E.: "La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del JTUE", en AA. VV.: *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (dir. por M. Gramunt Fombuena y C. E. Florensa i Tomàs), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 63-86.

Gramunt Fombuena, M.: "Contratación de consumo mediante plataformas digitales", en AA. VV.: *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (dir. por G. García González y M. R. Redinha), Dykinson, Madrid, 2019.

Hartley, T. C.: "Recent developments under the Brussels I Regulation", *International & Comparative Law Quarterly*, 69, 2000, pp 979–990.

Iliescu, M. G.: "Recent clarifications by the European Court of Justice on the meaning of the notion of consumer", *Law Annals from Titu Maiorescu University 2021*: 25-34.

Jacquemin, H.: "Consumers contracting with other consumers in the sharing economy: fill in the gaps in the legal framework or switch to the blokchain model?", *IDP - Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, February 2019, pp. 44-55.

Jarne Muñoz, P.: *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, 2019.

Llamas Pombo, E.: "De la noción consumidor a la tutela del contratante débil", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 150, 2022, pp. 1-19.

Luzak, J. A.: "Status of a person concluding linked contracts may differ per contract - CJEU in Costea (C-110/14)", 4.9.2015, http://recent-ecl.blogspot.com/2015/09/status-of-person-concluding-linked.html

Marín López, M. J.: "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 9-16, disponible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401

Marín López, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 37, 2021, pp. 111-120.

Morais Carvalho, J.: "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services - Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *Journal of European Consumer and Market Law*, Volume 8, Issue 5 (2019) pp. 194-201.

Navarro Castro, M.: "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en AA.VV: *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. Ataz López y C. L. García Pérez), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 321-342.

Paredes Pérez, J. I.: "La noción de consumidor a efectos de aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: Petruchová", *La Ley Unión Europea*, núm. 75, noviembre 2019, pp. 1-20 según edición online.

Pérez Daza, J.: "La mirada de los jóvenes. Prosumidores visuales en la era digital", *Temas de Comunicación*, núm. 36-37, 2019, pp. 42-55.

Reyes López, M. J.: "La evolución del concepto de consumidor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3230-3257.

Toader, C.: "European Contract Law in the Court of Justice of the European Union Jurisprudence", *Revista Română de Drept European*, 2019(2), pp. 24-35.

Ungureanu, C.: "Who is the European consumer anyway?", *Revista de Stiinte Juridice*, 2021(1), pp. 9-20.

Wiewiórowska-Domagalska, A.: "Online platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?", European Parliament, 2017, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf

Zdraveva, N.: "Digital Content Contracts and Consumer Protection: Status Quo and Ways Further", 5 ECLIC 398 (2021), 398-421.

JURISPRUDENCIA DEL TJUE

STJCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa, ECLI:EU:C:1997:337.

STJUE 17 marzo 1998, C-45/96, Dietzinger, ECLI:EU:C:1998:111.

STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Gruber, ECLI:EU:C:2005:32.

STJUE 14 marzo 2013, C 419/11, Feichter, ECLI:EU:C:2013:165.

STJUE 5 diciembre 2013, C 508/12, Vapenik, ECLI:EU:C:2013:790.

STJUE 15 enero 2015, C-537/13, Šiba, ECLI:EU:C:2015:14.

STJUE 4 junio 2015, C 497/13, Froukje Faber, ECLI:EU:C:2015:357.

ATJUE 19 noviembre 2015, C-74/15, Tarcău, ECLI:EU:C:2015:772.

ATJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, ECLI:EU:C:2015:538.

ATJUE 14 septiembre 2016, C-534/15, Dumitras, ECLI:EU:C:2016:700.

STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, ECLI:EU:C:2018:37.

STJUE 4 octubre 2018, C-105/17, Kamenova, ECLI:EU:C:2018:808.

STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, ECLI:EU:C:2019:123.

STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, ECLI:EU:C:2019:825.

STJUE 2 abril 2020, C-329/19, Condominio di Milano, ECLI:EU:C:2020:263.

STJUE 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, ECLI:EU:C:2020:264.

STJUE 9 julio 2020, asuntos acumulados C-698 y C-699/18, Raiffeisen Bank y BRD Group Société Générale, ECLI:EU:C:2020:537.

STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, A.B. B.B., ECLI:EU:C:2020:1015.

EL INCIERTO RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO PRO CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

THE UNCERTAIN RECOGNITION OF THE PROCONSUMER PRINCIPLE IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 910-935

Erika ISLER SOTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El presente trabajo analiza si el principio pro consumidor se encuentra adecuada y suficientemente reconocido en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores chilena. Se llega a una conclusión negativa, tanto desde su consagración como principio general, como de las funciones explícitas que efectivamente se encuentran tipificadas.

PALABRAS CLAVE: Pro consumidor; principios generales del Derecho; Derecho de Consumo; interpretación.

ABSTRACT: *The text analyzes whether the general pro-consumer principle of law is adequately and sufficiently recognized in the Chilean Consumer Protection Law. A negative conclusion is reached, both fromt its consecration as a general principle, and from the explicit functions that are effectively typified.*

KEY WORDS: *Pro consumer; general principles of Law; Consumer Law; Interpretation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA VIGENCIA DE UN PRINCIPIO GENERAL PRO CONSUMIDOR EN CHILE: UNA CUESTIÓN DEBATIDA.- III. LAS FUNCIONES DEL PRO CONSUMIDOR EN PARTICULAR Y SUS PROBLEMÁTICAS.- 1. La función interpretativa de normas jurídicas.- 2. La función interpretativa de textos privados.- 3. la resolución de conflictos de textos con relevancia jurídica.- 4. La distribución de la carga de la prueba.- 5. Otras funcionalidades. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho de Consumo, se encuentra integrado por una amplísima gama de normas de distinta jerarquía y naturaleza. Desde las fuentes legisladas, la Ley 19.496 (LPDCCH) ocupa el lugar central del sistema de protección chileno, a la cual se une se une su normativa sectorial e incluso la Constitución Política de la República.

Con todo, frente a la ausencia de un bloque programático claro integrado por principios jurídicos, el legislador consumeril, a partir de las reformas introducidas por las Leyes 21.081 y 21.398 comenzó a incorporar principios jurídicos a la LPDCCH, siguiendo una tendencia mundial de las últimas décadas que vino a revalorizar estas fuentes dentro de los sistemas normativos, reconociéndoles una aptitud jurígena cada vez más amplia. Como explica Squella Narducci: "resulta incuestionable la creciente importancia de los principios en el derecho, sea que se los llame escuetamente así –'principios'-, o bien 'principios jurídicos', 'principios generales' o 'principios generales del derecho'"[1].

En tal periplo, primero se introdujeron normas de este tipo relativos a materias particulares, como la cobranza extrajudicial (Art. 37 inc. 10 LPDCCH) y los procedimientos voluntarios para la protección del interés colectivo o difuso (Art. 54 H LPDCCH). En una segunda etapa, acogiendo el reclamo de la doctrina y de la judicatura que ya se había adelantado en su aplicación, la Ley 21.398 (2021) explicitó un principio pro consumidor en la parte general de la LPDCCH (Art. 2 ter actual), agregando su manifestación a propósito de los contratos por adhesión (Art. 16 C) y eventual y discutiblemente en la distribución de la carga de la prueba en los procedimientos seguidos ante Juzgados de Policía Local (Art. 50 H inc. 5).

No obstante, si bien en una primera lectura, pareciera no haber dudas acerca de las funcionalidades que inicialmente el propio legislador le concede al *pro consumatore* -las explícitas y legisladas-, lo cierto es que la técnica legislativa utilizada da lugar a una serie de disyuntivas no sólo referidas a la procedencia de

1 Squella Narducci, A.: *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014, p. 336.

• Erika Isler Soto
Profesora Investigadora, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: erika.isler@uautonoma.cl

otras funciones del pro consumidor, sino que también al verdadero alcance de las que han sido efectivamente tipificadas.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto analizar si efectivamente el principio pro consumidor se encuentra adecuada y suficientemente consagrado y disciplinado en el ordenamiento jurídico chileno o si por el contrario, su regulación reclama ser clarificada. La importancia de este examen radica en que, con independencia de su mayor o menor disciplina o estudio, lo cierto es que todas las fuentes que integran un ordenamiento (en nuestro caso, el de consumo) constituyen verdaderas normas jurídicas y por lo tanto, gozan de una eficacia jurígena, cuyo alcance será más o menos cierto según la mayor o menor diafanidad de sus fuentes.

Con todo, la hipótesis de la que se parte es precisamente la existencia de una confusa consagración del principio pro consumidor y de sus funciones en el ordenamiento jurídico chileno, lo cual puede derivar en una aplicación poco rigurosa o ambivalente, que no sólo atentaría en contra de la certeza jurídica, sino que por sobre todo, precarizaría la protección del consumidor y difuminaría los límites de la responsabilidad del proveedor.

Ahora bien, para analizar el objeto de estudio, el trabajo se dividirá en dos partes: el examen de las problemáticas que surgen en torno a la vigencia de un principio general pro consumidor en el ordenamiento jurídico chileno, y aquellas que se vinculan con sus funcionalidades particulares.

II. LA VIGENCIA DE UN PRINCIPIO GENERAL PRO CONSUMIDOR EN CHILE: UNA CUESTIÓN DEBATIDA.

Algunas legislaciones reconocen el principio pro consumidor de manera general y no únicamente a partir de alguna funcionalidad en concreto, lo que facilita la defensa de su eficacia amplia. Tal es el caso de España, cuya Constitución señala expresamente que la defensa de los consumidores debe informar la labor del legislador, el juez y los poderes públicos (Art. 53.3, en relación Art. 51).

Ello no ocurre en Chile, por lo que la primera pregunta que cabe dilucidar es si es posible concebir o no la vigencia del pro consumidor como un principio general del Derecho de Consumo. Una respuesta afirmativa conduciría a su concepción como un principio y no únicamente como reglas aisladas, así como a la fundamentación de sus funciones implícitas. La solución contraria en tanto, restringiría su eficacia únicamente a aquellas manifestaciones típicas legisladas.

Como se señaló, durante mucho tiempo, la LPDCCH silenció la vigencia de un principio pro consumidor, por lo que no podía entenderse que tenía un

carácter explícito. Tampoco existía claridad entonces acerca de si podía o no entenderse regir de manera implícita. Posteriormente las leyes 21.398 y 21.081 cambiaron dicho panorama, aunque sólo de manera parcial, en el sentido de que, las manifestaciones del *pro consumatore* que introdujeron en la LPDC, tienen un carácter únicamente particular, por lo que la duda acerca de la vigencia de un principio general en tal sentido, se mantiene hasta el día de hoy.

Al respecto, aún con anterioridad a las reformas señaladas, algunos autores y tribunales, defendieron la vigencia del pro consumidor, incluso sin reconocimiento expreso del legislador (fuente legislada), acogiendo la fuerza obligatoria de fuentes no legisladas. Así, Pinochet Olave, Barrientos Zamorano, Isler Soto y Colman Vega postularon su eficacia general, derivada del espíritu de la LPDCCH[2], y del *pro homine* que trasunta detrás del Derecho de los Derechos Humanos[3]. Por otra parte, la mediáticamente conocida sentencia *Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013)[4], sobre cláusulas abusivas referidas al aumento de comisiones mensuales, ya en el año 2013 defendía la vigencia de principios propios del Derecho de Consumo, a los cuales además les atribuía el carácter de irrenunciables y de orden público (Considerando 2).

Otros en tanto, le reconocieron aptitudes específicas. Así, Jara Amigo[5], López Díaz[6] y algunos tribunales de justicia[7] entre ellos, estimaron que el *pro consumatore* servía de elemento exegético de las normas jurídicas (función interpretativa)[8],

2 Pinochet Olave, R.: "¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, p. 14; Pinochet Olave, R.: "Delimitación material del Derecho del Consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Comercial,* Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, pp. 343-367; Barrientos Zamorano, M.: "En torno a si son las normas del consumidor compatibles con las del libro IV del Código Civil chileno", en AA.VV.: *Nuevos Horizontes del Derecho Privado*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013, p. 355; Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo: nociones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 130-138.

3 Colman Vega, L.: "La primacía de la realidad en las relaciones financieras de consumo", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Consumidor,* Rubicón, Santiago de Chile, 2018, p. 177.

4 *Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013): Corte Suprema, Ing. 12.355-2011, 24 de abril de 2013 (reemplazo).

5 Jara Amigo, R.: "Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 1999, p. 48.

6 López Díaz, P.: "Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor", *Revista de Derecho*, 2018, núm. 244, pp. 91-127, p. 105.

7 *Sernac con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2020): Corte Suprema, Ing. 25068-2019, 14 de mayo de 2020, CL/JUR/30813/2020; *Sin identificar con Comercial Ancoa Ltda.* (2012): C. Ap. Talca, 17 de julio de 2012, VLEX-395485530; *Sernac con Claro Chile S.A.* (2008): 4 JPL Santiago, Rol 8933-5-06, 24 de agosto de 2007, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 272-08, 5 de marzo de 2008.

8 *Sernac con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2020): Corte Suprema, Ing. 25068-2019, 14 de mayo de 2020, CL/JUR/30813/2020.

a la vez que ciertas sentencias lo utilizaron como mecanismo de resolución de antinomias jurídicas[9] o de distribución de la carga de la prueba[10].

No cabe duda de que dichas reflexiones y argumentaciones constituyen importantes aportes a la disciplina del *pro consumatore*, pero no alcanzan, con todo, a agotar su tratamiento en la actualidad. Lo anterior, en primer lugar, atendido a que los argumentos mencionados podrían lo mismo ser invocados para defender, antes y ahora la vigencia del principio en análisis en espacios no regulados, que para rechazarlos, en virtud de la regla del *a contrario sensu*. En efecto, frente a la ausencia de una mención general, perfectamente podría ser posible argumentar que, si el legislador hubiese querido proyectar la aptitud funcional, así lo habría establecido expresamente. De esta manera, si únicamente se la circunscribió a ciertos ámbitos específicos, es porque de manera exclusiva en ellos se la deseaba reconocer. Como señalaba Frustagli, sólo con la explicitación un principio adquiere claramente autonomía[11].

Por otra parte, aun cuando la Ley 21.398 introdujo a la LPDC el mencionado principio pro consumidor, y no obstante la ubicación que le otorgó fue en su parte general, lo cierto es que su contenido se refiere únicamente a la función exegética, por lo que un alcance más general es dudoso y deberá extraerse mediante un esfuerzo interpretativo.

III. LAS FUNCIONES DEL PRO CONSUMIDOR EN PARTICULAR Y SUS PROBLEMÁTICAS.

Ya se señaló que la sistematización de la eficacia del pro consumidor en el ordenamiento jurídico chileno, parte por el estudio de si se trata o no de un programa general, cuestión que está lejos de encontrarse resuelta.

Un segundo estadio de análisis, y sobre lo cual me referiré a continuación, dice relación con la determinación de las funciones del principio que se entienden regir en nuestro sistema de consumo, sea de manera explícita, o bien implícita. Como se podrá apreciar, también sobre ellas recaen diversas dudas en cuanto a su vigencia y procedencia.

9 *Sin identificación con Compañía de seguros Renta Nacional* (2011): C. Ap. de Talca, Ing. 692-2011, 2 de noviembre de 2011, VLEX-331924190.

10 *Opazo con Claro Chile S.A.* (2008): 1 JPL Temuco, Rol 191.250-J, 21 de diciembre de 2007, se declaró desierto recurso de apelación, Ing. 169-08, 22 de agosto de 2008; *Sernac con Total Motos* (2008): JPL La Cisterna, Rol 73.889-2008, 3 de septiembre de 2008, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 1.120-2008, 21 de noviembre de 2008.

11 Frustagli, S.: "El contrato de Consumo", en AA.VV.: *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2016, p. 444.

. La función interpretativa de normas jurídicas.

Tradicionalmente se ha entendido que la interpretación de un texto jurídico corresponde a aquella operación por la cual se determina su "verdadero sentido y alcance"[12]. Squella Narducci por su parte, explica que este proceso busca "establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo"[13].

Ahora bien, a los principios considerados como fuentes del derecho se les reconoce una aptitud interpretativa[14] por la cual la exégesis que debe darse a una norma debe ajustarse al programa de que se trate. Los estatutos tutelares surgidos a partir del vencimiento de la Modernidad, abandonaron la neutralidad exegética de la codificación (en Chile Art. 19 CCCH)[15], y revalorizando la antigua regla medieval del "*odia restringi et favores convenit ampliari*"[16], precisamente por considerar que el modelo decimonónico se encontraba inspirado en relaciones jurídicas entre iguales, y por lo tanto, sólo en ellas resultaban pertinentes. El Derecho de Consumo acogió esta última doctrina, ordenando que, la interpretación de sus disposiciones deba realizarse conforme al modo que más convenga al consumidor.

12 Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 82. Acerca del Derecho como un sistema interpretativo: Pereira Fredes, E.: Contra Dworkin. El noble sueño y la nueva pesadilla", *Revista de Derecho y Humanidades*, 2013, núm. 22, pp. 307-308.

13 Squella Narducci, A.: *Introducción , cit.,* p. 506. En un sentido similar: Quintana Bravo, F.: "Interpretación, conjetura y validación", en AA.VV.: *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 210; Massini Correas, C.: "La interpretación jurídica como interpretación práctica", *Revista Persona y Derecho*, 2005, núm. 52, p. 416.

14 Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 2015, núm. 42 N° 3, p. 905; Squella Narducci, A.: *Introducción ,* cit., p. 334.

15 La codificación impuso la neutralidad también rechazando la apertura de Domat hacia la interpretación determinada según lo favorable u odioso. Domat, J.: *Les lois civiles,* Jean Baptiste Coignard, París, 1689, p. xcij: "C'est aussi une suite de cette même remarque de l'esprit des loix, qu'il y en a qui doivent s'interpreter de telle maniere, qu'on leur donne toute l'éntendüe qu'elles peuvent avoir, sans blesser la justice & l'équité: & qu'au contraire il y en a d'autres qu'on doit restreindre à un Sens plus borné".

16 El *Liber Sextum Decretalium* (1298) del Papa Bonifacio VIII, consagró la regla "*odia restringi, et favores convenit ampliari*" (V.12.13 *De regulis iuris*, *Regula* XV), como elemento de interpretación normativa, por la cual el alcance de las prescripciones odiosas debía ser restrictivo, establezcan favores había de ser extensiva. Aunque dicho corpus se refería a ciertos privilegios y a la aptitud para contraer matrimonio, con el tiempo el "*odia restringi, et favores convenit ampliari*" derivó en una regla auxiliar de interpretación de general aceptación y de más amplia eficacia, en el tratamiento y sistematización de las Fuentes del Derecho. Al respecto se puede revisar: Bravo Lira, Bernardino.: "*Odia restringi. Forma y destino de una regla del Derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Media*", *Ius commune : Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte,* 1992, núm. 19, p. 83; Huels, J.: "Reconciling the Old with the New Canonical Questions on Summorum Pontificum", *The jurist: studies in Church law and ministry,* 2008, núm 68 N° 1, pp. 92-113; Molano, E.: "El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas", *Ius canonicum,* 2007, núm. XLVII N° 94, p. 449; Polaino-Orts, M.: "¿Odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda? Sobre los límites de la interpretación de derechos procesales: acotaciones al Art. VII.3 Del Código Procesal Penal del Perú", *Anuario de Derecho Penal*, 2005, pp. 247-268. Acerca de la aplicación en Indias: Barrientos Grandón, J.: "'*Mos italicus*' y praxis judicial indiana", *Ius fugit: Revista Interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos,* 1996-1997, núm. *5-6*, pp. 373-378.

En el ámbito del Derecho de Consumo, probablemente es ésta la función que más frecuentemente es reconocida por los ordenamientos jurídicos, como ocurre con el sistema colombiano (Art. 4 inc. 3, Ley 1480[17]), ecuatoriano (Art. 1 inc. 1 segunda parte, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor[18]), español (Art. 6 N° 6, LGDCU[19]), boliviano[20] y peruano[21]. Destaca además el modelo argentino, que no sólo lo incluyó en la normativa reguladora de la relación de consumo (Art. 3 Ley 24.240[22]), sino que en el propio Derecho Común. En efecto, la primera parte del Art. 1094 del CCCoN expresa: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor"[23].

En Chile, luego de la entrada en vigencia de la Ley 21.398, no cabe duda de que el *pro consumatore* cumple una función interpretativa, toda vez que el Art. 2 ter LPDCCH lo explicita: "Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil". Se trata de una disposición que instituye un imperativo exegético a todos quienes deban interpretar la LPDCCH, esto es, no sólo el juez, sino que también, como explica Contardo González[24], también al Sernac, cuando ejerza su facultad interpretativa (Art. 58 letra b LPDCCH).

Ahora bien, aunque la mención legislativa no deja dudas acerca de la vigencia del *pro consumatore* interpretativo. Su ámbito de aplicación, no obstante, es críptico.

17 Estatuto del Consumidor, Colombia, Art. 4 inc.3: "Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor".

18 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley 2000-21), Ecuador: "En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor" (Art. 1 inc. 1, segunda parte).

19 Art. 5 Ley 453, Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores: "Definiciones. Favorabilidad. En caso de duda, la Ley y las estipulaciones convenidas se aplicarán en la forma más favorable a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores".

20 Art. 6 N° 6 Ley General de los Derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores, Bolivia: "Favorabilidad. En caso de duda, la Ley y las estipulaciones convenidas se aplicarán en la forma más favorable a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores".

21 Art. V N° 2 Código de Protección y Defensa del Consumidor, Perú: "(…) en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor".

22 Art. 3 Ley 24240, Argentina: "Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".

23 Acerca de la función interpretativa del Art. 1094 CCCN: Frustagli, S.; Hernández, C.: "Art. 1094", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 360.

24 Contardo González, J.: "Extensión de la regla de interpretación de la ley a favor del consumidor", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Consumo, Jornadas Nacionales de Derecho de Consumo 2021*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, en prensa.

Así, una primera cuestión que queda en la penumbra dice relación con la vinculación existente entre el Art. 2 ter LPDCCH y las reglas de interpretación del Código Civil. En efecto, la escueta y confusa voz "complementaria" que utiliza la disposición para referirse a ello, lejos de aclarar la cuestión, incrementa la disyuntiva acerca de si el 2 ter deroga las reglas del CC, se aplica de manera supletoria o viceversa. La duda se vuelve especialmente relevante si se lo pondera con el Art. 23 CCCH que rechaza una posible interpretación normativa *pro parte* ("Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación") que es precisamente el propósito perseguido por la interpretación *pro consumatore*.

Rodríguez Diez, vislumbrando esta problemática niega que el Art. 2 ter deba aplicarse con privilegio respecto del régimen común[25]. Rubio Varas en tanto, recalca la relación de complementariedad[26], aunque no explica en qué consiste. Lazo González por su parte, en las reflexiones que adelantó en las Jornadas de Derecho Civil, pareciera inclinarse por la improcedencia de una preferencia absoluta de la norma de interpretación de la LPDCCH por sobre las del CC, aunque cabe esperar la publicación de su ponencia para poder revisarla de manera íntegra[27]. Contardo González en tanto, matiza, sosteniendo que cuando la interpretación *favorable-absoluta* reclamada por el Art. 2 ter LPDCCH, sea insuficiente para otorgar completitud a la interpretación otorgada por el aplicador, es posible recurrir a las normas del Código Civil para determinar el sentido y alcance de sus normas[28]. Este panorama da cuenta de un trabajo inicial e importante de la dogmática chilena sobre el punto, el cual no obstante, todavía es incipiente y para nada unánime. Tampoco es posible todavía analizar la aplicación práctica de dichas propuestas por parte de la judicatura, a raíz de lo reciente de la reforma.

Una segunda cuestión no resuelta por el legislador consumeril, es el contexto normativo en el cual debe encontrarse situada una norma para que sea interpretada con un sentido pro consumidor. En otras palabras, lo que cabe dilucidar es si el Art. 2 ter cubre únicamente las disposiciones de la LPDCCH, o también aquéllas otras que se encuentran contenidas en otros estatutos, legales o reglamentarios. Sobre esta temática Goldenberg Serrano, invocando la literalidad del Art. 2 ter ("Las normas contenidas en esta ley"), se decantó por la primera respuesta[29]. No

25 Rodríguez Diez, J.: "El nuevo principio 'pro consumidor' y el antiguo 'odia restringi'", *El Mercurio Legal* 2 de septiembre de 2021, disponible en https://derecho.uc.cl/images/El_nuevo_principio_pro_consumidor_y_el_antiguo__i_odia_restringi__i_.pdf revisado el 10 de junio de 2023, 2021.

26 Rubio Varas, F.: *Las interpretaciones en favor del consumidor en la Ley N° 19.496*, Santiago de Chile, inédito, p. 3.

27 Lazo González, P.: "Las reglas de interpretación del Código Civil ante el Art. 2 TER de la Ley 19.496", *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Villarrica, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2023.

28 Contardo González, J.: "Extensión de la", cit.

29 Goldenberg Serrano, J.: "Evolución de la Ley 18.010 hacia una normativa de protección del consumidor y su objetivo", *Seminario Proyecto pro consumidor y estatuto de cobranzas extrajudiciales*, Universidad de Talca, 18 de agosto de 2021.

obstante, dicha interpretación, podría colisionar con el también nuevo Art. 3 inc. final que instituye como "derechos de todo consumidor", aquellos reconocidos por "leyes, reglamentos y demás normativas que contengan disposiciones relativas a la protección de sus derechos.

Finalmente, aunque estuviere claro el ámbito de aplicación formal de la interpretación pro consumidor -que no lo está, como se adelantó- el Art. 2 ter deja sin solución diáfana la disyuntiva referente a su eficacia material, esto es, si procede sólo cuando existiesen dudas acerca del sentido o alcance del texto ("*in dubio*") o en todo caso ("*in dubio*" e "*in claris*"). Y en ambas situaciones, adicionalmente correspondería también delimitar los casos en que la disposición es dudosa, esto es, probablemente indeterminada o impropia. Al respecto Contardo González ha estimado que la disposición obliga al intérprete a arribar a un resultado en favor del consumidor en todo caso, y no sólo frente a una duda[30]: "La norma se erige como una de interpretación que podríamos llamar *favorable-absoluta* hacia el consumidor, en oposición a las reglas del Código Civil que podría calificárseles de neutras, atendido el art. 23 CC. Esto significa que el resultado interpretativo debe, en cualquier caso, beneficiar al consumidor. La expresión 'siempre' ordena llegar a este resultado interpretativo pues la expresión es absoluta. La ley ordena llegar a los resultados más favorables al consumidor 'en todos casos' (como expresaría el CC, arts. 79, 985, 2130, 2138), en cualquier caso, de cualquier manera, o como quiera expresarse"[31].

Ahora bien, aunque del tenor literal del Art. 2 ter podría desprenderse su propia exégesis amplia -el Art. 2 ter también ha de ser interpretado-, lo cierto es que la voz "siempre" a la que recurre no puede tomarse automáticamente como determinante de un eventual consecuente silogístico en el sentido de que la disposición no pareciera hacerse cargo del problema. Podría así, lo mismo entenderse que la interpretación pro consumidor procede "siempre" en la duda o bien "siempre" en todo caso. La judicatura en tanto, aunque ha reconocido en reiteradas ocasiones la función interpretativa implícita o explícita del pro consumidor, escasamente se ha pronunciado respecto a su ámbito de aplicación material[32].

2. La función interpretativa de textos privados.

No sólo las normas jurídicas han de ser interpretadas, sino que también los textos privados. En este contexto se debe por lo tanto determinar si la lectura

30 Contardo González, J.: "Extensión de la", cit.

31 Contardo González, J.: "Extensión de la", cit.

32 *Sernac con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2020): Corte Suprema, Ing. 25068-2019, 14 de mayo de 2020, CL/JUR/30813/2020; *Sin identificar con Comercial Ancoa Ltda.* (2012): C. Ap. Talca, 17 de julio de 2012, VLEX-395485530; *Sernac con Claro Chile S.A.* (2008): 4 JPL Santiago, Rol 8933-5-06, 24 de agosto de 2007, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 272-08, 5 de marzo de 2008.

de los contratos, la publicidad y las declaraciones unilaterales que se emiten en el ámbito de las relaciones de consumo debe realizarse también conforme a los imperativos del *pro consumatore* o bien de acuerdo a los estándares generales. La disyuntiva en esta ocasión, replica el mismo fundamento del punto anterior, cual es, la insuficiencia del Derecho Común para proporcionar el adecuado sentido y alcance de las declaraciones no estatales surgidas en el marco de una relación de consumo[33].

Probablemente, la única regla codificada que servía para prevenir abusos en la disposición unilateral de los contenidos de los pactos, era la heredada del sistema romano-medieval[34] "*contra proferentem*" (en Chile Art. 1566 inc. 2 CCCH), conforme a la cual las cláusulas contenidas en contratos predispuestos se deben interpretar en contra del predisponente. No obstante, en Chile, ello procederá siempre que ellas fuesen ambiguas y en la medida de que dicha ambigüedad proviniese de una "falta de explicación" del mismo sujeto[35].

Con todo, en nuestro país, hasta la entrada en vigencia de la Ley 21.398 la interpretación de los pactos de consumo, en parte se entendía regida por las reglas del CCCH[36], esto es, inspiradas principalmente en la búsqueda de la voluntad de las partes, mediante la adopción de un sistema subjetivo[37]. No obstante, se nos presentaban -y presentan- en esta dimensión, las mismas dificultades que

33 Rubio Varas, F.: "Algunos aspectos sobre la interpretación de los contratos de adhesión en Chile", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Consumidor II*, Rubicón, Santiago de Chile, 2021, p. 261.

34 Bartoli a Saxoferrato: *In primam Digestiveteris. Partem Commentaria*, AugustaeTaurinorum, Turin, 1574, p. 90: "*Veteribus. Ambigua conventiointerpretatur contra eum, pro quo profertur*".

35 Art. 1566 inc. 2 CCCH: "Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella". Dicha regla se encontraría inspirada en los imperativos de la buena fe: Schötz, G.: "El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, núm. 1, p. 121.

36 Acerca de las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el Derecho Común: Coloma Correa, R.: "Interpretación de contratos: entre literalidad e intención", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2016, núm. 26, pp. 9-47; Cornejo, P.: "La problemática calificación e interpretación de los contratos complejos y su control mediante la casación en el fondo (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 14 de Diciembre de 2017, rol N° 67394-2016)", 2019, *Revista Jurídica Digital Uandes*, núm 3/2, pp. 137-146; Johow Santoro, C.: "Para una nueva lectura de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. El método de la interpretación del contrato en el Derecho Alemán", en AA.VV.: *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad* Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2002, pp. 99-129; Rubio Varas, F.: "Notas histórico-dogmáticas de la interpretación de los contratos en el Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 2018, núm. 45 N° 2, pp. 553-563.

37 Baraona González, J.: "Panorama doctrinal de la interpretación de los contratos en Chile", en AA.VV.: *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2008, p. 456; Rubio Varas, F.: "Notas histórico-dogmáticas", cit., p. 556. No obstante, Baraona González, matiza en cuanto a la subjetividad del sistema, revalorizando el tenor del texto del contrato, Baraona González, J.: "La interpretación contractual: una insistencia en su giro objetivo", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, pp. 439-449. Acerca de la búsqueda de la intención y voluntad de las partes mediante la interpretación: Franco Victoria, D.: "Interpretación de los contratos. Desde Roma hasta los inicios de la codificación. Verbas contra voluntas", *Revista de Derecho Privado*, 2006, núm. 11, pp. 127-153; Isler Soto, C.: "¿Qué papel juega la consideration en la teoría del contrato de Thomas Hobbes?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2019, núm. 156, p. 1546; Vidal Olivares, Á.: "La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2000, núm. XXI, pp. 209-227.

empañaban la aplicación de la interpretación reglada del CC a las normas jurídicas: habían sido diseñadas para vínculos jurídicos surgidos entre personas situadas en un plano de igualdad y con similar poder de resguardo de sus intereses. Como se puede apreciar, el Derecho Común, aunque supletorio, en este ámbito persistía en su insuficiencia y anacronía para abordar convenciones celebradas entre un proveedor y un destinatario final de bienes o servicios. Como señala Arrubla Paucar, "Una de las grandes falencias de los sistemas liberales era precisamente que las normas de interpretación contractual estaban diseñadas para contratos de libre discusión, no para contratos por adhesión"[38].

En observancia de lo anterior, los sistemas reguladores de la relación de consumo, decidieron nuevamente apartarse del régimen común, proponiendo mecanismos especiales de exégesis convencional.

Así por ejemplo, la legislación de la comunidad de Extremadura (España), prescribe que frente a la confusión o diferencias interpretativas, toda publicidad, comunicación comercial, oferta, práctica o cláusula debe ser interpretada en favor del consumidor (Art. 6 LEY 6/2019[39]). En Colombia en tanto, se ordena una exégesis pro consumidor de las condiciones generales de la contratación (Art. 34 Ley 1480[40]).

Otras legislaciones establecieron que ante una duda ("*in dubio*"), debía estarse a aquella interpretación que fuese más favorable al consumidor. Tal es el caso de

38 Arrubla Paucar, J.: "La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano", en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho del Consumo* (coord. por L. Valderrama Rojas), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 384. Reflexión similar: Martínez-Cárdenas, B.: "Protección del consentimiento y reglas especiales del consumo: la lucha interminable contra las cláusulas abusivas", en AA.VV.: *Cuadernos de Análisis Jurídico VIII. Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2014, pp. 70-71.

39 Art. 6 LEY 6/2019 Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, DOE 20.02.2019: "Interpretación a favor de la persona consumidora. 2. En el supuesto de confusión o diferencias interpretativas, toda publicidad, comunicación comercial, oferta, práctica o cláusula que sean de aplicación a una relación de consumo serán interpretadas a favor de la persona consumidora. 3. La Administración autonómica, en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de consumo, podrá interpretar, de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, las normas de protección de las personas consumidoras, la información contenida en los documentos justificativos de la relación de consumo, así como las cláusulas de esta relación, especialmente en el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de su control por los tribunales de justicia".

40 Artículo 34 Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), Colombia: "*Interpretación favorable*. Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor (…)".

Argentina (Art. 1095 CCCoN[41]), Bolivia (Art. 6 N° 6 LGDUUCC[42]), Panamá (Art. 76 inc. 2[43]), Perú (Art. V N° 2 CPDC[44]) y el Régimen eurocomunitario (Art. 5[45]).

En Chile la insuficiencia del Derecho Común, intentó ser salvada mediante la incorporación en la LPDCCH de un nuevo Art. 16 C, cuyo inciso primero prescribe que las cláusulas ambiguas incorporadas en contratos celebrados por adhesión deben ser interpretadas "en favor del consumidor". La inclusión de esta nueva prescripción desde luego aumenta la certeza en torno a la forma conforme a la cual deben ser interpretados los textos privados surgidos en el marco de una relación de consumo, en el sentido de que establece un mandato al juez al momento de determinar el sentido y alcance del contrato[46]. Por otra parte, agrega Rubio Varas, que su finalidad no sólo es servir de elemento de interpretación, sino que además incentivar al proveedor a redactar textos claros y no lesivos (función política)[47].

No obstante, aunque el texto del Art. 16 C, evita una discusión referente a la procedencia supletoria del mencionado Art. 1566 inc. 2 a estas materias, lo cierto es que deja en la nebulosa nuevamente qué se entenderá por pactos ambiguos, así como la procedencia del pro consumidor interpretativo a textos no convencionales (publicidad, declaraciones unilaterales) o bien que no sean defectuosos. Se trata de una temática que también urge ser clarificada, atendido a que, más allá de las menciones reseñadas, tiene un escaso tratamiento en la doctrina y el foro.

41 Art. 1095 CCCoN, Argentina: "Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa". Sobre esta norma: Frustagli, S.: "El contrato de", cit., p. 483; Frustagli, S.; Hernández, C.: "Art. 1095", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado* Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 362.

42 Art. 6 N° 6, Ley General de los Derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores boliviana (Art. 6 N° 6): "Favorabilidad. En caso de duda, la Ley y las estipulaciones convenidas se aplicarán en la forma más favorable a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores".

43 Art. 76 inc. 2° Ley 45 sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia: "Las condiciones generales ambiguas u oscuras deben interpretarse en favor del adherente o consumidor".

44 Art. V N° 2 Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú: "En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor".

45 Art 5 Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidor, de 5 de abril de 1993: "En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva".

46 Rubio Varas, F.: *Las interpretaciones en, cit.,* p. 4.

47 Rubio Varas, F.: *Las interpretaciones en, cit.,* pp. 4-5.

3. La resolución de conflictos de textos con relevancia jurídica.

Se entiende por conflicto normativo o antinomia jurídica a "todo problema de satisfacción de normas que derive de la posibilidad de aplicar a un mismo caso una o más normas cuyos significados no sean compatibles"[48]. Bobbio en tanto, la concibe como aquella "situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez"[49].

Para resolverlas, tradicionalmente se ha recurrido a criterios que no toman en consideración la calidad de las partes: jerarquía, temporalidad y especialidad. Con todo, transcurrido el tiempo, la aparición de estatutos tutelares, obligó a los juristas a cuestionarse acerca de la formulación de un elemento adicional que sí haga prevalecer aquella disciplina que tienda a conseguir el objetivo por ellos buscado, esto es, la protección de aquel individuo que se considera más débil[50], que es precisamente lo que ocurrió con el Derecho de Consumo[51]. Así explican Cosculluela Montaner y López Benítez: "El principio de protección del consumidor se despliega en otros varios principios derivados entre los que pueden citarse: el principio de *vis atractiva* de su regulación en cualquier sector que se traduzca en relaciones entre empresarios y consumidores y usuarios, y el principio de aplicación de las normas de mayor protección, que supone la aplicación de la norma más favorable al consumidor"[52]. Barocelli en Argentina, va incluso más allá, sosteniendo que esta regla debe preferirse a la jerarquía, especialidad o temporalidad[53].

Sin perjuicio de la justificación de la función de resolución de conflictos de normas del pro consumatore, ella no goza del mismo nivel de tipificación que otras de sus aptitudes. Con todo, al respecto es posible mencionar que el CPDC peruano, prescribe que contiene la protección mínima del consumidor y no impide que normas sectoriales le confieran mejores derechos[54].

48 Huerta Ochoa, C.: "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, núm. XXXVI N° 108, p. 928.

49 Bobbio, N.: *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1992, p. 189.

50 Barocelli, S.: "El Derecho del Consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial", en AA.VV.: *Derecho del Consumidor* Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2015, p. 23; Galdos, J.: "El principio *favor debilis* en materia contractual", *Derecho del Consumidor*, 1997, núm. 10, p. 46; Tolosa Villabona, L.: "De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo", *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* 2017, núm. *19(2),* p. 33.

51 La aplicación preferente del Derecho Común se quiebra por el principio pro consumidor: Correa Henao, M.: "El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas", en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 141.

52 Cosculluela Montaner, L.; López Benítez, M.: *Derecho Público Económico*, Madrid, Editorial Iustel, 2011, pp. 31 y 32.

53 Barocelli, S.: "El Derecho del", cit., pp. 23 y 24.

54 Perú: Art. V: "Principios. El presente Código se sujeta a los siguientes principios: 6. Principio de Protección Mínima.- El presente Código contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor".

Al respecto, la LPDCCH nada dice, ni aún con posterioridad a la reforma, por lo que la extracción de una regla en tal sentido, habría de obtenerse a partir de la defensa de su funcionalidad implícita. Frente a tal panorama, algunos tribunales de justicia efectivamente han optado por dicho camino, aunque sus pronunciamientos son tan escasos y escuetos que no alcanzan a formar doctrina[55]. La dogmática por su parte, tampoco ha profundizado respecto de ello, limitándose Corral Talciani a proponer que, frente a un conflicto normativo, el sujeto protegido -consumidor- es el llamado a optar por un régimen u otro, puesto que en caso contrario, explica, podría incluso llegarse al absurdo de que la misma ley que tiene la finalidad de proteger sus derechos, lo termine perjudicando[56].

Se trata por lo tanto de una cuestión que urge aclarar, toda vez que, de ello depende en gran medida, la propia determinación del ámbito de aplicación de la LPDC, atendida la gran cantidad de normativas sectoriales que la acompañan en el sistema nacional de consumo.

La situación cambia en parte, si el conflicto opone textos privados. La primera norma que cabría mencionar es el Art. 17 que ordena privilegiar las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario, aunque no explicita que siempre ello conduzca a un beneficio para el consumidor [57]. Por otra parte, el Art. 16 C inc. 2 LPDCCH, luego de la entrada en vigencia de la Ley 21.398 prescribe que, frente a cláusulas contradictorias, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que más favorezca al consumidor[58]. Como se puede apreciar, el legislador explicita la resolución de conflictos en favor del consumidor. No queda claro no obstante, si se trata de una regla excepcional o bien si es una manifestación de un principio pro consumidor de eficacia más amplia, que pudiere aplicarse, por ejemplo, para dilucidar oposiciones entre soportes publicitarios o bien entre una publicidad y el contrato.

Sobre esta última materia, De la Maza Gazmuri y López Díaz, han planteado la preferencia inicial del texto más beneficioso[59], salvo que el contrato haya sido

55 *Sin identificación con Compañía de seguros Renta Nacional* (2011): C. Ap. de Talca, Ing. 692-2011, 2 de noviembre de 2011, VLEX-331924190; *Sernac con Cecinas San Jorge S.A.* (2003): 1 JPL Pudahuel, Rol 9.712-3-2003, 29 de diciembre de 2003, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 904-2004, 13 de julio de 2005; *Sernac y Pizarro con Empresa de Correos de Chile* (2013): JPL Coyhaique, Rol 48.203-2012, 10.01.2013, revocada por la C. Ap. Coyhaique, Ing. 8-2013, 19 de marzo de 2013.

56 Corral Talciani, H.: "Responsabilidad civil en la construcción de viviendas. Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010", *MJD387*, 2010.

57 Comentario de esta regla: Barrientos Camus, F.; Martínez Santibáñez, D.: "Artículo 17", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 19.496,* Thomson Reuters, Santiago de Chile, en prensa.

58 Art. 16 C inc. 2 LPDCCH: "Cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor". Una solución similar: Art. 34 Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), Colombia: "*(…)* En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean".

59 De la Maza Gazmuri, I.; López Díaz, P.: "La publicidad engañosa en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores: un intento de sistematización desde el moderno Derecho de contratos", *Revista Chilena de Derecho*, 2021, núm. 48 N° 2, p. 45. Reflexión similar: Acedo Penco, Á.: "Los

pactado de manera verdaderamente libre y el consumidor hubiese sido informado claramente acerca de sus consecuencias con anterioridad a la celebración del contrato, en cuyo caso primaría la convención con independencia de su contenido[60]. Esta última solución podría justificarse en lo que se ha denominado una posible "renuncia previa justificada" –abdicación a cambio de otros beneficios-[61], tales como una rebaja importante del precio[62].

Como se puede apreciar, la resolución de conflictos de textos jurídicos, únicamente se encuentra clarificada respecto de las cláusulas contractuales, mas no entre el pacto y la publicidad, ni tampoco entre normas estatales.

4. La distribución de la carga de la prueba.

La insuficiencia de los Derechos Comunes para abordar las relaciones en que uno de los sujetos se encuentra en una situación más desventajosa alcanza también a las reglas distribuidoras de las cargas de la prueba[63], planteándose dos vías de solución a aquello: la radicación de la carga de la prueba en el sujeto más poderoso o que la puede obtener mediante un esfuerzo menor y la incorporación de cargas dinámicas.

La primera técnica suele ser utilizada a propósito de las prácticas publicitarias explicitándose que la carga de la prueba de lo informado de manera precontractual, radica en el proveedor o anunciante (Arts. 20 N° 5 LGDCU, España[64]; Art. 26 Ley 17.250, Uruguay[65]; Art. 38 Ley 8078, Brasil[66]; Art. 32 inc. 1 Ley 842, Nicaragua[67]).

efectos vinculantes de la publicidad comercial en la contratación con los consumidores en el Derecho de Nicaragua", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2011, núm. 29, p. 249.

60 De la Maza Gazmuri, I.; López Díaz, P.: "La publicidad engañosa", cit., p. 45.

61 Isler Soto, E.: *Prescripción extintiva en el Derecho del Consumo*, Santiago de Chile, Rubicón, 2017, p. 323.

62 Por ejemplo, a propósito de los deberes de garantía, explica Larenz que sería aceptable la exclusión de algunas facultades legales si simultáneamente se conceden al consumidor otras que satisfagan igual o mejor sus intereses, Larenz, K.: *Derecho Civil. Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 75.

63 Galdos, J.: "El principio *favor debilis*", cit., p. 46. Consideración similar: *Servicio Nacional del Consumidor con Banco de Chile* (2022): C. Ap. Rancagua, Rol 81-2021, 19 de abril de 2022, CL/JUR/14945/2022.

64 Art. 20 N° 5 LGDCU, España: "La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario".

65 Art. 26 Ley 17.250, Uruguay: "La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante".

66 Art. 38 Ley 8078 Brasil: "*O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina*".

67 Art. 32 inc. 1 Ley 842 de Protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias Nicaragua: "En las controversias que pudieren surgir como consecuencia de lo dispuesto en el Artículo sobre publicidad engañosa, la persona proveedora deberá probar la veracidad de las afirmaciones contenidas en el mensaje publicitario, sin perjuicio de las pruebas que pueda proporcionar la persona consumidora o usuaria. Las autoridades correspondientes procederán a suspender o prohibir de inmediato la publicidad que se compruebe que es falsa o engañosa, una vez agotado el debido proceso".

Lo propio se ha establecido respecto del consentimiento para la recepción de soportes publicitarios no solicitados (Art. 21 Ley 6/2019, Extremadura)[68].

Por la segunda en tanto, se le confiere al tribunal la potestad de radicar en concreto la carga probatoria, de acuerdo circunstancias objetivas que evidencien la irrazonabilidad de la aplicación generalizada de la regla general[69], consistentes frecuentemente en la facilidad para obtenerla[70]. En este caso, la mayor o menor discrecionalidad que se le otorgue al tribunal para optar por una u otra solución, implica que no se trataría de una regla, al menos en la tesis de la "demarcación débil", desde que no admitiría una disyunción absoluta de "todo o nada"[71].

En Chile, la primera técnica podría eventualmente desprenderse de la exigencia de comprobabilidad de las declaraciones publicitarias (Art. 33 LPDCCH[72]), aunque la norma no lo explicita de esa forma. Más clara, aunque parcial, es la Ley 20009, en el sentido de que pone de cargo del emisor de un medio de pago acreditar que, aquel consumidor que expresa desconocer haber autorizado una operación, efectivamente consintió en ella (Art. 4 inc. 5)[73].

La dinamicidad de la carga probatoria por su parte, fue reconocida en la LPDCCH, luego de la entrada en vigencia de la Ley 21.081 (2018), en el sentido de que el actual Art. 50 H, faculta a los Juzgados de Policía Local, para distribuir la carga probatoria, conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes[74]. Con todo, se trata de una facultad que los tribunales se habían atribuido incluso

68 Art. 21, LEY 6/2019 Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, DOE 20.02.2019: "Prácticas comerciales agresivas y desleales. 8. La carga de probar que la persona consumidora ha dado su consentimiento para que se le oferten bienes y servicios corresponde a la empresa. Asimismo, el consentimiento de la persona consumidora a pagar por bienes o servicios no puede presumirse, especialmente cuando se le ofrece gratuitamente, y su silencio no puede considerarse como consentimiento adelantado a un futuro cobro de esas prestaciones que, en el momento de contratar, se le ofrecen sin coste".

69 Kalafatich, C.: "Acceso a la justicia y consumidores hipervulnerables", en AA.VV.: *Consumidores Hipervulnerables* (coord. por S. Barocelli), El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 355.

70 Galdos, J.: "El principio *favor debilis*", cit., p. 46.

71 Orozco Henríquez, J.: "Consideraciones sobre los principios y reglas en el Derecho electoral mexicano", *Isonomía,* 2003, núm. *18*, p. 144.

72 Art. 33 LPDCCH: "La información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.
Expresiones tales como 'garantizado' y 'garantía', sólo podrán ser consignadas cuando se señale en qué consisten y la forma en que el consumidor pueda hacerlas efectivas".

73 Condenas en tal sentido: *Servicio Nacional del Consumidor con Banco de Chile* (2022): C. Ap. Rancagua, Rol 81-2021, 19 de abril de 2022, CL/JUR/14945/2022; *Banco Santander Chile con Francisco Contreras Ríos* (2022): C. Ap. San Miguel, Rol 294-2021, 19 de abril de 2022, CL/JUR/14204/2022.

74 Art. 50 H inc. 5 LPDCCH: "En el aludido comparendo, el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o el no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder. Para efectos de rendir la prueba ordenada conforme a este inciso, el juez citará a una nueva audiencia con ese único fin, la que deberá ser citada a la brevedad posible".

con anterioridad a su explicitación[75]. Así ocurrió por ejemplo a propósito de productos con fallas (batería de motos para niño[76] y reparación defectuosa de vehículo[77]), alimentos inseguros (intoxicación por torta con hongos[78]), seguridad en dependencias de un banco (sustracción de dinero que iba a ser depositado[79]), información de deudas no consentidas en bancos de datos[80], cargos no consentidos y realizados por terceros en cuentas bancarias[81], etc.

Ahora bien, lo que queda sin resolver en esta ocasión, es si dicha carga dinámica podría igualmente proceder respecto de los procedimientos por vulneración del interés supraindividual, a manera de imperativo implícito. O incluso cabría clarificar si con independencia de la sede en la cual se ventile el procedimiento, ha de presumirse inicialmente la debilidad probatoria del consumidor, la que sería revertida únicamente si se logra acreditar que ella no existe.

5. Otras funcionalidades.

Finalmente cabe cuestionarse la vigencia de otras funcionalidades del principio pro consumidor que no cuentan con ningún tipo de recepción explícita en la LPDCCH. Una de ellas es la política[82], por la cual otorgaría un verdadero programa normativo al estatuto de que se trate. Así, López Díaz, lo enuncia como el fundamento de varias de las disposiciones e instituciones de la LPDC[83], tales como, la irrenunciabilidad anticipada de los derechos, el retracto, la libertad contractual, etc.

75 *Muñoz con Almacenes París S.A.* (2009): 1 JPL Viña del Mar, Rol 6359-2008, 14 de enero de 2009; *Vilches Cruz con Comercial Electro South Ltda.* (2010): 4 JPL Santiago, Rol 732-3-2010, 21 de octubre de 2010; *Muñoz Díaz con Master Sociedad Anónima* (2010): 4 JPL Santiago, Rol 2587-3-2010, 30.11.2010; *Cabrera Arenas con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2010): 4 JPL Santiago, Rol 2.228-5-2010, 19 de octubre de 2010. Es parte del orden público económico: *Allendes Vargas con CMR Falabella* (2012): 1 JPL Viña del Mar, Rol 10.916-2011, 20 de agosto de 2012; *Fernández Baylaucq con Alcalde Motos* (2012): 1 JPL Viña del Mar, Rol 224-2012, 30 de marzo de 2012; *Quinteros Valladares con Comercial Eccsa S.A.* (2000): 1 JPL Viña del Mar, Rol 1.142-2009, 3 de julio de 2000.

76 *Muñoz Díaz con Master Sociedad Anónima* (2010): 4 JPL Santiago, Rol 2587-3-2010, 30 de noviembre de 2010.

77 *Sernac con Total Motos* (2008): JPL La Cisterna, Rol 73.889-2008, 3 de septiembre de 2008, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 1.120-2008, 21 de noviembre de 2008.

78 *Rojas Soto con Supermercado Ducal* (2016): JPL Lautaro, Rol 43660-2016, 29.12.2016.

79 *Vergara Arias con Banco Santander Chile S.A.* (2015): 1 JPL Temuco, Rol 229106, 12 de mayo de 2015, confirmada por la C. Ap. de Temuco, 13 de febrero de 2017.

80 *Opazo con Claro Chile S.A.* (2008): 1 JPL Temuco, Rol 191.250-J, 21.12.07, se declaró desierto recurso de apelación, Ing. 169-08, 22.08.08.

81 *Servicio Nacional del Consumidor con Banco de Chile* (2022): C. Ap. Rancagua, Rol 81-2021, 19 de abril de 2022, CL/JUR/14945/2022; *Banco Santander Chile con Francisco Contreras Ríos* (2022): C. Ap. San Miguel, Rol 294-2021, 19 de abril de 2022, CL/JUR/14204/2022.

82 Explica Dworkin, que los principios gozan de una dimensión de peso o importancia, de la que carecen las reglas, Dworkin, R.: *Los Derechos en serio*, Barcelona. Ariel S.A., 1984, p. 78.

83 López Díaz, P.: "El error en el precio publicitado o etiquetado: ¿un supuesto de hecho de la integración publicitaria, la negativa injustificada de venta, la publicidad engañosa o el abuso del derecho del consumidor?", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Consumidor II*, Rubicón, Santiago de Chile, 2021, p. 121.

Asimismo, dentro de las funciones atípicas, probablemente la más relevante sea la integradora[84], esto es, aquella por la cual, se intentan salvar las lagunas del derecho, esto es aquellas situaciones en que la legislación no contiene una norma que pueda aplicarse al caso concreto que la realidad presenta[85] ("silencio de la ley" [86], "lagunas genuinas" [87]), sea por una decisión deliberada del legislador, sea porque no fue previsor[88]. En virtud de esta aptitud, se faculta al operador jurídico a derivar de los principios, imperativos particulares que tiendan a cumplir con el propósito que trasunta detrás de los primeros, y que da cuenta de la vocación de completitud que tiene -o debería tener- el sistema normativo en el cual se inserta.

Algunas legislaciones foráneas han recogido esta funcionalidad, tales como España (Art. 65 LGDCU[89]) y Colombia (Art. 4 Ley 1480[90]).

Al respecto, nuestra LPDCCH nada dice, por lo que el desafío en esta ocasión radica en determinar si a partir de la vigencia de un principio general pro consumidor, es posible o no, derivar su función integradora.

Con todo, las lagunas también pueden provenir de la utilización de hechos, conceptos o criterios no determinados ("lagunas ordinarias"[91]), cuyo alcance debe ser interpretado, ponderado y determinado por el juez en cada caso concreto, en consideración del espacio y del tiempo (por ejemplo, buenas costumbres, moral, etc.)[92]. Precisamente ello se presenta en el ámbito de consumo, cada vez que se recurre a elementos válvula -"seguridad esperable", "consumidor vulnerable", "profesionalidad"- aunque no suele aclararse si se trata de verdaderos deberes atípicos o estándares de conducta, cuestión que también habrá de ser dilucidada.

84 Los principios tienen una función integradora: Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés superior del niño", cit., p. 905; Santos Ballesteros, J.: *El abuso del Derecho*, Bogotá, Editorial Universidad Javeriana, 1973, p. 19; Squella Narducci, A.: *Introducción , cit.,* p. 334. Así, Art. 1.4 C.C. español: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"; Disposición transitoria, regla N° 13, C.C. español: "Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán los principios que le sirven de fundamento".

85 Mujica Bezanilla, F.: "La integración de las lagunas legales", en AA.VV.: *Doctrinas Esenciales. Derecho civil. Instituciones Generales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010, p. 901; Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. T. I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 199.

86 Figueroa Yáñez, G.: *Curso de Derecho Civil. Tomo I. El Derecho Civil en general. Teoría de la Ley. Los derechos subjetivos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 165 y 166; Navarro, P.: "Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento", *Análisis filosófico*, 2006, núm. XXVI N° 2, p. 197.

87 Navarro, P.: "Lagunas de conocimiento", cit., p. 197.

88 Figueroa Yáñez, G.: *Curso de Derecho*, cit, pp. 165 y 166.

89 Art. 65, LGDCU, España: "Integración del contrato. Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante".

90 Art. 4 de la Ley 1480: "Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor".

91 Navarro, P.: "Lagunas de conocimiento", cit., p. 197.

92 Figueroa Yáñez, G.: *Curso de Derecho*, cit, pp. 165 y 166; Navarro, P.: "Lagunas de conocimiento", cit., p. 197.

IV. CONCLUSIONES.

De las reflexiones anteriores es posible derivar que, pese al inicial reconocimiento que la LPDC realiza del principio pro consumidor, éste es precario, sin que exista claridad acerca de su eficacia y alcance.

En efecto, las normas por las cuales se lo consagra se refieren en concreto a la interpretación de las normas jurídicas y de los contratos por adhesión, por lo que la primera pregunta que surge, es, si el silencio referente a las demás aptitudes jurígenas (resolución de antinomias, integración, resolución de casos difíciles, etc.) implica su rechazo a ellas, o bien únicamente una omisión que puede ser salvada mediante la invocación de otras técnicas diversas de la tipificación (espíritu, racionalidad de la ley, etc.). Por otra parte, aún la regulación de las funciones explícitas es insuficiente, fragmentaria y carente de sistematización interna y externa, lo que deviene en críptico su ámbito de aplicación y vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Penco, Á.: "Los efectos vinculantes de la publicidad comercial en la contratación con los consumidores en el Derecho de Nicaragua", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2011, núm. 29, pp. 239-266.

Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. T. 1*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

Arrubla Paucar, J.: "La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano", en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho del Consumo* (coord. por L. Valderrama Rojas), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 355- 387.

Baraona González, J.: "Panorama doctrinal de la interpretación de los contratos en Chile", en AA.VV.: *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo,* Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2008, pp. 455-469.

Baraona González, J.: "La interpretación contractual: una insistencia en su giro objetivo", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, pp. 439-449.

Barocelli, S.: "El Derecho del Consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial", en AA.VV.: *Derecho del Consumidor* Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2015, pp. 9-38.

Barrientos Camus, F.; Martínez Santibáñez, D.: "Artículo 17", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 19.496,* Thomson Reuters, Santiago de Chile, en prensa.

Barrientos Grandón, J.: "'*Mos italicus*' y praxis judicial indiana", *Ius fugit: Revista Interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos,* 1996-1997, núm. *5-6*, pp. 359-430.

Barrientos Zamorano, M.: "En torno a si son las normas del consumidor compatibles con las del libro IV del Código Civil chileno", en AA.VV.: *Nuevos Horizontes del Derecho Privado*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013, pp. 345-359.

Bartoli a Saxoferrato: *In primam Digestiveteris. Partem Commentaria*, AugustaeTaurinorum, Turin, 1574.

Bobbio, N.: *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1992.

Bravo Lira, Bernardino.: "*Odia restringi. Forma y destino de una regla del Derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Media*", *Ius commune : Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte,* 1992, núm. 19, pp. 81-93.

Colman Vega, L.: "La primacía de la realidad en las relaciones financieras de consumo", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Consumidor,* Rubicón, Santiago de Chile, 2018, pp. 167-186.

Coloma Correa, R.: "Interpretación de contratos: entre literalidad e intención", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2016, núm. 26, pp. 9-47.

Contardo González, J.: "Extensión de la regla de interpretación de la ley a favor del consumidor", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Consumo, Jornadas Nacionales de Derecho de Consumo 2021*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, en prensa.

Cornejo, P.: "La problemática calificación e interpretación de los contratos complejos y su control mediante la casación en el fondo (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 14 de Diciembre de 2017, rol N° 67394-2016)", 2019, *Revista Jurídica Digital Uandes*, núm 3/2, pp. 137-146.

Correa Henao, M.: "El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas", en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 77-158.

Corral Talciani, H.: "Responsabilidad civil en la construcción de viviendas. Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010", *MJD387*, 2010.

Cosculluela Montaner, L.; López Benítez, M.: *Derecho Público Económico*, Madrid, Editorial Iustel, 2011.

De la Maza Gazmuri, I.; López Díaz, P.: "La publicidad engañosa en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores: un intento de sistematización desde el moderno Derecho de contratos", *Revista Chilena de Derecho*, 2021, núm. 48 N° 2, pp. 27-51.

Domat, J.: *Les lois civiles,* Jean Baptiste Coignard, París, 1689.

Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005.

Dworkin, R.: *Los Derechos en serio*, Barcelona. Ariel S.A., 1984.

Figueroa Yáñez, G.: *Curso de Derecho Civil. Tomo I. El Derecho Civil en general. Teoría de la Ley. Los derechos subjetivos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Franco Victoria, D.: "Interpretación de los contratos. Desde Roma hasta los inicios de la codificación. Verbas contra voluntas", *Revista de Derecho Privado*, 2006, núm. 11, pp. 127-153.

Frustagli, S.: "El contrato de Consumo", en AA.VV.: *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2016, pp. 409-470.

Frustagli, S.; Hernández, C.: "Art. 1094", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015, pp. 360-361.

Frustagli, S.; Hernández, C.: "Art. 1095", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado* Astrea, Buenos Aires, 2015, pp. 361-362.

Galdos, J.: "El principio *favor debilis* en materia contractual", *Derecho del Consumidor*, 1997, núm. 10, pp. 37-47.

Goldenberg Serrano, J.: "Evolución de la Ley 18.010 hacia una normativa de protección del consumidor y su objetivo", *Seminario Proyecto pro consumidor y estatuto de cobranzas extrajudiciales*, Universidad de Talca, 18 de agosto de 2021.

Huels, J.: "Reconciling the Old with the New Canonical Questions on Summorum Pontificum", *The jurist: studies in Church law and ministry,* 2008, núm 68 N° 1, pp. 92-113.

Huerta Ochoa, C.: "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, núm. XXXVI N° 108, pp. 927-950.

Isler Soto, C.: "¿Qué papel juega la consideration en la teoría del contrato de Thomas Hobbes?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2019, núm. 156, pp. 1523-1550.

Isler Soto, E.: *Prescripción extintiva en el Derecho del Consumo*, Santiago de Chile, Rubicón, 2017.

Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo: nociones fundamentale*s, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Jara Amigo, R.: "Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley N° 19.496*

y las principales tendencias extranjeras, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 1999, pp. 47-74.

Johow Santoro, C.: "Para una nueva lectura de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. El método de la interpretación del contrato en el Derecho Alemán", en AA.VV.: *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad* Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2002, pp. 99-129.

Kalafatich, C.: "Acceso a la justicia y consumidores hipervulnerables", en AA.VV.: *Consumidores Hipervulnerables* (coord. por S. Barocelli), El Derecho, Buenos Aires, 2018, pp. 335-369.

Larenz, K.: *Derecho Civil. Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

Lazo González, P.: "Las reglas de interpretación del Código Civil ante el Art. 2 TER de la Ley 19.496", *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Villarrica, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2023.

López Díaz, P.: "Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor", *Revista de Derecho*, 2018, núm. 244, pp. 91-127.

López Díaz, P.: "El error en el precio publicitado o etiquetado: ¿un supuesto de hecho de la integración publicitaria, la negativa injustificada de venta, la publicidad engañosa o el abuso del derecho del consumidor?", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Consumidor II*, Rubicón, Santiago de Chile, 2021, pp. 117-144.

Martínez-Cárdenas, B.: "Protección del consentimiento y reglas especiales del consumo: la lucha interminable contra las cláusulas abusivas", en AA.VV.: *Cuadernos de Análisis Jurídico VIII. Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2014, pp. 69-81.

Massini Correas, C.: "La interpretación jurídica como interpretación práctica", *Revista Persona y Derecho*, 2005, núm. 52, pp. 413-433.

Molano, E.: "El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas", *Ius canonicum,* 2007, núm. XLVII N° 94, pp. 441-463.

Mujica Bezanilla, F.: "La integración de las lagunas legales", en AA.VV.: *Doctrinas Esenciales. Derecho civil. Instituciones Generales,* Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010, pp. 901-910.

Navarro, P.: "Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento", *Análisis filosófico*, 2006, núm. XXVI N° 2, pp. 190-228.

Orozco Henríquez, J.: "Consideraciones sobre los principios y reglas en el Derecho electoral mexicano", *Isonomía,* 2003, núm. *18*, pp. 139-165.

Pereira Fredes, E.: Contra Dworkin. El noble sueño y la nueva pesadilla", *Revista de Derecho y Humanidades*, 2013, núm. 22, pp. 291-312.

Pinochet Olave, R.: "¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 9-20.

Pinochet Olave, R.: "Delimitación material del Derecho del Consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Comercial,* Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, pp. 343-367.

Polaino-Orts, M.: "¿Odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda? Sobre los límites de la interpretación de derechos procesales: acotaciones al Art. VII.3 Del Código Procesal Penal del Perú", *Anuario de Derecho Penal*, 2005, pp. 247-268.

Quintana Bravo, F.: "Interpretación, conjetura y validación", en AA.VV.: *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, pp. 209-262.

Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 2015, núm. 42 N° 3, pp. 903-934.

Rodríguez Diez, J.: "El nuevo principio 'pro consumidor' y el antiguo 'odia restringi'", *El Mercurio Legal* 2 de septiembre de 2021.

Rubio Varas, F.: "Notas histórico-dogmáticas de la interpretación de los contratos en el Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 2018, núm. 45 N° 2, pp. 553-563.

Rubio Varas, F.: "Algunos aspectos sobre la interpretación de los contratos de adhesión en Chile", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Consumidor II*, Rubicón, Santiago de Chile, 2021, pp. 259-270.

Rubio Varas, F.: *Las interpretaciones en favor del consumidor en la Ley N° 19.496*, Santiago de Chile, inédito.

Santos Ballesteros, J.: *El abuso del Derecho*, Bogotá, Editorial Universidad Javeriana, 1973.

Schötz, G.: "El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, núm. 1, pp. 115-150.

Squella Narducci, A.: *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014.

Tolosa Villabona, L.: "De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo", *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* 2017, núm. *19(2),* pp. 13-61.

Vidal Olivares, Á.: "La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2000, núm. XXI, pp. 209-227.

REEMBOLSO DE GASTOS EN LOS SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD DE ACCESO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN CENTROS PÚBLICOS

REIMBURSEMENT OF EXPENSES IN CASES OF IMPOSSIBILITY OF ACCESS TO ASSISTED REPRODUCTION IN PUBLIC CENTERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 936-955

Almudena
CARRIÓN
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: En este artículo se trata de analizar en qué casos cabe el reembolso de los gastos sanitarios ocasionados por las técnicas de reproducción asistida cuando ante la imposibilidad de acceso a las mismas en los centros públicos se acude a la sanidad privada para llevar a cabo el deseo de ser madre. En estos supuestos el concepto de "urgencia vital" definido jurisprudencialmente y que examinaremos con detalle aparece como criterio determinante a efectos del reintegro siempre que concurran y se prueben los requisitos que esta exige.

PALABRAS CLAVE: Reembolso; gastos sanitarios; técnicas de reproducción asistida; urgencia vital.

ABSTRACT: *This article tries to analyze in which cases it is possible to reimburse the health expenses caused by assisted reproduction techniques when, faced with the impossibility of access to them in public centers, private health is used to carry out the desire to be a mother.*

KEY WORDS: *Reimbursement; health expenses; assisted reproduction techniques, vital urgency.*

SUMARIO.- I. PRELIMINAR.- II. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA.- 1. Concepto de TRAH.- 2. Técnicas incluidas en la Reproducción Asistida.- III. USUARIOS DE LAS TRAH.- IV.- ¿SANIDAD PÚBLICA O PRIVADA PARA ACCEDER A ESTOS SERVICIOS?.- V. REQUISITOS PARA EL ACCESO A LAS TRAH EN CENTROS PÚBLICOS.- VI. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR EL DAÑO CAUSADO.- 1. Tipo de responsabilidad.- 2. Requisitos de la responsabilidad extracontractual.- VII. OMISIÓN ILÍCITA.- 1. Urgencia Vital.- 2. Parámetros que determinan la urgencia vital y la posibilidad de reembolso.- A) Asistencia urgente.- B) Asistencia inmediata.- 3. Imposibilidad de utilización adecuada de los servicios públicos de salud.- A) Lejanía del centro sanitario público.- B) Demora en la prestación del servicio sanitario público.- C) Medios que no pueden prestarse por los servicios públicos.- 4. Inexistencia de una utilización abusiva de los servicios privados.- VIII. PRINCIPIO GENERAL DE NO REEMBOLSO.

I. PRELIMINAR.

Actualmente el uso de las técnicas de reproducción asistida (TRAH) se encuentra en auge por varios factores entre los que destacan:

1. El retraso en la edad de la maternidad. Siguiendo los datos del INE las mujeres tienen como media su primer hijo a los 32.05 años, pero incluso hay quienes esperan un poco más (el 10, 2% de las mujeres que son madres en 2020 superan ya los 40 años)[1] lo que se debe tanto a factores económicos y laborales (bajos salarios y desempleo) como personales (mayores dificultades a la hora de encontrar pareja).

2. La influencia que ese retraso causa en la calidad de los óvulos: La reserva ovárica cae a partir de los 35 años y a la vez, esos óvulos que se producen pierden en calidad, de ahí que a partir de los 40 la posibilidad de tener un hijo de forma natural sea de sólo un 6%.

3. Esterilidad: problema cada vez más frecuente que se conecta con determinadas patologías. En las mujeres se debe fundamentalmente a la endometriosis y los ovarios poliquísticos y en los hombres a los trastorno hipotalámico y gónada.

4. Aumento de madres solteras y parejas lésbicas que acuden a estos medios para poder tener descendencia. Así, el art. 6.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida[2] dispone que: "las mujeres podrán ser usuarias o receptoras de las técnicas reguladas en esta ley con independencia de su estado civil y orientación sexual".

1 Instituto Nacional de Estadística (INE), 2020.

2 Ley 14/2006 26 mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

• Almudena Carrión Vidal
Doctora en Derecho por la Universitat de València, Profesora-Tutora de Derecho Civil en UNED Valencia (Centro Tomás y Valiente). Correo electrónico: almudenacarrionvidal@hotmail.com

5. La ampliación de las técnicas de reproducción asistida: En un primer momento las TRAH se concebían únicamente con el fin de solucionar problemas de esterilidad, sin embargo, hoy en día se utilizan también para personas que quieren preservar su fertilidad o evitar la transmisión de enfermedades genéticas a sus descendientes.

6. El aumento de la tasa de éxito de las TRAH más demandadas: Así, lo refleja el IVI[3] en sus datos: la eficacia de la Inseminación artificial (IA) es del 45,6%, la de la Fecundación in Vitro (FIV) del 64,6%, la de la Ovodonación del 83% y la del Diagnóstico Preimplantacional (PGT) del 71,2%[4].

II. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA.

1. Concepto de TRAH.

Se pueden definir como "el conjunto de técnicas o tratamientos médicos que facilitan el embarazo cuando este no se consigue de forma natural "[5].

2. Técnicas incluidas en la Reproducción Asistida.

A diferencia de la primera Ley de Reproducción Asistida Humana (Ley 35/1988)[6] que procedía a una enumeración en su art. 1 considerando como tales únicamente a la inseminación artificial (IA)[7], la fecundación in vitro (FIV)[8] y la transferencia intratubárica de gametos (TIG)[9] siempre que se estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados y por científicos especializados, la actual (Ley 14/2006) opta por un criterio abierto. De esta manera, y como dispone el art. 2 de dicha Ley "podrán incorporarse mediante Real Decreto del gobierno

3 IVI: Instituto Valenciano de Infertilidad.

4 https://ivi.es/preguntas-frecuentes/tasas-de-exito/

5 Reproducción Asistida ORG: https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/

6 Ley 35/1988 22 noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

7 Inseminación artificial (IA): Consiste en introducir los espermatozoides en el tracto genital femenino, generalmente en el útero para que pueda producirse la fecundación en las trompas de Falopio. Reproducción Asistida ORG: https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/.

8 Fecundación in Vitro (FIV): Consiste en unir un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio para crear un embrión que posteriormente se transferirá al útero de la mujer. Esta técnica goza de una mayor complejidad que la anterior. El semen utilizado en la FIV puede ser tanto de la pareja como de un donante, al igual que los óvulos para el caso de que la mujer no pueda usar los suyos (ovodonación). Por otro lado, en el caso de las parejas lesbianas se utiliza una técnica especial de FIV que se denomina " método ROPA" consistente en utilizar los óvulos de una de las mujeres mientras que las transferencia de los embriones conseguidos se hará a la otra mujer, de modo que ambas participan en el proceso (una aporta el material genético y otra lleva a cabo el embarazo). Reproducción Asistida ORG: https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/.

9 Transferéncia Intratubárica de Gametos (TIG): consiste en introducir los gametos (óvulos y espermatozoides) directamente en las trompas de Falopio mediante laparoscopia. Reproducción Asistida ORG: https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/.

y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada" como el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)[10] que permite, tal y como ya adelanta el propio Preámbulo, "nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo".

III. USUARIOS DE LAS TRAH.

Debido a que el uso de estas técnicas no solo afecta a la salud física sino también mental de la mujer receptora, para garantizar estos ámbitos la actual Ley 14/2006 en su art 6 siguiendo la pionera de 1988 fija una serie de requisitos a la mujer usuaria de estas técnicas: mayoría de edad, plena capacidad de obrar y consentimiento prestado por escrito de manera libre, consciente y expresa, si bien esta última (la de 2006) permite también el acceso a estas técnicas a madres solteras y mujeres lesbianas ("la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta ley con independencia de su estado civil y orientación sexual") cuyo número crece de forma exponencial y que con anterioridad veían cercenado su derecho a la maternidad.

La Ley establece un límite mínimo de edad (18) pero no uno máximo. Por lo que respecta al mínimo, la realidad demuestra que el sometimiento a las TRAH se produce con posterioridad a la mayoría de edad[11]. Y en cuanto al máximo, a pesar de no existir una edad determinada, parece que los médicos suelen fijarla en los 50 años para evitar riesgos tanto para la vida de la madre como para el feto que aumentan a medida que se incrementa la edad de la mujer. Si bien, en todo caso todo ello debe probarse y justificarse, puesto que está en juego el derecho a la maternidad que en definitiva incide sobre el derecho al libre desarrollo. Como opina Serna Meroño[12]: "la edad límite, solo la puede imponer el legislador, pues es

10 Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP): Consiste en un estudio genético de los embriones durante el tratamiento, por lo que recibe también el nombre de "test genético preimplantacional". Se extraen una o varias células del embrión (biopsia embrionaria) y después se analiza por si presenta alguna alteración cromosómica o mutación genética. Después se seleccionan los embriones sanos para transferirlos al útero de la mujer. Reproducción Asistida ORG: https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/.

11 Serna Meroño, E., "Las técnicas de Reproducción Humana Asistida: Limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, 2012, núm. 26, p. 287: "En la práctica, es habitual que las usuarias de las técnicas sean mujeres que han sobrepasado con creces la mayoría de edad, pues suelen ser en edades más avanzadas cuando se inician los tratamientos de fertilización, en concreto en España la edad media está establecida en los 35 años", "Las técnicas de Reproducción Humana Asistida: Limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, 2012, núm. 26, p. 287.

12 Serna Meroño, E.: "Las técnicas", cit., p.287: "Criterio que viene justificado sobre todo por una cuestión de efectividad de los procedimientos a seguir, ya que a medida que la edad de la mujer avanza es más difícil obtener éxito y lograr por estos medios el embarazo de la mujer".

quien está legitimado para fijar restricciones a las posibilidades de actuación de la persona, en este caso, ser usuaria de técnicas de reproducción asistida, pues una prohibición, solo por cuestiones de edad, acaso podría interpretarse como una vulneración del libre desarrollo de la personalidad que tiene toda persona".

IV. ¿SANIDAD PÚBLICA O PRIVADA PARA ACCEDER A ESTOS SERVICIOS?

Tanto la sanidad pública como la privada ofrecen a través de centros debidamente autorizados por la autoridad sanitaria correspondiente, la posibilidad de acudir a estas técnicas (art. 4 Ley 14/2006) si bien existen grandes diferencias marcadas por el número de centros que acogen estos servicios y por el coste económico.

A pesar de la gratuidad de estas técnicas por incluirse en la cartera de servicios del sistema público de salud, son muy pocos los hospitales que ofrecen este servicio, lo que genera de un lado, listas de espera de entre uno y dos años (salvo algunos casos excepcionales en los que se sitúa en 4 o seis meses, si se trata de una mujer con baja reserva ovárica, endometritis u otros casos graves) y de otro, el recurso a la sanidad privada como última opción para intentar hacer realidad el sueño de la maternidad.

El hándicap que plantean los centros privados es fundamentalmente el económico y aunque el coste depende del tipo de tratamiento se trata siempre de un desembolso importante para personas de pocos recursos[13]. A ello hay que sumar el coste de técnicas complementarias cuando hayan de realizarse como el análisis de embriones mediante el diagnóstico genético preimplantacional lo que incrementan aún más el gasto. No se puede fijar un presupuesto generalizado porque como hemos afirmado anteriormente, cada tratamiento es personalizado, se adapta a la mujer en cuestión y a sus circunstancias. De ahí, que en un principio pueda ser más económico y más tarde se encarezca si durante el proceso fuera necesario realizar ciertas pruebas que garanticen la eficacia de este y minimicen cualquier tipo de riesgo.

A todo lo anterior se une el aumento de casos de infertilidad (el 17.5% de los adultos padece este problema) como destaca un informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el que hace hincapié en la necesidad de tratar el problema y poner al alcance de todos los medios que sean necesarios[14], de forma

13 La inseminación artificial (IA) puede costar entre 700-1.100€ y la fecundación in vitro (FIV) puede subir hasta los 3.500-5.500€. Reproducción Asistida ORG: http:// reproducciónasistida.org/ reproducción-asistida/.

14 "La esterilidad no hace distinciones. La enorme proporción de afectados evidencia la necesidad de ampliar el acceso a los tratamientos y de incluir la esterilidad en las políticas y los estudios sobre salud, de modo que las personas que lo deseen dispongan de vías seguras, eficaces y asequibles para tener hijos", Organización

que se acabe con esa discriminación de cariz económico que lleva a las personas con menos recursos a invertir una buena parte de sus ingresos en tratamientos para paliar la infertilidad.

V. REQUISITOS PARA EL ACCESOS A LAS TRAH EN CENTROS PÚBLICOS.

El acceso a estas técnicas de reproducción asistida en centros públicos exige a las parejas o mujeres que en solitario quieren acceder a la maternidad el cumplimiento de una serie de condiciones que son las siguientes:

1. Tener más de 18 años y plena capacidad de obrar.

2. No ser la mujer mayor de 40 años, requisito que plantea algunos problemas, puesto que mientras en algunos centros la edad a tener en cuenta es aquella que se tiene en el momento de apuntarse a la lista de espera mientras en otros, esta viene referida al momento de comenzar el tratamiento.

3. Necesidad de que el índice de masa muscular de la mujer sea superior a 19 y menor de 32[15] ya que, por ejemplo, las que sufren de obesidad presentan una baja tasa de gestación a consecuencia de los problemas que se derivan.

4. En caso de tener una pareja masculina el hombre no puede tener más de 55 años en el momento de comenzar el tratamiento.

5. Si es mujer soltera no puede tener hijos previos y si se trata de una pareja tampoco pueden tener hijos en común.

6. Es necesario que la mujer o el hombre no se hayan sometido a ninguna esterilización voluntaria (ligadura de trompas en el primer caso o vasectomía en el segundo).

7. No tener embriones congelados en ningún centro.

Con todo, su realización se subordina a otros requisitos relacionados con las posibilidades de éxito, la salud y la previa información sobres sus ventajas e inconvenientes. Así lo establece el art. 3 de la Ley 14/2006 que dispone expresamente que "se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación

Mundial de la Salud (OMS), Comunicado de Prensa, 4 abril, 2023: https://www.who.int/es/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility

15 Según la OMS "el estado nutricional del ser humano es saludable cuando el IMC se encuentra entre 18,50 y 24,99".

por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación". Respecto al contenido de esa información la citada Ley continúa disponiendo que "se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento".

Pero ¿Qué ocurre con los hombres? ¿No tienen derecho a la paternidad en solitario? Esta pregunta es planteada por autores como Lasarte Álvarez quién afirma que "el hombre (en cuanto varón) tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad y podría proporcionar al hijo todas las condiciones para su correcto desarrollo, en igualdad de condiciones que en el supuesto de la mujer sola. Si bien, entiende que, por obvias razones fisiológicas, necesitaría contar con una gestación por sustitución, con una madre sustituta"[16] y ello no viene reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

La gestación por sustitución, también llamada maternidad subrogada se prohíbe expresamente por Ley 14/2006 cuyo art. 10.1 dispone expresamente "será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero". Esta nulidad implica a efectos legales que haya de considerarse como madre a la gestante y no a la biológica y así lo establece la propia Ley: "la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto". Para evitar esto, muchas parejas del mismo sexo acuden a países donde esta maternidad subrogada se admite y una vez producido el nacimiento lo inscriben en el Registro Consular como hijo suyo, si bien se trata de una práctica prohibida por contradecir la norma anterior[17].

VI. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR EL DAÑO CAUSADO.

En numerosas ocasiones nuestros tribunales se han pronunciado sobre la posibilidad de reembolso a favor de la mujer que para ejercer su derecho a la

16 Lasarte Álvarez, C. y Sainz-Cantero, B.: "La reproducción Asistida", en AA.VV: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil V*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p.292.

17 De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)* (coord. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, 2023, p. 381, recoge la STS 6 febrero 2014 (Tol 4100882) que confirma "la cancelación de la inscripción de la filiación, que había sido realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles, con apoyo en una certificación registral californiana, en favor de dos varones, que habían acudido a la gestación por sustitución, por ir en contra del orden público español, no aceptándose que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población".

maternidad y ante la negativa de la sanidad pública a conceder el acceso a las TRAH, han recurrido a la privada con el elevado coste económico que ello genera.

Pero, antes de determinar los requisitos necesarios para el reembolso es necesario determinar ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos y cuáles son sus características.

1. Tipo de responsabilidad.

El daño causado a la mujer, consistente en esa denegación del acceso a las TRAH tiene su origen, sin lugar a duda, en una responsabilidad de carácter extracontractual dado que no existe ninguna relación contractual entre el centro sanitario y la demandante[18], responsabilidad que se encuentra reconocida de modo expreso en el art. 1902 CC que establece textualmente "el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado".

2. Requisitos de la responsabilidad extracontractual.

El art. 1902 CC exige la concurrencia de una serie de requisitos para poder hablar de responsabilidad extracontractual. Son los siguientes:

a) Acción u omisión ilícita: En este caso la omisión de un *facere* consistente en la prestación de las técnicas de reproducción asistida y que la misma no esté justificada legalmente, es decir que se antijurídica.

b) Concurrencia de culpa o negligencia: Necesidad de que la sanidad pública no prevea, siéndole posible hacerlo, los daños que se derivan de la denegación de esas técnicas.

c) Existencia de un daño real y concreto: Daño manifestado en el elevado coste que exige el uso de estas técnicas de reproducción asistida en un centro privado.

d) Relación de causalidad entre la omisión ilícita y el daño ocasionado: Ese mayor desembolso económico por el uso de esas técnicas en la sanidad privada ha de venir originado por su denegación en la salud pública.

VII. OMISIÓN ILÍCITA.

De entre todos los requisitos el primero (omisión ilícita) es el que más problema plantea por su complejidad y sobre el que los Tribunales fundamentan sus fallos en

18 Siguiendo a Cervilla Garzón, M.D.: "El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm.13, 2020, p. 695: "No existe relación contractual sobre la que sustanciar una acción indemnizatoria".

orden a determinar si procede o no el reembolso de los gastos ocasionados en los centros sanitarios privados por el acceso a las TRAH.

El RD 1030/2006 15 septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización dispone en su art. 4.3 lo siguiente: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción".

De este art. 4.3 se desprende que para estar ante una omisión ilícita generadora de reembolso se han de cumplir cuatro requisitos: urgencia vital, asistencia urgente e inmediata, imposibilidad de utilizar debidamente los servicios públicos de salud e inexistencia de utilización abusiva de los servicios sanitarios privados.

1. La urgencia vital.

Si atendemos al Diccionario de la Real Academia (RAE) por vital se entiende "perteneciente o relativa a la vida" o "de suma importancia o transcendencia". Parece referirse a aquella urgencia que frente a otras presenta una mayor importancia porque está en juego la vida de una persona. Si bien, como afirma acertadamente la STS 20 octubre 2006[19] el concepto de "urgencia vital" es mucho más amplio y no comprende solo el daño a la vida de las personas sino también, el que puede causarse a otros bienes jurídicos. Por ello dispone que "si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los riesgos de pérdida de la vida, así lo hubiera expresado en términos tales como 'peligro inminente de muerte' pero no lo hizo así. Se acudió a una expresión de mucho más amplio contenido, 'urgencia vital', que hemos de interpretar conforme a la segunda de las acepciones del término, referida a la suma importancia o trascendencia, de modo que se incluyan los riesgos de pérdida de la función de órganos importantes".

La STJ Murcia 14 septiembre 2015[20] aprecia la existencia de dicha urgencia en el caso de una mujer que es excluida de un segundo tratamiento en la sanidad pública cinco días antes del cumplimiento de 40 años, recurriendo a un centro privado para llevarlo a cabo. En este supuesto el tribunal entiende que "el transcurso del tiempo para la práctica de la FIV solo puede acarrear la pérdida de funcionalidad

19 STS 20 octubre 2006 (RJ 2006, 502).

20 STSJ Murcia 14 septiembre 2015 (Roj: STSJ MU 659/2015)

del aparato reproductor de la mujer, el cual es de suma importancia para el desenvolvimiento de su personalidad en cuanto determinante de su acceso a la maternidad, bien de naturaleza esencial de la mujer y que condiciona la creación de una familia".

Sin embargo, otra sentencia de este mismo tribunal 17 mayo 2022[21] no reconoce la urgencia vital afirmando que "tal situación no se cumple, pues precisamente la exclusión de la actora a un segundo tratamiento por haber cumplido la edad de 40 años, lo que pretende es eliminar situaciones que pudieran afectar a su salud, siendo esta excluida una vez cumplida dicha edad sin que pueda sostenerse que hubiera riesgo inminente para la vida de la actora ni pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo de una vida normal, pues la posible pérdida de óvulos no puede equipararse a la situación de pérdida de órganos o miembros fundamentales, máxime cuando el tratamiento no se justificaba por razón de la edad".

Por tanto, esa urgencia vital no siempre se circunscribe a supuestos en los que peligra la vida de la persona, aunque sea lo más habitual, sino que puede alcanzar a otros órganos. Así lo recalca la sentencia anterior al afirmar que este tipo de urgencia "se caracteriza fundamentalmente y en los más de los casos, porque en ella está en riesgo la vida del afectado". Otras como la STSJ Castilla y León 11 julio 2013[22] utilizan términos similares refiriéndose a la "afectación previsible de la vida sin llegar a su pérdida". Podemos decir que se amplia y humaniza este concepto gracias a la casuística de forma que, ya no se circunscribe únicamente al riesgo inminente de muerte, sino que contempla la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona[23].

Si bien, nos podemos preguntar si esos daños a la vida u a otros bienes de la persona incluirían también, los causados a elementos no patrimoniales, es decir si podrían referirse al daño moral. La Jurisprudencia en sentencias como la STSJ Asturias 21 febrero 2003[24] parece decantarse por una respuesta positiva disponiendo que dicha urgencia vital no comprende únicamente "la conservación escueta de la vida ni de los elementos que físicamente la constituyen en su más descarnada elementalidad, sino también de cuantos determinan la plenitud de su dignidad, y no sólo físicos, anatómicos y fisiológicos susceptibles de restauración o preservación por medios sanitarios, sino también los morales que de su deterioro puedan verse afectados".

21 STSJ Murcia 17 mayo 2022 (Roj: STSJ MU 1017/2022)

22 STS Castilla y León (Roj: STSJ CL 2974/2013).

23 Hernández Bejarano, E. M.: "Los supuestos que habilitan el reintegro de gastos sanitarios. Una cuestión poco pacífica", *Aranzadi Social*, núm. 13, 2009, p. 44.

24 STSJ Asturias 21 febrero 2003 (STSJ A 490/2003).

Este carácter vital de la urgencia habrá de determinarse en cada caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes[25] y así, sentencias como STSJ Castilla y León 18 de noviembre 2004[26] consideran que "no es un concepto puramente jurídico, sino máxima de experiencia en relación con las concretas circunstancias". Con todo, la jurisprudencia si fija una serie de criterios a tener en cuenta para poder hablar de urgencia vital.

2. Parámetros que determinan la urgencia vital y la posibilidad de reembolso.

A) Asistencia urgente.

Por "urgente" se entiende conforme al Diccionario de la Real Academia Española (RAE) "Necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio". Es decir, se ha de tratar de una situación que exige de una rápida actuación que caso de no producirse puede conllevar un daño a la vida o a cualquier otro bien de la persona.[27] Se trata de casos en los que los que no es posible esperar al tratamiento del servicio público y se acude a la sanidad privada para evitar un riesgo grave. Como afirma la STSJ de Castilla la Mancha 26 noviembre 2014[28] la espera implica "la agravación súbita del cuadro clínico que requiere una inmediata atención imposibilitando acudir al servicio médico asignado".

La STSJ Madrid 3 julio 2015[29] entiende que la asistencia es urgente cuando "es precisa para conservar la vida, los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad o para lograr una mejor calidad y menor dolor y sufrimiento".

El carácter urgente de la asistencia se ha de determinar *ex ante* y no a *posteriori,* es decir en el momento en que se ha de valorar que tipo de asistencia se requiere en atención a la gravedad de la situación y no, una vez prestada dicha asistencia, puesto que, aunque con ella se minimice el riesgo o incluso llegue a desaparecer, no habrá obstáculo alguno para seguir calificando la situación previa de urgente[30].

B) Asistencia inmediata.

25 Capilla BolañoS, J.A: "La casuística de los reintegros de gastos médicos", *Actualidad Laboral,* núm. 3, 1996, p. 657.

26 STSJ Castilla y León 18 de noviembre 2004 (AS 2005\352) citadas por Beltrán De Heredia Ruíz, I.: "El reembolso de gastos médicos a la luz de las últimas novedades legislativas y de la reciente jurisprudencia y doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 2007, p.116.

27 STS Castilla la Mancha 26 noviembre 2014 (STSJ CLM 3455/2014): "la premura en la actuación, de suerte que se perjudica la supervivencia del enfermo o se le puede infligir un daño irreparable o de difícil subsanación a su integridad física si ha de estarse a la necesaria demora o a la superación de los naturales inconvenientes que supone el acudir a los servicios médicos asignados por la Seguridad Social".

28 STSJ Castilla la Mancha 26 noviembre 2014 (Roj: STSJ CLM 3455/2014).

29 STS Madrid 3 julio 1015 (Roj STS M 8510/2015).

30 STSJ Canarias 3 septiembre 2012 (Roj: STSJ ICAN 2456/2012).

El requisito de inmediatez está íntimamente relacionado con el de urgencia, puesto que toda situación urgente requiere de una actuación inmediata. Inmediatez que evita que se intensifique el riesgo, de ahí que esa asistencia sea imprescindible y no meramente conveniente. De esta manera, la STSJ Castilla la Mancha 26 noviembre 2014[31] define e identifica los términos inmediatez y perentoriedad afirmando que es "la exigencia de tratamiento inmediato ante la aparición imprevisible de la enfermedad o la producción del accidente y que elimina o excluye cualquier posibilidad de trámites formales y burocráticos previos, de modo que resulte ineludible acudir al centro más cercano de los adecuado".

También la STSJ Castilla y León 11 julio 2013[32] dispone que esa inmediatez se concreta "en la posibilidad cierta de que un retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso, de la prolongación en el tiempo de sufrimientos graves, puesto que tal es el alcance de los bienes protegidos por el art. 15 de la CE".

3. Imposibilidad de utilización adecuada de los servicios públicos de salud.

Este requisito exige que en el caso de que se trate sea imposible, difícil o no conveniente acudir a los servicios públicos sanitarios de salud para recibir esa asistencia urgente, inmediata y vital [33] lo que puede deberse a diferentes motivos[34]. Ello obliga a poner en relación dos plazos distintos; el necesario para obtener la asistencia pública debida y el requerido para recibir la asistencia privada, "con lo que, si la opción entre uno y otro implica una diferencia temporal de la que nace un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física, se asiste a una situación manifiestamente urgente"[35].

A) Lejanía del centro sanitario público.

En la sentencia STSJ Valencia 8 marzo 2000[36] se apreció "una situación de urgencia vital, aunque el centro oficial estuviese a la misma distancia aproximada que el centro privado donde les llevó el taxi, "según su criterio, como centro sanitario más próximo", dado el nerviosismo propio de tales momentos. Así que no se buscó de propósito el centro privado, con plena voluntariedad, y no se

31 STSJ Castilla la Mancha 26 noviembre 2014 (Roj: STSJ CLM 3455/2014).

32 STSJ Castilla y León 11 julio 2013 (STSJ CL 2974/2013).

33 STS 4 junio 1986 (RJ/ 1986/3466): "Que no sea posible, extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente el acudir a los servicios sanitarios propios de la Seguridad Social".

34 Azagra Solano, M.: *La Jurisdicción social ante el reintegro de gastos sanitarios: cuestiones actuales*, Vol. 21, IXI Extraordinario Congreso, Ponencias, 2011 p.104 se refiere a ¨circunstancias tales como su lejanía, la tardanza en la prestación del servicio o el hecho de que tal servicio no esté en condiciones de prestarla". Por otro lado, la STS 6 marzo 1985 (RJ 1985/1285) contempla también los casos de "sobrecarga de los servicios, excesiva demora en la prestación, aglomeración, o carencia de instalaciones o medios adecuados".

35 STS Castilla y León 11 julio 2013 (STSJ CL 324/2013).

36 STS Valencia 8 marzo 2000 (Roj: STSJ CV 2050/2000).

aprecia un abandono voluntario de la vía oficial, sino una real y urgente necesidad de asistencia médica".

B) Demora en la prestación del servicio sanitario público.

La STSJ Castilla y León 27 marzo 2000[37] establece que "podría incluirse en los supuestos de urgencia vital el serio riesgo para la integridad física de producirse la inactuación, ahora bien, en estos supuestos no es admisible que sin más y ante la consideración de excesivo del plazo para llevar a cabo una consulta, se acuda a la sanidad privada. El sistema nacional de salud no se basa en actuaciones aisladas de los médicos que lo integran, sino que junto a dichos médicos existe una fuerte organización burocrática que permite revisar consultas u horarios".

C) Medios que no pueden prestarse por los servicios públicos.

Siguiendo la STS 29 mayo 2007[38] se ha de distinguir de un lado, los medios sanitarios que puede exigir el enfermo, aspecto que podríamos denominar "individual" y de otro, si dichos medios están o no disponibles en la sanidad pública para su utilización, aspecto que calificaríamos de "social".

Dicha sentencia pone de manifiesto que "La tensión entre uno y otro término, el individual y el social, se encuentra ya en la Constitución pues su artículo 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación a la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", con lo que al extender a "todos" el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos"

¿A qué criterio atender entonces, al "individual" o al "social"? En un primer momento parece que el criterio predominante era el primero (el individual) que centraba su atención en el enfermo y en la obligación de la seguridad social de prestar la asistencia sanitaria que exigiera y que le fuera aplicable. Así se desprendía del RD 2065/1974 30 mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (hoy RD 8/215 30 octubre) cuyo art 98.1 disponía: "La asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a

37 STSJ Castilla y León 27 marzo 2000 (AS 2000,1517).

38 STS 29 mayo 2007 (REC 4407/05): "El reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica se mueve entre la exigencia que un enfermo determinado tiene, de disponer de unos medios para la curación o recuperación de la salud y, la obligación de la Seguridad Social de prestarlos, y, por consiguiente, de tener a disposición del beneficiario los mismos".

conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo".

Si bien, con posterioridad la atención se centró en si esos medios estaban o no disponibles de modo concreto, real e indeterminado en el Sistema Público de Salud. Adquirían mayor importancia los medios que quien había de recibirlos y ello con base en los principios a los que ha de responder siempre el sistema público de salud: eficacia, economía y racionalización, lo que llevó consigo la limitación de las prestaciones a las contenidas en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. A favor de esta opción se muestras sentencias como la STS 25 marzo 2004[39] que hace hincapié en que la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos no es ilimitada y así, afirma que: "la asistencia sanitaria debida por la seguridad social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la sanidad española a cuanto lo solicite"

Por tanto, ha de tratarse de:

a) Medios accesibles, es decir, existentes de modo real y concreto en la ciencia médica, excluyéndose aquellos casos de técnicas pioneras o experimentales en fase de investigación clínica o sin evidencia constatada[40] o punteras o muy sofisticadas[41]. Los medios de la sanidad pública no son ilimitados de ahí que si se acude técnicas más modernas e innovadoras de la sanidad privada en ciertos casos[42] no puede después solicitarse el reintegro de esos gastos ocasionados. Con todo, el propio Preámbulo del RD 1030/2006[43] establece la actualización de

39 STS 25 marzo 2004 (REC 1737/2003).

40 STS 17 julio 2007 (Roj: STS 6501/2007): "La sanidad pública viene obligada a prestar aquella asistencia sanitaria sobre la que exista "suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autovalimiento y eliminación del dolor y el sufrimiento" En el caso no estamos ante una asistencia debida ni procede el reintegro puesto que: "no consta que esa nueva técnica hubiese sido aprobada por la Administración Estatal, cual requieren el artículo 109 de la Ley 14/1986 y la Adicional Primera del Real Decreto 63/95 , ni, lo que es peor, se ha acreditado la solvencia científica de esa nueva técnica, su seguridad y eficacia, en orden a la prevención, tratamiento o curación de la enfermedad, como era exigible, según se deriva de interpretar en sentido contrario el artículo 2-3 del Real Decreto 63/95".

41 STSJ País Vasco 10 abril 2001 (AS 2001, 2097): Deniega el reintegro de gastos médicos en un supuesto de aplicación de fecundación artificial por tratarse de una técnica puntera o muy sofisticada que, además, no afecta a la subsistencia, a un órgano miembro fundamental ni a un desarrollo normal de la vida, declarando que " de acuerdo con los hechos que han quedado acreditados, resulta manifiesto que los demandantes no se hallaban en una situación de urgencia vital cuando acudieron a recibir los servicios de un centro médico privado, generando unos gastos que ahora reclaman al Servicio Vasco de Salud".

42 STSJ Andalucía 26 febrero 2001 (AS 2001, 2403): "La medicina pública opera con unos medios limitados, en ciertos aspectos, y a ellos tienen que acogerse los beneficiarios, los cuales, si quieren disponer de técnicas ultramodernas, o muy avanzadas, sólo efectuadas en el extranjero o en la medicina privada nacional, tienen que sufragar los gastos que se le originan y que en modo alguno pueden repercutir en el sistema público de Salud".

43 RD 1030/2006 15 septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su actualización.

su cartera de servicios con la finalidad de ir incorporando nuevos tratamientos si bien, garantizando que "ninguna nueva técnica, tecnología o procedimiento clínico relevante se generalice en el sistema sin una previa evaluación pública de su seguridad, eficacia, coste y utilidad"[44].

b) Medios disponibles, y por tanto contemplados en la cartera de servicios sanitarios de la Sanidad pública que no contempla todos los existentes en la ciencia médica, sino únicamente algunos. Así el RD 1030/2006 en su art. 2.4 se refiere a "las técnicas, tecnologías o procedimientos que se encuentren dentro de la cartera de servicios", sin perjuicio como hemos avanzado ya de la actualización de dicha cartera para adecuarse a los "avances tecnológicos y a las necesidades cambiantes de la población" (apartado 10 del Preámbulo).

La inexistencia de determinadas técnicas en el sistema público lleva a desestimar el reembolso por ausencia de urgencia vital en casos como el de la STSJ País Vasco 8 noviembre 2005[45] en la que los demandantes reclaman el reintegro de los gastos médicos causados en un centro privado al que acudieron voluntariamente para realizar un tratamiento de fertilidad, tras haber sido atendidos por la sanidad pública, donde se constató que para dicho tratamiento el demandante presentaba un problema de salud para el que se carecía de técnicas que lo solucionara.

En cambio, si se admite el citado reembolso en la STJ Castilla León 13 febrero 2008[46] en la que los actores fueron diagnosticados de ser portadores de la enfermedad de fibrosis quística y como consecuencia de la denegación de la reproducción asistida y el diagnóstico preimplantatorio para lograr el embarazo de hijos sanos en la sanidad pública, acudieron a la privada. Se dispone que "no habiendo quedado acreditado que la Sanidad Pública tenga medios para realizar el tratamiento de diagnóstico preimplantatorio para lograr el embarazo de hijos sanos, aun no tratándose de un caso de urgencia vital, lo cierto es que se precisa dicho tratamiento".

c) Posibilidad de que esos medios puedan prestarse a quien lo solicita, de modo que no es suficiente con encontrarse dentro de la cartera de servicios del Sistema Público de Salud, sino que han de cumplirse los requisitos exigidos en cada caso para su aplicación.

Por cartera de servicios se entiende conforme al art. 2.1 del RD 1030/2006 "el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales

44 Art. 7.5 RD 1030/2006: "Para llevar a cabo la actualización se deberá utilizar el procedimiento de evaluación más adecuado en cada caso que permita conocer el coste, la eficacia, la eficiencia, la efectividad, la seguridad y la utilidad sanitaria de una técnica, tecnología o procedimiento, como informes de evaluación, criterio de expertos, registros evaluativos, usos tutelados u otros"

45 STSJ País Vasco 8 noviembre 2005 (STSJ PV 4791/2005).

46 STJ Castilla León 13 febrero 2008 (REC: 11/08).

cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias". Con todo, los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a dicha cartera "siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello" (art. 2.4).

En el caso de los "tratamientos de reproducción humana" se reconocen en el apartado 5.3.8 del Anexo III del RD 1030/2006 si bien, para su aplicación se deben cumplir dos tipos de requisitos: generales (art. 5.3.8.2)[47] y específicos (art. 5.3.8.3) [48].

4. Inexistencia de una utilización abusiva de los servicios privados.

Se ha de constatar junto con los requisitos anteriores que la utilización de esos servicios privados no se debió a una voluntad arbitraria o caprichosa de quien reclama el reintegro de gastos, puesto que en nuestro sistema público de salud no existe un derecho a elegir entre sanidad pública o privada sino cuando concurre una circunstancia excepcional como es el "riesgo vital". De esta forma, se diferencian dos términos: necesidad y deseo y cuándo el acceso a un centro privado se debe al segundo se deniega cualquier tipo de reembolso.

Así, autores como Sempere Navarro, Capilla Bolaños y Tarabini-Castellani Aznar[49] comparten el criterio jurisprudencial de que la medicina privada tiene carácter excepcional lo que viene recogido en la sentencias como la STSJ Valencia 28 octubre 2021[50] " el actual sistema no concede a los afiliados o beneficiarios un derecho de opción sino que la medicina privada tiene carácter excepcional a justificar por el beneficiario ante los tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de cantidades devengadas por servicios médicos que pudieron prestarse en instituciones de Seguridad Social, que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que en muchas ocasiones puede tratarse de una decisión caprichosa o por intereses familiares

47 1°) Las mujeres serán mayores de 18 años y menores de 40 años y los hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio del paciente, 2°) personas sin ningún hijo, previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano y, 3°) la mujer no presentará ningún tipo de patología en la que el embarazo pueda entrañarle un grave e incontrolable riesgo, tanto para su salud como para la de su posible descendencia.

48 Así, por ejemplo para la fecundación in vitro con gametos propios se requieren las siguientes condiciones: 1°) edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años, 2°) ausencia de evidencias de mala reserva ovárica y 3°) límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con estimulación ovárica, límite que podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.

49 Sempere Navarro, A.V: "Alcance actual de la obligación de reintegrar los gastos por asistencia sanitaria", *Aranzadi Social,* t. I, 1997, p. 2539; Capilla Bolaños, J. A.: "La casuística", cit., p. 658; y Tarabini Catellani Aznar, M.: "Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2002, versión digital (BIB 2002\1289).

50 STSJ Valencia 28 octubre 2021 (Roj: STSJ CV 6001/2021).

que pretenden agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas, las cuales serán humanamente comprensibles, pero no justifican el reintegro".

Esta postura restrictiva del acceso a la sanidad privada se contempla tanto en el art 17 de La Ley 14/1986 General de Sanidad : "las Administraciones públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios distintos de aquellos que les correspondan" , como en el art. 4.3 RD 1030/2006 que en términos similares dispone: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél".

VIII. PRINCIPIO GENERAL DE NO REEMBOLSO.

Para poder proceder al reembolso el concepto de "urgencia vital" materializada en esos requisitos de asistencia sanitaria urgente e inmediata, imposibilidad de acudir a los servicios públicos de salud y no uso abusivo de la sanidad privada, se convierte en concepto clave.

De ahí, que, aunque se exista lejanía del centro público, demora en la atención sanitaria o listas de espera no será procedente el reintegro de esos gastos derivados de la sanidad privada vendrá condicionado a la prueba de la existencia de ese "riesgo vital".

Todo ello responde a dos razones. La primera, la de evitar que se recurra a la sanidad privada bien como mero deseo o bien con objeto de disponer de técnicas o tratamientos modernos y avanzados no disponibles en la sanidad pública y la segunda, para no quebrar los principios que guían la sanidad pública que son el de eficacia, economía y racionalización. Ello lleva, pues, como consecuencia el no abarcar todas las prestaciones sanitarias, sino únicamente las contempladas en la norma (cartera general de servicios).

BIBLIOGRAFÍA

Azagra Solano, M.: *La Jurisdicción social ante el reintegro de gastos sanitarios: cuestiones actuales*, Vol. 21, IXI Extraordinario Congreso, Ponencias, 2011.

Beltrán De Heredia Ruíz, I.: "El reembolso de gastos médicos a la luz de las últimas novedades legislativas y de la reciente jurisprudencia y doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 2007.

Capilla Bolaños, J.A.: "La casuística de los reintegros de gastos médicos", *Actualidad Laboral,* núm. 3, 1996.

Cervilla Garzón, M.D.: "El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 13, 2020.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)* (coord. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, 2023.

Hernández Bejarano, E.M.: "Los supuestos que habilitan el reintegro de gastos sanitarios. Una cuestión poco pacífica", *Aranzadi Social*, núm. 13, 2009.

Lasarte Álvarez, C y Sainz-Cantero, B.: "La reproducción Asistida", en AA.VV: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil V* (coord. C. Lasarte Álvarez y B. Sainz- Cantero)*,* Marcial Pons, Madrid, 2022.

Serna Meroño, E.: "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012.

Tarabini Catellani Aznar, M.: "Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital*", Aranzadi Social*, núm. 10, 2002.

UNO SGUARDO AL FENOMENO DELLA MATERNITÀ SURROGATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IN QUELLO SPAGNOLO: CONTRIBUTO ALLO STUDIO "DE IURE CONDITO" E "DE IURE CONDENDO"

A LOOK AT THE PHENOMENON OF SURROGATE MOTHERHOOD IN THE ITALIAN AND SPANISH LAW: CONTRIBUTION TO THE STUDY ON CURRENT AND FUTURE LEGISLATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 956-981

Deborah
GALLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La gestazione per altri (altrimenti detta anche maternità surrogata) è un fenomeno sotto i riflettori nel panorama politico italiano che sta dividendo opinione pubblica e partiti politici di maggioranza e di minoranza. Il fenomeno, infatti, mette in evidenza le lacune esistenti in vari ordinamenti legislativi (nel presente lavoro si analizzerà la disciplina vigente in Italia e in Spagna) e la necessità di regolamentare una situazione che taglia trasversalmente la realtà sociale attuale. La denatalità che caratterizza il mondo occidentale, ed in particolare l'Italia, è senza dubbio anche frutto di errate politiche sociali che se, da un lato, non favoriscono e non incentivano la natalità (con servizi e tutele per i neogenitori), dall'altro, ostacolano il ricorso a forme alternative di genitorialità come appunto la maternità surrogata. Ed è qui che si apre il dibattito dell'opinione pubblica e politica: il ricorso alla maternità surrogata richiama ad una forma di sfruttamento della donna che (sempre secondo l'opinione pubblica) si sottopone alla gestazione per altri per soli fini economici.

PALABRAS CLAVE: Gestazione per altri; maternità surrogata; ordine pubblico; buon costume; reato contro ordine pubblico/buon costume; adozione in casi particolari.

ABSTRACT: *Gestation for others (also called surrogate motherhood) is a phenomenon under the spotlight in the Italian political landscape which is dividing public opinion and majority and minority political parties. The phenomenon, in fact, highlights the gaps existing in various legislative systems (in this work we will analyze the regulations in force in Italy and Spain) and the need to regulate a situation that cuts across the current social reality. The birth rate that characterizes the Western world, and in particular Italy, is undoubtedly also the result of incorrect social policies which, on the one hand, do not favor or encourage birth rates (with services and protections for new parents), on the other, they hinder the use of alternative forms of parenting such as surrogate motherhood. And it is here that the debate of public and political opinion opens: the use of surrogate motherhood refers to a form of exploitation of the woman who (again according to public opinion) undergoes pregnancy for others for sole economic purposes.*

KEY WORDS: *Gestation for others; surrogacy; public order; good morals; crime against public order/good customs; adoption in particular cases.*

SUMARIO.- I. LA MATERNITÀ SURROGATA IN ITALIA: REATO CONTRO L'ORDINE PUBBLICO E I CASI DI RICONOSCIMENTO TRAMITE L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.- II. LA MATERNITÀ SURROGATA IN SPAGNA: PROCEDURA ILLEGALE MA RICONOSCIUTA LA FILIAZIONE SE EFFETTUATA DAL PAESE NEL QUALE LA GESTAZIONE PER ALTRI SI È COMPIUTA.- III. LA PRONUNCIA DEL TRIBUNALE SUPREMO SPAGNOLO 31 MARZO 2022 N. 277.- IV. UN CASO PARTICOLARE: LA RISOLUZIONE DELLA DIREZIONE GENERALE DEI REGISTRI E DEI NOTAI CHE APPROVA LA REGISTRAZIONE DELLA FILIAZIONE PER MATERNITÀ SURROGATA: 18 FEBBRAIO 2009.- V. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: ANALISI DI FATTI DI CRONACA RECENTI E ORIENTAMENTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

I. LA MATERNITÀ SURROGATA IN ITALIA: REATO CONTRO L'ORDINE PUBBLICO E I CASI DI RICONOSCIMENTO TRAMITE L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

Con la locuzione "maternità surrogata" si intende quella pratica in base alla quale una donna, dietro corrispettivo o a titolo gratuito, porta avanti una gravidanza, non per sé, ma per conto di altri, i quali si propongono come genitori c.d. "d'intenzione", non potendo o non volendo avere figli autonomamente[1].

La maternità surrogata può realizzarsi in vari modi a seconda che il materiale genetico sia fornito dalla stessa donna che porta a termine la gravidanza o da un'altra donna: infatti, se alla creazione dell'embrione ha contribuito la stessa surrogata con il proprio materiale genetico la pratica assume il nome di maternità surrogata tradizionale o surrogazione per concepimento e gestazione; al contrario, se la fecondazione avviene tramite i gameti della madre intenzionale ovvero di una donatrice anonima si parla di maternità surrogata per sola gestazione.

La differenza sostanziale tra le due tipologie di maternità surrogata va individuata sotto il profilo strettamente biologico in quanto in caso di surrogazione in senso tradizionale, il rapporto non si limita alla sfera biologica-gestazionale, ma si estende anche alla sfera genetica.

Di conseguenza, nel caso di maternità surrogata tradizionale, non si produce ancora la disarticolazione, che le moderne tecniche di tecnologia medica consentono, della figura materna. Infatti, nel caso di maternità surrogata per la sola gestazione, si verifica una rottura dell'unitarietà funzionale del contributo

1 Sul concetto di maternità surrogata, si veda tra i tanti, in Trabucchi A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 501; Scalisi V.: "Maternità surrogata: come "far cose con regole", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097. Nella letteratura internazionale, cfr. Trimmings K. – Beaumont P.: *Introduction*, *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013, p. 440; Margalit Y.: *Determining Legal Parentage Between Family Law and Contract Law*, Cambridge, 2019, p. 44.

• Deborah Gallo
Avvocato e Dottore di ricerca presso Università degli Studi di Napoli Federico II. e-mail: utca@libero.it

femminile al processo di concepimento in quanto si possono avere fino a tre soggetti femminili in vario modo coinvolti dalla nascita: la *madre sociale* o, per meglio dire, "intenzionale", cioè colei che nutre l'intenzione di assumere legalmente il ruolo di madre, la *madre uterina*, cioè colei che ha partorito, e la *madre genetica*, cioè colei che ha donato i gameti.

In Italia la gestazione per altri è vietata in base a quanto disposto dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, che punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità"[2].

La maternità surrogata, quindi, si pone come una fattispecie che viola le norme di ordine pubblico e buon costume, essendo essa intesa come una forma di "sfruttamento" della donna che svolge la funzione di madre surrogata presupponendo che l'atto di portare avanti una gravidanza per altre persone sia dettato solo ed esclusivamente da necessità economiche e, come tale, risulterebbe una forma di sfruttamento della persona, ma non è sempre così: la maternità surrogata può avere anche finalità altruistiche e non essere necessariamente remunerata.

In realtà, così come attualmente formulata, tale disposizione presta il fianco a numerose critiche in virtù della sua vaghezza e poca specificità: da più parti, infatti, si è osservato che la norma non individua con chiarezza le fattispecie di "maternità surrogata" perseguibili essendo la maternità surrogata un fenomeno dalle molteplici sfaccettature e, al momento, la norma non riesce ad individuare la condotta perseguibile[3]; inoltre, dalla lettura della norma non si evince se tra le condotte vietate sia da includere anche la maternità surrogata non onerosa svolta, quindi, con la sola finalità altruistica[4].

2 In relazione alla formulazione della norma è stato da più parti osservato l'estrema vaghezza della fattispecie: in tal senso Consorte F.: *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, (a cura di A. Cadoppi – S. Canestrari – M. Papa): *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, p. 239; Dolcini E.: *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Tratt. Biodiritto Rodotà-Zatti*, II, *Il governo del corpo*, (a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti), Milano, 2011, p. 1551; Vallini A.: *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, p. 143; Id.: "Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche", *Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2019, p. 233; La Rosa E.: *Maternità surrogata*, *Treccani Diritto Online*, 2017; Tigano V.: *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, p. 350.

3 Infatti, ruolo fondamentale è sfolto dagli interpreti della norma e se secondo un orientamento la condotta perseguibile sarebbe anche la sola stipula del contratto con la clinica, secondo altri l'intervento penale non possa precedere la concreta esecuzione della pratica; sul punto, Spena A.: "Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni", *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1549, "raggiunto l'accordo, la surrogazione di gravidanza non può ancora dirsi realizzata, ma tutt'al più progettata e fatta oggetto di impegno".

4 Sul punto, è stato osservato da Pelissero M.: "Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati, Sistema penale", 2021, per il quale il trattamento sanzionatorio, "in ragione della elevata pena pecuniaria e della pena accessoria, sembra essere stato pensato come strumento repressivo nei confronti dell'esercizio organizzato in chiave economica della surrogazione di maternità più che come strumento di dissuasione della soddisfazione del desiderio di genitorialità dei committenti".

Per l'indirizzo prevalente, un simile accordo, dato il fine strettamente altruistico e la sua affinità con gli atti di donazione di organi fra vivi, non sarebbero in contrasto né con l'ordine pubblico[5] né col buon costume[6].

In realtà, attualmente la maternità surrogata pur essendo una procedura vietata in Italia vede il dato empirico per cui solo poche centinaia di coppie scelgono tale procedura per realizzare il desiderio di genitorialità eseguendo tale pratica nei Paesi dove essa non costituisce reato (negli Stati Uniti d'America è pratica consentita in molti stati, ma anche in Europa sono molti gli stati membri che stanno legalizzando tale fenomeno). Infatti, sono molti i Paesi (anche dell'Unione Europea) in cui la gestazione per altri non solo non costituisce reato ma è pienamente riconosciuta e regolamentata dall'ordinamento.

In Italia il fenomeno è attualmente sotto i riflettori della politica in quanto l'attuale governo ha adottato un atteggiamento di totale chiusura sulla legalizzazione della procedura in Italia, anzi al momento è al vaglio delle Camere un disegno di legge per rendere tale procedura "reato universale".

Il perché il governo italiano sia così contrario alla legalizzazione della maternità surrogata è probabilmente da individuarsi nell'opinione, avallata dall'orientamento politico prevalente, che a ricorrere a tale procedura siano prevalentemente le famiglie omogenitoriali (in particolare quelle composte da due uomini), che, secondo l'attuale governo, non dovrebbero vedersi riconosciuti alcuni diritti, tra cui quello della genitorialità.

5 È noto che nella giurisprudenza più recente il tentativo di restringere la nozione di ordine pubblico internazionale, compiuto dalla sentenza della Corte di Cassazione (Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *Corr. giur.*, 2017, p. 181,), secondo la quale «i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario», è stato disatteso da una successiva sentenza di Cassazione a sezioni unite (Cass. SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, *Foro it*., 2017, I, p. 2613) in materia di danni punitivi, la quale entro un'articolata motivazione esprime l'intendimento di non assecondare alcuna riduzione del controllo operato tramite l'ordine pubblico e chiarisce che, per quanto la semplice diversità tra un istituto straniero e la legge italiana non si traduca nel contrasto del primo con l'ordine pubblico, resta ferma la necessità che, specie nel diritto sostanziale, la legge straniera non produca effetti incompatibili con i principi costituzionali, quand'anche gli stessi non siano principi inviolabili. Di seguito, le Sezioni Unite hanno sciolto il contrasto affermando che la compatibilità con l'ordine pubblico deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche «del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico» (Cass. SS. UU., 8 maggio 2019, n. 12193). Ad ogni modo, anche a intendere l'ordine pubblico internazionale nel senso restrittivo sopra richiamato, la tutela della dignità umana, che costituisce un principio inviolabile della Costituzione, non potrebbe non far rientrare il divieto di surrogazione entro il perimetro di tale più restrittiva concezione.

6 Si veda Alpa G.: "Appunti sulla inseminazione artificiale", *Riv. crit. dir. priv*., 1985, p. 343; Rodotà S.: *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 194; Zatti P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione giustizia*, 1999, 838; Criscuoli G.: "La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte", *Dir. fam. e pers*., 1987, p. 1034.

Ma in realtà, il dato sorprendente, però, è che circa il 90% di chi ricorre a tale procedura sono coppie eterosessuali, le quali non riescono a portare avanti una gravidanza per problemi legati all'apparato riproduttivo di uno o di entrambi i *partner*; infatti, le coppie gay sembrano di più solo perché immediatamente riconoscibili (in quanto in Italia l'adozione di soggetti da parte di coppie dello stesso sesso è preclusa), mentre le coppie eterosessuali che accedono alla gestazione per altri tendono a nascondere le modalità di nascita del figlio per il timore che possa essere loro sottratto, anche se attualmente la giurisprudenza italiana è stata unanime nel segnalare che il modo in cui è stato concepito un bambino non è argomento valido, in senso giuridico e processuale, per toglierne l'affido.

Attualmente la disciplina italiana prevede che la maternità surrogata sia vietata solo se l'atto di gestazione per altri sia "compiuto" in Italia, quindi, le coppie che si recano all'estero per compiere tale atto non sono perseguibili in Italia in quanto l'atto di gestazione per altri è stato compiuto sul suolo nazionale di un Paese in cui la gestazione per altri non costituisce reato.

Inoltre, nei Paesi in cui la maternità surrogata è consentita è anche pienamente riconosciuto lo *status* di genitore in capo alle coppie "committenti", i c.d. "genitori d'intenzione", che al momento della nascita sono considerati genitori a tutti gli effetti del figlio nato da madre surrogata e come tali vengono iscritti nei registri competenti dei Paesi in cui la pratica si è svolta.

La situazione si complica, ovviamente, una volta rientrati in Italia: per la legge italiana, infatti, non sono considerati genitori e si deve procedere alla "adozione in casi particolari"[7], attraverso la quale il *partner* il cui materiale genetico non è stato

7 L'orientamento recentissimo della Corte di Cassazione è quello di affermare il diritto del bambino, nato da maternità surrogata, al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il genitore d'intenzione; in tal senso si veda Cassazione Civile, Sez. I, 21 settembre 2023, n. 26967, che letteralmente così si pronuncia "Il minore nato all'estero mediante il ricorso alla surrogazione di maternità ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il genitore d'intenzione. Tale esigenza è garantita attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983 che, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, rappresenta lo strumento che consente, da un lato, di conseguire lo status di figlio e, dall'altro, di riconoscere giuridicamente il legame di fatto con il partner del genitore genetico che ne ha condiviso il disegno procreativo concorrendo alla cura del bambino sin dal momento della nascita (respinta l'istanza con cui due uomini, legati da una relazione sentimentale, avevano chiesto al Comune la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero, con cui venivano indicati come padri di un bambino nato grazie alla maternità surrogata e figlio biologico di uno dei due; possibile in Italia, allo stato attuale della normativa, indicare come genitore del minore solo il padre biologico)". Ad evidenziare una divisione anche giurisprudenziale sul tema si segnala un'altra pronuncia, precedente a questa del 2023, in cui la Corte di Cassazione si esprimeva essenzialmente contro la possibilità di un riconoscimento automatico di un provvedimento straniero, e così stabiliva "Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli

utilizzato nella fecondazione deve adottare il figlio nato da maternità surrogata con il materiale genetico dell'altro *partner*. Pertanto, solo attraverso l'adozione in casi particolari si ottiene, in Italia, lo *status* di genitore di figlio nato da madre surrogata[8].

Con la proposta di rendere la gestazione per altri "reato universale", il governo italiano vorrebbe scoraggiare il ricorso a tale procedura ritenendo reato anche la maternità surrogata effettuata da un cittadino italiano in un Paese estero in cui essa è consentita.

A ben vedere, però, tale progetto è fortemente criticabile sotto due aspetti principali uno di natura sociale l'altro di natura giuridica. Infatti, sotto il profilo sociale, la decisione di voler rendere universalmente perseguibile chiunque ricorra alla maternità surrogata *tout court*, senza porre alcuna distinzione tra le finalità solidaristiche e commerciali potrebbe essere altamente discriminatorio nei casi in cui la pratica rappresenta il tentativo estremo di realizzare il desiderio di genitorialità (si pensi, ad esempio, alle donne che per una malformazione congenita nascono senza utero o ai casi in cui per problematiche della donna la gravidanza non può essere portata a termine)[9].

Da un punto di vista giuridico, poi, l'ipotesi della creazione di un reato universale è criticabile in quanto chiaramente in contrasto con i principi base del

altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita", Cassazione Civile, SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162.

8 Sul punto, una recente pronuncia della Corte europea diritti dell'uomo afferma il principio secondo cui per poter trascrivere nei registri dell'anagrafe italiani i certificati di nascita esteri di bambini legalmente concepiti in altri stati bisogna fare ricorso all'adozione in casi particolari. Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha riunito i ricorsi presentati da diverse coppie omosessuali ed eterosessuali, che contestavano il rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere nei registri dell'anagrafe i certificati di nascita esteri di bambini legalmente concepiti in altri stati. Il divieto che, ad avviso dei ricorrenti, avrebbe leso l'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti Umani, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare. Un vulnus che non si può considerare sanato dalla possibilità di fare ricorso all'adozione in casi particolari. Al contrario per i giudici di Strasburgo è proprio questa la via indicata, legittimamente dall'Italia, per riconoscere i legami familiari del bambino nato col cosiddetto utero in affitto, scoraggiando al tempo stesso la pratica vietata dal diritto interno. I ricorrenti hanno creato una famiglia, si legge nella pronuncia, ricorrendo alla gestazione per altri, sapendo che il diritto italiano la vietava: per la Corte Europea dei diritti dell'uomo «le difficoltà pratiche che i ricorrenti potranno incontrare nella loro vita privata e familiare a causa del mancato riconoscimento nel diritto italiano di un legame tra il padre di intenzione e i bambini, non va oltre il limite imposto per il rispetto della vita privata e familiare», così Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 22 giugno 2023, n. 10810, *Guida al diritto*, 2023, p. 26.

9 Si è osservato che se il timore, più che comprensibile, è la creazione di un "mercato" dei bambini e lo sfruttamento delle donne, perché allora non disciplinare anche in Italia la maternità surrogata ponendo tutti i paletti del caso già previsti, ad esempio, dalla stessa legge 40/2004 sulla fecondazione eterologa? Così come viene specificato che "non potrà essere esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti", si potrebbe allo stesso modo normare la maternità surrogata mantenendo gli stessi vincoli ed evitando ogni deriva "economicistica" della pratica, mantenendo quindi possibile solo la sua finalità solidaristica; in tal senso, Rodriquez G.: "La maternità surrogata e il reato universale: quando la politica cede allo slogan", su quotidianosanità.it.

diritto penale. Infatti, in base a quanto disposto dal primo comma dell'art. 6 c.p. "chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana" e nel caso di maternità surrogata il presunto reato non si commette nel territorio italiano, inoltre, in base a quanto disposto dal secondo comma del predetto articolo, "il reato di considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione" e anche in questo caso si deve escludere l'applicabilità della legge italiana in quanto nessuna delle condotte (dal prelievo di ovuli alla fecondazione, dalla gestazione alla nascita) si è compiuta in Italia.

Si deve considerare, anche, che è impossibile rendere universalmente perseguibile chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità ai sensi dell'articolo 7 del codice penale[10] dal momento che in molti Paesi tale pratica è legale e oggetto di specifica e puntuale normativa; inoltre, va considerato il fatto che, sulla base dell'articolo 9 del codice penale riguardante il delitto comune commesso all'estero da cittadino italiano, si prevede che quest'ultimo si soggetto alla giurisdizione italiana se il fatto commesso all'estero è punito dalla legge italiana con la pena dell'ergastolo o con la reclusione nel minimo non inferiore a tre anni.

La pena minima per la maternità surrogata in Italia è però di due anni di reclusione, a questo punto la condanna potrebbe aver luogo solo dietro specifica richiesta da parte del Ministro della Giustizia.

Ma vi è di più: la legge n. 218 del 1995 (che disciplina il diritto internazionale privato), afferma il generale riconoscimento automatico della sentenza e del provvedimento straniero, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, pertanto, visto che nei Paesi in cui la pratica di gestazione per altri è consentita vi è anche un riconoscimento automatico da parte delle autorità locali della genitorialità dei c.d. "genitori d'intensione" (attraverso una sentenza o altro documento ufficiale), l'Italia sarebbe tenuta a dare a sua volta riconoscimento al provvedimento emesso all'estero.

10 L'articolo 7 del Codice Penale, denominato "Reati commessi all'estero", dispone che: "È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: 1) delitti contro la personalità dello Stato italiano; 2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; 3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano; 4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni; 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana". Tra i reati punibili con la legge italiana anche se compiuti all'estero, quindi, non figura la gestazione per altri.

II. LA MATERNITÀ SURROGATA IN SPAGNA: PROCEDURA ILLEGALE MA RICONOSCIUTA LA FILIAZIONE SE EFFETTUATA DAL PAESE NEL QUALE LA GESTAZIONE PER ALTRI SI È COMPIUTA.

Prima di affrontare il problema di come la maternità surrogata è disciplinata in Spagna, è necessario fare una breve premessa in tema di disciplina della filiazione nell'ordinamento iberico.

La filiazione nello Stato spagnolo si basa sul principio della verità biologica, sul libero accertamento della paternità e della maternità senza limitazioni probatorie e sul *"favor filii",* inteso come diritto della persona a conoscere la sua origine.

Per l'ordinamento spagnolo, la filiazione attribuisce al bambino un nome, due cognomi e la relativa nazionalità; inoltre, in base al principio generale dello *ius sanguinis* discende che il figlio nato da padre o madre spagnola è spagnolo, così come sono spagnoli i bambini adottati da un padre o una madre spagnola.

Il Titolo Preliminare del Codice civile stabilisce le norme di diritto internazionale privato e, in virtù di quanto previsto dall'art. 9, primo e quarto comma, i rapporti paterno-filiali sono regolati dalla legge personale del bambino (ovvero la legge personale applicabile alle persone fisiche è quella determinata dalla loro nazionalità).

La pubblicità della filiazione avviene con l'atto di iscrizione nel Registro di stato civile, che in Spagna dipende dalla Direzione Generale dei Registri e Notai (Ministero della Giustizia); tale circostanza non è di poco conto in quanto sono state proprio le decisioni e le circolari emesse da tale organo che hanno stabilito le linee legali attuali che permettono ai bambini, nati da padre o madre spagnola, di accedere al Registro Civile e, come tali, acquisire la nazionalità spagnola.

Come si analizzerà in seguito, in alcuni casi, le decisioni e le circolari si sono poste in netta antitesi con gli orientamenti giurisprudenziali dettati dalle decisioni dei Tribunali di merito, ed hanno dato sempre la priorità alla tutela del minore, in coerenza con l'ordinamento giuridico spagnolo.

Ora vediamo come si è posto l'ordinamento spagnolo nella risoluzione di casi aventi ad oggetto il riconoscimento del rapporto di filiazione nell'ipotesi di bambini nati a seguito di maternità surrogata.

In base a quanto disposto dall'art. 10 della legge n. 14 del 2006, "è nullo[11] il contratto con il quale si concorda la gestazione, con o senza prezzo, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione materna a favore del contraente o di un terzo".

11 Secondo autorevole dottrina "tali negozi sono nulli per illiceità della causa e, pertanto, in applicazione dell'art. 1306 c.c., nessuna delle parti del contratto di maternità surrogata avrà azione nei confronti dell'altra

In realtà, il contratto che prevede la gestazione per altri si pone in contrasto con il principio di indisponibilità del proprio corpo in quanto l'attività oggetto del contratto implica un totale coinvolgimento della madre surrogata (in particolare incide sulle sue qualità riproduttive) rendendo in tal modo la funzione riproduttiva della donna (che non dovrebbe essere oggetto di disposizioni con finalità economiche) oggetto di traffici commerciali; un contratto con tale sinallagma si pone anche in contrasto con il principio di indisponibilità degli *status* poiché ha il chiaro intento di modificare le norme che determinano le modalità di costituzione della relazione paterno-filiale e l'attribuzione della qualità giuridica di madre e di figlio[12].

Pertanto, anche in Spagna la gestazione per altri è illegale e tale divieto è sancito all'art. 10 della legge n. 14 del 2006 che dispone la nullità di qualsiasi forma di contratto che regoli la surrogazione di maternità, sia a titolo oneroso che con finalità solidaristica, (letteralmente la norma parla di nullità del "contrato por el

al fine di ripetere le prestazioni eseguite. Applicando tale principio, i committenti non potranno chiedere la restituzione del denaro pagato alla madre surrogata", così De Verda y Beamonte J.R.: "Il Tribunale Supremo spagnolo conferma la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata (nota a Tribunal Supremo, 31 marzo 2022, n. 277)", *Foro napoletano*, 1, 2023, p. 131 e ss.; Id.: *La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del tribunal europeo de derechos humanos*, *La nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, (a cura di M.J. Salar Sotillos; P.M. Estellés peralta), 2023, p. 361 e ss. Di parere contrario, Pantaleòn Prieto F.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988, p. 27 s., secondo il quale la nullità deriverebbe dalla illiceità dell'oggetto.

12 Si riporta ancora De Verda y Beamonte J.R.: "Il Tribunale Supremo spagnolo conferma la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata (nota a Tribunal Supremo, 31 marzo 2022, n. 277)", cit., p. 131 e ss.: "Una parte della moderna dottrina continua ad affermare la nullità del contratto di gestazione ancorandola alle suddette argomentazioni nonché al principio costituzionale di dignità della persona umana sancito dall'art. 10, comma 1, cost. enfatizzando, in particolare, il rischio di vulnerare le donne che potrebbero acconsentire a portare a termine la gravidanza spinte dalla necessità di fronteggiare situazioni di povertà e di emarginazione sociale". Sul punto, si veda anche: Aparisi Miralles A.: "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer", *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, p. 163-175; Bellver Capella V.: "*¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional*", *SCIO. Revista de Filosofía*, n. 11, novembre de 2015, p. 19-52; Id.: "Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista", *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, p. 229-243; Corral García E.: "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013, p. 69; Estellés Peralta P.M.: "Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 9, 2018, p. 330-357; Id.: *Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud*, (a cura di Estellés Peralta P.M.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, Valencia, 2022, p. 163-210; López Guzmán J. e Aparisi Miralles A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, p. 253-267. Nell'ambito della dottrina favorevole ad ammettere la validità del contratto avente ad oggetto la gestazione per altri in virtù del principio costituzionale del libero sviluppo della personalità, si veda: Álvarez de Toledo Quintana L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transaccional* (ottobre 2014), vol. 6, n. 2, p. 39; Ávila Hernández C. J.: "La maternidad subrogada en el Derecho comparado", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 6, 2017, p. 313-344; Paz García Aburuza Mª: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, n. 8 (BIB 2015\4006); Igareda González N.: *"La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España*", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 21, gennaio 2015, p. 6-7; Román Maestre B.: "Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad", *Folia Humanística*, n. 8, febbraio-marzo 2018, p. 24-41; Romeo Casabona C. M.: "Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el casos jurídico actual o buscamos una solución?", *ivi*, n. 8, febbraio-marzo 2018, p. 1-23; Sánchez Hernández C.: *Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española*, *InDret* 4/2018; Vela Sánchez J.: "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España", *Diario La Ley*, n. 7621, 3 maggio 2013; Vila-Coro Vázquez A.: *Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida*, (a cura di P. Benavente Moreda e E. Farnós Amorós), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* Madrid, 2015, p. 283 ss.

que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero")[13].

Inoltre, al secondo comma del medesimo articolo, il legislatore spagnolo specifica anche che in caso di nascita da gestazione per altri, il rapporto di filiazione sarà in ogni caso determinato dalla nascita ("la filiazione dei bambini nati attraverso la maternità surrogata è determinata dal parto" [14], letteralmente: la "filiación (…) será determinada por el parto")[15].

Infine, al terzo comma, riconosce la possibilità per il padre biologico di rivendicarne la paternità attraverso l'azione di riconoscimento ("l'eventuale azione di rivendicazione di paternità del padre biologico, secondo le regole generali, rimane inalterata").

Pertanto, in base a quanto disposto da quest'ultimo comma, il padre biologico potrebbe esercitare l'azione di riconoscimento di paternità e successivamente l'altro *partner* potrebbe adottare il bambino, senza la necessità di sottoporsi alla dichiarazione di idoneità prevista dall'art. 176 c.c. (o, sottoponendosi ad una valutazione estremamente flessibile).

Sotto il profilo disciplinare, quindi, l'ordinamento iberico è più specifico di quello italiano in quanto, pur adottando una posizione di drastica opposizione al fenomeno, è più chiaro e contempla sia l'ipotesi di gestazione a titolo oneroso che quella solidaristica e gratuita, vietandole entrambe considerando nullo qualsiasi contratto che le avesse ad oggetto e, rafforza, altresì, il concetto di filiazione che viene strettamente legato al momento del parto, in quanto è esplicitamente prevista la costituzione del rapporto filiale con la madre di parto[16].

Nello stesso tempo, però, viene riconosciuta la possibilità per il padre biologico di esercitare l'azione di riconoscimento del figlio; tale riconoscimento non è di poco conto se si considera che è attraverso l'azione di riconoscimento di paternità che si può accertare la paternità del figlio nato all'estero da madre surrogata (tranne ovviamente nei casi di donatore anonimo di gameti maschili), permettendo così di

13 Ancora si legga: De Verda y Beamonte J.R.: *La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del tribunal europeo de derechos humanos*, cit., p. 361 e ss.; Id.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España*", Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, feb. 2018.

14 Sul punto, si veda: Núñez Bolaños Mª, Nicasio Jaramillo Mª I. e Pizarro Moreno E.: *El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, p. 259 ss.

15 Previsioni pressoché analoghe erano già contenute nell'art. 10, legge n. 35/1988, poi riformata e sostituita dalla legge del 2006: cfr. in tema Bustos Pueche J. E.: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley*, edizione LA LEY, 1992; Montès Penadès V.: "La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, p. 5.

16 Tribunal de Valencia, Juzgado de Primera Instancia, 15 settembre 2010; Audiencia Provincial de Valencia, 23 novembre 2011; Tribunal Supremo, n. 835/2013, 6 febbraio 2014, tutte in https://vlex.es/.

risolvere i problemi di registrazione dei bambini di padre biologico spagnolo nati fuori dalla Spagna ricorrendo alla maternità surrogata.

Inoltre, in relazione al legame genitoriale e ai procedimenti di filiazione, va detto che l'ordinamento spagnolo prevede la possibilità per il genitore, che non ha un legame genetico con il figlio, di adottare il figlio del coniuge attraverso una procedura speciale, la c.d. *Stepchild adoption*: con l'adozione effettuata dalla madre intenzionale, si annulla la filiazione materna generata dalla nascita.

Infine, va osservato che, a differenza della normativa italiana, quella spagnola non pone a carico degli eventuali soggetti che stipulano un contratto di maternità surrogata alcuna sanzione pecuniaria e/o pena detentiva: l'unica sanzione prevista dall'ordinamento spagnolo è la nullità del contratto.

III. LA PRONUNCIA DEL TRIBUNALE SUPREMO SPAGNOLO 31 MARZO 2022 N. 277.

Il Tribunale Supremo Spagnolo è stato chiamato di recente a pronunciarsi su una questione piuttosto complessa relativa al riconoscimento dei certificati di nascita di bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata.

Infatti, nonostante i divieti di cui si è parlato nel paragrafo precedente, frequentemente accade che coppie che non riescono a soddisfare il desiderio di genitorialità attraverso le pratiche di fecondazione assistita (o per impossibilità fisica di uno dei *partner* o perché coppie appartenenti allo stesso sesso) si rechino in Paesi la gestazione per altri è ammessa e, una volta nato il figlio e rientrati in patria, lo iscrivano nel Registro consolare come loro figlio[17].

Tale iscrizione però risulta in contrasto con quanto stabilito dall'art. 10, comma 1, l. n. 14 del 2006 che, peraltro, ha una chiara portata imperativa e di ordine pubblico[18].

17 Per un'ampia visione di diritto comparato, cfr. Roca Trías E.: "*Dura lex sed lex". O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*, (a cura di P. Benavente Moreda e E. Farnós Amorós), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, 2015, p. 317 ss.

18 In termini comparatistici valga osservare come la disciplina portoghese abbia assunto un atteggiamento di apertura all'ammissibilità della maternità surrogata in presenza di determinati requisiti abbastanza rigorosi; infatti, la l. 22 agosto 2016, n. 25, regola, così, l'accesso alla maternità surrogata in determinate circostanze, per cui ha riformato i diversi precetti della l. 26 giugno 2006, n. 32, sulla procreazione medicalmente assistita, precisamente l'art. 8 della stessa. Il precetto definisce la maternità surrogata come qualsiasi situazione in cui la donna s'impegna a portare a termine una gravidanza per conto di terzi e a consegnargli il bambino dopo il parto, rinunciando ai diritti e doveri propri della maternità. Va precisato, però, che il ricorso alla gestazione per altri è ammesso solo in casi eccezionali e con carattere gratuito (ad esempio, in caso di assenza congenita dell'utero o di lesione o infermità dello stesso, che impedisce in assoluto la gravidanza della donna o in presenza di una situazione clinica che lo giustifica, esigendo, inoltre, che si realizzi con almeno il gamete di uno dei beneficiari). Così intesa, la maternità surrogata va interpretata a fini terapeutici, come una tecnica straordinaria che ha come finalità quella di rimediare all'impossibilità

Il Tribunale Supremo, chiamato a pronunciarsi sulla questione, ha sancito il principio di non automaticità della trascrizione dei certificati di nascita rilasciati da un Paese straniero confermando, quindi, la cancellazione dal registro di stato civile della filiazione iscritta nel registro consolare di Los Angeles in funzione di un certificato del registro californiano avvenuta in favore di due uomini che avevano utilizzato la surrogazione di maternità per generare il figlio.

La sentenza in esame richiama l'art. 2 *a)* del Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti dell'infanzia (legge n. 3489/1990), che definisce la vendita di bambini (vietata dall'articolo 35 della Convenzione) come "qualsiasi atto o transazione in base alla quale un bambino è trasferita da una persona o gruppo di persone ad un altro in cambio di compenso o qualsiasi altra remunerazione", così come il Rapporto del Relatore Speciale all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 15 gennaio 2018, secondo il quale "la maternità surrogata commerciale rientra pienamente" in detta definizione, quando ricorrono tre elementi: a) retribuzione o qualsiasi altra remunerazione; *b)* il trasferimento del bambino (dalla donna che ha portato avanti la gravidanza e dato il bambino ai genitori); *c)* lo scambio di *a)* con *b)* attraverso il pagamento per la consegna del figlio; specificando che "Il parto che la madre surrogata effettua non deve necessariamente essere attuale (cioè di

per la donna di procreare e che deve avere sempre carattere gratuito. Sul punto, in generale, si veda: Dias Pereira A.G.: "Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, 2018, p. 32-47. Sulla questione si è pronunciato il Consiglio Nazionale per la Procreazione Medica Assistita del Portogallo in una polemica Dichiarazione Interpretativa della l. n. 25 del 2016, secondo la quale il legislatore vuole che, in tutti i casi, incluso quando i contratti di gestazione siano nulli, i bambini che nascano come conseguenza del ricorso alla gestazione per sostituzione siano figli dei rispettivi beneficiari. Trib. Cost. portoghese 24 aprile 2018, n. 225, causa n. 95/2017, *Data Juris*, 381503, però ha dichiarato incostituzionali vari profili della regolamentazione lusitana della maternità surrogata. Così, fra le altre disposizioni, ha dichiarato incostituzionale l'art. 8, comma 8, l. n. 32 del 2006, *in parte qua*, nel combinato disposto con l'art. 14, comma 5, della stessa legge, non consente alla gestante surrogata di revocare il consenso inizialmente prestato, cosa che la donna dovrebbe invece avere il diritto di fare sino al completo svolgimento della vicenda esecutiva del contratto, cioè sino al momento in cui sarebbe tenuta a consegnare il bambino da lei partorito ai committenti, poiché tale disposizione comporta una violazione del diritto allo sviluppo della personalità, interpretato in conformità con il principio della dignità umana ed il diritto a formare una famiglia. Ha inoltre dichiarato incostituzionale l'art. 15, comma 1, l. n. 32 del 2006, *in parte qua*, nel combinato disposto con il comma 4 della medesima disposizione, che prevede un obbligo di segreto assoluto con riguardo all'identità dei donatori di gameti o embrioni (nella fecondazione eterologa) nonché della gestante surrogata (in caso di surrogazione di maternità), poiché tale soluzione comporta una compressione non necessaria dei diritti all'identità personale ed allo sviluppo della personalità dei soggetti nati in seguito all'applicazione delle tecniche di procreazione assistita. Trib. Cost. Portoghese 18 settembre 2019, n 465, causa 829/2019, *Tribunal Constitucional Portugal* (*on line*), accogliendo il ricorso di costituzionalità proposto direttamente dal Presidente della Repubblica, ha dichiarato incostituzionale l'art. 8, comma 13, l. n. 32 del 2006 nella versione contenuta nel Decreto approvato dall'Assemblea della Repubblica il 19 luglio 2019 in sede di conversione in legge. Nel suddetto articolo si riproduce letteralmente l'art. 8, comma 8 che, come detto, era già stato dichiarato incostituzionale. La declaratoria di incostituzionalità derivava dalla sua lettura congiunta con l'art. 14, comma 5, l. n. 32 del 2006, che non permetteva alla madre gestante di revocare il consenso una volta iniziata la tecnica di riproduzione assistita. Siccome il Decreto lasciava inalterato il tenore dell'art. 14, comma 5, il Tribunale costituzionale ritiene che l'art. 8, comma 13, continua ad essere incostituzionale permettendo che la gestante venga strumentalizzata ai fini dell'inizio della pratica di gestazione surrogata. Afferma, infatti, che l'impossibilità di revocare il consenso prima della consegna del bambino alla coppia committente víola il suo diritto al libero sviluppo della personalità interpretato alla luce del principio di dignità della persona umana.

un bambino già nato), può essere futuro, come avviene nel contratto di maternità surrogata"[19].

Il Tribunale ha ancorato la propria decisione al contrasto tra l'avvenuta registrazione e le norme di ordine pubblico spagnolo: infatti, nell'ordinamento spagnolo "non si ammette che l'adozione, come pure le nuove tecniche di fecondazione assistita, vulnerino la dignità della gestante e del minore rendendo commerciabili la gestazione e la filiazione o mercificando la donna partoriente ed il bambino. Non può permettersi la creazione di affari con l'utilizzo di tali beni rendendo, di fatto, possibile lo sfruttamento commerciale di uno stato di necessità nel quale si trovano le giovani donne in situazione di povertà e creando una specie di 'cittadinanza per censo' nella quale soltanto coloro che dispongono di elevati mezzi economici possono stabilire relazioni paterno-filiali vietate alla maggior parte della popolazione".[20]

In ogni caso, è stato osservato che una valutazione relativa all'interesse del minore nell'acquisite o meno lo *status* di figlio dei *"genitori d'intenzione"* (o *"genitori committenti"*) debba essere svolta caso per caso valutando le circostanze del caso concreto[21].

Quello che l'ordinamento spagnolo propone e la sentenza del Tribunale Supremo Spagnolo afferma, quindi, è un non riconoscimento automatico dei certificati di nascita dei figli nati all'estero (nei Paesi dove la pratica di gestazione per altri non costituisce un reato) pur non escludendo la possibilità che questo possa accadere. Si può affermare, quindi, che il divieto è relativo all'automaticità del riconoscimento (e quindi della trascrizione) del certificato di nascita estero.

Il riconoscimento, quindi, potrebbe in ogni caso avvenire seguendo determinati passaggi: in primo luogo, si deve accertare il legame biologico con almeno uno dei genitori; successivamente, l'altro genitore può chiedere l'adozione del minore e solo allora si potrà trascrivere il certificato di nascita nei registri spagnoli. In sostanza, quello che si richiede è un successivo accertamento, da parte delle

19 Per un approfondimento alla sentenza del Tribunale Supremo si veda: De Verda y Beamonte J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia", *Diario La Ley*, n. 10182, 2 de Diciembre de 2022, LA LEY, 2022.

20 Il Tribunale ha affermato che «tanto la madre gestante, quanto il figlio vengono trattati come meri oggetti, non come esseri umani dotati di propria dignità e titolari dei diritti fondamentali connessi alla propria dignità» e, più avanti, che «in definitiva, il futuro figlio, privato del diritto di conoscere le proprie origini, viene trattato come una cosa venendo inteso quale mero oggetto di un contratto che la gestante si obbliga a consegnare alla committente».

21 "Ciò, peraltro, presupporrebbe la possibilità per i giudici di creare una regola generale di attribuzione della filiazione contraria a quanto espressamente stabilito dal legislatore attraverso una applicazione discutibile di un concetto giuridico indeterminato – il c.d. 'interesse superiore del minore' – rispetto al quale non esiste unanimità", in tal senso, De Verda y Beamonte J.R.: "Il Tribunale Supremo spagnolo conferma la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata (nota a Tribunal Supremo, 31 marzo 2022, n. 277)", cit., p. 131 e ss.

autorità spagnole, del legame di filiazione tra i genitori e il minore nato tramite gestazione per altri.

Inoltre, è stato osservato che il Tribunale Supremo, pronunciandosi con ordinanza su una questione incidentale, aveva già affermato che il diniego di una trascrizione automatica del certificato di nascita non contrasta con quanto stabilito in materia dalla Corte Europea per i diritti dell'uomo.

Infatti, si sostiene[22] che la Corte di Strasburgo «non afferma che il diniego di trascrivere l'atto di nascita dei figli nati da maternità surrogata nel registro di stato civile (…) infranga il diritto al rispetto della vita privata e familiare di tali minori. Quello che viene sostenuto è che i suddetti minori devono avere uno status definitivo ed una stabile identità nel Paese nel quale andranno a vivere [...]. In Spagna il conseguimento di tale status definitivo può derivare o dal riconoscimento o attraverso l'instaurazione di un vincolo di filiazione biologica con colui che abbia partecipato con il proprio materiale genetico al procedimento riproduttivo. Può derivare, ancóra, da un procedimento di adozione e, in alcuni casi, dal possesso di stato. Tali procedure sono considerate criteri di individuazione della filiazione idonei e sufficienti a proteggere l'interesse del minore»[23].

22 In tal senso, De Verda y Beamonte J.R.: "Il Tribunale Supremo spagnolo conferma la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata (nota a Tribunal Supremo, 31 marzo 2022, n. 277)", cit., p. 131 e ss.

23 La suddetta impostazione risulta essere in piena sintonia con il Parere consultivo Corte Europea dei diritti dell'uomo (*Grande Chambre*) del 10 aprile 2019 (*Demande* n. P16-2018-001), il quale, su richiesta della Corte di Cassazione francese, ha sostenuto che una volta riconosciuta la paternità del padre di intenzione – che, a sua volta, sia padre biologico del figlio – l'esigenza di proteggere il diritto al rispetto della vita privata e familiare di quest'ultimo esige che il diritto interno offra la possibilità di estendere il vincolo di filiazione anche alla «madre di intenzione» che, pur non essendo la madre biologia, venga individuata come madre all'interno di un certificato straniero legalmente rilasciato. Precisa, inoltre, che l'individuazione della maternità non deve necessariamente realizzarsi attraverso l'iscrizione nel registro civile nazionale che avvenga sulla scorta del certificato straniero, ma si può in ogni caso accedere ad altre vie quali l'adozione a patto che sia garantita l'effettività e celerità del procedimento in ossequio all'interesse superiore del minore. Per la corretta comprensione del suddetto Parere bisogna tenere in considerazione che la prima Sezione della Corte di Cassazione francese, quale conseguenza delle ripetute condanne della Francia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quattro sentenze emesse nella stessa data ha permesso l'iscrizione della filiazione nel registro civile francese in favore del padre di intenzione che sia anche padre biologico del minore e che sia indicato come padre nel certificato di nascita emesso dal Paese straniero dove era stata praticata la tecnica di maternità surrogata. Non ha permesso, però, l'iscrizione della maternità in favore della madre di intenzione che figuri quali madre nel medesimo certificato pur non escludendo che la stessa potesse adottare il minore laddove la stessa sia sposata con il padre biologico, ricorrano tutti i presupposti per dar luogo all'adozione e la stessa sia conforme all'interesse del minore. V., in questo senso, Cass., 5 luglio 2017, n. 15-28597, in *Bull.*, 2017, I, n. 163; n. 16-16901, *ivi*, I, n. 164; n. 16-50025, *ivi*, I, n. 164; n. 16-16455, *ivi*, I, n. 165. Bisogna inoltre tenere in considerazione che il Parere è stato emesso in relazione al celebre caso Mennesson c. Francia nel quale il padre di intenzione era il padre biologico mentre nessun vincolo genetico sussisteva con la madre di intenzione. Da ciò specifica che il Parere, nel riconoscere l'adozione come strumento alternativo (rispetto a quello dell'iscrizione della filiazione in base al certificato straniero) per stabilire la maternità si riferisce, esclusivamente, al caso in cui la madre di intenzione non sia anche madre biologica lasciando quindi aperta la possibilità di soluzioni diverse nel caso in cui lo fosse. Ad ogni modo, seguendo il Parere della Corte, le Sezioni unite della Cassazione francese hanno rigettato l'annullamento dell'iscrizione nel registro civile francese avvenuto sulla base del certificato straniero nel quale figurava come madre la madre di intenzione (moglie del padre biologico) che non era però la madre biologica delle due bambine nate tramite gestazione surrogata in California. La motivazione va rintracciata nel fatto che, siccome la causa durava ormai da 15 anni, non esistevano ulteriori strumenti giuridici capaci di riconoscere la filiazione materna senza determinare una ingerenza sproporzionata nella vita privata e familiare delle minori.

Inoltre, con un recente intervento, il Parlamento Europea è intervenuto sulla questione relativa alla cittadinanza europea di filiazione attraverso l'emissione di un regolamento.

Il Parlamento europeo ha approvato il regolamento che chiede a tutti gli Stati UE di riconoscere gli stessi diritti genitoriali concessi da un altro Paese membro a una determinata coppia, anche omosessuale. In questo modo i bambini nati in altri Stati, avrebbero in ciascuno degli Strati europei (sia in Spagna che in Italia) gli stessi diritti che hanno i bambini nati sul territorio di un Paese europeo, a prescindere da chi siano i genitori (coppie etero o omosessuali).

L'obiettivo è di garantire che la genitorialità, così come è stabilita in un Paese dell'Unione europea, sia riconosciuta automaticamente anche negli altri Stati membri, per offrire a tutti i minori gli stessi diritti previsti dalle leggi nazionali in materia di istruzione, assistenza sanitaria, custodia e successione.

I Paesi UE potranno continuare a decidere se accettare situazioni specifiche, come ad esempio la maternità surrogata, ma saranno tenuti comunque a riconoscere la genitorialità così come stabilita da un altro Paese dell'UE, indipendentemente da come il bambino è stato concepito, come è nato o dal tipo di famiglia che ha. Gli Stati membri avrebbero la possibilità di non riconoscere come genitori delle persone solo se si tratta di casi manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico e solo in situazioni ben definite[24].

IV. UN CASO PARTICOLARE: LA RISOLUZIONE DELLA DIREZIONE GENERALE DEI REGISTRI E DEI NOTAI CHE APPROVA LA REGISTRAZIONE DELLA FILIAZIONE PER MATERNITÀ SURROGATA: 18 FEBBRAIO 2009.

In relazione al riconoscimento del provvedimento emesso da uno Stato straniero, già in passato la questione era stata affrontata dalla Direzione Generale dei Registri e dei Notai, evidenziando un orientamento di apertura al riconoscimento sempre in relazione *favor filii* nei confronti del minore.

Infatti, già nel 2009, la Direzione Generale dei Registri e dei Notai ha approvato, con la risoluzione 18 febbraio 2009, la registrazione della filiazione per maternità surrogata riconoscendo ai *genitori d'intenzione* (nel caso di specie due uomini) lo *status* di genitore del figlio nato da madre surrogata.

24 Ogni situazione dovrà essere considerata individualmente per garantire che non vi siano discriminazioni, ad esempio nei confronti dei figli di genitori dello stesso sesso. I deputati hanno, inoltre, approvato l'introduzione del certificato europeo di filiazione, volto a ridurre la burocrazia e a facilitare il riconoscimento della genitorialità negli Stati membri. Pur non sostituendo i documenti nazionali, potrà essere utilizzato al loro posto e sarà accessibile in tutte le lingue del blocco europeo e in formato elettronico.

Nel caso esaminato, una coppia di due uomini (uniti in matrimonio grazie alla modifica del Codice civile spagnolo avvenuta nel 2005 che ha consentito il matrimonio anche tra soggetti dello stesso sesso) si reca in California (dove la gestazione per altri è consentita e pienamente riconosciuta) per affidare la gestazione del loro figlio ad una donna californiana utilizzando il materiale genetico di uno dei due *partner*.

Una volta venuto alla luce il figlio della coppia, al fine della registrazione della nascita del minore e filiazione del medesimo, la coppia presenta al Registro consolare di Los Angeles un certificato di nascita e di filiazione del minore rilasciato dall'autorità californiana a favore dei genitori richiedenti nel quale non era stata inserita l'identità della madre biologica. Il Registro Civile nega la registrazione della nascita. Tuttavia, la Direzione Generale dei Registri e dei Notai (DGRN), contrariamente a quanto era stato stabilito, dispone che «L'interesse superiore del minore rende consigliabile procedere alla registrazione nel Registro Civile spagnolo della filiazione che appare nel Registro straniero. Infatti, il rifiuto dell'iscrizione potrebbe determinare che i figli, di nazionalità spagnola, sarebbero privati di una filiazione iscritta nel Registro Civile. Questo violerebbe l'articolo 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989 sottoscritta a New York e in vigore per la Spagna dal 5 gennaio 1991».

Con tale disposizione, quindi, la Direzione Generale dei Registri e dei Notai ha dato rilevanza e priorità alla tutela del minore (così come evidenziato in precedenza che tra i principi guida della filiazione spagnola vi è quello del *"favor filii"*), ritenendo che negare il riconoscimento avrebbe arrecato un danno al minore.

Inoltre, negare l'iscrizione all'anagrafe spagnola avrebbe violato il citato principio anche perché l'interesse superiore del minore richiede che lo stesso rimanga sotto la tutela di coloro che hanno dato il consenso per essere genitori. Secondo quanto stabilito nel provvedimento del Registro Spagnolo, la cittadinanza spagnola può essere affermata quando uno dei genitori richiedenti è anche padre biologico; ciò perché il contributo biologico determina che il bambino è figlio di padre spagnolo[25].

25 Sul punto si segnala la sentenza del 14 dicembre 2021 (causa C-490/20 PPU, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008), con la quale la Corte di giustizia ha stabilito che il diritto dell'Unione Europea impone agli Stati membri di riconoscere il certificato di nascita emesso dalle autorità di uno Stato membro in favore di una minore nata in tale Stato, tramite fecondazione eterologa, da una coppia femminile dello stesso sesso, al fine di consentire alla bambina di esercitare, con ciascuna delle due madri, il diritto di circolazione e soggiorno nel territorio europeo connesso al suo *status* di cittadina dell'Unione. A tale scopo, le autorità dello Stato membro di cittadinanza sono tenute a rilasciare, come richiesto dalla direttiva 2004/38, una carta di identità o un passaporto in favore della minore, nel quale siano iscritte le due donne in qualità di madri, senza tuttavia che ciò richieda la previa emissione di un nuovo atto di nascita da parte delle autorità dello Stato membro interessato.

Pertanto, nel caso esaminato, la Direzione Generale dei Registri e dei Notai ha acconsentito alla registrazione della certificazione californiana e alla filiazione a favore di entrambi i genitori affermando che, al fine dell'iscrizione nel Registro Civile spagnolo di una certificazione straniera, è sufficiente che quest'ultima rispetti le formalità e le condizioni di validità di essa (rilasciata dall'autorità competente, tradotta e legalizzata, ecc.) senza dover valutare nel merito la legge applicata del paese straniero (in questo caso, si dice, la legge americana con cui la Spagna mantiene intensi rapporti internazionali)[26].

V. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: ANALISI DI FATTI DI CRONACA RECENTI E ORIENTAMENTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

In base a quanto sin qui osservato, si evince che il tema della gestazione per altri è un tema tutt'altro che pacifico, è un fenomeno che necessita di una disciplina più precisa e più puntuale in quanto, purtroppo, è in forte crescita la sua applicazione pratica (in quanto interessa tutte le coppie – e non solo quelle omogenitoriali – che hanno difficoltà a procreare).

Recenti fatti di cronaca hanno portato alla luce nuovamente lacune normative e orientamenti giurisprudenziali contrastanti; infatti, tali fatti di cronaca ci insegnano che l'attuale disciplina (sia spagnola che italiana) sono incomplete e inadatte a gestire la fattispecie. A tal fine si segnalano due recenti casi (uno spagnolo e uno italiano) che hanno dimostrato quanto ci sia bisogno di un intervento normativo.

Accanto a questi due casi, si segnala una recentissima pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che esprime il principio che il rapporto di affezione e filiazione che di fatto si instaura tra il genitore d'intenzione e il minore nato da maternità surrogata deve essere tutelato nell'ottica dell'interesse del minore; infatti, tale pronuncia si sofferma sulla tutela dei diritti del minore e condanna (in questo caso l'Italia) a riconoscere i provvedimenti degli Stati in cui la maternità surrogata è consentita soprattutto quando essi sono a favore e a tutela dell'interesse del minore.

Partiamo esaminando prima i due fatti di cronaca.

Per quanto riguarda il caso spagnolo, ha fatto scalpore nel marzo del 2023 la notizia della nascita in Florida della figlia dell'attrice sessantottenne Ana Obregòn.

La donna aveva già avuto un figlio che, però, era morto di cancro nel maggio del 2020 all'età di 27 anni. In realtà, il figlio dell'attrice desiderava avere dei figli ed

26 Per una disamina approfondita del caso si veda: Ballester Colome C.: *Filiazione e maternità surrogata in Spagna*, *Rivista AIAF - Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, Giappichelli.

aveva anche crioconservato il proprio materiale genetico prima di sottoporsi alle terapie per la cura del tumore nell'eventualità che sopravvivesse e che riuscisse ad incontrare una persona con cui creare una famiglia. Purtroppo, la malattia ha avuto la meglio su di lui.

Superato il trauma della perdita, l'attrice Ana Obregòn, si è recata in una clinica in Florida per realizzare il sogno del figlio: avere un bambino. Infatti, non avendo il figlio dell'attrice una compagna/moglie a cui affidare la gestazione, si è dovuto necessariamente fare ricorso alla gestazione per altri impiantando un ovulo di donatrice fecondato con seme del figlio della Obregòn in una donna che ha portato avanti la gravidanza.

La notizia della maternità dell'attrice (che si è definita al tempo stesso *madre* e *nonna* del bambino) ha diviso l'opinione politica spagnola in quanto aspramente criticata dalla sinistra che reputa la maternità surrogata "una pratica illegale in Spagna e una forma di violenza contro le donne", mentre dall'altro canto la destra ha affermato che "la questione merita un dibattito profondo e sereno, perché tocca molte questioni morali, etiche e religiose".

In Italia, invece, ha fatto molto discutere la sentenza del tribunale di Trento che ha riconosciuto la paternità del genitore non biologico di una coppia omogenitoriale a seguito della constatazione che il genitore biologico fosse gravemente malato.

Nel caso di specie, la coppia (formata da due padri) aveva avuto un bimbo nato da madre surrogata in Canada ed entrambi i nomi dei genitori figuravano nel certificato di nascita registrato in Canada; una volta tornati in Italia, però, era stata riconosciuta la paternità al solo padre biologico escludendo all'altro papà la possibilità di adottare il piccolo.

Dopo tre anni, il padre biologico si ammalava gravemente e si profilava il rischio che, in caso di decesso, il bambino restasse legalmente orfano e fosse come tale inserito nelle liste per essere adottato. Dopo una serie di consultazioni con il coinvolgimento anche dei servizi sociali, il tribunale si è pronunciato a favore dell'adozione da parte dell'altro genitore con il quale si era ormai sviluppato un rapporto di affezione tale da identificarlo come padre[27].

27 Sul tema dell'interesse del minore si veda: Sonelli S.: "L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018.; Veletti M.: *Interesse del minore e genitorialità*, *Libro dell'anno del diritto*, 2018, Roma, 2018; Corapi G.: "La tutela dell'interesse superiore del minore", *Dir. succ. fam.*, 2017; Lenti L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016; Lamarque E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

Il tribunale di Trento, quindi, non ha fatto altro che applicare i principi già ampiamente espressi dalla Corte di Cassazione di tutelare l'interesse supremo del bambino nell'attribuzione della genitorialità.

Sul punto si è espressa anche, con una recente pronuncia[28], la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato proprio l'Italia per il mancato riconoscimento del rapporto di genitorialità con il padre di una bambina nata da maternità surrogata.

Secondo la Corte di Strasburgo l'Italia ha violato i diritti umani della bambina nata da maternità surrogata non riconoscendole la paternità del genitore d'intenzione. Infatti, alla bambina, nata nel 2019 in Ucraina (Paese in cui la maternità surrogata è praticata da anni ed è soggetta ad un'attenta regolamentazione e controllo da parte delle autorità nazionali), l'Italia aveva negato ed impedito il riconoscimento del rapporto di filiazione da parte del padre biologico rendendola, in tal modo, un'apolide. Secondo la pronuncia della Corte Europea per i diritti dell'uomo con la negazione del riconoscimento di paternità sono stati violati il diritto alla vita familiare e privata della bambina.

La Corte di Strasburgo, infatti, ha osservato che in base a quanto disposto dall'art. 8 della Convenzione per i diritti dell'uomo, il diritto interno deve prevedere la possibilità di riconoscimento del rapporto giuridico tra un bambino nato tramite un accordo di maternità surrogata all'estero e il padre intenzionale, se questi sia il padre biologico.

La Corte ha inoltre stabilito che le autorità italiane dovranno versare alla bimba 15.000 euro per danni morali e 9.536 per le spese legali sostenute dal padre biologico e la madre intenzionale.

A portare il caso alla Corte di Strasburgo sono stati il padre biologico e la madre intenzionale della bambina, entrambi cittadini italiani. Il ricorso a Strasburgo è stato introdotto dopo che i due si sono visti rifiutare dagli uffici dell'anagrafe e dai tribunali italiani il riconoscimento legale del legame con la bimba.

C'è da dire, però, che precedentemente la Corte europea dei diritti dell'uomo interpellata per una questione analoga aveva affermato il principio secondo cui per poter trascrivere nei registri dell'anagrafe italiani i certificati di nascita esteri di bambini legalmente concepiti in altri stati bisogna fare ricorso all'adozione in casi particolari[29].

28 Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 31 agosto 2023, n. 47196, *Guida al diritto*, 2023, p. 34.

29 Si veda Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 22 giugno 2023, n. 10810.

I due recenti casi di cronaca esaminati e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo, quindi, ci dimostrano come nel caso di maternità surrogata non si possa generalizzare[30]: non si può (e non si deve) condannare a priori una coppia (etero o omosessuale) che faccia ricorso a tale procedura per di più in Paesi in cui il fenomeno è regolamentato e lo spettro dello sfruttamento della donna/mamma surrogata può essere sconfitto con controlli seri sulla scelta libera e consapevole[31].

Non bisogna dimenticare che in alcune culture è normale partorire figli per altri e, inoltre, per la disciplina vigente nei paesi dove la gestazione per altri è consentita, le madri surrogate devono essere già madri ed avere una propria famiglia e sono sottoposte a test psicoattitudinali.

Si può affermare, quindi, che la Corte di Strasburgo con le recenti sentenza, sia quella che condanna l'Italia sia al riconoscimento di paternità sia ad una pena pecuniaria, sia quella che prevede la possibilità di riconoscimento dello *status* di genitore attraverso l'adozione in casi particolari, riconosce la legittimità del genitore che diventa tale attraverso il procedimento di gestazione per altri e questo perché va esaminato, caso per caso, il rapporto che si instaura tra il minore e i genitori d'intenzione e, laddove sia fatto salvo l'interesse del minore, tale rapporto non piò che trovare pieno riconoscimento.

30 Parte della dottrina, non condividendo affatto la perentorietà del divieto di maternità surrogata, mira a restringerne il più possibile l'operatività, in tal senso: Palmeri G.: *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale, Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, (a cura di M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci), Torino, 2019, secondo tale orientamento, "in linea astratta (stante l'attuale divieto), l'accordo di gpa può considerarsi espressione di interessi meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico — i diritti di costituire una famiglia e alla bigenitorialità, l'aspirazione a divenire genitori ove possibile anche genetici, il diritto al rispetto della vita privata e familiare — tutte le volte in cui l'assetto di interessi in concreto configurato sia in grado di garantire adeguatamente la posizione delle parti coinvolte nella relazione, i loro diritti e le loro libertà fondamentali. Al contempo deve ritenersi, sempre alla luce delle considerazioni svolte e del sistema multilivello di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, che un'intesa di questo genere (attualmente giudicata illecita dal legislatore) non può però in sé considerarsi contraria all'ordine pubblico e al buon costume, così come oggi rispettivamente intesi, ossia quali regole e principi indefettibili dell'ordinamento giuridico e quali valori etici diffusi e condivisi nella realtà sociale nazionale ed europea, quando il modo in cui tale intesa è congegnata rispetta i criteri cui devono essere improntati nel nostro sistema giuridico gli atti di disposizione del corpo e garantisce la salvaguardia del migliore interesse del minore".

31 In una recente pronuncia la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha espresso il principio secondo cui le valutazioni sull'eventuale lesioni dell'ordine pubblico e della dignità umana vanno accertate caso per caso, riconoscendo anche la possibilità che la surrogazione di maternità possa essere frutto di una scelta libera e consapevole della donna che "presta" il proprio utero, indipendentemente da posizioni/necessità economiche, letteralmente i giudici di legittimità si sono così espressi "Il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla gestazione per altri e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto assoluto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, volto a tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione non solo soggettiva, ma anche oggettiva; ne consegue che, in presenza di una scelta legislativa dettata a presidio di valori fondamentali, non è consentito al giudice, mediante una valutazione caso per caso, escludere in via interpretativa la lesività della dignità della persona umana e, con essa il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, anche laddove la pratica della surrogazione di maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino". Cassazione civile, SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162.

BIBLIOGRAFIA

Alpa G.: *Appunti sulla inseminazione artificiale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1985.

Álvarez de Toledo Quintana L.: *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional*, *Cuadernos de Derecho Transaccional,* 2014.

Aparisi Miralles A.: *Maternidad subrogada y dignidad de la mujer*, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

Ávila Hernández C.J.: *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*, *Cadernos de Dereito Actual*, n. 6, 2017.

Bellver Capella V.: ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional, *SCIO. Revista de Filosofía*, n. 11, novembre de 2015.

Bellver Capella V.: *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

Bustos Pueche J. E.: *El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas*, *Diario La Ley*, edizione LA LEY, 1992.

Consorte F.: *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, (a cura di Cadoppi A. – Canestrari S. – Papa M.): *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006

Corapi G.: *La tutela dell'interesse superiore del minore*, *Dir. succ. fam.*, 2017.

Corral García E.: *El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?*, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013.

Criscuoli G.: *La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte*, *Dir. fam. e pers.*, 1987

De Verda y Beamonte J.R.: *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018.

De Verda y Beamonte J.R.: *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia, Diario La Ley*, n. 10182, LA LEY, 2022.

De Verda y Beamonte J.R.: *Il Tribunale Supremo spagnolo conferma la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata (nota a Tribunal Supremo, 31 marzo 2022, n. 277), Foro napoletano*, 1, 2023.

De Verda y Beamonte J.R.: *La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del tribunal europeo de derechos humanos*, *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico* (a cura di M.J. Salar Sotillos e P.M. Estelles Peralta, 2023.

Dias Pereira A.G.: *Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, 2018.

Dolcini E.: *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Tratt. Biodiritto Rodotà-Zatti*, II, *Il governo del corpo*, (a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti), Milano, 2011.

Estellés Peralta P.M.: *Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 9, 2018.

Estellés Peralta P.M.: *Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud*, (a cura di P.M. Estellés Peralta), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, Valencia, 2022.

Igareda González N.: *La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España*, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 21, 2015

La Rosa E.: *Maternità surrogata*, *Treccani Diritto Online*, 2017;

Lamarque E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

Lenti L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016.

López Guzmán J. e Aparisi Miralles A.: *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada, Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª.

Margalit Y.: *Determining Legal Parentage Between Family Law and Contract Law*, Cambridge, 2019.

Montès Penadès V.: *La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003.

Núñez Bolaños Mª, Nicasio Jaramillo I. Mª e Pizarro Moreno E.: *El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015.

Palmeri G.: *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale, Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, (a cura di M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci), Torino, 2019.

Pantaleòn Prieto F.: *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988.

Paz García Aburuza Mª.: *A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015 .

Pelissero M.: *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati*, *Sistema penale*, 2021.

Roca Trías E.: *"Dura lex sed lex". O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*, (a cura di Benavente Moreda e Farnós Amorós), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, 2015.

Rodotà S.: *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

Rodriquez G.: *La maternità surrogata e il reato universale: quando la politica cede allo slogan,* su quotidianosanità.it.

Román Maestre B.: *Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad, Folia Humanística*, n. 8, febbraio-marzo 2018.

Romeo Casabona C.M.: *Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el casos jurídico actual o buscamos una solución?*, *Folia Humanística*, n. 8, febbraio-marzo 2018.

Sánchez Hernández C.: *Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española*, *InDret* 4/2018.

Scalisi V.: *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, *Riv. dir. civ.*, 2017.

Sonelli S.: *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018.

Spena A.: *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, *Riv. it. med. leg.*, 2015.

Tigano V.: *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019.

Trabucchi A.: *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, *Riv. dir. civ.*, 1986.

Trimmings K. – Beaumont P.: *Introduction*, *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, (a cura di K. Trimmings-P. Beaumont), Oxford, 2013.

Vallini A.: *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012.

Vallini A.: *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, *Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2019.

Vela Sánchez J.: *Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España*, *Diario La Ley*, n. 7621, 2013.

Veleetti M.: *Interesse del minore e genitorialità*, *Libro dell'anno del diritto*, 2018, Roma, 2018.

Vila-Coro Vázquez A.: *Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida*, (a cura di Benavente Moreda e Farnós Amorós), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* Madrid, 2015.

Zatti P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione giustizia*, 1999.

IL CONSENSO INFORMATO IN SPAGNA: L'ATTENZIONE ALLA NATURA ED ALLA QUALITÀ DELL'INFORMAZIONE. LA NECESSITÀ DI UN MODELLO EUROPEO?

INFORMED CONSENT IN SPAIN: ATTENTION TO THE NATURE AND QUALITY OF INFORMATION. THE NEED FOR A EUROPEAN MODEL?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 982-1017

Emilia GIUSTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de enero de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Il saggio esamina il delicato tema del consenso informato nel sistema spagnolo. Si mette in evidenza la legge n. 41 del 2002 che si è occupata in modo esclusivo di regolare il consenso informato in ambito sanitario ma ancora di più si guarda con attenzione al pensiero che sta alla base della sua regolazione e della sua costruzione giuridica.

Le regole previste intorno al consenso informato infatti, sono state elaborate partendo in primis dall'individuazione del bene sotteso al diritto e solo in un secondo momento l'attenzione si è spostata sul danno e sulle conseguenze della sua violazione.

Viene osservata l'importanza data all'informazione. A differenza, infatti, del sistema italiano in cui l'informazione che accompagna il consenso alla prestazione non viene suddivisa in base al contesto in cui si opera, in spagna vi è molta attenzione alla struttura, alla qualità ed alla quantità di informazione da consegnare al paziente ed ai diritti sull'informazione previsti per il paziente.

Questo contributo permette in definitiva di prendere spunto dal sistema spagnolo non solo in termini comparatisti ma anche per capire l'importanza ed il rilievo della comunicazione in un mondo in cui oramai, la stessa è alla base dei rapporti umani e del progresso tecnologico.

PALABRAS CLAVE: Consenso informato; informazione; diritti fondamentali.

ABSTRACT: *The essay examines the sensitive issue of informed consent in the Spanish system. It highlights Law 41 of 2002, which dealt exclusively with the regulation of informed consent in the health sector, but even more closely examines the thinking behind its regulation and legal construction.*

In fact, the rules established around informed consent were developed by first identifying the good underlying the right and only later shifting the focus to the harm and the consequences of its violation.

The importance given to information can be observed. Unlike the Italian system, where the information accompanying the consent to the provision is not divided according to the context in which the service is provided, in Spain much attention is paid to the structure, quality and quantity of the information to be given to the patient and to the rights over the information provided.

This contribution allows us, in short, to take the Spanish system as an example, not only in comparative terms, but also to understand the importance and relevance of communication in a world in which it is nowadays the basis of human relations and technological progress.

KEY WORDS: *Informed consent; information; fundamental rights.*

SUMARIO.- I. IL CONSENSO INFORMATO IN SPAGNA ED IL SUO INQUADRAMENTO NORMATIVO.- II. LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA SPAGNOLA SUL CONSENSO INFORMATO.- III. L'INFORMAZIONE NEL CONSENSO INFORMATO SPAGNOLO.- IV. IL CONSENSO INFORMATO IN ITALIA.- V. LA GIURISPRUDENZA E LA DOTTRINA ITALIANA.- VI. IL CONSENSO INFORMATO COME IL DIRITTO ALLA CORRETTA INFORMAZIONE.- VII. CONCLUSIONI. VERSO UNA CONCLUSIONE EUROPEA? LE LINEE GUIDA EUROPEE PER LA CORRETTA STESURA DEL CONSENSO INFORMATO IN AMBITO SANITARIO.

I. IL CONSENSO INFORMATO IN SPAGNA ED IL SUO INQUADRAMENTO NORMATIVO.

Ho avuto la fortuna di potermi confrontare con il sistema spagnolo che attraverso la lettura della sua giurisprudenza e dell'attente dottrina è riuscito a trasmettermi un'idea ben strutturata di consenso informato. Partiamo dal presupposto che in Spagna una legge c'è. È la legge n. 41 del 2002 che, a differenza del sistema italiano, si è occupata solo ed esclusivamente del consenso informato in ambito sanitario strutturandone la forma ed i requisiti[1].

Il panorama, infatti, in Spagna cambia dal 1978, anno in cui nasce la costituzione spagnola che consacra uno Stato Sociale e Democratico di diritto in cui sono riconosciuti diritti quali l'igualidad (art.14), il diritto alla vita ed alla integrità fisica e morale (art. 15), il diritto alla salute (art. 43).

Le leggi in ambito medico saranno molteplici ma quelle più incisive sul tema del consenso informato saranno la n. 14 del 1986 del 25 aprile la legge General de Sanidad (LGS) che introduce il concetto di consenso informato e soprattutto la legge n. 41 del 2002, *Basica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y Documentación clínica* (LBAP)[2].

Non essendo, il consenso informato, menzionato espressamente nella costituzione spagnola, si sono alternate due tesi sulla sua violazione per cercare di

1 Sul tema vedi Cacace, S.: "La legge 41/2002 e il consenso informato: cose vecchie, cose nuove", *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1161 ss.; Azcano, M.: "Consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento in Spagna", *www.personaedanno.it.*, in cui si ricorda che con la legge 41/2002 viene adattato il diritto interno spagnolo ai contenuti della Convezione sui Diritti dell'Uomo e della Biomedicina (c.d. Convenzione di Oviedo), ratificata dalla Spagna nel 1999 ed entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2000.
L'articolo 3 della legge 41/2002, nell'offrire una serie di definizioni legali, definisce il consenso informato come il consenso libero, volontario e informato di un paziente, espresso nel pieno uso delle sue facoltà dopo aver ricevuto adeguate informazioni, per l'esecuzione di un atto che riguarda la sua salute.

2 Nell'ordinamento giuridico spagnolo troviamo altre leggi che trattano della materia consensuale: Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 noviembre Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios y otras leyes complementarias; la Ley 30 del 1979 del 27 octubre, cirugía, extracción, y trasplante de órganos; la Ley 44 del 2003 del 21 noviembre de Ordenación de Profesiones Sanitarias; la Ley 14 del 2006 di mayo, Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

• Emilia Giusti
PhD, Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Firenze. E-mail: emilia.giusti@unifi.it

capire il fondamento giuridico di questo diritto. Secondo una prima impostazione il consenso informato sarebbe da relazionare con i valori, i principi del diritto costituzionale, a tal proposito si ricorda la pronuncia del tribunale Supremo spagnolo che statuì come l'informazione che il medico deve dare al paziente incontri fondamento e sostegno nella stessa Costituzione spagnola nell'esaltazione della dignità della persona sancita dal suo articolo 10.1, ma soprattutto nella libertà, di cui si occupa l'art. 1.1 riconoscendo l'autonomia dell'individuo di scegliere tra le varie opzioni di vita che si presentano in base ai propri interessi e preferenze[3]. Questo affinché si possa dotare il consenso di una maggiore rilevanza giuridica.

Secondo un altro indirizzo, invece, il consenso informato costituisce un meccanismo generale di garanzia dei diritti fondamentali [4].

Il consenso informato infatti, non si lega solo al diritto alla libertà personale così come nell'ordinamento italiano ma è stato scritto che si lega ai diritti fondamentali che possono essere non solo il diritto alla vita, all'integrità fisica o alla libertà ma anche il diritto all'intimità, il diritto alla libertà religiosa e di pensiero.

Si afferma che affinché il consenso informato abbia rilievo costituzionale è necessario che esso costituisca un diritto fondamentale in sé o che sia correlato a uno dei diritti fondamentali contenuti negli articoli da 15 a 29 della Costituzione. Ma ancora di più afferma che affinché vi sia questo rilievo costituzionale è necessario che sia determinato l'oggetto su cui viene determinata la libertà che dà il consenso informato. Tale oggetto sarebbe il corpo umano e, in questo senso, la posizione che darebbe una migliore collocazione costituzionale al consenso, sarebbe il collegarlo specificamente al diritto fondamentale all'integrità fisica.

Sia o non sia, comunque, un diritto fondamentale, la dottrina spagnola ha evidenziato come non sia possibile negare che il consenso necessiti dell'autonomia del paziente e di alcuni dei suoi diritti fondamentali[5].Il percorso spagnolo nell'inquadrare in questa dimensione il consenso del paziente si è costruito

3 STS 12 de enero 2001 (RJ 2001, 3). Gargallo, S.: "Tratamiento Legal y Jurisprudencial del Consentimiento Informado", *Dret*, 2004, num. 209, p. 7.

4 Rovira, A.: *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 37. L'autore spiega che il consenso informato è un istituto di rilevanza costituzionale, una garanzia interna di un procedimento necessario per la realizzazione e vigenza del principio di autonomia, di libertà come valore, parte di un gruppo di diritti fondamentali che la Costituzione protegge in maniera più rafforzata. Bastida Freijedo, F.: "El derecho a la autonomía del paciente como contenido de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de la Función Consultiva*, 2011, p. 177. Ma si veda anche Aa.Vv.: *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* (a cura di E. Llamas Pombo), La Ley, Madrid, 2014, pp. 56-96.

5 García Garnica, M.: "La actual concepción del consentimiento informado come acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas", *BFD. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2003, núm. monográfico, p. 143.

analizzando non tanto il danno o la violazione del consenso ma dal consenso stesso: si parla di diritti all'autonomia e consenso informato[6].

II. LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA SPAGNOLA SUL CONSENSO INFORMATO.

È interessante a tal proposito il pensiero di chi ha cercato di inquadrare il consenso o meglio la volontà decisionale della persona all'interno del diritto all'intimità o per il sistema italiano il diritto alla privacy[7]. Quello negativo si sostanzia nella esclusione di terzi dalla vita privata di una persona, dai così detti "segreti" che ogni individuo porta con sé, nella sentenza n. 142/1993 si considera infatti che l'attributo più importante dell'intimità, come nucleo centrale della personalità, è la facoltà di esclusione dagli altri, di astensione dall'interferenza da parte di un altro, sia in termini di acquisizione intrusiva di conoscenza che di divulgazione illegittima di tali dati. La stessa impostazione e linea argomentativa è stata mantenuta anche dall' Alto Tribunale nella sentenza 115/2000, quando è stato sostenuto che è possibile escludere altri, vale a dire le persone che in un modo o nell'altro hanno avuto accesso a tale spazio, dal rendere note questioni relative alla loro sfera di privacy o vietarne la diffusione non consensuale, fatti salvi i limiti, ovviamente, che derivano dagli altri diritti fondamentali e dai diritti giuridici costituzionalmente protetti. Perché a nessuno può essere richiesto di sopportare passivamente la divulgazione di dati, reali o presunti, della sua vita privata, personale o familiare.

L'aspetto positivo, invece, consiste nel potere dell'individuo di controllare le informazioni e i dati che lo riguardano, in modo che possano essere utilizzati solo

6 Pleno. Sentencia 11/2023, 23 febrero 2023, BOE num. 77, 2023, pp. 47843-47893. Y, finalmente, que "[e]s consonante con la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica la regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento interno, contenida, esencialmente, en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que actualiza y completa la regulación contenida en la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997".
La citata legge, come abbiamo anche spiegato nel citato STC 37/2011 (FJ, 5), stabilisce l'obbligo, in generale, del preventivo consenso dei pazienti o degli utenti per qualsiasi azione in campo sanitario che deve essere ottenuta dopo che il paziente ha ricevuto informazioni adeguate" e "deve essere fatta per iscritto nei casi previsti dalla legge (art. 2.2). Allo stesso modo, è incluso il diritto di decidere liberamente tra le opzioni cliniche disponibili, dopo aver ricevuto adeguate informazioni (art. 2.3), e di rifiutare il trattamento, tranne nei casi previsti dalla legge (art. 2.4). L'articolo 4 disciplina il diritto all'informazione sanitaria per i pazienti, come mezzo indispensabile per aiutarli a prendere decisioni secondo la loro libera volontà, ed è responsabilità del medico responsabile del paziente, nonché dei professionisti che assistono il paziente durante il processo di cura o applicano una tecnica o una procedura specifica, garantire tale informazione, con il contenuto previsto dall'articolo 10. È altresì riconosciuto il diritto di non ricevere informazioni (pur nei limiti di cui all'articolo 9.1). Per quanto riguarda il consenso informato, l'articolo 8 stabilisce che "toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso", e che, come regola generale, deve essere dato oralmente, tranne in alcuni casi, come l'intervento chirurgico, in cui deve essere dato per iscritto. In via eccezionale, gli interventi clinici essenziali per la salute del paziente possono essere effettuati senza il consenso del paziente in casi specifici (art. 9.2).

7 Rodotà, S.: *Intervista su privacy e libertà* (a cura di P. Conti), Laterza, Roma-Bari, 2005.

in conformità con la volontà del loro titolare. In questo modo il diritto alla privacy si compone della capacità e possibilità per l'individuo di controllare le informazioni personali che circolano nella società[8].

Si è parlato di "intimidad decisional" considerando come il diritto alla vita privata abbia in realtà una portata assai ampia in cui si protegge la capacità degli individui di adottare liberamente e senza interferenze tutte quelle decisioni che riguardano la loro personalità[9].

Quindi la violazione del consenso informato lederebbe il bene della "intimidad" di ciascuno di noi o, calando il pensiero nell'ordinamento italiano, la nostra privacy. Impostazione corretta perché oltre che individuarmi il bene che ledo mi fornisce anche dei limiti per poter meglio verificare se vi è stata o meno una interferenza nella sfera decisionale della persona.

Resta comunque il fatto che in tutte queste citazioni non si fa mai riferimento direttamente ad una violazione del principio di autodeterminazione o ad un danno al principio di autodeterminazione della persona, ma si parla di informativa, di consenso, eventualmente di facoltà di autodeterminarsi ma soprattutto si parla di violazione della integrità personale della persona, che è il bene collegato all'istituto del consenso informato[10]. Il Tribunale costituzionale spagnolo fa, infatti, riferimento, analizzando la violazione del consenso informato, all'art. 15 della costituzione che protegge l'inviolabilità della persona, non solo contro gli attacchi volti a ferire il suo corpo o il suo spirito, ma anche contro qualsiasi tipo di intervento in tale proprietà senza il consenso del suo proprietario[11]. Questo diritto è destinato a proteggere l'incolumità fisica[12].

8 Requejo Naveros, M.T.: "El Derecho a no saber: fundamento y necesidad de protección penal", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2006, num. 1, pp. 1250-1257; Morales Prats, F.: *Intimidad y reforma penal: la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*, vol. 1, 1983, p. 578.

9 Medina Guerrero, M.: *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 12; Espinar Vincente, J.M.: "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", in *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (a cura di L. García), San Miguel Rodríguez-Arango, Madrid, 1992, p. 59.

10 Il concetto di violazione è ben in linea con quanto affermato anche da una dottrina spagnola, vedi Lorda, S. – Gutiérrez, J. – Javier, F.: "*Consentimiento informado*", in Aa.Vv.: *Ética en la práctica clínica* (a cura di D. Gracia e J. *Júdez*), Triacastela, Madrid, 2004. Rifiutando di considerare il consenso informato un diritto molto personale, ha affermato che dovrebbe essere considerato, in ogni caso, un atto, chiamiamolo così, quasi personale. Ciò implica accettare che, sebbene si tratti di un atto in cui entrano in gioco beni giuridici personali e diritti della personalità e per il quale è richiesta una sufficiente capacità di fatto dimostrata, oltre alla capacità giuridica, la verità è che la rappresentanza è possibile se la condizione della capacità non è soddisfatta. A tal riguardo, la Corte costituzionale spagnola aveva dichiarato che "il diritto al consenso informato non deriva dal diritto alla libertà di cui all'articolo 17, paragrafo 1, CE, in quanto la libertà personale tutelata da tale disposizione è la libertà fisica. Libertà dall'arresto arbitrario, dalla condanna o dall'internamento, senza libertà d'azione o libertà generale di autodeterminazione individuale [...]". Così STC 28 marzo 2011 (RTC 2011\37).

11 STC 120/1990, 137/1990, 11/1991, 215/1994, 35/1996, 207/1996, 154/2002, 160/2007, 206/2007.

12 STC 119/2001, 24 mayo 2001 (FJ, 5).

Si afferma nelle sentenze che il diritto a non nuocere o danneggiare la salute personale è anch'esso incluso nel diritto all'integrità personale, sebbene non ogni caso di rischio o danno alla salute implichi una violazione del diritto fondamentale, ma solo quello che genera un pericolo grave e certo per la stessa. Questo diritto fondamentale comporta un potere negativo, che implica l'imposizione di un dovere di astensione dall'azione medica a meno che non sia costituzionalmente giustificata, e anche un potere di opposizione alle cure mediche, nell'esercizio di un diritto di autodeterminazione che ha come oggetto il substrato corporeo stesso, distinto dal diritto alla salute o alla vita. Per questo motivo, abbiamo affermato che il diritto all'integrità fisica e morale sarà leso quando l'assistenza medica sarà imposta a una persona contro la sua volontà, che può essere determinata dalle motivazioni più varie e non solo dalla volontà di morire, e quindi questa assistenza medica coercitiva costituirà una limitazione che viola il diritto fondamentale all'integrità fisica, a meno che, come abbiamo sottolineato, non abbia una giustificazione costituzionale[13].

Quindi il bene tutelato è l'integrità fisica e morale, distinto dal solo bene vita e soprattutto dal solo bene salute. È un bene complesso.

Il sistema spagnolo seppur virtuoso nell'indicare in modo appropriato la base dell'istituto consensuale non è però riuscito ad evitare il sopraggiungere dell'era del diritto al risarcimento del danno[14]. In dottrina si scrive, infatti, che va rilevato che l'ambito della responsabilità civile non è più il "soggetto responsabile", ma l' "oggetto" della responsabilità, cioè la riparazione del danno. C'è stato un cambio di protagonista: l'importante non è più "chi cagiona danno ad un altro", né come dice l'articolo 1101 "chi incorre in frode, negligenza o inadempimento", ma proprio l'altro, che è vittima di un danno contrattuale o extracontrattuale. Poco importa per chi e per quale motivo debba essere effettuato il pagamento del risarcimento di tale danno, a condizione che tale riparazione sia effettuata. Il protagonista è ora la vittima, quindi va detto: "Chiunque subisca un danno illecito ha il diritto di essere risarcito. A volte non è nemmeno l'illiceità della condotta a causare il danno ad

13 STC 35/1996, 11 marzo 1996 (FJ, 3); SSTC 5/2002, 14 enero 2002 (FJ, 4); y 119/2001, 24 mayo 2001 (FJ, 6); STC 154/2002, 18 julio 2002 (FJ, 9); STC 120/1990, 27 junio 1990 (FJ, 8).

14 Sulla moltiplicazione del danno vedi Atiyah, P.S.: *The Damages Lottery*, Hart Publishing, London, 1997. Sulla vicenda dei danni. Un uomo scivola su una pista da ballo e si rompe una gamba. Gli viene riconosciuto un risarcimento. Un bambino subisce l'amputazione di entrambe le gambe a causa della meningite e non ottiene alcun risarcimento. La legge giustifica il risarcimento nel primo caso con il fatto che l'uomo si è ferito per colpa di qualcun altro, mentre nel secondo caso il risarcimento viene negato perché nessuno ha colpa. In questa critica approfondita dell'attuale legge e pratica sulla responsabilità civile, il professor Patrick Atiyah dimostra che questo sistema è in realtà una lotteria. Egli sostiene che i cittadini pagano troppo per un sistema assicurativo ingiusto e inefficiente e che una riforma è attesa da tempo. La sua conclusione è che le azioni di risarcimento per lesioni dovrebbero essere abolite e sostituite da un nuovo sistema di incidenti stradali senza colpa, mentre le azioni per altre lesioni dovrebbero essere gestite attraverso polizze assicurative individuali o collettive.

essere importante, ma l'illiceità del danno stesso. Ecco perché si parla di un nuovo principio generale pro damnato o favor victime[15].

III. L'INFORMAZIONE NEL CONSENSO INFORMATO SPAGNOLO.

La legge 41 del 2002 ha cercato di portare ordine in questo nuovo scenario giuridico, anche per riuscire ad arginare le tante possibili richieste di danno.

Si compone di 23 articoli e già dal titolo rende bene l'idea di ciò che vuole trasmettere alla collettività. Infatti, si intitola "Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica". È possibile suddividere il titolo in due parti: da un lato l'autonomia del paziente, dall'altra i diritti e le obbligazioni in materia di informativa e documentazione clinica.

Già questa suddivisione fa capire che il legislatore spagnolo è stato ben attento a non sovrapporre i concetti di informazione e consenso informato, quest'ultimo inteso nella dimensione della documentazione clinica.

Dall'art. 4 all'art.13 si entra nel tema della legge, in particolar modo all'art. 4 si regola il "Derecho a la información asistencial" indicando che i pazienti hanno un diritto a conoscere tutte le informazioni disponibili sulla loro salute ed anche il diritto a non voler essere informati. L'informazione, che può essere data verbalmente, comprende l'indicazione della finalità dell'intervento medico i suoi rischi e conseguenze. Si riconosce quindi un diritto all'informazione[16].

15 Domínguez Luelmo, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 53-54; Llamas Pombo, E.: *Responsabilidad médica, culpa, y carga de la prueba*, in Aa.Vv.: *Homenaje al Profesor B. Moreno Quesada* (a cura di R. Herrera Campos, B. Moreno Quesada), vol. 2, Almería y Jaén, Granada, 2000, pp. 911 ss.; De Angel Yaguez, R.: *Tratado de responsabilidad civil,* Civetas, Madrid 1993, pp. 128 ss.

16 Per quanto riguarda il diritto alle informazioni di assistenza, si rimanda al capitolo II di Oliva Blázquez, F.: "Prologo", in Osuna, D.C.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Boletín Oficial del Estado, p. 105 che, nell'affrontare questo tema, afferma che ogni persona, come derivazione del diritto alla tutela della salute riconosciuto dall'articolo 43 del nostro testo costituzionale, ha diritto alla conoscenza delle proprie informazioni cliniche, definite dalla LAP, nello specifico all'articolo 3, come qualsiasi dato, di qualsiasi forma, tipo o genere, che permetta di acquisire o ampliare le conoscenze sullo stato fisico e di salute di una persona, o sul modo di conservarlo, curarlo, migliorarlo o recuperarlo. Dalla sua lettura si può dedurre la vasta portata delle informazioni delimitate dal precetto trascritto; tuttavia, dato che ai fini del presente lavoro non siamo interessati alle informazioni cliniche considerate nella loro interezza, riteniamo conveniente classificarle nelle categorie che procederemo a dettagliare.
In primo luogo, le informazioni cliniche comprendono le cosiddette informazioni sanitarie, disciplinate nel capitolo II della LAP (articoli da 4 a 6), che a loro volta possono essere suddivise in due sottocategorie. Da un lato, le informazioni sanitarie, che, conformemente alle disposizioni contenute nei precetti responsabili della loro regolamentazione, ossia gli articoli 4 e 5 LAP, possono essere definite come le informazioni disponibili su un paziente ai fini di qualsiasi azione da intraprendere nel campo della sua salute. D'altra parte, le informazioni sanitarie comprendono le cosiddette informazioni epidemiologiche, che si riferiscono, ex articolo 6 LAP, ai problemi di salute della comunità quando implicano un rischio per la salute pubblica o per la salute individuale.
In secondo luogo, le informazioni cliniche comprendono le cosiddette informazioni terapeutiche o di sicurezza (therapeutische Aufklärung o Sicherungsaufklärung), che comprendono tutte quelle istruzioni o misure che il paziente (o terzi) deve conoscere per garantire, per quanto possibile, il suo recupero ottimale. Di conseguenza, l'informazione terapeutica è parte integrante del trattamento sanitario e

L'informazione dovrà essere data in forma comprensibile e adeguata al paziente [17]. All'art. 8 invece si entra nella tematica del rispetto dell'autonomia del paziente e si regola il "Consentimento informado". La regola è che l'informazione sia verbale a parte le eccezioni dettate al comma 2 in cui si definisce che sarà scritto in caso di: intervento chirurgico, procedimenti diagnostici e terapeutici invasivi e in generale quando si applicano dei procedimenti sanitari che suppongono rischi o inconvenienti di notoria e prevedibile ripercussione negativa sopra la salute del paziente. All'art. 10 invece si tratta delle condizioni della informazione e del consenso introducendo la c.d. "información básica" che si sostanzia nell'informare il paziente delle conseguenze rilevanti o di importanza che la prestazione origina sicuramente; i rischi collegati alle circostanze personali o professionali del paziente; i rischi probabili in condizioni normali, conformi alla esperienza e allo stato della scienza o direttamene relazionati al tipo di intervento; le controindicazioni[18].

È interessante come viene suddivisa l'informazione in campo medico. Questa infatti può essere: clinica, quando proviene dal rapporto medico paziente, l'informazione assistenziale che è l'informazione prestata al paziente durante tutto il percorso assistenziale e si riferisce alla salute e alle prestazioni sanitarie eseguite, l'informazione sanitaria che invece investe un carattere più generale ma soprattutto si riferisce al dovere della pubblica amministrazione di informare gli "utenti" sugli aspetti dell'organizzazione sanitaria e sui suoi servizi; l'informazione

costituisce uno strumento necessario e indispensabile nell'ambito dell'attività terapeutica, svolgendo una funzione essenziale per ottenere la necessaria collaborazione del paziente (o di terzi) nell'interesse del successo del trattamento.

17 L'Audiencia Nacional ha segnalato in numerose sentenze come l'eccesso di informazione possa provocare disagi per il paziente (iatrogenia informativa). SSTS 3 octubre 2000 (RJ 2000\7799); 9 mayo 2005 (RJ 2005\4902); 10 octubre 2007 (RJ 2007\7321); 20 diciembre 2007 (RJ 2007\7321); 20 diciembre 2007 (RJ 2007\9034); 1 febrero 2008 (RJ 2008\1349); 19 junio 2008 (RJ 2008\6479); 2 enero 2012 (RJ 2012\1); 19 junio 2012 (RJ 2012\9108) e 9 octubre 2012 (RJ 2012\10199). En la jurisprudencia menor, vid. STSJ Asturias 2 febrero 2017 (JUR 2017\39900).

18 Xiol Ríos, J.A.: "El consentimiento informado", *Revista Española de la Función Consultiva*, 2010, num. 14, pp. 29 e 133; Sánchez Gómez, A.: "Responsabilidad civil médica. Obligaciones de actividad. Consentimiento informado. Carga de la prueba. Prescripción", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1995, num. 38, pp. 476-477. Guerrero Zaplan, A.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 75, in cui è scritto che l'informazione non avrebbe senso se non fosse considerata come ordinata, nello specifico, al consenso, sicché l'informazione non è autonoma di per sé, ma ha un evidente rapporto funzionale con la successiva esigenza del consenso del paziente per l'atto medico in questione. Allo stesso modo, sebbene in senso inverso, il consenso non ha entità in sé se non sulla base del fatto che deve essere preceduto dalle informazioni corrispondenti, poiché solo in questo modo si può sapere che il paziente ha una rappresentazione veritiera della portata e del significato del consenso dato. Il diritto all'informazione e il diritto al consenso sono la stessa cosa, che non può essere separata poiché l'uno richiede l'altro. Vedi anche Pelayo González-Torre, A.: *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado,* Dykinson, Madrid, 1997, p. 87; Dichiara il Tribunale Costituzionale, nella sentenza del 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vela): Il consenso e l'informazione si manifestano come due diritti così strettamente intrecciati che l'esercizio dell'uno dipende dalla previa cura corretta dell'altro, motivo per cui la privazione ingiustificata dell'informazione equivale alla limitazione o alla privazione del proprio diritto di decidere e di acconsentire all'azione medica, incidendo così sul diritto all'integrità fisica di cui tale consenso è una manifestazione. Nella dottrina e nella giurisprudenza spagnola si rimarca molto l'importanza dell'informazione, quasi che la stessa possa arrivare a sostituire il medesimo consenso, quando completa ed esaustiva, anche se orale. L'informazione deve essere adeguata. Infine, è interessante la lettura di Blanco Pérez-Rubio L.: "El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva", in Aa.Vv.: *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. por E. Llamas Pombo), La Ley, Madrid, 2006, p. 189.

epidemiologica che si sostanzia nell'informazione relativa ad un processo o malattia che infetta la collettività, in ultimo l'informazione terapeutica che invece è correlata ai mezzi usati per trattare le malattie[19].

Le norme della legge 41 del 2002 che trattano dell'informazione medica sono l'art. 4 e l'art. 10. Mentre il primo ha carattere più generico, richiama il dovere di informazione il secondo, invece, seppur in modo essenziale, presenta quelle che devono essere le informazioni di "base" a disposizione del paziente.

Il Tribunale Supremo si è pronunciato su questo art. 10 per cercare di interpretare al meglio quanto indispensabile sapere per il paziente e nella pronuncia del 15 novembre del 2006[20] ha affermato in modo chiaro che la norma deve permettere al paziente di conoscere il significato e la portata della loro patologia, lo scopo della terapia proposta, con i rischi tipici della procedura, quelli derivanti dalla loro condizione e altre possibili alternative terapeutiche. Nel 2008, sempre il Tribunale Supremo ha aggiunto che la finalità dell'informazione è quello di fornire al titolare del diritto di decidere gli elementi adeguati per prendere la decisione che ritiene essere nel suo migliore interesse.

Autorevole dottrina spiega in modo semplice e chiaro che il dovere di informazione o meglio il *quantum* di informazione necessario deve essere proporzionato ai rischi correlati all'intervento o al trattamento, per cui l'informazione sarà necessariamente superiore avanti a prestazioni più complesse. Si parla di graduazione nel livello di esigenza di informazione. I fattori che incidono in questo quantum di informazione sono: la capacità del paziente di poter comprendere la decisione e le conseguenze della stessa; i desideri di informazione del paziente; la necessità del trattamento, il livello di rischio del trattamento, i probabili effetti della informazione sopra il paziente de In ogni caso, questa gradazione risponde a un'esigenza pratica: la salute e il beneficio del paziente stesso, cioè siamo obbligati a moderare la portata delle informazioni nella misura in cui un eccesso può danneggiare il paziente[21].

Nella giurisprudenza spagnola ed in dottrina è stata poi fatta la distinzione tra rischi atipici e tipici, dove i primi sono quei rischi che normalmente non si verificano e che sono di poca frequenza previsti nelle riviste scientifiche mediche,

19 STS (Sala de lo Civil) 2 julio 2002 (RJ 2002, 5514), STS (Sala de lo Civil) 28 diciembre 1998 (RJ 1998, 10164). De la Sala Civil las SSTS 2 octubre 1997 (RJ 1997, 7405), 4 abril 2000 (RJ 2000, 3258), 21 enero 2009 (RJ 2003, 3916), 11 abril 2013 (RJ 2013, 3384), 23 octubre 2015 (RJ 2015, 4901).

20 RJ 2006, 8059.

21 Llamas Pombo, E.: *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium Editorial, Madrid, 1988, pp. 162-163.

viceversa i rischi tipici sono tutti quei rischi identificati e previsti in relazione ad una determinata prestazione sanitaria, sia essa un intervento o un trattamento[22].

La STS (Sala de lo Civil) 17 aprile 2007[23] affermò che l'obbligazione di informativa al paziente, quando si tratta di medicina curativa, ha dei limiti per cui si considerano estranei alla obbligazione i rischi atipici perché imprevedibili ed infrequenti e si ammettano i rischi tipici che sono quelli che si producono con più frequenza, conformi all'esperienza ed allo stato attuale della scienza.

Un'attenzione quindi non solo all'informazione ma anche a quale informazione. Dottrina ha scritto che in sintesi, la classificazione di un rischio come tipico o atipico dipende, non dalla frequenza con cui si concretizza nella pratica, ma dalla sua inerenza all'intervento da eseguire, sia che tale inerenza derivi dal tipo di intervento (tipicità oggettiva) sia che le circostanze personali convergano sul paziente o sul cliente. a seconda dei casi (tipicità soggettiva)[24].

Un altro aspetto, non di secondaria importanza, è anche a chi è stata rivolta questa legge. Infatti, nel capitolo primo che regola i principi generali, all'art. 1 che regola l'ambito di applicazione della legge, si scrive che la presente legge tiene come obiettivo la regolazione dei diritti ed obbligazioni dei pazienti, "utenti" e professionisti, così come dei loro centri e servizi sanitari, pubblici o privati in materia di autonomia del paziente e della informazione e documentazione clinica.

Si fa una distinzione importante tra pazienti, utenti e professionisti e nella parte relativa alle definizioni legali si scrive che il paziente è la persona che chiede assistenza sanitaria ad attenti professionisti per il mantenimento od il recupero della salute, il servizio sanitario è l'unità assistenziale con organizzazione propria, dotata di sistemi tecnologici e personale qualificato nelle attività mediche, infine l'usuario che è inquadrato come la persona che utilizza i servizi sanitari per l'educazione della salute, la prevenzione delle malattie e le informazioni sulla salute.

22 Sul concetto di rischio tipico vedi Domínguez Luelmo, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, II edición, Lex Nova, Madrid, 2006, pp. 216-217, in cui si distingue evidenziando che la tipicità del rischio può derivare dal tipo di azione medica considerata in astratto (tipicità oggettiva) o dalle caratteristiche personali del paziente (età, stato di salute, ecc.) che condizionano la sua maggiore propensione a determinati rischi (tipicità soggettiva). Continuando con il tema della tipicità, è interessante evidenziare una sentenza della Corte Suprema spagnola del 30 giugno 2009 che sottolinea come il tipico non debba essere associato al frequente, poiché anche un rischio poco frequente può essere tipico. Il giudice di condanna, nel ritenere che il chirurgo convenuto avesse sufficientemente adempiuto al suo dovere di informare il paziente, confonderebbe e assimilerebbe i concetti di infrequenza e imprevedibilità, poiché il fatto che la complicanza insorta durante l'intervento si sia verificata statisticamente nel 3,5% dei casi non esclude che si tratti di una complicanza o di un rischio tipico di cui il paziente avrebbe dovuto essere informato. come risulta dalla giurisprudenza della Sala, RJ 2009, 4323.

23 RJ 2007, 3541.

24 Osuna, D.C.: *El consentimiento informado*, cit.

Infine, ma non di meno importanza il concetto di danno che segue alla violazione dell'informazione e del consenso[25]. Come è stato affrontato.

È interessante, a tal proposito quanto affermato nella dottrina spagnola che in relazione al danno da mancato o incompleto consenso informato scrive come sia chiaro che non c'è responsabilità senza danno, tuttavia, ciò di cui stiamo discutendo qui è precisamente se la mancanza di consenso informato costituisca o meno un danno. E, naturalmente, il fatto che non esista una cosa come il "danno fisico" non significa che non ci sia danno, poiché ci può sempre essere un danno morale ". Si sottolinea come oramai la funzione del risarcimento del danno superi la sua competenza meramente riparatoria o risarcitoria [26][27].

A tal proposito, sul danno da consenso informato si sono espressi più autori spagnoli, c'è chi ha affermato che il danno da mancato o incompleto consenso sia un danno morale indipendente dal danno alla salute[28]. C'è chi invece ha individuato il dovere di informazione tra paziente e medico come un'obbligazione di risultato all'interno dell'obbligazione del medico[29], per cui nel caso di violazione di tale dovere si avrà un inadempimento che darà luogo a una responsabilità per negligenza. In definita comunque, la posizione sembrerebbe, essere quella di riconoscere un danno morale quale conseguenza della violazione per non aver informato il paziente e per non aver raccolto o raccolto parzialmente il suo consenso. Come scritto, infatti, in un recente libro spagnolo in ogni caso, è necessario stabilire se la violazione del consenso informato possa aver influito sull'autodeterminazione del processo decisionale, causando quindi un possibile danno morale in senso stretto. Riteniamo che non si tratterebbe di un danno punitivo perché ciò che verrebbe risarcito sarebbe l'attivazione di questo diritto soggettivo del paziente. Si conclude ricordando come il nucleo del danno morale sia la protezione generale dei beni della personalità, che vengono colpiti quando viene violato il consenso informato[30].

25 Llamas Pombo, E.: "La noción de daño: asignatura pendiente", *Práctica de Derecho de Danos*, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2011, num. 90, pp. 3-5.

26 Llamas Pombo, E.: "Daño moral por falta de información de tratamientos médicos alternativos", *Práctica de Derecho de Daños*, num. 82, 2010.

27 Llamas Pombo, E.: *Actualización en derecho de danos, El modelo actual del Derecho de Danos*, Curso online, Universidad de Salamanca.

28 Xiol Rios, J.: *Derecho sanitario en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo*. Ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, del 18-20 de octubre de 2012. Si trova in *www.aeds.org/XIXCongreso/docs/Juan%20Antonio%20Xiol%Rios.pdf.*

29 Marin Velarde A.: *La falta de información del médico como causa originadora de daño moral*, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2011, num. 27.

30 Lopez, J.G.A.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La ley, Salamanca, 2016, p. 375; v. anche Diez Picazo, L.: *El escándalo del daño moral, civetas*, Madrid, 2008, p. 89; Scognamiglio, R.: "Il danno morale mezzo secolo dopo", *Riv. dir. civ.*, 2010, num. 5, pp. 609-634.

IV. IL CONSENSO INFORMATO IN ITALIA.

Non esistendo in Italia una legge che si occupi solo ed esclusivamente di questa tematica, ma soprattutto non esistendo in Italia una legge che si occupi di determinare il quantum e la qualità dell'informazione in ambito medico, in particolare nel consenso informato, si è sviluppata da una parte una grande flessibilità nell'analizzare via via i vari casi, dall'altra la proliferazione, di sentenze che senza una guida chiara e ben strutturata hanno prodotto precedenti tra loro anche discordanti.

Una giurisprudenza che si presta ad una lettura trasversale dei problemi che il tema del consenso informato pone nei differenti ambiti. Il problema, però, non è tanto l'eccesso giurisprudenziale quanto le poste risarcitorie che si sono stanziate e che si continuano a stanziare a fine dei vari contenziosi, a volte troppo elargivi o addirittura privi di oggettività, mancando di riferimenti legali. Non hanno, a parere di chi scrive la qualifica di vero e proprio danno perché non si individua il pregiudizio ma ancor prima il diritto stesso[31][32].

In ambito sanitario il problema della tematica del consenso informato, è che la stessa si intreccia con quella del diritto alla salute producendo nei contenziosi due voci di danni distinti ma anche sovrapponibili: uno è il c.d. danno alla salute, l'altro il c.d. danno da violazione del principio di autodeterminazione.

Il principio di autodeterminazione, che ricorre nelle sentenze e su cui in Italia si è costruita la violazione del consenso informato, in realtà non è comparso da subito nelle diciture delle corti di legittimità e merito ma solo successivamente, via via che sul tema si affinava la sensibilità della collettività. Quasi che la violazione del consenso non potesse essere un'obbligazione concorrente all'adempimento della prestazione sanitaria ma dovesse, al pari di questa trovare una sua collocazione e quindi in caso di sua violazione un'autonoma voce di danno. Ma cosa si intendesse all'epoca ed oggi per principio di autodeterminazione o autodeterminazione terapeutica non è mai stato ben spiegato[33].

31 Su questo tema Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Salamanca, 2020.

32 Il concetto di danno può essere suddiviso in due grandi categorie: danno da evento e danno consequenziale. Il danno da evento consiste nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante causata da una persona diversa dal titolare di tale interesse. Il danno consequenziale, invece, comprende le conseguenze pregiudizievoli che la vittima del danno ha subito a causa della lesione causata alla situazione giuridica di cui è titolare. Tali conseguenze sono specificate nelle sottocategorie di danni consequenziali e perdita di profitti. Bianca, M.: *La responsabilità,* 5, Giuffrè, Milano, 2015.

33 Castronovo C.: "Autodeterminazione e diritto privato", *Eur. dir. Priv.*, 2010, fasc. 4, p. 1037. Per l'autore autodeterminazione è una parola che nasce a metà dell'Ottocento a indicare il diritto degli individui e delle nazioni di scegliere da sé medesimo il proprio destino. La libertà a riguardo di sé stessi, che essa significa, fa sì che la si trovi utilizzata come sinonimo della stessa libertà a seconda dei contesti e delle lingue. In proposito è degno di nota che, nel definire la libertà secondo i romani, Fritz Schulz la identifichi con il *Selbstbestimmungsrecht,* il diritto di potere di fare o non fare a proprio piacimento, perché nel concetto romano di libertà è immanente l'idea della limitazione. Invero nella celebre definizione di Fiorentino, che egli stesso cita, si trova l'aspetto positivo sia l'aspetto del limite. Quest'ultimo è ovvio anche per i moderni.

Nelle sentenze si dice che questo principio all'autodeterminazione appoggia sull'art. 13 della nostra Costituzione che prevede che «La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva» ma non si spiega però chiaramente il legame del principio di autodeterminazione terapeutica con questo diritto costituzionale alla libertà individuale e con il consenso informato. Non pare infatti che il concetto di libertà previsto nell'art. 13 cost. possa assumere un significato così ampio da ricomprendervi anche il diritto del paziente all'autodeterminazione sui destini del proprio corpo[34].

Il diritto all'autodeterminazione assoluta, infatti, ha trovato la sua principale espressione in Italia come diritto a sapere compiere autonomamente le proprie scelte durante il periodo delle lotte femministe[35]. Successivamente, come ci racconta la dottrina si arricchisce di un ulteriore elemento come diritto all'autodeterminazione dei popoli ma mai è stato richiamato esplicitamente nella nostra Carta costituzionale, in nessuna delle sue disposizioni. Il codice del 1942 salvaguardava solo diritti e libertà ma non trattava direttamente nei suoi articoli di "autodeterminazione terapeutica del singolo" [36].

Il maggiore cantore moderno della libertà, Jhon Stuart Mill, non ha infatti difficoltà ad ammettere che le necessità della vita esigono continuamente non che noi rinunciamo alla nostra libertà, ma che consentiamo a lasciarcela limitare in un modo o nell'altro. Con questo la libertà e il diritto come ordinamento risultano richiamarsi vicendevolmente, come non altri che Kant ha potuto mettere mirabilmente in evidenza nella sua celebre definizione del diritto come l'insieme delle condizioni nelle quali l'arbitrio del singolo diventa compatibile con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale di libertà. La libertà esige l'ordine giuridico quale necessario orizzonte di certezza, l'ordine giuridico ha nella libertà da garantire e disciplinare la ragione ultima del suo essere. V. anche Schulz, F.: *I principi del diritto romano*, Le lettere, Milano, 1995, p. 122.; Mill, J.S.: *La libertà e altri saggi*, Bompiani, Milano, 1946, p. 155; Kant, I.: *La metafisica dei costumi*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 1970, p. 34 s.

34 Nannini, U.: *Il consenso al trattamento medico,* Giuffrè, Miano, 1989, p. 111; Amato, G.: "Rapporti civili", art. 13, in *Comm. della Cost., Artt. 13-20* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Milano, 1977, p. 1 ss.

35 Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791, debido a las batallas de Olympe de Gouges, guillotinada por Robespierre.

36 Mangiameli, S.: "Autodeterminazione: un diritto costituzionale?" (Relazione presentata al IV Workshop Sublacensis, La comunità familiare e le opzioni di fine vita; Abbazia di Santa Scolastica - Subiaco, 3-5 luglio 2009). Il principio di autodeterminazione dei popoli, enunciato solennemente da Woodrow Wilson in occasione del Trattato di Versailles (1919), sancisce il diritto di un popolo sotto dominazione straniera di ottenere l'indipendenza, di associarsi a un altro Stato o, comunque, di poter scegliere autonomamente il proprio regime politico. L'elenco dei diritti costituzionali è esaustivo. In effetti, rigore significa che i diritti stessi non sono adattabili ai cambiamenti dei tempi. Questo perché, come ha scritto un'attenta dottrina, gli istituti della libertà, ancorati a una legge naturale, estranea all'esperienza giuridica contemporanea, acquisirebbero connotazioni così fugaci e soggettive da scomparire nella nebbia dell'incertezza giuridica, Barile, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Il Mulino, Bologna, 1984, p. 54.

Impostazione questa ripresa anche da altri autori che proprio parlando della nuova legge n.219 del 2017 in materia di fine vita, hanno rilevato come la stessa inserisca proprio l'autodeterminazione come autonomo principio fondamentale accanto al diritto alla vita, alla salute ed alla dignità senza considerare come lo stesso sia stato arginato dalla dottrina costituzionalistica, la quale ha negato che questo principio possa essere un parametro generale dal quale far discendere la tutela giuridica di pretese in ordine al governo del proprio corpo se "esse non siano specificatamente e puntualmente contemplate nei singoli diritti di libertà riconosciuti dalla Costituzione[37]. Del resto, il codice porta il concetto di disposizione e non di autodeterminazione[38]. L'autodeterminazione non ha una dimensione unitaria ma assume valore eventualmente per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che le è loro proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente. In definitiva non di autodeterminazione dell'individuo si dovrebbe parlare, ai fini di una valutazione sulla meritevolezza della tutela costituzionale, ma delle singole scelte e decisioni che questo assume o compie[39].

Sarà la Corte costituzionale con la sentenza n. 438 del 2008 che trattando del tema del consenso informato, affermerà l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso, secondo la Corte infatti, il fondamento è da rinvenirsi fuori dalla portata dell'art.32 della Cost. ma nel combinato disposto con i principi degli art. 2 e 13 primo comma della Cost., in particolare in quest'ultima disposizione la Corte rileva come non contempli solo la libertà dagli arresti ma postuli la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo: dispone un principio di autodeterminazione terapeutica [40].

37 Carminiati, A.: "L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano", *www.giurisprudenzapenale.com*; Antonini, L.: "Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali", in Aa.Vv.: *Autodeterminazione. Un diritto costituzionale?* (a cura di F. D'Agostino), Giuffrè, Milano, 2012, p. 11 ss. È interessante leggere come l'autore, parlando del concetto di autodeterminazione, ne abbia circoscritto i limiti definendolo come un concetto chiave, attraverso il quale interpretare le Costituzioni e aggiornare il catalogo dei diritti individuali, creando nuovi diritti. È ormai comune leggere espressioni come "diritti delle generazioni future", "diritto a non nascere", "diritti riproduttivi", "diritto a morire", "diritto ad avere un figlio".

38 La maggior parte degli studiosi ritiene che l'elenco dei diritti costituzionali sia esaustivo, chiuso e non indefinito ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione. Vedere. Mortati, C.: *Istituzioni di diritto pubblico,* Giappichelli, Torino, 1969. Rifiuto della tesi estensiva sia per la mancanza di qualsiasi fondamento positivo sia, soprattutto, perché tutte le libertà che chiamiamo aggiuntive nascono dal tronco di quelle della Costituzione, cfr. Barile, P.: *Diritti dell'uomo*, cit., p. 54. La Corte di cassazione in molte sue sentenze aveva chiuso il catalogo, considerando inviolabili i diritti direttamente previsti dal testo costituzionale, si veda. Corte Cost., 11 de 1956, 29 de 1962, 98 de 1968, 1, 27 y 84 de 1969, 159 de 1973, 106 y 238 de 1975, 125 de 1979.

39 Mangiameli, S.: "Autodeterminazione: un diritto costituzionale", cit., p. 3

40 Consultabile in *www.cortecostituzionale.it*. L'iniziativa della Corte costituzionale riflette l'interesse che è stato tributato a partire dagli anni '90 all'individuo, ma soprattutto ai diritti della personalità. Tale orientamento ha portato alla comparsa di nuove tipologie di risarcimento, ad un ripensamento della categoria dei danni non patrimoniali che è culminato nella sentenza n. 233 del 2003 della Corte costituzionale e nella sentenza n. 8827 e 8828 del maggio 2003 della S.C. Per ulteriori approfondimenti Facci, G.: "San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni", *Corr. Giur.*, 2020, fasc. 3, p. 348.

Questo principio di autodeterminazione terapeutica, in conclusione, quindi, altro non è che se non una creazione, un'interpretazione per poter dare un appoggio costituzionale al consenso del paziente senza però considerare che già sussisteva e sussiste ancora nell'art.32 della nostra costituzione che tutela, appunto, il diritto alla salute ma che ancor di più, tutela il rifiuto alla cura nel sancire in costituzione che «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. 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».

Lo Stato tutela la salute e tutela la persona affinché non gli siano fatti trattamenti se non per disposizione di legge. Applicando un ragionamento a contrario di attenta dottrina e che condivido pienamente, è possibile rinvenire nel medesimo art. 32 cost. il fondamento costituzionale del consenso informato o per meglio spiegare della libertà di cura, che invece si è cercato di rinvenire nell'art. 13 della Costituzione, affermando che, se i trattamenti obbligatori devono essere imposti per legge, tutti gli altri non possono ritenersi obbligatorie quindi devono corrispondere ad una manifestazione di volontà dell'interessato[41]. Impostazione condivisa anche nell'art. 32 del codice di deontologia medica italiano in cui si scrive che «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà della persona, è integrativo e non sostituivo del processo informativo di cui all'art. 30. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possono comportare grave rischio per l'incolumità della persona devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona ove non ricorrano le condizioni del successivo art.78».

In definitiva, quindi, il consenso informato risulta già regolato, obbligatorio nei casi previsti dalla legge ed in quelli di particolare complessità.

41 Carminiati, A.: "L'affermazione del principio costituzionale", cit.; vedi anche Rossi, E.: "Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione", *Riv. AIC*, 2011, fasc. 4, p. 6.

Il ricorso al tema del principio dell'autodeterminazione terapeutica è, secondo chi scrive, un qualcosa che si aggiunge al diritto alla salute ed al consenso informato nelle prestazioni mediche.

V. GIURISPRUDENZA E DOTTRINA ITALIANA.

La giurisprudenza ci ha aiutato e tutt'ora ci aiuta in questo. Ripercorrendo infatti tutti i contenziosi dal 1990 ad oggi si scorge, come inizialmente non fosse trattato il principio all'autodeterminazione con il consenso informato. Il risarcimento del danno era ammesso solo nei casi in cui vi fosse un danno alla salute derivato dall'inadempimento della prestazione medica e, ove presente, dalla mancanza di informazione sull'intervento, il danno alla salute era imprescindibilmente legato alla corretta informazione della prestazione[42].

Nelle sentenze degli anni 90, il ricorso al tema del mancato, incompleto consenso informato era molto cauto. Inizia con il famoso caso Massimo del 1990 in cui veniva effettuata un'operazione del tutto diversa rispetto a quanto concordato con la paziente ed in assenza di consenso e procede fino ai giorni nostri[43]. Nel 1994 la Cassazione con la sentenza n.6464 affronta un caso di violazione di informazioni in costanza all'interruzione volontaria della gravidanza in cui il diritto della paziente all'informazione è espressamente previsto nell'art. 14 della legge n. 194 del 1978, quindi ha un fondamento legale[44]. Nella sentenza 364 del 1997 sempre la Cassazione afferma come il medico non possa agire senza il consenso informato che va esteso a ogni singola fase, alle varie alternative e rischi [45.] Nella sentenza n. 9374 del 1997 invece si incomincia a far luce su di un'altra possibile responsabilità: quella dell'ente[46]. La Cassazione, infatti, afferma che in caso di mancato consenso sussiste la responsabilità dell'ente. Si stabilisce che nel caso in cui dall'esecuzione di un intervento chirurgico o di un accertamento diagnostico invasivo, derivi un danno o addirittura la morte del paziente non informato dai medici (in questo caso erano dipendenti dell'azienda ospedaliera) sui rischi per la vita o l'incolumità fisica, al fine di poter acconsentire all'intervento, sussiste la responsabilità dell'ente anche ove non fosse individuato il medico su cui grava tale obbligo.

42 Petruzzi, C.: "La lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica quale fonte autonoma di responsabilità", *Danno resp.,* 2019, fasc. 6, p. 791. In una nota, l'autore fa riferimento a quanto accaduto al tribunale di Roma, il 10 maggio 2005, *Riv. it. med. leg*, 2006, p. 422 ss. secondo cui: alla violazione di un interesse costituzionale, quale quello dell'autodeterminazione, segue un danno risarcibile non "ipso iure" ma legato ai casi in cui sia stato leso lo stato di salute, rispetto ai quali l'obbligo di informazione è necessariamente strumentale ai fini dell'adempimento del contratto di cura; Pertanto, non sussiste alcun danno risarcibile se, nonostante la violazione dell'obbligo di informazione, vi è stato un miglioramento (anziché un peggioramento) dello stato di salute del paziente o se il peggioramento non è causalmente imputabile al trattamento terapeutico (o alla sua omissione) da parte del medico.

43 Callipari, N.: *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*.

44 Nota a Cass. civ., 8 luglio 1994, n. 6464, *Riv. it. med. legale*, 1995, p. 1282.

45 Consultabile in *Dejure online*.

46 Ibid.

Per adesso il danno risarcibile dal mancato o inesatto consenso coincide con quello della salute: un danno biologico in cui si ricomprende l'inadempimento relativo alla raccolta del consenso.

La giurisprudenza però non si arresta ed a partire dagli anni duemila intensifica la sua attenzione nei confronti dei casi di mancato consenso informato.

Nella sentenza n. 6318 del 2000 infatti, la Corte avanza il pensiero che il medico non solo debba fornire al paziente tutte le indicazioni opportune riguardo alla prestazione da compiersi ma anche le informazioni riguardanti la struttura ospedaliera, infatti, il dovere di informazione del medico si estende per la Corte di Cassazione anche allo stato di efficienza ed al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività, traducendosi in un ulteriore obbligo informativo. Si scrive che il consenso informato deve essere prestato non solo in relazione alla prestazione sanitaria ma anche alla luce della consapevolezza perché informati dal sanitario, riguardo anche alla concreta magari momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di essere trasferito in un'altra[47].

In altra pronuncia si scrive che il paziente medico anche se non informato non può lamentare un'insufficiente informazione in quanto a differenza di una persona comune questo è competente e conosce la disciplina medica[48].

Fino ad ora tutti singoli casi che trattano del consenso al paziente ma sempre in ottica legata alla prestazione nel suo complesso. Dalle pronunce successive l'attenzione diventa invece sempre più specifica. Emblematica a tal proposito, sarà la sentenza del 2001 n. 7027 in cui è affermato come il medico al di fuori di casi eccezionali non possa intervenire senza l'espresso consenso del paziente[49].

47 Fiori, A. – La Monica, G.: "L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti*", Riv. it. med. legale*, 2000, p. 1301; Cassano, G.: "Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e concorso di responsabilità", *Danno resp*., 2001, fasc. 2, p. 154; Santacroce G.: "Il consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione: attualità e prospettive", *Riv. polizia,* 1999, p. 9; Calò, E.: "Sulla libertà del consenso informato*", Riv. trim. dir. proc. civ*., 1999, p. 227; De Caprio, L. – Prodomo, R.: "Consenso informato e decadimento cognitivo*", Riv. it. med. legale*, 1998, p. 901; Fiori, A.: "Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficialità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato" (nota a Trib. Milano 4 dicembre 1997, R. v. Osp. S.R.), *Riv. it. med. legale,* 1998, p. 1143; Portigliatti Barbos, M.: "Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?", *Dir. pen. proc*., 1998, p. 894; Criscuoli, G.: "Ragionezza e consenso informato del paziente", *Rass. dir. civ*., 1985, p. 480.

48 Trib. Monza, 7 dicembre 2000, *Riv. giur. polizia*, 2002, p. 796.

49 Rossetti, M.: "Responsabilità sanitaria e tutela della salute", *Danno resp*., 2001, fasc. 12, p. 1165, Scalisi, I.A.: "Professione medica: doveri, divieti e responsabilità", *Danno resp.,* 2007, fasc. 10, p. 965. Come chiarisce la Corte di cassazione (Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027). D'altra parte, già nella sentenza n. 1132 del 29 marzo 1976, la Corte aveva enunciato il principio della responsabilità medica. Nella sentenza n. 1132 del 29 marzo 1976, la Corte aveva già enunciato il principio opposto, osservando che il contratto professionale di lavoro si conclude tra il medico e il cliente quando il primo, su richiesta del secondo,

In questa sentenza è dichiarata, per la prima volta, in modo esplicito la necessità del consenso, una necessità che per la Cassazione e poi come abbiamo già visto, più avanti dalla Corte costituzionale, troverebbe e troverà base nell'art. 13 Cost. che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nella cui sfera si dovrebbe includere la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica ma anche e soprattutto nell'art.32 della nostra Costituzione che tutela il diritto alla salute. Si indica che sia il sanitario responsabile a raccogliere il consenso.

A differenza della pronuncia della Corte costituzionale però nel 2001 la Cassazione non parla di principio all'autodeterminazione terapeutica ma semplicemente, afferma il bisogno, la necessità, che sussista il consenso alla prestazione sanitaria, completo nella sua struttura, affinché non si violi soprattutto il diritto alla salute. Si spiega come debba essere il consenso informato e cioè che sia data conoscenza al paziente della natura dell'intervento medico o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative.

La Corte di cassazione con la sentenza n.54444 del 2006 statuisce che l'adempimento degli obblighi informativi e l'acquisizione del consenso informato costituiscono violazioni da cui consegue una responsabilità per il medico, a prescindere che il trattamento sia riuscito o meno. Non rileva, infatti, la riuscita dell'intervento in relazione alla violazione del consenso in quanto l'ingiustizia del danno si concretizza nel fatto che il paziente non è stato messo nella condizione di acconsentire con consapevolezza.

Il consenso, quindi, si arricchisce, si inizia a trattare dell'onere della prova per mancato consenso che incombe sul paziente, del risarcimento da mancato o incompleto consenso informato, nella sentenza n.2847 del 2010 della Cassazione si inizia a trattare come distinte ed autonome voci di danno la lesione al diritto di autodeterminazione e la lesione al diritto alla salute, dagli anni duemila in avanti le corti contribuiscono all'analisi del tema facendo anche una chiara distinzione che inizialmente non era posta tra: omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe in ogni caso scelto di sottoporsi nelle medesime condizioni. In tal caso il risarcimento sarà limitato al solo danno alla salute subito

accetta di svolgere la sua attività professionale in relazione al caso che gli viene sottoposto; che tale attività si articola in due fasi, quella preliminare, diagnostica, basata sulla rilevazione dei dati sintomatologici, e quella successiva di intervento terapeutico o chirurgico, determinata dalla prima fase, sempre esistente, e che entrambe formano lo svolgimento dell'attività professionale, costituendo, pertanto, la prestazione complessa che il medico è tenuto a svolgere in virtù del contratto di lavoro professionale stipulato; che, poiché solo una volta conclusa la fase diagnostica sorge il dovere del chirurgo di informare il cliente sulla natura e sui possibili pericoli dell'intervento chirurgico resosi necessario, tale dovere di informazione, finalizzato all'ottenimento del consenso informato alla prosecuzione dell'attività professionale, non può che far parte della prestazione complessa. Da qui, in sintesi, la natura contrattuale della responsabilità derivante dall'omissione di informazioni.

dal paziente; omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa di una condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi[50]. In tal caso, il risarcimento sarà esteso anche al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente; omessa informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta non colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento sarà liquidato con riferimento alla violazione del diritto all'autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute, da considerarsi comune in relazione causale con la condotta, poiché in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito, andrà valutata in relazione alla situazione differenziale tra quella conseguente all'intervento e quella (comunque patologica) antecedente ad esso; omessa informazione in relazione ad un intervento che non ha cagionato danno alla salute del paziente (e che sia stato correttamente eseguito): in tal caso la lesione del diritto all'autodeterminazione costituirà oggetto di danno risarcibile tutte le volte che, e solo se, il paziente abbia subito le inaspettate conseguenze dell'intervento senza la necessaria e consapevole predisposizione ad affrontarle e ad accettarle, trovandosi invece del tutto impreparato di fronte ad esse[51].

Anche se nelle sentenze, soprattutto in queste ultime, si è cercato di distinguere le due violazioni, avendo da una parte un inadempimento del medico per la non corretta esecuzione dell'intervento o terapia, dall'altra un' insufficiente od omessa informazione sulla medesima prestazione con conseguente mancato presa di consapevolezza degli eventuali rischi e pregiudizi da parte del paziente, quello che emerge dalla lettura è che il bene su cui alla fine incidono entrambe le violazioni è il bene salute. Il danno quindi si duplica, con voci diverse ma si raddoppia sul medesimo bene. Quando in realtà, operando la violazione sul piano della volontà, della capacità di autodeterminarsi, il pregiudizio dovrebbe essere nella successiva incapacità di scelta perché da quella azione/omissione ne è scaturito un mio deficit volitivo oppure potrebbe essere dimostrata la perdita della possibilità di una scelta diversa e più adatta, che a causa della non corretta informazione non ho potuto coltivare ma che avrei accolto se mi fossi rappresentato quanto poi accaduto.

Non è possibile che il pregiudizio per cui chiedo il ristoro sia uguale sia per il mancato consenso sia per le inesattezze dell'operazione (violazione del bene

50 D'Auria, M.: "Consenso informato: contenuto e nesso di causalità", *Giur.it.,* 2005, fasc. 1, p. 7 ss.; Cherubini, A.C.: "Il consenso informato nei più recenti orientamenti della Cassazione", *Riv. it. med. legale*, 2020, fasc. 1, p. 309.

51 Cass. civ., 23 marzo 2018, n. 7248, *Foro it.,* 2018, cc. 7-8, 1, p. 2401; Muià, P.P. – Brazzini, S.: "Quale forma deve avere il consenso informato? Le oscillazioni della Cassazione e la soluzione della nuova legge", *Danno resp.*, 2018, fasc. 5, p. 607; Petruzzi, C.: "La lesione del diritto all'autodeterminazione", cit., p. 791; Graziadei, M.: "Il consenso informato e i suoi limiti", Trattato di Biodiritto, in Aa.Vv.: *I diritti in medicina* (a cura di L. Lenti – E. Palermo Fabris – P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2011, p. 212.

salute). Il bene non può essere il medesimo, ma soprattutto non può essere liquidato due volte con titoli diversi.

Il problema sorge soprattutto quando vi è una corretta esecuzione della terapia o intervento, senza conseguenze ulteriori dallo stesso.

La Cassazione interviene con la sentenza n. 28985 del 2019 proprio a derimere questo interrogativo, affermando come la violazione da parte del medico del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni[52]:

(a) un danno alla salute, "quando sia ragionevole ritenere che il paziente - sul quale grava il relativo onere probatorio - se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento (onde non subirne le conseguenze invalidanti)"[53].

(b) un danno da lesione del principio all'autodeterminazione ogni volta che "a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute".

Nel primo caso si torna a far coincidere anche se indirettamente la violazione del principio di autodeterminazione con il diritto alla salute, nel secondo caso invece la Corte di cassazione specifica che il danno deve essere diverso dalla lesione alla salute quasi che comunque un danno debba sussistere.

52 Consultabile in *Dejure online*.

53 Pizzimenti, I. "Consenso informato e danno da lezione del diritto all'autodeterminazione: il risarcimento è automatico?", *Nuova Giur. civ.*, 2018, fasc. 11, p. 1644, dove si legge che il piano su cui valutare il vizio del consenso al trattamento medico necessita quindi di un'ulteriore precisazione: l'evento di danno di cui il paziente si lamenta a causa del vizio del consenso non è, e "non deve" essere, la condizione patologica divenuta espressione concreta del rischio non preventivamente comunicatogli dal medico, ma il pregiudizio, di contenuto variabile, che egli trae dalla privazione della possibilità di scegliere circa il proprio "benessere". Solo alla luce di queste premesse è possibile apprezzare il consolidato orientamento giurisprudenziale cui ha aderito la Corte di Cassazione, secondo il quale, affinché il paziente possa ottenere il risarcimento del danno alla salute causato in assenza di consenso informato, deve essere possibile affermare che il paziente, se fosse stato correttamente informato dei rischi e delle controindicazioni dell'intervento, avrebbe rifiutato di sottoporsi allo stesso, o avrebbe scelto un trattamento alternativo, evitando così il concretizzarsi di tali rischi e controindicazioni. L'indagine deve quindi spostarsi sull'effetto distorsivo che l'inadeguata informazione ha sulla decisione di sottoporsi al trattamento: si tratta di stabilire se la mancanza di informazioni sia stata un fattore determinante per il consenso del paziente o se abbia avuto solo un'importanza secondaria. In sostanza, affinché si possa stabilire un nesso causale tra la mancanza di informazioni e il fallimento di un intervento correttamente eseguito, è necessario che il paziente fornisca la prova che, se fosse stato correttamente e pienamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento. Solo in questo caso la lesione della libertà di scelta può diventare causa dell'insuccesso, perché solo in questo caso si può affermare che l'insuccesso dell'intervento, con il consolidamento della lesione biologica, non si sarebbe verificato se ci fosse stata l'informazione, poiché in conseguenza di questa informazione l'intervento stesso sarebbe stato evitato o si sarebbe acconsentito a un diverso trattamento; Pucella, R.: *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 178; Navarretta, E..: *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione,* Giuffrè, Milano, 2010, p. 529 ss.

In realtà, il danno da insufficiente informativa non si esplica tanto nella lesione al principio di autodeterminazione quanto nel non aver conseguito le informazioni necessarie. Quello, infatti, che viene in essere è la violazione dell'obbligo informativo che produce un danno sulla corretta scelta del paziente.

È quanto ancora affermato dalla Cassazione, che sempre volendo rimarcare la differenza tra le due voci di danno stabiliva che la quantificazione effettuata a seguito della responsabilità professionale per colpa medica non può comprendere anche il danno da mancato consenso informato perché la violazione degli obblighi informativi priva il paziente dalla libertà di compiere scelte che riguardano la sua persona e di esercitare tutte le opzioni relative all'atto sanitario; si tratta quindi di una lesione del tutto indipendente dall'errata esecuzione dell'intervento[54].

È necessario quindi trovare una soluzione.

VI. IL CONSENSO INFORMATO COME IL DIRITTO ALLA CORRETTA INFORMAZIONE.

Nel nostro ordinamento, fino a poco tempo fa, non esisteva un diritto generale all'informazione ma piuttosto specifici obblighi legali d'informazione, contrattuali e deontologici, avente carattere accessorio o autonomo rispetto alle altre previsioni contrattuali, relativi a determinati rapporti o persone. In presenza di un dovere legale, contrattuale o deontologico d'informazione, l'illecito si concretizza nell'omessa informazione, viceversa, in mancanza di uno specifico obbligo legale d'informazione, l'illecito è riscontrabile nell'informazione non veritiera o inesatta idonea a ledere l'altrui interesse meritevole di tutela.

Un discorso di carattere sistematico imporrebbe di individuare le fonti da cui scaturiscono i diversi obblighi d'informazione, nonché i loro presupposti, ambito di operatività e limiti, soprattutto con riferimento alla possibilità che le parti nella loro libertà di autodeterminazione negoziale adottino clausole limitative della responsabilità o dell'oggetto del contratto. Il punto di partenza sono gli art. 1337 e 1338 del c.c. che sono espressione del dovere di correttezza e buona fede in ambito precontrattuale[55]. Qui l'informativa e il dovere di informazione hanno rappresentato una soluzione ai problemi di asimmetria informativa[56].

54 Cass. civ., 15 aprile 2019, n. 10423, consultabile in *Dejure online*.

55 La segnalazione e l'obbligo di informazione hanno rappresentato una soluzione ai problemi dell'asimmetria informativa De POLI, M.: *Asimmetrie informative* e *rapporti contrattuali,* Cedam, Padova, 2002, p. 488.

56 Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, *www.leggidItalia.it*. La violazione dei doveri di comportamento dei contraenti, talvolta reciproci come l'obbligo di informazione, sia nella fase prenegoziale che in quella esecutiva del rapporto genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto quando si traduce in una forma di inesatto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di esecuzione gravanti sul contraente ma non incide sulla genesi dell'atto contrattuale, almeno nel senso che non è idonea a provocare la nullità e Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741. La violazione dell'obbligo di

Ancora la nostra giurisprudenza ha introdotto l'obbligo di informativa come un obbligo di garanzia e/o di protezione necessario nell'esenzione di alcuni rapporti contrattuali: ex art. 1375 c.c.[57].

Non sarà, quindi, il principio all'autodeterminazione violato a causa dell'omessa o insufficiente informazione da cui è emerso il pregiudizio diverso dal bene salute ma sarà, l'omessa o insufficiente informazione che ha fatto venire meno l'adempimento dell'obbligo informativo e da cui ne è derivato un vizio della mia volontà, o un danno da perdita di chance, ma non una chance qualsiasi bensì quella idonea a farmi conseguire i risultati sperati per la mia salute. È venuto meno il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informato riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi, come chiaramente previsto dalla nuova legge sul consenso informato e sulle DAT all'art. 1, comma 3°, legge 219[58] del 2017[59].

La legge, infatti, anche se non virtuosa come quella spagnola nel descrivere l'informazione per strutturare il consenso informato, da questo punto di vista, compie, invece, proprio il passo necessario ed individua una volta per tutte: il diritto a conoscere il proprio stato di salute ma soprattutto ad essere informato.

Sistematicamente si fa luce sul difficile compito affidato fino ad ora al principio di autodeterminazione ma che in realtà appartiene all'informazione e che si sostanzia nel dare il più possibile consapevolezza al paziente di quanto andrà ad effettuare. L'attenzione, quindi, non sarà posta sulla violazione del principio

informazione in ambito medico è una violazione delle regole di condotta e quindi rileva solo in termini di responsabilità con conseguente obbligo di risarcimento del danno.

57 Cass. civ., 21 maggio 1973, n. 1460, consultabile in *Dejure online*. In dottrina, su tutti, Rodotà S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

58 Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

59 Pizzimenti, I.: "Il diritto di conoscere o di non conoscere il proprio stato di salute: modalità e contenuto dell'informazione", *Nuove leggi civ. comm.,* 2019, fasc. 1, p. 67; vedi Cacace, S.: "Medice, cura te ipsum? Il diritto all'informazione del paziente-medico (e qualche altro questione sul consenso al trattamento)", *Riv. it. med. legale,* 2013, p. 1505 ss.; Salerno, F.: "Consenso informato in medicina e qualità soggettive del paziente", *Giur. it.*, 2014, p. 276 ss., e Clinca, S.: "Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al "consenso presunto" nel caso del paziente-medico", *Danno resp.*, 2013, p. 747 ss.; Di Marco, G. – Campidelli, S.: "Biotestamento", *www.leggiditalia.it*. Secondo la quale sembrerebbe che il legislatore, nel regolamentare il diritto all'informazione sanitaria, abbia pensato all'ipotesi del paziente che soffre di una patologia incurabile e che è ansioso di reperire tutte le informazioni relative alla sua condizione per poi decidere se proseguire o interrompere le cure. Tuttavia, naturalmente, questa è solo la situazione più estrema, che non può dettare principi validi erga omnes né, tanto meno, modelli di comportamento così rigidi da privare il medico di ogni discrezionalità nel dosaggio delle informazioni.
In Spagna Osuna, D.C.: *El consentimiento informado*, cit., p. 105. Ogni persona, come derivazione del diritto alla tutela della salute riconosciuto dall'articolo 43 del nostro testo costituzionale, ha il diritto di conoscere le proprie informazioni cliniche, definite dal LAP, in particolare nel suo articolo 3, come qualsiasi dato, qualunque sia la sua forma, classe o tipologia, che consenta l'acquisizione o l'ampliamento delle conoscenze circa le condizioni fisiche e di salute di una persona. o come conservarlo, curarlo, migliorarlo o recuperarlo.

di autodeterminazione quanto sul diritto alla giusta informazione, che legandosi alla prestazione, riesce più oggettivamente a quantificare il danno, se presente. Il diritto leso è quello all'informazione che potrà pregiudicare la salute, altri diritti inviolabili e l'autodeterminazione della persona ma nell'art.41 della Costituzione e che, se violato, potrà dar luogo a conseguenze sul piano solo patrimoniale per come l'art.2059 c.c. è stato riletto dopo le sentenze di San Martino del 2008. Ciò che appartiene al paziente è in primis il diritto all'informazione e non il principio di autodeterminazione.

In questi termini sarà applicabile anche il ragionamento della Corte di cassazione per cui ove non vi sia un danno alla salute per errore nella prestazione ma si alleghi solo un insufficiente o omesso consenso si potrà avere un risarcimento in via equitativa, ricordando però sempre che condizione affinché vi sia risarcibilità di tale danno non patrimoniale è che esso presenti i caratteri della gravità, secondo i criteri dettati dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nelle note sentenze di San Martino (cfr. n. 26972 e 26975 dell'11.11.2008), ovvero che varchi la soglia di un certo livello minimo di tollerabilità, da valutarsi secondo il parametro della coscienza sociale in un determinato momento storico. Il paziente dovrà comunque fornire la prova del pregiudizio subito, anche mediante presunzioni, fondate, in un rapporto di proporzionalità inversa, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessarietà dell'operazione

L'autodeterminazione sussiste come pregiudizio della lesione per l'inadempimento informativo ogni qual volta dalla lesione dell'informazione derivi un pregiudizio risarcibile. [606162].

60 Bigliazzi Geri L.: "*Buona fede nel diritto civile*", in *Dig. disc. priv.*, sez. civile, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 170; Natoli, U.: "L'attuazione del rapporto obbligatorio", in *Tratt. di Diritto civile e Commerciale* a cura di A. Cicu – F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1988, p. 170; Di Majo, A.: *Delle obbligazioni in generale*, Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1173-1176, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 315; Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 175; Bianca, M.: *Diritto civile*, cit., p. 175.

61 Marcello, D.: *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, ESI, Napoli, 2019, *passim*. Un altro aspetto riguarda le qualità soggettive del paziente, ovvero la possibilità di estendere la qualifica di consumatore a chi usufruisce dei servizi sanitari. L'influenza che la disciplina del consumo ha esercitato negli ultimi anni sul nostro ordinamento giuridico è ben nota. Le norme comunitarie in materia di derivazione in materia di contratti hanno fortemente modificato il quadro normativo, hanno introdotto nuove norme in grado di innovare non solo la materia specifica su cui sono intervenute, ma anche il sistema su cui tradizionalmente si fondava il contratto, e hanno inciso anche sulla capacità ordinativa delle categorie note alla dottrina e alla giurisprudenza. In linea con tale pensiero, Rousset, G.: *L'influence du droit de la consimmation sur le droit de la santè*, LET edition, Parigi, 2007. In giurisprudenza Corte di giustizia, 10 maggio 2001, causa c-203/99, con nota de Bastianon, S.: "La responsabilità dell'ente ospedaliero alla luce della normativa comunitaria in tema di prodotti difettosi", *Resp. civ. prev.* 2001, p. 843 ss.

62 Cilento, A.: *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, ESI, Napoli, 2014, p. 24, in cui si scrive che il diritto all'informazione del paziente non può essere interamente ascritto alla stessa specie del diritto all'informazione del consumatore o del cliente, se non altro perché l'informazione nel rapporto medico-paziente deve necessariamente operare in modo circolare e reciproco, e deve essere modulata in considerazione di ogni specifico rapporto; inoltre, essa funge da presupposto per la legittimità dell'azione del medico. si veda anche la nota 51 in cui l'autore cita Urso, A.: "Consenso informato, trattamento medico e procedimento di formazione del contratto", *Pers. merc.*, 2013, p. 227 ss. Urso propone una interessante la distinzione tra l'informazione inerente al rapporto contrattuale medico-paziente e l'informazione inerente ai rapporti contrattuali asimmetrici: in quest'ultimo caso, l'inosservanza del corrispondente obbligo è connessa a un sistema di rimedi che si alimenta dello statuto

In questi termini sarà applicabile anche il ragionamento della Cassazione quando scrive che ove non vi sia un danno alla salute per errore nella prestazione ma si alleghi solo un insufficiente o omesso consenso si potrà avere un risarcimento in via equitativa, ricordando però sempre che condizione affinché vi sia risarcibilità di tale danno non patrimoniale è che esso presenti i caratteri della gravità, secondo i criteri dettati dalle Sezioni Unite nelle note sentenze di San Martino (cfr. n. 26972 e 26975 dell'11.11.2008), ovvero che varchi la soglia di un certo livello minimo di tollerabilità, da valutarsi secondo il parametro della coscienza sociale in un determinato momento storico. Il paziente dovrà comunque fornire la prova del pregiudizio subito, anche mediante presunzioni, fondate, in un rapporto di proporzionalità inversa, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessarietà dell'operazione.

Un diritto all'informazione da cui si ricava un obbligo informativo a cui potremmo aggiungere l'aggettivo di qualificato in ambito sanitario per l'importanza dei beni vita e salute su cui incombe.

Infine, una recente sentenza della Cassazione che ripercorrendo la storia del consenso informato, ma soprattutto le vicissitudini che si sono create intorno alla sua violazione, ha affermato un principio importante: la sentenza infatti, ha statuito che se il trattamento, secondo una valutazione ex ante, appariva opportuno rispetto allo stato patologico, viene ad operare una presunzione in virtù della quale il trattamento non sarebbe stato rifiutato dal paziente, con l'effetto che a questo punto incomberà su quest'ultimo provare il contrario. Una presunzione che, se non viene superata preclude in punto di risarcimento del danno[63].

Ecco che quindi la giurisprudenza mette un freno al principio di autodeterminazione del paziente introducendo un limite attraverso l'aggettivo opportuno quasi cercando di fare un passo indietro, per tornare a dare un po' più di autodeterminazione terapeutica al medico piuttosto che al paziente. La sentenza non analizza la volontà del paziente quanto la necessità, l'opportunità dell'operazione rispetto allo stato patologico. La sentenza cerca un equilibrio.

Del resto, il servizio sanitario si chiama servizio proprio perché posto a presidio della salute pubblica e dei cittadini e pubblico perché gestito dallo stato, che ne fa le veci e le scelte. Questo non esclude l'autonomia decisionale del singolo ma la tempera al cospetto di una realtà, in cui, quello stesso singolo sarebbe più consono chiamarlo utente in quanto usufruisce di un servizio pagando un tiket

della responsabilità e produce conseguenze sul contenuto del rapporto tra le parti; nel caso del consenso informato, invece, l'inosservanza dell'obbligo di informazione incide sulla procedura stessa di formazione del contatto e, quindi, a monte, sulla nascita stessa del vincolo giuridico.

63 Cass. civ., 4 maggio 2018, n. 10608, *www.leggiditalia.it*.

proporzionato al suo reddito, condivide ed usufruisce della prestazione medica che gli vengono proposte in base alla patologia.

In conclusione, quindi, ove manchi un pregiudizio alla salute od altro diritto inviolabile non si avrà violazione del diritto all'informazione con pregiudizio della corretta determinazione del paziente laddove, come detto, l'autodeterminazione terapeutica non è un diritto inviolabile e, salvo diversa disposizione di legge, non determina risarcimento del danno non patrimoniale[64].

Ritengo che vada circoscritta l'idea di un diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica ai soli casi in cui vi sia un vero e concreto pregiudizio alla salute, anche perché l'autodeterminazione non si limita al campo medico ma bensì, è trasversale nelle varie branche del diritto, è stato definito una sorta di passe-partout concettuale, quanto invece sia importante e da coltivare il diritto all'informazione sanitaria che è lo ius sul quale si fonda il consenso informato di oggi. Un diritto che si lega al diritto alla salute perché lo affianca nella sua opera realizzativa. L'informativa è *prius* rispetto alla prestazione medica, che non può prescindere dall'accettazione del paziente[65].

Un'informativa che però deve poter ricorrere a degli strumenti di garanzia affinché la stessa possa rappresentare davvero quel bilanciamento di interessi tra il paziente ed il medico, il cui fine è la giusta cura e non la cura assoluta.

VII. VERSO UNA CONCLUSIONE EUROPEA? LINEE GUIDA EUROPEE PER LA CORRETTA STESURA DEL CONSENSO INFORMATO IN AMBITO SANITARIO.

L'idea, quindi, non potrà che essere quella di cercare una soluzione più stabile per dare più certezza a chi redige il consenso informato in ambito sanitario affinché quanto ivi inserito sia corretto e completo.

Se inizialmente, infatti, bastava la descrizione della prestazione sanitaria con l'indicazione dell'intervento e di chi lo avrebbe effettuato, oggi, in Italia, questo non è sufficiente.

64 Facci, G.: "San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni", cit.

65 Imperatore, L.: "Il principio di autodeterminazione tra riflessione bioetica e biogiuridica", *FedOA*, Università degli studi di Napoli Federico II, pp. 26-27, che nella sua opera afferma come questo principio di autodeterminazione non sia altro che un passe-partout concettuale. Innumerevoli sono le pronunce in tal senso che lo identificano nel diritto al tempo libero, nella necessità di ascoltare il minore nel dettare le misure di tutela, nel diritto all'autodeterminazione del consumatore che deve essere tutelato dagli operatori economici che si affacciano sul mercato, o ancora nella complessa e articolata architettura giuridica, degli istituti di tutela degli incapaci, istituti che riguardano sia l'amministrazione degli alimenti che l'incapacità naturale. Si parla ancora di autodeterminazione in relazione all'intangibilità sessuale dei minori di quattordici anni, di mobbing, in relazione alla circonvenzione di incapace, ma anche in relazione alla capacità delle parti contraenti... nonostante la ricchezza del panorama giurisprudenziale, non esiste una norma che faccia chiaro riferimento a un diritto o a un principio inerente all'autodeterminazione.

È, infatti, necessario inserire: la descrizione della prestazione, le conseguenze e le complicanze senza far distinzione tra tipiche o atipiche come invece avviene nel sistema spagnolo. È necessario inserire tutte le alternative terapeutiche e non solo quelle che secondo il medico con scienza e coscienza sarebbero state eventualmente idonee a sostituire la prestazione. È indispensabile indicare, in base al lavoro svolto, il materiale/i utilizzati ed infine la possibilità di interrompere la cura sia da parte del paziente sia da parte del medico.

È necessario raccogliere il consenso per la prestazione in corso, non è possibile far acconsentire anche per l'eventuale diversa prestazione che si possa rendere necessaria in corso di intervento.

Questo è un approccio al consenso informato di tipo difensivo e non costruttivo.

Un po' come sta accadendo in ambito digitale quando si chiede il consenso per la privacy.

Prima il consenso al trattamento del dato era assai più libero, con il tempo e con l'evoluzione della tecnologia che ha portato a trattare il dato personale al pari di un bene, è stato necessario rivedere anche quel consenso richiedendo, attraverso il Garante per la protezione dei dati che fosse illustrato nel banner e con cookies il perché e il come si chiedeva il consenso per la cessione del dato.

Bisogna cercare di inserire delle regole affinché, soprattutto in ambito sanitario, si possa raggiungere la struttura di un consenso informato omogenea.

Quel che può diversificare è il rischio tipico legato alla singola realtà ospedaliera, che però si deve aggiungere a tutti quei rischi tipici normalmente previsti per la singola prestazione.

Creare delle linee guida in ambito europeo che definiscano l'informazione ed il consenso informato da recepire nel nostro paese attraverso una legge che non definisca solo cosa si intende per consenso informato ma, come è stato fatto in Spagna, tratti nello specifico ogni singolo particolare.

Creare delle Linee guida in ambito europeo come è stato fatto per il consenso informato ai sensi del Regolamento 679 del 2016 in cui si esamina il consenso informato in relazione ai propri dati personali e si inseriscono tutta una serie di requisiti indispensabili affinché quel consenso possa essere definito corretto[66].

66 Linee guida europee per il Consenso informato ai sensi del Regolamento 679 del 2016. Nelle linee guida si dà infatti spazio ad aspetti quali: gli elementi del consenso valido, la condizione di libertà, consenso libero/manifestazione di volontà libera, il pregiudizio, la specificità, i requisiti minimi del contenuto del consenso e come fornire le informazioni al paziente.

Allo stesso modo ed in vista anche di una medicina sempre più tecnologizzata potrebbe essere auspicabile uno studio europeo sulla forma, sulla struttura e sui singoli requisiti del consenso informato alla prestazione medica.

In America vengono effettuati singoli studi per gli specifici consensi in base alla prestazione da svolgere[67].

È importante il rapporto tra medico e paziente ma ancor di più è importante che quanto il medico introduce e spiega al paziente sia compreso per poter decidere nella piena consapevolezza[68].

Si cerca di procedimentalizzare il più possibile la stesura del consenso informato attraverso lo studio non solo dell'informazione ma anche di chi recepisce l'informazione e di quanti assumono il ruolo di informatori. Questo perché accanto alle informazioni principali vi sono anche tutte quelle accessorie che possono comunque incidere nel percorso di formazione della volontà del paziente e che possono provenire anche dal personale che insieme al medico ha in cura la persona.

È interessante, a tal proposito, sempre in America, il fatto che tra le informazioni da dare a completamento del consenso informato vi siano anche le "possibilità di successo".

Questo aspetto non è espressamente previsto in Italia se non in riferimento ai concetti, di conseguenza, e complicanza della prestazione. Potrebbe, viceversa, essere auspicabile introdurlo, in modo più diretto e chiaro anche nel nostro paese, al fine di aggiungere un elemento in più di analisi: un dato in più per poter decidere.

67 Barrie Cassileth, R. – Zupkis, R.V. – Sutton K. – Smith M. S. – March, B.A,: "¿Informed Consent-Why Are Its Goals Imperfectly Realized?", *New England Journal of Medicine*, 1980, p. 896; Wolf, A.M. – Nasser J.F. – Schorling J.B.: "The Impact of Informed Consent on Patient Interest in Prostate-Specific Antigen Screening", *Archives of Internal Medicine*, 1996, p. 1333. Per quanto riguarda il consenso informato negli Stati Uniti, vale la pena ricordare il caso Salgo v. Leland Stanford Jr. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957). Si trattava di una sentenza della Corte d'Appello della California che condannava l'Università di Stanford per negligenza per la paralisi delle gambe di Martin Salgo causata da un'ortesi eseguita senza aver prima informato il paziente dei rischi associati all'operazione. La Corte ha stabilito che i medici sono obbligati a informare il paziente di tutti i fatti necessari a formare la base per un consenso intelligente del paziente al trattamento proposto. Ricostruzione del caso e del contesto nel classico Faden, R.R. – Beauchamp, T.L.: "A History and Theory of Informed Consent", *Nueva York y Oxford*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 86 e 125.

68 Negli Stati Uniti, l'istituzione di direttive anticipate sui trattamenti sanitari è regolata dai singoli Stati federali. Tuttavia, dal 1991 è in vigore a livello federale il Patient Self-Determination Act che, facendo riferimento alle leggi di ogni Stato, impone alle strutture sanitarie che operano nell'ambito dei programmi pubblici Medicare e Medicaid l'obbligo di 1) informare i pazienti del loro diritto di prendere decisioni in merito ai trattamenti medici a cui si sottopongono; 2) chiedere periodicamente ai pazienti se hanno formulato direttive anticipate e documentare i loro desideri in merito ai trattamenti a cui si sottopongono; 3) non discriminare le persone che hanno formulato direttive anticipate; 4) garantire che i desideri dei pazienti in merito ai trattamenti a cui si sottopongono siano documentati; 3) non discriminare le persone che hanno formulato direttive anticipate; 4) garantire che le direttive anticipate documentate e le volontà di trattamento siano rispettate, nella misura in cui ciò è conforme alle leggi federali e statali; 5) fornire programmi educativi per il personale, i pazienti e la comunità sulle questioni etiche relative all'autodeterminazione del paziente e alle direttive anticipate.

Insomma, sicuramente, il punto di partenza è guardare ai sistemi europei, in primis il sistema spagnolo che ha messo in luce il bisogno di dare rilievo all'informazione nel rapporto tra il medico ed il paziente attraverso uno sforzo normativo che mette in luce il diritto all'autonomia personale, regolandone ogni suo aspetto e solo in un secondo momento il possibile danno che, pur essendo un sistema virtuoso, è difficile da evitare.

Questo fa sì, inoltre, che, in un'ottica assicurativa, avendo a disposizione una legge e le giuste pronunce relegate a casi di violazioni concrete del diritto all'informazione e quindi alla possibilità di autodeterminarsi della persona, si riescono ad elaborare i rischi tipici e ricorrenti attraverso l'utilizzo del consenso informato, fornendo dei prodotti assicurativi idonei a coprire i sistemi sanitari ed i singoli pazienti ma soprattutto si riesce a garantire la solvibilità avanti a richieste danni stipulate e redatte tramite tabelle per questo predisposte.

BIBLIOGRAFÍA

AMATO, G.: "Rapporti civili", art. 13, in *Comm. della Cost., Artt. 13-20* (a cura di G. BRANCA), Zanichelli, Milano, 1977, p. 1 ss.

ANTONINI, L.: "Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali", in *Autodeterminazione. ¿Un diritto costituzionale*? (a cura di F. D'AGOSTINO), Giuffrè, 2012, p. 11 ss.

ATIYAH, P.S.: *The Damages Lottery,* Hart Publishing, Londra, 1997.

AZACANO, M.: "Consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento in Spagna", *www.personaedanno.it.*

BARILE, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 54.

BARRIE CASSILETH, R. – ZUPKIS, R.V. – SUTTON K. – SMITH M. S. – MARCH, B.A:"¿Informed Consent-Why Are Its Goals Imperfectly Realized?", *New England Journal of Medicine*, 1980, p. 896.

BASTIANON, S.: "La responsabilità dell'ente ospedaliero alla luce della normativa comunitaria in tema di prodotti difettosi", *Resp. Civ. Prev.*, 2001, I, num. 45, p. 843 ss.

BASTIDA FREIJEDO F.: "El derecho a la autonomía del paciente como contenido de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de la Función Consultiva*, 2011, num. 16, p. 177.

BIANCA, M.: *Diritto civile*, III, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1969, p. 175.

BIANCA, M.: *Diritto civile*, *La responsabilità*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2015.

BIGLIAZZI GERI L.: "Buona fede nel diritto civile", in AA.VV.: *Digesto Discipline Privatistiche (Sez. civile)*, vol. II, Utet, Torino, 1988, 170.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva", in *Estudios de Derecho de Obligaciones homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (a cura di E. LLAMAS POMBO), I, La Ley, Madrid, 2006.

CACACE, S.: "Legge spagnola 41/2002 e consenso informato: cose vecchie, cose nuove", *Riv. it. med. leg.* 2004, p. 1161 ss.

CACACE, S.: "Medice, cura te ipsum? Il diritto all'informazione del paziente-medico (e qualche altro questione sul consenso al trattamento)", *Riv. it. medicina legale*, 2013, p. 1505 ss.

Callipari, N.: "Il consenso informato come parte integrante della prestazione sanitaria", *Osservatorio sulla responsabilità medica*, online.

Calò, E.: "Sulla libertà del consenso informato", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 227.

Carminiati, A.: "L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano", *www. giurisprudenzapenale.com.*

Cassano, G.: "Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e concorso di responsabilità", *Danno resp.*, 2001, fasc. 2, p. 154.

Cherubini, A.C.: "Il consenso informato nei più recenti orientamenti della Cassazione. El consentimiento informado en la jurisprudencia más reciente", *Riv. ita. med. leg.*, 2020, fasc. 1, p. 309.

Cilento, A.: *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, ESI, Napoli, 2014, 24.

Clinica, S.: "Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al consenso presunto nel caso del paziente-medico", *Danno resp*, 2013, p. 747 ss.

Criscuoli, G.: "Ragionezza e consenso informato del paziente", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 480.

D'Auria, M.: "Consenso informato: contenuto e nesso di causalità", *Giur.it.,* 2005, fasc. I, num. 1, p. 7 ss.

De Angel Yaguez, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid 1993, p. 128 ss.

De Caprio, L. – Prodomo, R.: "Consenso informato e decadimento cognitivo", *Riv. it. medicina legale*, 1998, p. 901.

De Poli, M.: *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, 2002, 488.

Di Majo, A. *Delle obbligazioni in generale,* Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1173-1176, Bolonia-Roma, 1988, 315.

Diez Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, 89.

Dominguez Luelmo, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, II edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 53-54 e 216-217

Espinar Vincente, J.M.: "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", in *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (a cura di L. García), San Miguel Rodríguez-Arango, Madrid, 1992, p. 59.

Facci, G.: "San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni", *Corr. Giur.,* 2020, num. 3, p. 348.

Faden, R.R. – Beauchamo, T.L.: "A History and Theory of Informed Consent", *Nueva York y Oxford, Oxford University Press*, 1986, pp. 125 e 86.

Fiori, A. – La Monica, G.: "L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti", *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 1301.

Fiori, A.: "Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficialità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato", (nota a Trib. Milano 4 dicembre 1997, R. v. Osp. S.R.), *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 1143.

García Garnica, M.: "La actual concepción del consentimiento informado come acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas", BFD. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2003, núm. monográfico, p. 143.

Gargallo, S.: "Tratamiento Legal y Jurisprudencial del Consentimiento Informado", *Dret*, 2004, num. 29, p. 7.

Graziadei, M.: "Il consenso informato e i suoi limiti", Trattato di Biodiritto, in Aa.Vv.: *I diritti in medicina* (a cura di L. Lenti – E. Palermo Fabris – P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2011, p. 212.

Guerrero Zaplan A.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, 75.

Imperatore, L.: "Il principio di autodeterminazione tra riflessione bioetica e biogiuridica", *FedOA*, pp. 26-27.

Aa.Vv.: *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* (a cura di E. Llamas Pombo), La Ley, Madrid, 2014, pp. 56-96.

Llamas Pombo, E.: "Daño moral por falta de información de tratamientos médicos alternativos", *Práctica de Derecho de Daños*, 2010, núm. 82.

Llamas Pombo, E.: "La noción de daño: asignatura pendiente", *Práctica de Derecho de Danos, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2011, num. 90, pp. 3-5.

Llamas Pombo, E.: *Actualización en derecho de danos, El modelo actual del Derecho de Danos*, Curso online, Universidad de Salamanca.

Llamas Pombo, E.: *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium Editorial, Madrid, 1988, pp. 162-163.

Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Salamanca, 2020.

Llamas Pombo, E.: *Responsabilidad médica, culpa, y carga de la prueba*, in Aa.Vv.: *Homenaje al Profesor B. Moreno Quesada* (a cura di R. Herrera Campos, B. Moreno Quesada), vol. 2, Almería y Jaén, Granada, 2000, pp. 911 ss.

López, J.G.A.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La Ley, Salamanca, 2016, 375.

Lorda, S. – Gutiérrez, J. – Javier, F.: "*Consentimiento informado*", in Aa.Vv.: *Ética en la práctica clínica* (a cura di D. Gracia e J. Júdez), Triacastela, Madrid, 2004.

Mangiameli, S. *La autodeterminación: ¿un derecho de calado constitucional?*, (Informe presentado en el IV Taller Sublacensis sobre La comunidad familiar y las opciones al final de la vida; Abbazia di Santa Scolastica - Subiaco, 3-5 de julio de 2009).

Marcello, D.: *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, ESI, Napoli, 2019.

Marín Velarde, A.: "La falta de información del médico como causa originadora de daño moral", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2011, num. 27, online.

Medina Guerrero, M.: *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 12.

Morales Prats, F.: *Intimidad y reforma penal: la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*, vol. 1, 1983, p. 578.

Mortati, C.: *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli Editore, Torino, 1969.

Muià, P.P. – Brazzini, S.: "Quale forma deve avere il consenso informato? Le oscillazioni della Cassazione e la soluzione della nuova legge", *Danno resp.*, 2018, num. 5, p. 607.

NANNINI, U.: *Il consenso al trattamento medico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 111.

NATOLI, U.: "L'attuazione del rapporto obbligatorio", in *Tratt. di Diritto civile* e *Commerciale* a cura di A. CICU – F. MESSINEO), Giuffrè, Milano, 1988, p. 170

NAVARRETTA E.: *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 529 ss.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "Prologo", in OSUNA, D.C.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Boletín Oficial del Estado, p. 105.

PELAYO GONZALEZ-TORRE, A.: *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 87.

PETRUZZI, C.: "La lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica quale fonte autonoma di responsabilità", *Danno resp.,* 2019, fasc. 6, p. 791.

PIZZIMENTI, I. "Consenso informato e danno da lezione del diritto all'autodeterminazione: il risarcimento è automatico?", *Nuova giur. civ.,* 2018, num. 11, p. 1644.

PIZZIMENTI, I.: "Il diritto di conoscere o di non conoscere il proprio stato di salute: modalità e contenuto dell'informazione", *Nuove Leggi Civ. Comm*., 2019, fasc. 1, p. 67.

PORTIGLIATTI BARBOS, M.: "Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?", *Dir. pen. proc,* 1998, p. 894.

PUCELLA, R.: *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 178.

REQUEJO NAVEROS, M.T.: "El Derecho a no saber: fundamento y necesidad de protección penal", *La Ley*, 2006, num. 1, pp. 1250-1257.

RODOTÀ S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

RODOTÀ, S.: *Intervista su privacy e libertà* (a cura di P. CONTI), Laterza, Roma-Bari, 2005.

ROSSETTI, M.: "Responsabilità sanitaria e tutela della salute", *Danno resp*., 2001, num. 12, p. 1165.

ROSSI, E.: "Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione", *Riv. AIC*, 2011, num. 4, p. 6.

Rousset, G.: *L'influence du droit de la consimmation sur le droit de la santè*, LET edition, Parigi, 2007.

Rovira, A.: *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 37.

Salerno, F.: "Consenso informato in medicina e qualità soggettive del paziente", *Giur. it*., 2014, p. 276 ss.

Sánchez Gómez, A.: "Responsabilidad civil médica. Obligaciones de actividad. Consentimiento informado. Carga de la prueba. Prescripción", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 1995, num. 38, pp. 476-477.

Santacroce G.: "Il consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione: attualità e prospettive", *Riv. polizia*, 1999, p. 9.

Scalisi, I.A.: "Professione medica: doveri, divieti e responsabilità", *Danno resp*., 2007, fasc. 10, p. 965.

Scognamiglio, R.: "Il danno morale mezzo secolo dopo", *Rivista di Diritto civil*e, 2010, num. 5, pp. 609-634.

Mill, J.S.: *La libertà e altri saggi*, Bompiani, Milano, 1946, p. 155.

Urso, A.: "Consenso informato, trattamento medico e procedimento di formazione del contratto," *Pers. e merc*., 2013, p. 227 ss.

Wolft, A.M. – Nasser J.F. – Schorling J.B.: "The Impact of Informed Consent on Patient Interest in Prostate-Specific Antigen Screening", 156 *Archives of Internal Medicine*, 1996, p. 1333.

Xiol Ríos, J.: *Derecho sanitario en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo,* ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, del 18 20 de octubre de 2012.

Xiol Ríos, J.A.: "El consentimiento informado", *Revista Española de la Función Consultiva*, 2010, num. 14, p. 29.

MEDIDAS Y MEDIOS DE APOYO PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO: APLICACIÓN DE LAS TICS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. UNA LECTURA TRAS LA LEY 8/2021, LA LEY 6/2022 Y LA LEY 15/2022*

MEASURES AND MEANS OF SUPPORT FOR THE GRANTING OF A WILL: APPLICATION OF ICTS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE. A READING AFTER LAW 8/2021, LAW 6/2022 AND LAW 15/2022

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1018-1051

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmical Law" (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024).

Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis de las medidas y de los medios de apoyo en el ámbito sucesorio que se contemplan en la Ley 8/2021. Los preceptos afectados por la reforma utilizan distinta denominación considerando que las medidas pueden referirse principalmente a las que puede facilitar una persona, pero no de forma excluyente, ya que también incorpora los medios (entendidos como instrumentos tecnológicos), y los medios (centrados en instrumentos técnicos para facilitar la comprensión y redacción), aunque también se refiere a medios humanos alguno de los preceptos. Consideramos que debería haberse utilizado una única denominación bien medidas, bien medios para evitar una interpretación de los preceptos. Junto a ello, también se analiza la Ley 6/2022, en el que se incluyen los medios tecnológicos. También se hará referencia a la inteligencia artificial como herramienta para mejorar las condiciones de las personas con discapacidad y el otorgamiento del testamento teniendo en cuenta la Ley 15/2022.

PALABRAS CLAVE: Medidas; medios de apoyo; testamento; discapacidad; accesibilidad cognitiva; Ley 8/2021; Ley 6/2022; Ley 15/2022; inteligencia artificial; TICs.

ABSTRACT: *In the present work is done an analysis of the measures and means of support in the field of succession that are contemplated in Law 8/2021. The precepts affected by the reform use a different denomination, considering that the measures can refer mainly to those that a person can provide, but not exclusively, since it also incorporates the means (understood as technological instruments), and the means (focused on instruments techniques to facilitate understanding and drafting), although some of the precepts also refer to human resources. We consider that a single denomination should have been used, either measures or means, to avoid an interpretation of the precepts. Along with this, Law 6/2022, to establish and regulate cognitive accessibility and its conditions of demand and application, which includes technological means. Reference will also be made to artificial intelligence as a tool to improve the conditions of people with disabilities and the granting of wills taking into account Law 15/2022.*

KEY WORDS: *Measures; means of support; will; disability; cognitive accessibility; Law 8/2021; Law 6/2022; Law 15/2022; artificial intelligence, ICTs.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS MEDIDAS DE APOYO: ALGUNAS CUESTIONES.- III. MEDIDAS DE APOYO PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO ANTE NOTARIO.- 1. El notario como persona de apoyo.- 2. La adopción por parte del notario de medios técnicos, materiales y humanos para la comprensión.- 3. La accesibilidad cognitiva: algunas cuestiones.- 4. Inteligencia artificial como herramienta de apoyo: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.- IV. MEDIOS DE APOYO PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO SIN NOTARIO.- V. LA ELIMINACIÓN DEL ESTADO DE DEMENCIA Y LA INCORPORACIÓN DE ALTERACIONES GRAVES EN LA SALUD MENTAL.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021)[1] introduce cambios legislativos de especial relevancia en el ámbito civil, y sobre todo, en el ámbito sucesorio, con la mención de las denominadas medidas de apoyo que determinan una evolución en orden a que las personas puede otorgar testamento[2].La reforma de gran calado se orienta a la incorporación de las directrices señaladas por la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006[3], en su art. 12[4], suprimiendo la declaración de

1 BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021. Indicar que se interpuso recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso. Recurso de inconstitucionalidad núm. 5570/2021, contra el artículo segundo, apartados 10 y 19, de la Ley 8/2021 (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2021).

2 Véase sobre la evolución de la reforma: García Rubio, Mª. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018, pp. 173 y ss.; García Herrera, V.: "Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 12, 2018. También se puede consultar sobre la Ley 8/2021 las siguientes aportaciones: AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021; Barba, V.: "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31, 2021, pp. 34 y ss.; Planas Ballvé, Mª.: "La capacidad para otorgar testamento" en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (coord. por C. Gil Membrado y J. J. Pretel Serrano, dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 655 y ss.; Jato Díaz, P.: *El derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, "por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica"*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2022.

3 Real Patronato sobre discapacidad, Universidad Autónoma de Madrid, Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, Centro de psicología aplicada de la Universidad Autónoma de Madrid y Grupo UAM-Fácil lectura: *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en fácil lectura*, Murcia, 2007. Véase también: *Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006* (BOE núm. 96, 21 de abril de 2008).

4 Este precepto dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Ello supone que se debe realizar una adaptación estatal para que se adopten las medidas oportunas y adecuadas a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que sea pertinente y que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica.

• Francisca Ramón Fernández
Catedrática de Derecho civil, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es

incapacidad y la provisión de los apoyos precisos de una persona con discapacidad para "el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica", con la finalidad de permitir el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de igualdad[5], atendiendo a la hegemonía de la voluntad y la decisión de la persona que necesite el apoyo.

Por su parte, el art. 9 establecía que era "obligación de los Estados Partes adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, (…) a la información y a las comunicaciones". Se establece también la "obligación de promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información». Esta información y comunicación «deben estar disponibles en formatos fáciles de leer y modos y métodos aumentativos y alternativos para las personas con discapacidad que utilizan esos formatos, modos y métodos".

El art. 2, respecto a definiciones auténticas, señala que "la comunicación incluirá el lenguaje sencillo", lo que es equivalente a lo que se denomina "lectura fácil"[6]. Un ejemplo lo podemos encontrar en las denominadas sentencias de lectura fácil como expresión de la accesibilidad cognitiva[7].

Han sido diversas las normas previas en aras de regular la situación jurídica de las personas con discapacidad[8]. Así, podemos indicar, sin ánimo exhaustivo, la Ley

5 Planas Ballvé, Mª.: "Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio. ¿Y las personas con discapacidad física y/o mental? A propósito de la Ley 6/2019 de modificación del Código civil de Cataluña", *Revista de Derecho civil*, núm. 5, 2020, pp. 365 y ss.

6 Véase: Medina Reguera, A. y Balaguer Girón, P.: "Textos cognitivamente accesibles: Lectura fácil y Leichte Sprache en contraste", *mAGAzin*, núm. 29, 2021, pp. 69 y ss.; Seibel, C. y Carlucci, L.: "El lenguaje controlado: punto de partida hacia la Lectura fácil", *Hikma: estudios de traducción*, núm. 2, 2021, pp. 331 y ss.; García León, S.: "La lectura fácil en Derecho. Un paso más hacia la plena inclusión", en *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos* (dir. por Mª. D. Madrid Cruz), Reus, Madrid, 2021, pp. 113 y ss.; Lareo Jiménez, J.: *La construcción del derecho a la accesibilidad: análisis de la evolución de su regulación en el ordenamiento jurídico español*, Universidade de Vigo, Vigo, 2022.

7 Pérez Gallardo, L. B. y Pereira Pérez, J.: "Las sentencias de lectura fácil como expresión de la accesibilidad cognitiva", en *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (coord. por M. García Mayo y dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L B. Pérez Gallardo), Olejnik, Chile, 2021, pp. 287 y ss.

8 Para una retrospectiva sobre la normativa en materia de discapacidad, se puede consultar: Moretón Sanz, Mª. F.: "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de capacidad y el de «favor testamenti»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1848 y ss.; Fernández Canales, C.: "Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual", *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, núm. 137, 2018, pp. 38 y ss.; Núñez Núñez, M.ª: "La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial", en *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (coord. por G. Díaz Pardo y Mª. Núñez Núñez, y dir. por M. Pereña Vicente), Universidad Rey Juan Carlos y Dykinson, Madrid, 2018, pp. 511 y ss.; Páramo Y De Santiago, C.: "Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208, 2018, pp. 49 y ss.; Vela Torres, P. J.: "Testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente", *Diario La Ley*, núm. 9220, 2018; Barrón Arniches, P. De: "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 12, 2020, pp. 448 y ss.; Peñasco Velasco, R.: "Cuando la discapacidad no impide escribir testamento ológrafo con la boca o con el pie: Análisis jurídico, histórico y social de las normas reguladoras del testamento ológrafo y su relación con la discapacidad", en *Sociedad, justicia y discapacidad* (coord. por A. I. Luaces Rodríguez y

15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad[9]; Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía[10]; Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad[11]; Ley Foral 16/2002, de 31 de mayo, por la que se regulan aspectos de acceso al empleo de las personas con discapacidad en la Comunidad Foral de Navarra[12]; Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad de la Comunitat Valenciana[13]; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad[14]; Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de Galicia[15]; Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad[16]; Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad[17]; Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[18]; Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado[19]; Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones[20]; Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad

C. Vázquez Gonzáles), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 173 y ss.; Pérez Gallardo, L. B.: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista crítica de derecho privado*, núm. 17, 2020, pp. 1261 y ss.; Tejada Ríos, J.: "Accesibilidad de las personas con discapacidad en España y Portugal: perspectiva jurídica", *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 24, 2021, pp. 93 y ss.

9 BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1995.

10 BOE núm. 22, de 26 de enero de 2000.

11 BOE núm. 214, de 06 de septiembre de 2001.

12 BOE núm. 153, de 27 de junio de 2002.

13 BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2003.

14 BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

15 BOE núm. 25 de 29 de enero de 2004.

16 BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2004.

17 BOE núm. 94, de 20 de abril de 2005.

18 BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2006.

19 BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2007.

20 BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2007.

y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad[21]; Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio[22]; Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[23]; Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[24]; Ley 10/2007, de 29 de junio, sobre Perros de Asistencia para la Atención a Personas con Discapacidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco[25]; Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad[26]; Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral[27]; Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de la Comunidad de Castilla y León[28]; Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[29]; Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha[30]; Ley Foral 3/2015, de 2 de febrero, reguladora de la libertad de acceso al entorno, de deambulación y permanencia en espacios abiertos y otros delimitados, de personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia[31]; Ley 4/2015, de 3 de marzo, de perros de asistencia para personas con discapacidad de la Región de Murcia[32]; Ley 2/2015, de 10 de marzo, de Acceso al Entrono de Personas con Discapacidad que precisan el acompañamiento de perros de asistencia de la Comunidad de Madrid[33]; Ley 3/2017, de 26 de abril, de perros de asistencia para personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Canarias[34]; Ley 6/2017, de 5 de julio, de acceso al entorno de personas con discapacidad que precisan el acompañamiento de

21 BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2007.
22 BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.
23 BOE núm. 184, de 02 de agosto de 2011.
24 BOE núm. 224, de 17 de septiembre de 2011.
25 BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011.
26 BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2012.
27 BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2013.
28 BOE núm. 135, de 06 de junio de 2013.
29 BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 2013.
30 BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2015.
31 BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2015.
32 BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2015.
33 BOE núm. 132, de 3 de junio de 2015.
34 BOE núm. 160, de 3 de junio de 2015.

perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria[35]; Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía[36]; Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones[37]; Ley 9/2018, de 24 de abril, de modificación de la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el estatuto de las personas con discapacidad de la Comunitat Valenciana[38]; Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha[39]; Real Decreto 1341/2018, de 29 de octubre, por el que se establecen medidas transitorias para el mantenimiento, en favor de las personas con discapacidad, del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte[40]; Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad[41]; Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Comunidad Autónoma de Cantabria[42]; Ley 5/2018, de 21 de diciembre, de acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha[43]; Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón[44]; Real Decreto 537/2019, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad[45]; Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial[46]; y Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente[47].

35 BOE núm. 189, de 9 de agosto de 2017.
36 BOE núm. 250, de 17 de octubre de 2017.
37 BOE núm. 303, de 14 de diciembre de 2017.
38 BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2018.
39 BOE núm. 163, de 6 de julio de 2018.
40 BOE núm. 262, de 30 de octubre de 2018.
41 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.
42 BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2019.
43 BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2019.
44 BOA núm. 70, de 10 de abril de 2019.
45 BOE núm. 243, de 9 de octubre de 2019.
46 BOE núm. 264, de 2 de noviembre de 2019.
47 BOE núm. 328, de 17 de diciembre de 2020.

La Ley 8/2021 ya ha sido aplicada en la STS 589/2021, Civil (Pleno), de 08 de septiembre (ECLI:TS: 2021:3276)[48] en un caso de la persona que padecía síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad, en la que se estimó parcialmente el recurso de casación, dejando sin efecto la declaración de modificación de la capacidad. Se sustituyó la tutela por la curatela, se confirmaron las medidas de apoyo y se completaron con otras que propuso el Ministerio Fiscal. Así, se resolvió una revisión cada seis meses del resultado de dichas medidas y su incidencia práctica, y que la curatela en la prestación de apoyo debe "esmerarse en conseguir la colaboración de interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencia (…), así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias".

En el presente trabajo nos proponemos realizar un análisis de las medidas y de los medios de apoyo en el ámbito sucesorio que se contemplan en la Ley 8/2021, en la que se modifica, por lo que a nosotros nos interesa, la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862[49], y el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código civil[50]. Nótese que los preceptos afectados utilizan distinta denominación considerando que las medidas pueden referirse principalmente a las que puede facilitar una persona, pero no de forma excluyente, ya que también incorpora los medios (entendidos como instrumentos tecnológicos), y los medios (centrados en instrumentos técnicos para facilitar la comprensión y redacción), aunque también se refiere a medios humanos alguno de los preceptos. Consideramos que debería haberse utilizado una única denominación bien medidas, bien medios para evitar una interpretación de los preceptos.

También analizaremos las más recientes normas que han regulado la accesibilidad cognitiva, así como la inteligencia artificial y su no discriminación algorítmica.

Para ello, la metodología que vamos a utilizar es la habitual en los estudios de carácter jurídico, con un estudio de la normativa, así como la postura de la doctrina, y, en su caso de la jurisprudencia, con la finalidad de obtener unas conclusiones que puedan aportar unas directrices sobre la interpretación de los preceptos analizados.

48 Véase: Vela Torres, P. J.: "Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la nueva Ley de apoyo a personas con discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 9962, 2021; Alventosa Del Río, J.: "Primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021: comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 778 y ss.; García Rubio, M.ª P.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de Derecho civil*, núm. 1, 2022, pp. 279 y ss.

49 Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 de mayo de 1862.

50 Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

II. LAS MEDIDAS DE APOYO: ALGUNAS CUESTIONES.

Las medidas de apoyo que se contemplan en la Ley 8/2021 parten de la base de su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. Es decir, deben establecerse en función de lo que precise la persona para ejercer su capacidad jurídica en una situación de igualdad con el resto de personas. No se establecen unas medidas de apoyo de carácter general, sino de carácter particular, ajustadas y orientadas a la situación en la que se encuentre cada persona, como un traje a medida.

Teniendo en cuenta lo indicado en las Observaciones Generales adoptadas hasta el momento por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas[51], y en concreto la Observación general núm. 1, de 2014[52], respecto al reconocimiento como persona ante la ley, es preciso distinguir entre capacidad jurídica y capacidad mental. La primera se refiere a la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, y de ejercicio de los mismos, que es lo que determina la participación en la sociedad; la segunda, es la aptitud de una persona para la adopción de decisiones de la vida, y que variará de una persona a otra, dependiendo de distintos factores, no solo referidos a la patología, sino también en relación con el ambiente o sociedad en la que se desenvuelve el sujeto.

Como precisa la Observación general, "La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad», y que «las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano".

El art. 12.3 de la Convención de Nueva York indica que "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con

51 Naciones Unidas: *Observaciones Generales adoptadas hasta el momento por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2014, "En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados partes de tomar «todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria»".

52 Naciones Unidas: *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014 Observación general Nº 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014.

discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". Como se puede observar, se refiere a medidas y a apoyo, pero sin precisar qué tipo de apoyo se puede facilitar. Además, este apoyo debe ser aceptado por la persona, y respetar sus derechos, voluntad y preferencias. No se trata de un apoyo impuesto u obligatorio, sino voluntario y libremente aceptado.

La Real Academia Española define el término "apoyo" como "Protección, auxilio o favor"[53], de lo que se deduce que el apoyo puede consistir en una protección o un auxilio para que la persona pueda realizar un acto que en la situación en la que se encuentra no lo puede realizar sin esa ayuda. Se considera, pues, como un soporte, una herramienta o instrumento para poder realizar dicho acto. Este apoyo puede ser muy amplio, y de distinto tipo o intensidad, puede venir representado a través de una ayuda humana, una persona de apoyo, de confianza, o bien a través de una persona que pueda defender sus intereses, apoyo de un tercero no perteneciente a su círculo íntimo o familiar, pero sí en el que se confíe como persona idónea para proteger los intereses de la persona. Y también puede consistir el apoyo en una asistencia a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs), e incluso de la inteligencia artificial, a través de la aplicación de algoritmos, apoyo relacionado con la accesibilidad y el diseño universal (formatos comprensibles, interpretación en lenguaje de signos o braille), e incluso en métodos de comunicación no verbal, distintos a los medios de comunicación habituales y convencionales, con la finalidad de que puedan expresar su voluntad.

En definitiva, este apoyo puede oscilar entre un acompañamiento amistoso, una ayuda tecnológica para la comunicación de la voluntad; la supresión de barreras arquitectónicas, el consejo profesional y fundado, hasta la delegación de la toma de decisiones. Como podemos ver, va fluctuando el apoyo de forma gradual según la necesidad de la persona, pero siempre privilegiando el principio de autonomía de la voluntad.

Este apoyo también se entiende de forma cautelar o preventiva, es decir, si la persona desea una planificación anticipada pueda hacerlo con los soportes necesarios: por ejemplo, el caso del otorgamiento de testamento.

Se atenderá respecto de las medidas a la necesidad y diversidad de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad, no son medidas universales, sino particulares y adaptadas a la persona, teniendo en cuenta, además, situaciones de crisis por avance de la enfermedad o de la situación del sujeto, con la finalidad de que puedan adoptar la decisión correspondiente. Junto con ello, tenemos que tener en cuenta la decisión de la persona de ser apoyada,

53 Real Academia Española: Voz "apoyo", 2023.

de tener dichas medidas, que voluntariamente también puede rechazar por no querer disponer de ellas, y de conformidad con el pleno derecho a no recibir el apoyo que regula la legislación.

La Ley 8/2021 redacta de nuevo el Título XI del Libro Primero del Código Civil y pasa a denominarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica", y como indica su Preámbulo: "No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos"[54].

III. MEDIDAS DE APOYO PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO ANTE NOTARIO.

El testamento como bien sabemos es un acto personalísimo (art. 670 CC), y que no puede dejarse a la arbitrariedad de un tercero, ni tampoco hacerse por medio de comisario o mandatario. Es un acto por el que se dispone para después del fallecimiento de la totalidad o parte de los bienes (art. 667 CC), y puede adoptar diversas formas: común o especial. Integrándose dentro de la forma común el testamento ológrafo, abierto o cerrado. Siendo especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjeros (*cfr.* arts. 676 y 677 CC).

En los testamentos en los que interviene el notario, tal y como establece el art. 685 CC éste deberá conocer al testador, y si no lo conociera, la identificación del testador se realizará mediante dos testigos que sí que lo conozcan y sean conocidos del mismo notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas que sirvan para la identificación personal[55]. Y según precisa el mismo precepto: "también deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar". La Ley 8/2021,

54 Sobre el sistema anterior, se puede consultar: Verdera Izquierdo, B.: "La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento", en *Estudios sobre dependencia y discapacidad* (coord. por Mª. del C. García Garnica), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 117 y ss.; Pérez Gallardo, L. B.: "Testamentos ológrafo y cerrado en braille en el derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual", *Revista de derecho privado*, núm. 101, 2017, pp. 3 y ss.; Corvo López, F. Mª.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2019, pp. 135 y ss.; Rodríguez Díaz, E.: "El artículo 681 del Código Civil español y la discapacidad sensorial: derecho romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario", en *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano* (coord. por C. López-Rendo Rodríguez), vol. 1. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones/Boletín Oficial del Estado, Oviedo/Madrid, 2020, pp. 613 y ss.

55 *Cfr.* Garrido Melero, M.: "El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos", en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por Mª. del C. Gete-Alonso Calera), Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 2020, pp. 91 y ss.

modifica la letra a) del art. 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862[56], en el que se indica que como medio supletorio "la afirmación de dos personas, mayores de edad, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo aquellos responsables de la identificación"[57].

Se añade un párrafo final al art. 25 relativo con la accesibilidad en general de las personas que comparezcan ante notario. Esta accesibilidad no es de carácter arquitectónico, sino de accesibilidad entendida como medios para facilitar la manifestación de la voluntad:

"Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyo a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso".

Se hace referencia en el precepto al Sistema Aumentativo y Alternativo de la Comunicación (SAAC)[58]. Respecto a los dispositivos, se incluirían los dispositivos móviles, como tabletas y teléfonos inteligentes, así como los relojes inteligentes o smartwatches, pese a que estos últimos por sí no proporcionan un soporte, sino es la aplicación que lleva instalada[59].

Diferencia el precepto entre apoyos, instrumentos y ajustes[60]. No se ocupa de diferenciar, ni indicar qué se incluye en cada uno de ellos. Parece que deba

56 En la redacción del precepto inicial se disponía: "Los Notarios darán fe en los instrumentos públicos de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, o de otros dos que las conozcan, y que se llamarán por tanto testigos de conocimiento". Y posteriormente, la Ley de 18 de diciembre de 1946 por la que se modifica el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado (BOE núm. 353, de 19 de diciembre de 1946), le dio la siguiente redacción: "Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario: a) La afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo responsables de la identificación".

57 La doctrina también ha considerado que el testamento es un instrumento para la protección de las personas con discapacidad. Véase: Pérez Gallardo, L. B.: "De la acción de reducción de los legados como vía de protección a una hija incapacitada judicialmente, legitimaria, preterida por el testador: a propósito de la sentencia nº. 239 de 31 de mayo de 2013 de la sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 139 y ss.; Martínez Pertusa, P.: "El testamento como instrumento de protección de las personas con discapacidad", en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. Andreu Martínez y A. Leciñena Ibarra, y dir. por J. A. Cobacho Gómez y F. Legaz Cervantes), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 829 y ss.

58 Molero Aranda, T., Lázaro Cantabrana, J. L., Vallverdú González, M. y Gisbert Cervera, M.: "Tecnologías Digitales para la atención de personas con Discapacidad Intelectual", *RIED: revista iberoamericana de educación a distancia*, núm. 1, 2021, pp. 265 y ss.

59 Molero Aranda, T., Lázaro Cantabrana, J. L., Vallverdú González, M. y Gisbert Cervera, M.: "Tecnologías Digitales para la atención de personas con Discapacidad Intelectual", cit., p. 279.

60 *Cfr.* Díaz Alabart, S.: "El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad", en *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (coord. por M. Represa Polo y Mª. T. Álvarez Moreno), Reus, Madrid, 2022, pp. 15 y ss.

distinguirse entre personas, apoyos humanos, y técnicos, apoyos tecnológicos, al referirse a sistemas y dispositivos. No son excluyentes, sino que dependiendo de la situación de la persona con discapacidad se podrá utilizar uno u otra, o ambos, o una combinación según las circunstancias. El último inciso del precepto parece dejar abierta la opción a la utilización de cualquier otro dispositivo que resulte preciso, y que no esté incluido en la enumeración. Por tanto, no nos encontramos ante un listado taxativo, sino abierto en el que se podría incluir cualquier otro que pueda actualmente conocerse o inventarse en el futuro.

Consideramos que al hablar de "sistemas" se refiere a sistemas informáticos que permitan a la persona con discapacidad poderse comunicar.

También la regulación ha eliminado el denominado "intervalo lúcido"[61] al suprimirse el art. 776 por la reforma de la Ley 8/2021.[62] Sin embargo, quedan

61 Pizarro Moreno, E.: "El intervalo de lucidez tras las reformas legislativas sobre la discapacidad: el valor de lo esencial", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, pp. 557 y ss.

62 Este precepto indicaba que: "El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.
La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón". Como señala, para el caso gallego en el que la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006), sigue haciendo referencia a «demente en intervalo lúcido», Ius Prudente: "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado", *Blog*, 2021, en su artículo 184.2, respecto a la concurrencia de testigos en el otorgamiento de testamento abierto ordinario, en el caso de que el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer y escribir.
Considera este autor que "El TSJ de Galicia ha interpretado esta norma en el siguiente sentido:
- Que la expresión «demente en intervalo lúcido», hoy desactualizada y procedente de versiones previas del Código Civil, era equivalente al incapacitado judicialmente del artículo 665 CC (Sentencia del TSJ de Galicia de 30 de mayo de 2011 y Sentencia del TSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2016).
- Que el referido artículo 184.2 de la LDCG y el artículo 665 CC eran compatibles y de aplicación concurrente en Galicia, de manera que el testamento del incapacitado sujeto al derecho civil de Galicia exigirá tanto la intervención testifical requerida en la ley gallega como la de los facultativos del artículo 665 del Código Civil, sin perjuicio de que los facultativos pudieran intervenir además como testigos «... siempre que aquéllos acepten expresamente su «otra función de testigos» y «cumplan los requisitos de idoneidad de éstos» (Sentencia del TSJ de Galicia de 20 de octubre de 2020).
La cuestión es cómo afecta la reforma del Código Civil al derecho civil gallego.
En primer término, la desaparición de la exigencia formal de intervención de facultativos en el artículo 665 del Código Civil reformado tiene incidencia directa en Galicia, pues derivaba de la aplicación supletoria de dicha norma del derecho común al caso gallego.
Pero quedaría por analizar si subsiste en Galicia la intervención testifical requerida para el testamento del «demente en intervalo lúcido» por el artículo 184.2 de la LDCG. Aquí hay que partir de que el supuesto de hecho de ese artículo 184.2 de la LDCG era el mismo que el del artículo 665 del Código Civil, la persona incapacitada judicialmente. Por ello, es argumentable que la desaparición del testamento del incapacitado como forma especial del testamento en el derecho común conlleva que el artículo 184.2 de la LDCG quede privado de «supuesto de hecho» al que aplicarse. En otras palabras, si en el derecho común ya no existe testamento del incapacitado, en el derecho gallego no existirá testamento del «demente en intervalo lúcido» al que aplicar el artículo 184.2 de la LDCG.
Otra interpretación posible sería variar el supuesto de hecho del artículo 184.2 de la LDCG, considerándolo aplicable al testamento de la persona con discapacidad sujeta a medidas de apoyo, aunque parece que eso podría contradecir los principios generales de la reforma, utilizando categorías del derecho común en contra de su sentido propio.
También debe tenerse en cuenta que la norma gallega exige a los testigos del testamento «plena capacidad de obrar», lo que es de dudosa compatibilidad con los principios de la reforma sobre actuación de personas con discapacidad, principios que son también aplicables en Galicia, lo que plantea una contradicción entre esta norma de la LDCG y las del Código Civil sobre discapacidad que son aplicables en Galicia supletoriamente. Aunque, en principio, las normas de la ley civil gallega, en cuanto son de directa aplicación, prevalecen sobre la legislación común, aplicable solo supletoriamente, lo que sucede que en el caso se está acudiendo a unas categorías ya inexistentes («plena capacidad de obrar»), consecuencia, además, de la

subsistentes algunas incoherencias que deberían haber sido objeto también de reforma. Así[63], se sigue indicando en el art. 698 CC "testador incapacitado", y también el art. 664 sigue indicando que "el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido", con lo que resulta incomprensible con la intención de la reforma.

También interesa mencionar el caso de la redacción dada al art. 753 por el art. 2 de la Ley 8/2021 ya que se refiere al otorgamiento del testamento notarial abierto:

"Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.

Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato"[64].

1. El notario como persona de apoyo.

El art. 665 CC está en sede de disposiciones generales del Título III "De las sucesiones", del Libro Tercero "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", en el Capítulo Primero "De los testamentos". La modificación se centra en que la persona con discapacidad podrá otorgar testamento, cuando, a juicio del Notario pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. Es decir, radica en el Notario la decisión de si puede o no otorgar testamento. Para ello, el Notario,

transposición de normas internacionales, normas internacionales vinculantes también para el legislador gallego, lo que hace dudar de que esta norma de la Ley gallega siga siendo de aplicación en este punto".

63 Sigo la exposición de Ius Prudente: "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado", cit. Este autor advierte que "la norma está hoy vacía de contenido, pues, aun en el caso de que el notario haya decidido acudir al dictamen de facultativos para emitir su juicio de discernimiento, ello se encuadra dentro del proceso previo al otorgamiento, sin que deba ser exigible, como requisito formal, la intervención de estos en el otorgamiento".

64 Más ampliamente: Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del «nuevo» artículo 753 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113, 2021, pp. 91 y ss.

indica el precepto, "procurará", lo que plantea algunas cuestiones, ya que se puede interpretar como que "hará todo lo posible", pero no se redacta en términos de obligación, para que el otorgante "desarrolle su propio proceso de toma de decisiones".

La doctrina ya se ha pronunciado sobre ese "juicio de capacidad del Notario" y los problemas que se pueden suscitar[65]. El escenario puede ser diverso[66]:

a) Personas que pueden prestar consentimiento de forma adecuada y el Notario presta el apoyo habitual o uno más particularizado dependiendo de las necesidades;

b) Personas que pueden prestar el consentimiento pero con apoyo asistencial de otra persona;

c) Personas que precisan apoyo asistencial, pero no pueden prestar el consentimiento;

d) Personas que cuentan con apoyo asistencia, pero de forma puntual, y en el momento del otorgamiento no lo precisan.

En el precepto se establece que el Notario debe apoyarle en su "comprensión, razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias".

El precepto resulta impreciso, ya que no especifica de qué forma debe prestar ese apoyo el Notario, si es a través de explicaciones detalladas, servirse de instrumentos o medios tecnológicos, ya que deja la interpretación muy amplia, al hacer referencia al apoyo y a los ajustes, pero tampoco indica qué tipo de ajustes deben realizarse[67]. Tampoco indica si debe el Notario proporcionar todos los

65 Tena Arregui, R.: "El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del siglo XXI*, 2021. También se puede consultar: Morgado Freige, Mª. P.: "La apreciación de la capacidad por el notario en el otorgamiento del testamento abierto", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14, 2021, pp. 199 y ss. Sobre el testamento otorgado por personas con discapacidad, se puede consultar: Amunátegui Rodríguez, C. De: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2018, pp. 3 y ss.; Bonete Satorre, B.: "El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 53, 2021, pp. 121 y ss.

66 Sigo la exposición de Tena Arregui, R.: "El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad", cit. Al hilo de esta cuestión, resulta interesante destacar el aporte de Solís Gózar, J. S.: "La autodeterminación en la tercera edad", *Vox Juris*, núm. 1, 2022, pp. 12 y ss., referido al Derecho peruano: "el número de personas mayores con lucidez, sensatez, raciocinio y perspicacia es superior, no obstante, creemos que la sociedad presume que edad provecta es sinónimo de discapacidad, por ello, como en el caso de las notarías, les requieren como requisito la entrega del certificado de salud mental para que puedan celebrar un acto jurídico, siendo este pedido discriminatorio por el hecho de la edad y además es una barrera que fatiga el ejercicio de la autonomía o autodeterminación de la persona mayor".

67 Como indica Tena Arregui, R.: "El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad", cit., «El citado artículo 249 y concordantes del CC, en combinación

ajustes o bien corren a cargo de la persona con discapacidad, ya que hay que tener en cuenta que no todas las Notarías dispondrán de elementos necesarios para facilitar a la persona con discapacidad el ajuste que precisa.

También el precepto hace mención de expresar la voluntad, los deseos y las preferencias. No llegamos bien a entender esa diferenciación, ya que consideramos que expresar la voluntad lleva implícita un deseo concreto y determinado, además de esa preferencia. Parece que el precepto quiera hacer una distinción de tres conceptos que consideramos se puede englobar en la expresión de la voluntad. Además, no especifica a qué deseos se refiere, ni tampoco a qué preferencias. Si se está refiriendo a los bienes de la herencia, a los herederos, legatarios o las disposiciones del propio cuerpo.

Para intentar solucionar todas las dudas y cuestiones surgidas de la interpretación del tenor literal de los preceptos, la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad[68].

Como señala esta Circular, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el Notario en virtud del anterior art. 199 CC debía denegar la intervención en los casos en que una persona no tuviera un "autogobierno" con independencia de que estuviera o no incapacitada. Con la entrada en vigor de las modificaciones del Código civil por la Ley 8/2021, la situación difiere ya que esta barrera se ha eliminado y en aras a la dignidad de la persona, siempre que sea posible, no se sustituya su voluntad, deseo y preferencias, y se evite, desde luego, cualquier discriminación por causa de discapacidad.

La figura del Notario se erige en la Ley 8/2021 como apoyo (arts. 255 y 665 del Código civil). Ya con anterioridad, en el año 2017, se indicaba la vinculación de los Notarios con la Convención de Nueva York y así lo menciona la citada Circular: «en el informe presentado en el año 2017 a la Asamblea General de Naciones Unidas, la relatora especial Catalina Davandas, se refirió a los notarios como autoridad a los fines del art. 12 de la Convención y agregaría: "En el ejercicio

con el artículo 17 bis LN, pueden darnos una pauta sobre el que apoyar una serie de directrices corporativas que faciliten y homogenicen esa labor de calificación en estos casos. De hecho, el tenor literal del primero recuerda claramente los criterios utilizados por la Mental Capacity Act británica del año 2005, apoyados por una serie de prácticas idóneas para dilucidarlos adecuadamente, que luego especifica con bastante detalle, siguiendo el modelo típico de la legislación anglosajona.
Así, en ella se determina que la persona discapacitada es la que no puede tomar una decisión por sí misma (art. 2), y no puede hacerlo quien incurra en uno de estas cuatro circunstancias (art. 3):
1º Si no es capaz de entender la información relevante a los efectos de la decisión.
2º Si no es capaz de retener esa información.
3º Si no es capaz de integrar esa información en el proceso de decisión.
4º Si no es capaz de comunicar esa decisión».

68 Comisión Permanente del Consejo General del Notariado: *Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.*

de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Conforme a las Observaciones Generales elaboradas por el comité de seguimiento de la Convención, en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y pueden ser diferentes para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales o sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás''».

El Notario en el caso de la persona que tenga una discapacidad debe ayudarse a que pueda expresar su voluntad, deseos y preferentes, como señala el art. 665 CCanteriormente referenciado. Se trata, según la Circular, de un imperativo ético y legal. Las consecuencias, según también la Circular, son dos: por un lado, el juicio notarial de capacidad versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su actualidad o coincidencia con el momento del otorgamiento; por otro lado, ese juicio de capacidad supone que el Notario se involucra de una forma evidente, ya que no se limita a ser un mero espectador.

El juicio notarial de capacidad no es solamente una ''enérgica presunción'' como indica la Circular, ''si resulta destruible sin más mediante un dictamen médico forense, basado en juicios a posteriori sobre la racionalidad del sujeto objeto del diagnóstico o expresivo de su falta de conciencia respecto de sus propias deficiencias, desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el notario''. Será preciso probar, se establece una presunción iuris tantum de que la persona no puedo expresarse o conformar su voluntad de ninguna forma, ni siquiera siendo con ayuda de medios o apoyos necesarios, incluido el prestado por el notario.

El apoyo notarial se configura, según menciona la Circular, en un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica vinculada a la dignidad de la persona.

Se parte del principio de autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad situadas en una posición de igualdad de la que no sufren ninguna discapacidad, y no realizar una estigmatización por el hecho de un diagnóstico médico una presunción de que no tiene una lucidez suficiente, ya que significaría en realidad una forma implícita de incapacitación esa identificación de un diagnóstico con una falta de capacidad.

La Circular diferencia distintas situaciones en que se puede encontrar una persona cuando comparece ante notario:

a) Contar con un apoyo formal, notarial o judicial. En este caso habrá que estar en línea de principio a la escritura pública o a la resolución judicial correspondiente.

b) No contar con apoyos. En este caso, se le debe proporcionar un apoyo y el notario debe valorar su situación a través de conversaciones con la persona, ya que igual solo necesita el apoyo del notario, o bien precisa algún otro apoyo más. En apartado precedente analizamos el art. 25 de la Ley del Notariado en el que se hace referencia a los apoyos instrumentales, y también como precisaremos más adelante utilizar la inteligencia artificial. Al considerarse una lista abierta también se incluiría un intérprete o una persona de confianza para poder comunicarse. El notario tendrá que comprobar que existe esa relación de confianza en la persona acompañante.

La Circular entiende que hay una relación de confianza en el cónyuge, ascendientes o descendientes o persona con la que conviva, pero habrá también de tenerse en cuenta que no exista conflicto de interés con dicha persona.

El art. 193.2 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado[69] dispone que "A los efectos del art. 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes".

El notario podrá solicitar, según la Circular: a) Información particular sobre sus condiciones de vida, o su entorno familiar o de convivencia, con la finalidad de adecuar su actuación en la medida de lo posible; b) Solicitar la calificación administrativa y con ella su programa de atención individual (PIA); c) Entrevistarse con su cónyuge o pareja o quienes convivan con ella, familiares, cercanos, así como con las entidades del tercer sector con las que guarde relación; d) Solicitar informes sociales o de aquellos profesionales que puedan aconsejar las medidas de apoyo precisas en cada caso; e) Procurar la intervención de un profesional experto a modo de facilitador, teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 7 bis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[70] para que pueda realizar tareas

69 BOE núm. 189, de 07 de julio de 1944.

70 BOE núm. 158, de 03 de julio de 2015. Este precepto, relativo a los ajustes para personas con discapacidad, dispone que:
"1. En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

de adaptación y ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida; f) Proponer aquellas salvaguardias que se consideren necesarias para asegurar que se respeta su voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Como indica la Circular, es conveniente el levantamiento de acta, con carácter previo al otorgamiento, en la que se reflejen los informes sociales o documentos complementarios y la ayuda de las personas que presten el apoyo para que la persona pueda entender y ser entendida.

Si precisa de intérprete, será suficiente su comparecencia en la escritura pública o instrumento de que se trate.

Es recomendable también que el notario refleje en la correspondiente acta su colaboración o apoyo para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones.

En el caso de los testamentos, el notario podrá reflejar su apoyo en el documento, o en el acta previa, en el caso de que se incorporasen otros documentos o informes.

c) Contar con un apoyo informal como la guarda de hecho. Puede comparecer la persona que ostente la guarda de hecho ante notario para prestar apoyo instrumental. Hay que tener en cuenta que esta persona asiste, pero no asiente. El guardador de hecho asiste a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y esa comparecencia se considerará para prestar apoyo a la persona con discapacidad para entender y ser entendida, pero su intervención no representa una confirmación o aprobación de la decisión que adopte la persona con discapacidad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios".

Otra cuestión que nos podemos plantear es en los casos en que la persona necesite una asistencia personal, un apoyo humano, es determinar que la expresión de su voluntad no adolezca de ningún vicio (error, dolo, violencia e intimidación), a los que se unen la "influencia indebida", y el "conflicto de intereses", en el que dicha manifestación de voluntad pueda verse alterada, que en el caso de las personas con discapacidad al ser ella la que debe expresar su voluntad, el apoyo humano que pueda recibir puede haber interferido y alterar su manifestación de voluntad[71].

2. La adopción por parte del notario de medios técnicos, materiales y humanos para la comprensión.

La modificación del art. 695 CC se refiere al testamento abierto, en el que el testador podrá expresar su última voluntad de forma oral, o escrita o "mediante cualquier medio técnico, material o humano".

Aquí se admite la instrumentalización y también la asistencia personal para expresar la última voluntad. No se precisa qué se entiende por medio técnico, ni material. Consideramos que la intervención humana sería la intervención de una persona de confianza que pueda ayudar al testador a expresar su voluntad.

En el último párrafo se establece que en el caso de dificultad o imposibilidad por parte del testador para leer el testamento u oír la lectura de su contenido, el Notario "se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad".

Habrá que tener en cuenta lo indicado en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas[72], y el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social[73]. Precisamente la Ley 27/2007, en su artículo 4, se refiere a los "medios de apoyo a la comunicación oral" y los define como "aquellos códigos y medios de comunicación, así como los recursos tecnológicos y ayudas técnicas usados por las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas que facilitan el acceso a la expresión verbal

71 Varsi Rospigliosi, E. y Santillán Santa Cruz, R.: "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", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 2021, pp. 1060 y ss.

72 BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007.

73 BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2007.

y escrita de la lengua oral, favoreciendo una comunicación con el entorno más plena".

También a nivel autonómico, de interés resulta mencionar la Ley 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía[74].

Se deja en manos del Notario el aseguramiento del entendimiento del contenido del testamento, y el conocimiento del mismo que corresponde de forma fiel la voluntad del testador. Consideramos que el precepto también adolece de imprecisión, ya que no se detiene en formular qué medios técnicos, materiales o humanos son adecuados y cuáles no lo son. Ni tampoco cómo el Notario se puede asegurar del entendimiento y el conocimiento del contenido del testamento.

Se deberían establecer unas pautas o un catálogo de buenas prácticas o de protocolos a seguir para considerar que se ha producido ese entendimiento y conocimiento, ya que de lo contrario siempre puede quedar la incertidumbre de que no se ha entendido, ni se ha conocido el contenido del testamento por parte del testador.

Se podría aplicar por analogía algún test al igual que se utiliza para la valoración de determinadas enfermedades, por ejemplo, el Alzheimer, que se utiliza el denominado "Sistema Rápido de Evaluación de la Demencia", o "Quick Dementia Rating System", también conocido como "QDRS", en el que se otorga una puntuación a una batería de preguntas relacionadas con distintos ámbitos: memoria, hábitos de higiene, atención y concentración.

3. La accesibilidad cognitiva: algunas cuestiones.

Interesa destacar que para facilitar el entendimiento y comprensión de la denominada accesibilidad cognitiva, se aprobó la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (en adelante, Ley 6/2022 y Real Decreto Legislativo 1/2013)[75].

En el caso de otorgar testamento, hay que tener en cuenta también la denominada accesibilidad cognitiva. Esta condición se predica de todas las

74 BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2011.

75 BOE núm. 78, de 01 de abril de 2022.

personas para que puedan alcanzar una situación de igualdad, evitar situaciones de discriminación y puedan participar plenamente de sus derechos. Entre ellos, el de poder otorgar testamento, que debe realizarse en una situación de igualdad entre todos los sujetos y no discriminación, y la falta de accesibilidad supone una forma de discriminación para las personas que sufren una discapacidad.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas[76], en las observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, de 9 de abril de 2019, referentes al cumplimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica la necesidad de que "el Estado parte adopte todas las medidas legislativas y presupuestarias necesarias para garantizar la accesibilidad en todos los ámbitos y en todo el país, incluidos los espacios privados abiertos al público y los edificios y servicios públicos, como son el transporte, la información y la comunicación".

Se recomienda por parte del Comité que dichos espacios abiertos se señalicen y se informe en formato de lectura fácil, así como que dispongan de los servicios necesarios para facilitar la accesibilidad de los edificios y de los servicios públicos para las personas con discapacidad intelectual. Entre otros ámbitos se comprenden los servicios relacionados con el ámbito jurídico, libertad de expresión y opinión, entre otros.

Como indica la Ley 6/2022, en su Preámbulo, "la legislación que exista no resulta suficientemente explícita, ya que, en la práctica, la accesibilidad cognitiva no ha sido considerada a la hora de desarrollar e instaurar actuaciones relacionadas con la accesibilidad universal. Resulta patente, pues, el déficit normativo sobre accesibilidad cognitiva que es menester reparar efectuando modificaciones legales que otorguen un estatuto legislativo a esta dimensión irrenunciable de la accesibilidad universal. La accesibilidad universal es única, pero presenta variantes como la accesibilidad cognitiva, sobre la que existe un amplio consenso técnico, académico y social en definir como «la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación». Acuerdo extenso que se proyecta también sobre la lectura fácil, que hay que entender como el «método que aplica un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño y maquetación de documentos, y a la validación de la comprensibilidad de estos, destinado a hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora». No se detiene aquí la accesibilidad cognitiva, sino que contribuyen a ella y permiten satisfacer sus aspiraciones un repertorio amplio de sistemas y técnicas como los modos, medios y formatos aumentativos y alternativos de comunicación, entre los que se

76 Naciones Unidas: *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2019.

encuentran los pictogramas y la señalización de espacios que permiten interpretar y comprender los distintos entornos construidos y sus usos e interacciones".

Esta norma ha modificado el Real Decreto Legislativo 1/2013, en su art. 2, letra k) para definir la accesibilidad universal como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos. Como se puede observar se centra en el entorno del consumo de bienes, productos y servicios de tal forma que comprende tanto el objeto en sí como los procedimientos y también los procesos de transformación del mismo. Los requisitos que se precisan es que sean comprensibles (es decir, que sean fáciles respecto a su entendimiento), utilizables (la usabilidad de los mismos tiene que estar al alcance de todas las personas) y practicables (se refiere a la utilidad de los mismos), y menciona a todas las personas, sin excepción alguna, independientemente de su capacidad. Las condiciones de uso se refieren a la seguridad (no ser nocivos ni causar daños), cómodos (que no supongan un esfuerzo añadido), y de la forma más autónoma y natural posible. Consideramos que se refiere a que no se necesite una asistencia supletoria, ni se precisen de conocimientos muy específicos para su uso.

El precepto menciona algunas formas en que se puede realizar la accesibilidad cognitiva. Así, la lectura fácil, a la que ya hemos hecho referencia, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Consideramos que es un listado de numerus apertus y no numerus clausus ya que deja abierta la posibilidad a que se puedan utilizar otros sistemas y menciona de forma específica "medios" tanto personales como tecnológicos. Ahí, entendemos, que podría ser incluida la inteligencia artificial, como analizaremos después.

El precepto también alude a la estrategia de "diseño universal o diseño para todas las personas", y no excluye que se puedan realizar los ajustes oportunos en dichos medios para adaptarlos al sujeto dependiendo de sus circunstancias con la finalidad de que pueda cumplir con su propósito, que es la accesibilidad en la comprensión y conocimiento.

El art. 5 del Real Decreto Legislativo 1/2013, referente al ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal menciona que las medidas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicarán a los siguientes ámbitos: telecomunicaciones y sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; bienes y servicios a disposición del público; relaciones con las administraciones públicas, incluido el acceso a las prestaciones públicas y a las resoluciones administrativas de aquellas; administración de justicia; participación en la vida pública y en los procesos electorales; patrimonio cultural,

de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico, siempre con el propósito de conciliar los valores de protección patrimonial y de acceso, goce y disfrute por parte de las personas con discapacidad, y empleo.

También se modifica el art. 23, apartado 1, indicando que el Gobierno, sin perjuicio de las competencias autonómicas y de las entidades locales, regulará las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades para todas las personas que tengan una discapacidad. La referencias a accesibilidad y accesibilidad universal se entenderán que incluye también la accesibilidad cognitiva.

También se modifica el art. 23, apartado 2, letra c), que se refiere a los denominados apoyos complementarios. Incluyen estos apoyos las "ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyo a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación".

El precepto hace referencia al apoyo animal, por lo que habrá que tenerse en cuenta la reciente Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales[77], en cuyo art. 333 bis CC indica que son seres vivos dotados de sensibilidad, y solamente se les aplicará el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

Tanto su propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre el mismo y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes.

En este sentido, habrá también que tener en cuenta diversas normas relativas a la protección de los animales. Sin ánimo exhaustivo, podemos citar: la Ley 12/2003, de 10 de abril, sobre perros de asistencia para personas con discapacidades de la Comunidad Valenciana[78]; la Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia

77 BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2021.

78 BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2003.

de la Comunidad Autónoma de Galicia[79]; la Ley 10/2007, de 29 de junio, sobre perros de asistencia para la atención a personas con discapacidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco[80]; la Ley 19/2009, de 26 de noviembre, del acceso al entorno de las personas acompañadas de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña[81]; la Ley 1/2014, de 21 de febrero, de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears[82]; la Ley 4/2015, de 3 de marzo, de perros de asistencia para personas con discapacidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia[83]; la Ley 2/2015, de 10 de marzo, de acceso al entorno de personas con discapacidad que precisan el acompañamiento de perros de asistencia de la Comunidad de Madrid[84]; la Ley 3/2017, de 26 de abril, de perros de asistencia para personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Canarias[85]; la Ley 6/2017, de 5 de julio, de acceso al entorno de personas con discapacidad que precisan el acompañamiento de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria[86]; la Ley 8/2017, de 19 de septiembre, de perros de asistencia de La Rioja[87]; la Ley 5/2018, de 21 de diciembre, de acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha[88]; la Ley 2/2020, de 23 de diciembre, reguladora del derecho de acceso al entorno de las personas usuarias de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias[89]; la Ley 1/2021, de 19 de febrero, de modificación de la Ley 1/2014, de 21 de febrero, de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears[90]; la Ley 11/2021, de 28 de diciembre, por la que se regulan los perros de asistencia a personas con discapacidad de Andalucía[91]; la Ley Foral 18/2022, de 13 de junio, de modificación parcial de la Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de protección de los animales de compañía en Navarra[92], y la Ley 9/2022, de 30 de junio, de protección de los animales domésticos de la Comunidad Autónoma del País Vasco[93].

La Ley 6/2022 añade un nuevo art. 29 bis referente a las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva que establece que son "el conjunto sistemático, integral

79 BOE núm. 25, de 29 de enero de 2004.
80 BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011.
81 BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009.
82 BOE núm. 86, de 09 de abril de 2014.
83 BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2015
84 BOE núm. 132, de 03 de junio de 2015.
85 BOE núm. 160, de 06 de julio de 2017.
86 BOE núm. 189, de 09 de agosto de 2017.
87 BOE núm. 242, de 07 de octubre de 2017.
88 BOE núm. 34, de 08 de febrero de 2019.
89 BOE núm. 10, de 12 de enero de 2021.
90 BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2021.
91 BOE núm. 15, de 18 de enero de 2022.
92 BOE núm. 151, de 25 de junio de 2022.
93 BOPV de 17 de agosto de 2022.

y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos".

Estas condiciones se desarrollarán normativamente y resultarán necesarias para promover el desarrollo humano y la máxima autonomía individual de todas las personas.

4. Inteligencia artificial como herramienta de apoyo: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

No existe una definición exacta de inteligencia artificial. Si acudimos a la Real Academia Española[94], nos indica que es la "disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o razonamiento lógico".

La Comisión Europea en su 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][95]204, indicó que: "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). Estamos utilizando la IA diariamente, por ejemplo, para traducir de un idioma a otro, generar subtítulos en los vídeos o bloquear el correo electrónico no solicitado (spam). Muchas tecnologías de IA requieren datos para poder mejorar su rendimiento. Una vez que funcionan bien, pueden ayudar a mejorar y automatizar la adopción de decisiones en el mismo ámbito. Por ejemplo, un sistema de IA se puede entrenar con vistas a utilizarlo para detectar los ataques informáticos a partir de los datos obtenidos de la red o del sistema en cuestión".

La inteligencia artificial se aplica a diversos ámbitos, y uno de ellos es el ámbito jurídico que estamos analizando, como herramienta de apoyo para el otorgamiento

94 Real Academia Española: Voz "inteligencia artificial", 2023.

95 Unión Europea: *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].

de testamento tras la Ley 8/2021. Si bien es cierto que no se menciona de forma expresa, sí que se indican medios técnicos, y uno de ellos puede ser el algoritmo para poder ser utilizado como herramienta para la expresión de la voluntad del testador en los distintos casos.

Tenemos que tener en cuenta la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación[96], que menciona en su articulado la inteligencia artificial y la discriminación algorítmica.

IV. MEDIOS DE APOYO PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO SIN NOTARIO.

En cuanto al testamento cerrado, se modifica el párrafo tercero del art. 706 CC. En este caso el testamento no se otorga en presencia del Notario, por lo que no puede efectuar el "juicio de valoración" al que hemos hecho referencia anteriormente. Se permite la redacción por medios técnicos, superando la indicación de "medios mecánicos" de la redacción hasta ahora vigente. Esta redacción por medios técnicos permite la incorporación de las TICs, a través de ordenadores, tablets o móviles, que tengan incorporado un procesador de textos. Se alude después a que si se ha redactado en un soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida. Supone un avance esta posibilidad, ya que hasta ahora no se podía realizar la firma mediante firma electrónica reconocida.

Se permite, en la modificación del art. 708 CC, el otorgamiento a las personas con discapacidad visual, con la utilización de medios tanto mecánicos como tecnológicos, mediante los cuales puedan escribirlo y les permita su lectura, siguiendo además el resto de los requisitos para su validez que establece el Código civil.

Se elimina del precepto la referencia a los "ciegos" que se contenía en la anterior redacción del precepto, y se indica en la modificación que no pueden hacer este testamento "las personas que no sepan o no puedan leer".

Se modifica el inciso inicial del art. 709 y se añade un último párrafo al citado precepto. Las personas que no pueden expresarse verbalmente, pero sí que puedan escribir, pueden otorgar testamento cerrado siguiendo las observaciones que realiza el precepto.

En el caso de que tengan una discapacidad visual, "al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su

96 BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas".

Nótese que solo se mencionan medios mecánicos o tecnológicos, y no medios humanos o apoyos asistenciales de las personas.

V. LA ELIMINACIÓN DEL ESTADO DE DEMENCIA Y LA INCORPORACIÓN DE ALTERACIONES GRAVES EN LA SALUD MENTAL.

Otra de las modificaciones que observamos en sede testamentaria es la referida a la revocación del testamento cerrado. Se modifica el art. 742, en su segundo párrafo, del Código civil, y se elimina el "estado de demencia" por hallarse el testador "afectado por alteraciones graves en su salud mental".

No menciona el precepto qué se entiende por alteración grave en la salud mental de una persona, lo cual nos conduce a considerar que es un precepto que debería haberse concretado qué tipo de enfermedades y/o conductas podrían considerarse como tales, ya que la redacción es muy imprecisa.

VI. CONCLUSIONES.

La modificación operada por la Ley 8/2021 en el ámbito sucesorio pone el énfasis en la utilización de medidas y medios de apoyo para facilitar la expresión de la última voluntad en las distintas formas testamentarias reguladas en el Código civil.

Se parte de la introducción en el ámbito sucesorio de las TICs, como elemento de apoyo en la discapacidad. No obstante, la redacción de los preceptos plantea algunos problemas y cuestiones que no están resueltos en la aplicación de los mismos, ya que se deja en manos del Notario ese «juicio de valoración» sobre la comprensión y la indicación de que efectivamente es la voluntad del testador. Habría que establecer unas pautas, guías o protocolos necesarios para determinar si la persona con discapacidad ha podido comprender y es efectivamente su voluntad la que se ha emitido, ya que nos podemos encontrar con casos más complejos que otros en los que puede resultar harto difícil decidir sobre estos extremos.

La falta de una redacción más explícita de los preceptos, dejando una redacción más bien laxa nos aboca a que se deba dejar a la interpretación del Notario.

Además, en los casos en que el apoyo o medida que se precise sea humana, también habría que contemplar los requisitos, ya que nos podemos encontrar con

que pueda producirse una influencia no deseable que pueda viciar la voluntad del testador. Tampoco los preceptos hacen alusión a dicha situación, y sería necesario haberla contemplado.

Resulta muy loable que las personas con discapacidad puedan otorgar testamento con las adaptaciones, ayudas y ajustes que indica la norma, pero también deben articularse los medios e instrumentos necesarios para evitar alteraciones en esa voluntad que se emite.

También hay que tener en cuenta las nuevas tecnologías como herramientas para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad y expresar sus voluntad, deseos y preferencias, teniendo en cuenta que en el caso de la inteligencia artificial no puede tener un sesgo discriminatorio según la legislación que hemos analizado.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

Alventosa Del Río, J.: "Primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021: comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 778-799.

Amunátegui Rodríguez, C. De: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2018, pp. 3-37.

Barba, V.: "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31, 2021, pp. 34-69.

Barrón Arniches, P. De: "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 12, 2020, pp. 448-471.

Bonete Satorre, B.: "El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 53, 2021, pp. 121-146.

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del «nuevo» artículo 753 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113, 2021, pp. 91-157.

Comisión Permanente del Consejo General del Notariado: *Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad*.

Corvo López, F. Mª.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2019, pp. 135-170.

Díaz Alabart, S.: "El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad", en *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (coord. por M. Represa Polo y Mª. T. Álvarez Moreno), Reus, Madrid, 2022, pp. 15-40.

Fernández Canales, C.: "Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual", *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, núm. 137, 2018, pp. 38-51.

García Herrera, V.: "Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 12, 2018.

García León, S.: "La lectura fácil en Derecho. Un paso más hacia la plena inclusión", en *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos* (dir. por Mª. D. Madrid Cruz), Reus, Madrid, 2021, pp. 113-132.

García Rubio, M.ª P.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de Derecho civil*, núm. 1, 2022, pp. 279-334.

García Rubio, Mª. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018, pp. 173-197.

Garrido Melero, M.: "El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos", en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por Mª. del C. Gete-Alonso Calera), Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 2020, pp. 91-118.

Ius Prudente: "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado", *Blog*, 2021.

Jato Díaz, P.: *El derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, "por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica"*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2022.

Lareo Jiménez, J.: *La construcción del derecho a la accesibilidad: análisis de la evolución de su regulación en el ordenamiento jurídico español*, Universidade de Vigo, Vigo, 2022.

Martínez Pertusa, P.: "El testamento como instrumento de protección de las personas con discapacidad", en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. Andreu Martínez y A.

Leciñena Ibarra, y dir. por J. A. Cobacho Gómez y F. Legaz Cervantes), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 829-856.

Medina Reguera, A. y Balaguer Girón, P.: "Textos cognitivamente accesibles: Lectura fácil y Leichte Sprache en contraste", *mAGAzin*, núm. 29, 2021, pp. 69-84.

Molero Aranda, T., Lázaro Cantabrana, J. L., Vallverdú González, M. y Gisbert Cervera, M.: "Tecnologías Digitales para la atención de personas con Discapacidad Intelectual", *RIED: revista iberoamericana de educación a distancia*, núm. 1, 2021, pp. 265-283.

Moretón Sanz, Mª. F.: "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de capacidad y el de «favor testamenti»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1848-1864.

Morgado Freige, Mª. P.: "La apreciación de la capacidad por el notario en el otorgamiento del testamento abierto", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14, 2021, pp. 199-211.

Naciones Unidas: *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2019.

Naciones Unidas: *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014 Observación general Nº 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014.

Naciones Unidas: *Observaciones Generales adoptadas hasta el momento por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2014.

Núñez Núñez, M.ª: "La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial", en *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (coord. por G. Díaz Pardo y Mª. Núñez Núñez, y dir. por M. Pereña Vicente), Universidad Rey Juan Carlos y Dykinson, Madrid, 2018, pp. 511-527.

Páramo Y De Santiago, C.: "Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208, 2018, pp. 49-54.

Peñasco Velasco, R.: "Cuando la discapacidad no impide escribir testamento ológrafo con la boca o con el pie: Análisis jurídico, histórico y social de las normas reguladoras del testamento ológrafo y su relación con la discapacidad", en *Sociedad,*

justicia y discapacidad (coord. por A. I. Luaces Rodríguez y C. Vázquez Gonzáles), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 173-203.

Pérez Gallardo, L. B.: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista crítica de derecho privado*, núm. 17, 2020, pp. 1261-1310.

Pérez Gallardo, L. B.: "Testamentos ológrafo y cerrado en braille en el derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual", *Revista de derecho privado*, núm. 101, 2017, pp. 3-29.

Pérez Gallardo, L. B.: "De la acción de reducción de los legados como vía de protección a una hija incapacitada judicialmente, legitimaria, preterida por el testador: a propósito de la sentencia nº. 239 de 31 de mayo de 2013 de la sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 139-156.

Pérez Gallardo, L. B. y Pereira Pérez, J.: "Las sentencias de lectura fácil como expresión de la accesibilidad cognitiva", en *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (coord. por M. García Mayo y dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L B. Pérez Gallardo), Olejnik, Chile, 2021, pp. 287-304.

Pizarro Moreno, E.: "El intervalo de lucidez tras las reformas legislativas sobre la discapacidad: el valor de lo esencial", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, pp. 557-570.

Planas Ballvé, Mª.: "La capacidad para otorgar testamento" en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (coord. por C. Gil Membrado y J. J. Pretel Serrano, dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 655-668.

Planas Ballvé, Mª.: "Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio. ¿Y las personas con discapacidad física y/o mental? A propósito de la Ley 6/2019 de modificación del Código civil de Cataluña", *Revista de Derecho civil*, núm. 5, 2020, pp. 365-384.

Real Academia Española: Voz "apoyo", 2023.

Real Academia Española: Voz "inteligencia artificial", 2023.

Real Patronato sobre discapacidad, Universidad Autónoma de Madrid, Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, Centro de psicología aplicada de la Universidad Autónoma de Madrid y Grupo UAM-Fácil lectura:

Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en fácil lectura, Murcia, 2007.

Rodríguez Díaz, E.: "El artículo 681 del Código Civil español y la discapacidad sensorial: derecho romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario", en *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano* (coord. por C. López-Rendo Rodríguez), vol. 1. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones/Boletín Oficial del Estado, Oviedo/Madrid, 2020, pp. 613-646.

Seibel, C. y Carlucci, L.: "El lenguaje controlado: punto de partida hacia la Lectura fácil", *Hikma: estudios de traducción*, núm. 2, 2021, pp. 331-357.

Solís Gózar, J. S.: "La autodeterminación en la tercera edad", *Vox Juris*, núm. 1, 2022, pp. 12-20.

Tejada Ríos, J.: "Accesibilidad de las personas con discapacidad en España y Portugal: perspectiva jurídica", *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 24, 2021, pp. 93-114.

Tena Arregui, R.: "El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del siglo XXI*, 2021.

Unión Europea: *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].

Varsi Rospigliosi, E. y Santillán Santa Cruz, R.: "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", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 2021, pp. 1060-1081.

Vela Torres, P. J.: "Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la nueva Ley de apoyo a personas con discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 9962, 2021.

Vela Torres, P. J.: "Testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente", *Diario La Ley*, núm. 9220, 2018.

Verdera Izquierdo, B.: "La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento", en *Estudios sobre dependencia y discapacidad* (coord. por Mª. del C. García Garnica), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 117-131.

GOVERNANCE AND PROCESSING OF PERSONAL DATA IN THE ITALIAN HEALTHCARE SYSTEM IN THE LIGHT OF EU PRINCIPLES

GOBERNANZA Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL SISTEMA SANITARIO ITALIANO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA UE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1052-1087

Francesco
GIACOMO
VITERBO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: The study focuses on the new model of governance of personal data in the healthcare system, which is going to be implemented in Italy and in the Union on the basis of the principles of findability, accessibility, interoperability and reusability of data (FAIR principles), set out in 2020 by the 'European strategy for data' and taken as a reference by the subsequent Data Governance Act. The problematic issues relating to the primary and secondary use of electronic health data call for a special effort, especially on the part of the supervisory authorities, in preserving compliance with the GDPR principles in this renewed context. The most important challenge is to ensure that EU fundamental rights remain the central element in the digital transformation through a human-centric approach to the new issues prompted by societal demands for data sharing and availability.

PALABRAS CLAVE: Digital transformation; e-health data; primary use; secondary use; accessibility; availability; reusability; data sharing; data altruism.

ABSTRACT: *El estudio se centra en el nuevo modelo de gobernanza de los datos personales en el sistema sanitario, que se va a implantar en Italia y en la Unión sobre la base de los principios de disponibilidad, accesibilidad, interoperabilidad y reutilización de los datos (principios FAIR), establecidos en 2020 por la "Estrategia europea para los datos" y tomados como referencia por la posterior Ley de Gobernanza de Datos. Las cuestiones problemáticas relacionadas con el uso primario y secundario de los datos sanitarios electrónicos exigen un esfuerzo especial, sobre todo por parte de las autoridades de supervisión, para preservar el cumplimiento de los principios del RGPD en este contexto renovado. El reto más importante es garantizar que los derechos fundamentales de la UE sigan siendo el elemento central de la transformación digital a través de un enfoque centrado en el ser humano de las nuevas cuestiones suscitadas por las demandas sociales de intercambio y disponibilidad de datos.*

KEY WORDS: *Transformación digital; datos electrónicos de salud; uso primario; uso secundario; accesibilidad; disponibilidad; reutilización; uso compartido de datos; altruismo de datos.*

SUMARIO.- I. DISTINCT CULTURAL APPROACHES TO THE ISSUE OF PERSONAL DATA PROTECTION IN THE CONTEXT OF NEW CHALLENGES POSED BY DIGITAL TRANSFORMATION.- II. PROCESSING OF PERSONAL DATA IN THE ITALIAN HEALTHCARE SYSTEM AND THE PRINCIPLE OF LAWFULLNESS: DOWNSIZING THE ROLE OF CONSENT.- III. SAFEGUARDS FOR THE PROCESSING OF HEALTH AND GENETIC DATA AND THE PRINCIPLE OF ACCOUNTABILITY.- IV. RECENT EVOLUTION OF DOMESTIC AND EUROPEAN LAW IN FAVOR OF SHARING AND REUSE OF HEALTH DATA: PREMISES FOR A POLICY OF DATA INTEGRATION AND INTEROPERABILITY.- V. THE 'EUROPEAN STRATEGY FOR DATA', THE F.A.I.R. PRINCIPLES AND THE SECONDARY USE OF HEALTH DATA FOR SCIENTIFIC RESEARCH PURPOSES.– VI. THE 'ALTRUISM OF DATA' AND THE GOAL OF CREATING A EUROPEAN COMMON HEALTH DATA SPACE.– VII. PROBLEMS AND NEW CHALLENGES OF THE RECENT EUROPEAN APPROACH TO DATA GOVERNANCE IN HEALTHCARE.

I. DISTINCT CULTURAL APPROACHES TO THE ISSUE OF PERSONAL DATA PROTECTION IN THE CONTEXT OF NEW CHALLENGES POSED BY DIGITAL TRANSFORMATION.

What are "personal data"? What legal nature do they have? To whom does personal data belong? Can they be commercialized? How can or should they circulate in new and complex environments such as the Infosphere or the so-called *Digital Single Market*?[1]

1 A definition of 'personal data' has been provided by both the (repealed) Directive 95/46/EC under Article 2(a) and the current Regulation (EU) 2016/679 (*General Data Protection Regulation* - GDPR) under Article 4(1): 'any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject')', in the meaning specified therein. This notion, however, and the data protection rules themselves have left open numerous questions regarding, in particular, their legal nature, their commercial value, as well asthe possibility of delineating them in proprietary terms: on these problematic profiles, reference may be made to Viterbo, F.G.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Naples, 2008; Id.: "Freedom of contract and the commercial value of personal data", *Contratto e impresa/Europa*, 2-2016, p. 593 ff.; Id.: "The 'User-Centric' and 'Tailor-Made' Approach of the GDPR Through the Principles It Lays down", *Italian Law Journal*, 2-2019, p. 631 ff. In recent years,the debate on these issues has expanded considerably and has been enriched by numerous contributions from the doctrine, partly as a result of the most recent regulatory measures adopted - or in the process of final adoption - by the Union under the *Digital Single MarketStrategy for Europe* launched in 2015 and the *European Strategy for data* adopted in 2020: see Communication from the Commission, *Strategy for a Digital Single Market in Europe*, May 6,2015, COM(2015) 192 final, available at *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192*; Communication from the Commission, *European Strategy for data*, February 19, 2020, COM(2020) 66 final, available at *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX%3A52020DC0066*. In the Italian literature, see Perlingieri, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Foro nap.*, 2-2018, p. 481 ff.; Id.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. Dir.*, 2020, p. 181 ff.; Stanzione, P.: "Introduzione", in Id. (ed.): *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Turin, 2022, p. 1 ff.; Sica, S. and D'Antonio, V.: "La commodification dei dati personali nella data driven society", *ibid.*, p. 129 ff.; Pizzetti, F.: "GDPR, Codice novellato e Garante nell'epoca dei Big Data e dell'Intelligenza Artificiale", in Id. (ed.), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, Turin, 2021, p. 234 ff.; Ricciuto, V.: "Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale", *Riv. dir. impr.*, 2021, p. 261 ff.; Id.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", in Id., Cuffaro V., D'Orazio R. (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 23 ff.; De Franceschi, A.: "Il «pagamento» mediante dati personali", *ibid.*, p. 1381 ff.; Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, p. 499 ff.; Thobani, S.: "Il pagamento mediante dati personali", in S. Orlando, G. Capaldo (eds.), *Annuario 2021 Osservatorio*

• Francesco Giacomo Viterbo
Associate Professor of Private Law at the University of Salento, Italy. E-mail: francesco.viterbo@unisalento.it

These are some crucial underlying questions and issues that scholars and scientists (jurists, economists, sociologists, marketing experts, medical doctors, and now data scientists) have long been trying to answer, fascinated by the new challenges posed by the digital transformation in its many declinations: Internet of Things, *Blockchain*, Big Data, Artificial Intelligence, Robotics, Telemedicine, etc.

At least three different cultural approaches to the topic of legal regulation of personal data protection confront each other in the global landscape in the current digital age[2], providing different answers to theaforementioned questions:

a) state-centric approach

b) market-centric approach

c) human-centric approach.

The state-centric approach is implemented when the state government has systematic access to the mass of personal information managed by the private sector and uses advanced technological means, collecting and processing personal data on a mass scale in order to profile all citizens and shape public policies. In this view, personal data are treated as public goods, as they belong to the government, which is able to process them for purposes of social utility (e.g., citizen safety) or social control (including crime prevention)[3]. A concrete example of this approach may be China's Social Credit System, a system for assessing the social reputation of individuals, companies and local governments, developed by the Chinese government to monitor the trustworthiness of its 1.3 billion citizens based on real profiling related to negative (e.g., unpaid debts, fines, reports, etc.) and positive (e.g., social services, volunteering, on-time payments, etc.)[4]. This system uses the

Giuridico sulla Innovazione Digitale, Roma, 2021, p. 361 ff.; Versaci, G.: "Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection", *Eur. Rev. C. L.*, 2018, p. 374 ff.; Spatuzzi, A.: "Contratto di fornitura di servizi digitali e ruolo del consenso al trattamento dei dati personali", *Notariato*, 2021, p. 371 ff.; and also see the following monographic works: Ricciuto, V.: *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Naples, 2022; Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Turin, 2021; Floridi, L.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milan, 2017, p. 27 ff.

2 On this topic see Calzada, I.: "Citizens' Data Privacy in China: The State-of-the-Art of the Personal Information Protection Law (PIPL)", *Smart Cities*, 2022, 5, p. 1129 ff., who compare the 'three main worldwide data privacy paradigms that exist at present: (i) the General Data Protection Regulation (GDPR) in the E.U., (ii) the California Consumer Privacy Act (CCPA) in the U.S., and (iii) the Personal Information Protection Law PIPL', recently adopted in China.

3 In this regard see Cate, F.H. Dempsey, J.X. and Rubinstein, I.S.: "Systematic government access to private-sector data", *International Data Privacy Law*, 2012, p. 195 ff.

4 The project was initiated with the *Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014-2020)*. This document mentions the aim to promote 'integrity in government affairs', 'commercial sincerity', 'social integrity' and 'judicial public trust' which shows that these measures are targeted at individuals, as well as companies, judicial organs, and other governmental authorities. In February 2018, one such programme was implemented in Shanghai through the 'Honest Shanghai' app, which uses facial recognition software linked to government records. In January 2019, the Beijing government officially announced the introduction of the 'Personal Credit Score', based on penalty and award mechanism. For more details,

technology of *Big data* analysis and can be considered a form of mass surveillance[5]. It is, however, clear that such an approach poses a number of threats to equality, personal freedom and democracy [6].

The market-centric approach considers the asset value of personal data as a tool for market development. L'essenza di questo approccio consiste nell'autorizzare di *default* le entità private affamate di dati o nel consentire il commercio e la vendita di dati personali, *de jure* o *de facto*, al fine di promuovere la libera circolazione delle informazioni sul mercato. Moreover, personal data, having commercial value, would be equated with appropriable commodities[7]. Commodification of information would be inevitable, especially for consumers with regard to their personal data[8]. Moreover, it is emphasized that this process would lead to a higher level of protection, taking property rights (industrial and intellectual) as a reference. This means that, if personal data are considered similar to a commodity that can be intended for appropriation or commercial exploitation, the regime of copyright protection and contract law might apply[9].

In contrast, the European approach to online privacy and data protection issues seems to differ from the aforesaid approaches. Considering both Directive

see Liang, F. Das, V. Kostyuk, N. Hussain, M.: "Constructing a Data-Driven Society: China's Social Credit System as a State Surveillance Infrastructure", *Policy & Internet*, 2018, p. 415 ff.; Kostka, G.: "China's social credit systems and public opinion: Explaining high levels of approval", *New Media & Society*, 2019, p. 1565 ff.; Mac Síthigh, D. Siems, M.: "The Chinese social credit system: a model for other countries?", *Modern Law Review*, 2019, p. 1034 ff.

5 Some recent studies have shown that punitive or afflictive consequences for a negative credit score affect a very limited number of people and that the system, as a whole, is characterised by excessive fragmentation: v. Drinhausen, K. Brussee, V.: "China's Social Credit System in 2021: From fragmentation towards integration", 2021, available at *https://merics.org/en/report/chinas-social-credit-system-2021-fragmentation-towards-integration*.

6 In this regard, it is curious to note that initiatives based on scoring reward mechanisms associated with 'virtuous' citizen behaviour in various sectors (environment, taxation, culture, mobility, sport) have also been taken in Italy. The Italian Data Protecion Authority (Garante per la protezione dei dati personali) has recently launched three preliminary investigations concerning a series of projects promoted by public and private entities, which envisage the assignment of scores also with respect to data collections provided voluntarily by the data subjects. As stated in the communication of 8 June 2022 (web doc. no. 9778361), the interventions of the Authority were necessary because of the risks connected to profiling mechanisms involving a sort of 'citizenship by points', from which negative legal consequences on the rights and freedoms of the data subjects could derive.

7 On this point see Nissenbaum, H.: "A Contextual Approach to Privacy Online", *Daedalus*, 2011, p. 140 ff.

8 Bartow, A.: "Our Data, Ourselves: Privacy, Propertization, and Gender", *University of San Francisco Law Review*, 2000, p. 634 ff.

9 This approach has been proposed in particular by US scholars: Posner, R.A.: "The Right of Privacy", *Georgia Law Review*, 1977, p. 393 ff.; Litman, J.: "Information Privacy/Information Property", *Stanford Law Review*, 2000, p. 1283 ff.; Zittrain, J.: "What the Publisher Can Teach the Patient: Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Privication", *Stanford Law Rev.*, 2000, p. 1201 ff.; Lessig, L.: "Privacy as Property", *Social Research*, 2002, p. 247 ff.; Schwartz, P.M.: "Property, Privacy and Personal Data", *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056 ff., available at *http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2150*; in the Italian literature, see Ubertazzi, L.C.: "Banche dati e privacy", *Diritto industriale*, 2002, p. 633 ff.; Zeno Zencovich, V.: "Profili negoziali degli attributi della personalità", *Dir. inf.*, 1993, p. 547 ff. In the European literature, see Poullet, Y.: "Data Protection Between Property and Liberties. A Civil Law Approach", in H.W.K. Kaspersen, A. Oskamp eds, *Amongst Friends in Computers and Law. A Collection of Essays in Remembrance of Guy Vandenberghe*, The Hague, 1990, p. 160 ff.; Bygrave, L.A.: *Data Protection Law. Approaching its Rationale, Logic and Limits*, L'Aia, 2002, p. 120 ff.; Purtova, N.: *Property Rights in Personal Data: a European perspective*, L'Aia, 2011.

95/46 and Regulation (EU) 2016/679 (hereafter: GDPR), the legal system of the European Union seems to have embraced a human-centric approach inspired by the values of personalism and human dignity[10]. This human-centric approach can be deduced from the European data protection framework, where there is no room for a specific contract that allows the data subject or the data controller to dispose of personal data. Moreover, recital 24 of 'Directive 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services' recognizes that 'the protection of personal data is a fundamental right and therefore personal data cannot be considered as a commodity'[11]. There is no room for the commodification of personal data in both the wording and logic of Articles 7 and 8 of the EU Charter of Fundamental Rights likewise.

The latter approach is built around two very broad notions, that of "personal data" and that of "processing" defined in nn. 1) and 2) of Article 4 GDPR, and is based on the the "principles relating to processing of personal data" set forth in Article 5. The GDPR, with a view to the accountability principle, imposes on the data controller a prior case-by-case assessment of the lawfulness, fairness and transparency of the data processing, which also requires compliance with the principles of purpose limitation, data minimisation, storage limitation, accuracy, integrity and confidentiality[12].

This assessment always requires an adequate factual answer to the following preliminary questions:

10 See Recital 4 of the GDPR, which specifies that '[t]he processing of personal data should be designed to serve mankind. The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality'. Approaching these issues in the light of the fundamental principles laid down in the EU Treaties and the Constitutions of the EU Member States is of great importance: Perlingieri, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", cit., p. 481 ff.; Gambino, A.: "Dignità umana e mercato digitale", in G. Contaldi (ed.), *Il mercato unico digitale*, Rome, 2017, p. 7 ff.

11 The 'Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services' is available at *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0770*. Recital 24 specifies that the Directive applies 'to contracts where the trader supplies, or undertakes to supply, digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides, or undertakes to provide, personal data', ensuring 'that consumers are, in the context of such business models, entitled to contractual remedies'. It is important to note that, compared to the initial draft of this directive [COM(2015)0634 - C8-0394/2015 - 2015/0287(COD)], the final text has removed references to the provision of personal data as 'consideration': on this point see European Data Protection Supervisor (EDPS), "Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", adopted on 14 March 2017, available at *https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf*). See also Clifford, D. Graef, I. Valcke, P.: "Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent - Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections", *German Law Journal*, 2019, p. 679 ff.; Finocchiaro, G.: "Il quadro di insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali", in Ead. (ed.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 2 ff.

12 On the meaning and importance of the Article 5 GDPR principles, with particular regard to the accountability principle, see Viterbo, F.G.: "The 'User-Centric' and 'Tailor-Made' Approach of the GDPR", cit., p. 659 ff. More generally, on the distinction between principles and rules and their relationship, see Perligieri, P. and Femia, P.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000, p. 13 ff.; Federico, A.: "Applicazione dei princípi generali e funzione nomofilattica", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 820 ff.; Femia, P.: "Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali", in G. Perlingieri, M. D'Ambrosio (ed.), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ff.

a) Is there a legitimate basis for processing personal data?

b) What purpose(s) does the processing of personal data serve? Is the processing compatible with the purposes for which the personal datawere initially collected?

c) Is the data processed adequate, relevant, and limited to what is necessary?

d) Is the data processed accurate? Do they need to be updated?

e) How long can they be stored?

f) What technical and organisational security measures can be taken from the design of the data processing and by default to prevent data alteration, unauthorised access or other breaches that could harm or jeopardise data subjects' rights?

g) Who has the responsibility and duty to prove compliance with data protection principles and rules?

II. PROCESSING OF PERSONAL DATA IN THE ITALIAN HEALTHCARE SYSTEM AND THE PRINCIPLE OF LAWFULLNESS: DOWNSIZING THE ROLE OF CONSENT.

Having said that, we intend to analyse here how this framework of principles and rules in force in Italy and Europe holds up with regard to the processing of personal data in the healthcare system[13] and in the light of the recent 'European Strategy for Data' [14].

13 On this topic see Perlingieri, C.: "eHealth and Data", in R. Senigaglia, C. Irti, A. Bernes (eds.), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Springer ed., 2021, p. 127 ff.; Ead.: "Coronavirus e tracciamento tecnologico: alcune riflessioni sull'applicazione e sui relativi sistemi di interoperabilità dei dispositivi", *Actual. iur. iberoam.*, 2020, p. 836 ff.; Pizzetti, F.: "La Parte I del Codice novellato", in Id. (ed.), *Protezione dei dati personali in Italia*, cit., p. 114 ff.; Ferola, L.: "Le 'misure di garanzia' a tutela dei dati biometrici, genetici e sulla salute", *ibid.*, p. 411 ff.; Guarda, P.: "I dati sanitari", in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (eds.), *o.c.*, p. 591 ff.; Ciancimino, M.: *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Naples, 2020. Cfr. Becker, R., Comandé, G. et al.: "Secondary Use of Personal Health Data: When Is It "Further Processing" Under the GDPR, and What Are the Implications for Data Controllers?", *Eur. J. Health Law*, 2022, p. 1 ff.; Orviský, M., Klátik, J.: "Telemedicine as a part of globalization and tool for innovation from the legal point of view", *SHS Web of Conf.*, 92, 2021, p. 6 ff.; Marelli, L., Lievevrouw, E., Van Hoyweghen I.: Fit for purpose? The GDPR and the governance of European digital health", *Policy Studies*, 2020, p. 447 ff.; Amram, D.: "Building up the "Accountable Ulysses" model. The impact of GDPR and national implementations, ethics, and health-data research: Comparative remarks", *Computer Law & Security Review*, 37, 2020, p. 1 ff. With reference to the legislation prior to the reform carried out by Legislative Decree No 101 of 10 August 2018 (and, therefore, to the entry into force of the GDPR), see Finocchiaro, G.: "Il trattamento dei dati sanitari: alcune riflessioni critiche a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice in materia di protezione dei dati personali", in G.F. Ferrari (ed.), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milan, 2008, p. 207 ff.; Caggia F.: "Il trattamento dei dati sulla salute, con particolare riferimento all'ambito sanitario", in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (eds.), *Il codice del trattamento di dati personali*, Turin, 2007, p. 405 ff.; Maschio F.: "Il trattamento dei dati sanitari. Regole generali e particolari del trattamento per finalità di rilevante interesse pubblico", in G. Santaniello (ed.), *La protezione dei dati personali*, in Id. (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXVI, Padova, 2005, p. 485 ff.; Di Ciommo, F.: "La privacy sanitaria", in R. Pardlesi (ed.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milan, 2003, p. 239 ff.; Ciatti, A.: "La protezione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute nella legge n. 675 del '96", *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 368 ff.

14 On the European Data Strategy, see Cerrina Feroni, G.: "Luci e ombre della Data Strategy europea", 13 maggio 2022, in *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9769786*; Bravo, F.:

Among the data that are processed in healthcare system, there are some special categories of personal data under Article 9 GDPR, namely data concerning health (defined by No. 15 of Article 4 GDPR) and genetic data (defined by No. 13 of the same Article).[15].

Here, the human-centric approach of the GDPR is seriously challenged, since health data externalise the most vulnerable and delicate aspects of the person, but at the same time, they can acquire both a high commercial value in the market, and an extremely relevant social value: think of the importance they can have for private individuals investing in the pharmaceutical industry or producing or marketing specific products for people suffering from particular pathologies (e.g. celiac disease); at the same time, think of their centrality for medical scientific research or for Artificial Intelligence research through their algorithmic processing, and also for public health policy management.

A first observation arising from the analysis of the multilevel regulation (EU regulation, national legislation, measures of the Italian Data Protection Authority, henceforth: Garante) of the health data processing concerns the way the lawfulness principle operates. Beyond the general prohibition to process the 'special categories

"Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act", *Contr. impr./Eur.*, 2021, p. 199 ff. On recent European policies on health and new technologies, see Irti, C.: "L'uso delle "tecnologie mobili" applicate alla salute: riflessioni al confine tra la forza del progresso e la vulnerabilità del soggetto anziano", *Persona e mercato*, 2023, p. 32 ff.

15 Article 4(1)(15) defines 'data concerning health' as those 'personal data related to the physical or mental health of a natural person, including the provision of health care services, which reveal information about his or her health status'. Recital 35 specifies that this definition covers 'all data pertaining to the health status of a data subject which reveal information relating to the past, current or future physical or mental health status of the data subject'; it includes 'information about the natural person collected in the course of the registration for, or the provision of, health care services as referred to in Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council to that natural person; a number, symbol or particular assigned to a natural person to uniquely identify the natural person for health purposes; information derived from the testing or examination of a body part or bodily substance, including from genetic data and biological samples; and any information on, for example, a disease, disability, disease risk, medical history, clinical treatment or the physiological or biomedical state of the data subject independent of its source, for example from a physician or other health professional, a hospital, a medical device or an in vitro diagnostic test'. per una breve analisi di tali aspetti definitori, v. Bygrave, L.A., Tosoni, L.: "Article 4(15). Data concerning health", in C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford, 2020, p. 217 ff.; cfr. Guarda, P.: "I dati sanitari", cit., p. 593 ff. In giurisprudenza, cfr. Corte giust., 6 novembre 2003, Causa C-101/01, Gota Hovratt c. Lindqvist, *Danno resp.*, n. 4/2004, p. 377 ff. (in particolare, v. paragrafi 50-51 della motivazione); Cass., sez. un., 27 December 2017, n. 30981, *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 266 ff., with commentary from Vivarelli, A.: "La tutela dei dati «sensibili» al vaglio delle Sezioni Unite", *ibid.*, p. 278 ff. 'Genetic data' are defined, on the other hand, by Article 4(13) as 'personal data relating to the inherited or acquired genetic characteristics of a natural person which give unique information about the physiology or the health of that natural person and which result, in particular, from an analysis of a biological sample from the natural person in question'. For a commentary on this definition, see Bygrave, L.A., Tosoni, L., "Article 4(13). Genetic data", in C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), cit., p. 196 ff. On this topic see Rodotà, S.: "Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 596 ff.; Laurie, G.: *Genetic Privacy: A Challenge to Medico-Legal Norms*, Cambridge, 2002; Gerards, J.H.: "General Issues concerning Genetic Information", in Id., A.W. Heringa, H.L. Janssen (eds), *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, Oxford, 2005, p. 5 ff.; Lattanzi, R.: "Ricerca genetica e protezione dei dati personali", in Aa.Vv., *Il governo del corpo*, I, in P. Zatti, S. Rodotà (eds.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 319 ff.; Agnino, F.: "Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento", *Danno e resp.*, 2014, p. 43 ff.; Sirgiovanni, B.: "Informed Consent to Processing of Genetic Data", *ItaLJ*, 2022, p. 955 ff. In giurisprudenza, cfr. ECHR, 4 dicembre 2008, S e Marper c. Regno Unito, (*https://hudoc.echr.coe.int*).

of data' under Article 9(1) GDPR, the legal basis of the processing is increasingly found outside the data subject's consent.[16]

In this regard, it should be noted that, unlike in the past, the health professional, who is subject to professional secrecy, no longer has to request the patient's consent to data processing when this is necessary for the provision of the health service he/she has requested, regardless of whether the service is provided in a public or private health care facility.[17]

Moreover, national legislation provides under Articles 7(1) of Decree-Law No. 34 of 19 May 2020 and 2 sexies, paragraph 2(v), of the Code that the Ministry of Health may process without the consent of the data subjects 'personal data collected in the information systems of the National Health Service, including data relating to the health of patients, for the development of predictive methodologies of the evolution of the population's health needs'. This is a mine of personal data -

16 The hypotheses in which the processing of health data has as its legal basis the explicit consent given by the data subject for one or more specific purposes seem residual with respect to the other cases provided for in Article 9(2) GDPR and the Italian Privacy Code (henceforth: Code), in which the processing is necessary, and hereafter briefly indicated.
A) First, processing of health data that is necessary for reasons of substantial public interest in accordance with Article 9(2)(g) GDPR, i.e. performed by entities that carry out tasks in the public interest or in the exercise of official authority in the sectors identified in Italy by Art. 2 sexies of the Code, among which we highlight: welfare-related activities to protect children and frail, non-self-sufficient or incapacitated individuals; administrative activities and issuance of certifications in connection with health care and welfare activities (diagnosis, assistance, treatment) including organ and tissue transplantations and human blood transfusions; tasks committed to the national health service and health care practitioners; planning, management, monitoring and assessment of health care; oversight over experimental activities, pharmacovigilance, granting authorisations with a view to marketing and importing drugs and other health-relevant products; protection of motherhood, termination of pregnancy, handling of addictions, assistance to the disabled; processing activities for purposes of scientific research (see paragraph 2, sub-paragraphs *s* to *z*, *aa* and *cc*). Furthermore, paragraph 1-bis of Article 2-sexies provides for and legitimizes the processing of personal data relating to health, after removing directly identifying information, by the main actors of public health care in compliance with their respective institutional purposes, including the Ministry of Health, the Istituto Superioredi Sanità, the National Agency for regional healthcare services, the Italian Medicine Agency, the National Institute for the promotion of health in migrant populations and for the fight against poverty-related diseases, and Regions, also by way of the interlinking at national level of the individual information systems of the National Health Service including Electronic Health Records (FSE)
B) processing of health data for reasons of public interest in the area of public health referred to in Recital 54 and Article 9(2)(i) GDPR, such as protecting against serious cross-border threats to health or ensuring high standards of quality and safety of health care and of medicinal products or medical devices, on the basis of Union or Member State law which provides for suitable and specific measures to safeguard the rights and freedoms of the data subject, in particular professional secrecy (e.g. health emergencies following pandemics or food safety reasons)
C) processing operations referred to in Articles 9(2)(h) and (3) GDPR and 75 of the Code performed by (or under the responsibility of) a health professional subject to the obligation of professional secrecy or by another person also subject to the obligation of secrecy, for the purposes of preventive or occupational medicine, for the assessment of the working capacity of the employee, medical diagnosis, the provision of health or social care or treatment or the management of health or social care systems and services on the basis of Union or Member State law or pursuant to contract with the health professional
D) the processing referred to in Article 9(2)(c) GDPR which is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another natural person where the data subject is physically or legally incapable of giving consent.

17 The Garante highlights this aspect: see Garante per la protezione dei dati personali, *Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario - 7 marzo 2019*, web doc. n. 9091942; all measures and decisions of the Garante are available at *https://www.garanteprivacy.it*. See also Guarda, P.: "I dati sanitari", cit., p. 601.

much of which relates to the health of citizens - managed by the Ministry of Health for the purposes of so-called initiative medicine, within the framework of the 'New Health Information System' (NSIS), in compliance with specific pseudonymisation techniques[18] and within the limits of the provisions of paragraphs 2 and 2 bis of Article 7 of Legislative Decree No 34 of 19 May 2020[19].

The need for consent as a legal basis for the processing of health data remains, however, primarily for consultation of the FSE for the purposes of treatment, prevention and international prophylaxis pursuant to Article 12(2) and (5) of Italian Decree-Law No 179 of 18 October 2012, while consent to the feeding of the FSE has been cancelled by virtue of the repeal of paragraph 3-bis of the same Article[20]. Other cases in which the data subject's consent is required are listed in the Garante's decision of 7 March 2019[21]: by way of example, processing related to treatment, but not strictly necessary, even if carried out by health professionals; processing related to the use of medical Apps, also because the data subject's data can often be accessed by parties other than health professionals; processing aimed at customer loyalty, carried out by pharmacies or other providers of health products or services; health data processing carried out by private legal entities for promotional or commercial purposes. The definition of 'profiling' under Article 4(4) GDPR covers any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural

18 See Articles 2 and 3 of Ministerial Decree N° 262 of 7 December 2016 ("Regolamento recante procedure per l'interconnessione a livello nazionale dei sistemi informativi su base individuale del Servizio sanitario nazionale, anche quando gestiti da diverse amministrazioni dello Stato").

19 In fact, paragraph 2 of the aforementioned Article 7 provides for the adoption of a subsequent decree of the Minister of Health, subject to the opinion of the Garante, to identify the personal data (including those inherent to special categories of data under Article 9 GDPR) that can be processed, the operations that can be carried out, the methods of data acquisition and the appropriate and specific measures to protect data subjects' rights; while paragraph 2-bis clarifies that, pending the adoption of the aforementioned decree, the Ministry of Health shall initiate activities related to the classification of chronic diseases present in the Italian population, limiting them to the construction of analytical models prodromal to the realization of the predictive model of the population's health needs and ensuring that the data subjects shall not be directly identifiable.

20 The data subject must give his or her specific consent for each of the above purposes. In the first paragraph of Article 12 of Law Decree No. 179 of 18 October 2012, converted into Law No. 221 of 17 December 2012, the FSE is defined as the set of digital data and documents, of a health and social-health nature, concerning the patient and generated by present and past clinical events, also referring to services provided outside the National Health Service. [...] every healthcare service provided by public, accredited private and authorised private operators is entered in the FSE, within five days of the service itself. Paragraph 3-bis of the same Article 12 was repealed by Article 11(1)(d) of Decree-Law No. 34 of 19 May 2020, converted, with amendments, by Law No. 77 of 17 July 2020. Per piú ampi svolgimenti sul tema, v. Gambino, A.: "Riforma del fascicolo sanitario elettronico nell'emergenza sanitaria", in C. Petrini, C. D'Aprile, G. Floridia, S. Gainotti, L. Riva, S. Tamiozzo (eds.), *Tutela della salute individuale e collettiva: temi etico-giuridici e opportunità per la sanità pubblica dopo COVID-19*, Roma, 2020, p. 36 ff.; Gambino, A., Maggio, E., Occorsio, V.: "Il nuovo fascicolo sanitario elettronico: sottoscrizione, tutela dei dati, responsabilità civile", 22 luglio 2020 (*https://www.dimt.it/la-rivista/articoli/nuovo-fascicolo-sanitario-elettronico/*); Califano, L.: "Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e dossier sanitario: il contributo del Garante privacy al bilanciamento tra diritto alla salute e diritto alla protezione dei dati personali", *Sanità pubblica e privata*, 2015, 3, p. 7 ff.; Comandé, G., Nocco, L., Peigné, V., "Il fascicolo sanitario elettronico: uno studio multidisciplinare", *Riv. it. med. leg.*, 2012, 105 ff.; Guarda, P.: *Fascicolo sanitario elettronico e protezione dei dati personali*, Trento, 2011.

21 See back, footnote 17.

person, including the purpose to analyse or predict aspects relating to his/her health.

III. SAFEGUARDS FOR THE PROCESSING OF HEALTH AND GENETIC DATA AND THE PRINCIPLE OF ACCOUNTABILITY.

In Italy, there are at least two factors that counterbalance this tendency to marginalise the role of data subject's consent to the processing of health data: one linked to the technical support activity carried out by the Garante and the other to a choice made by the legislator to bring domestic legislation into line with the GDPR.

With regard to the first aspect, the Garante provided some recent opinions to the Autonomous Province of Trento on specific draft regulations concerning initiative medicine in the provincial healthcare service.[22] The Garante intervened, in particular, on the issue of the lawfulness of data processing related to initiative medicine aimed at the prevention and early diagnosis of diseases. In this regard, it noted that this care model provides for the statistical risk stratification of patients, which is often carried out through the algorithmic processing of managed health data, aimed at profiling health service users in order to analyse and predict their health situation. The Garante has, therefore, established the need for data subjects' consent pursuant to Articles 9(2)(a) and 22 GDPR in order to provide a legal basis for the processing of health data aimed at creating a risk profile of the individual data subjects with reference to specific pathologies, since it is considered autonomous data processing with respect to that which is strictly necessary for the purpose of treatment under Article 9(2)(h).[23]

If, therefore, the processing of health data by the Ministry of Health for purposes of predictive or initiative medicine does not require the data subjects' consent, the same cannot be said for the processing of data by the regional and provincial healthcare system[24].

22 See the following opinions of the Garante: Garante per la protezione dei dati personali, 16 December 2021, n. 431, web doc. 9738538; 16 September 2021, n. 314, web doc. 3713993; 1 October 2020, n. 175, web doc. 9469372; 8 May 2020, n. 84, web doc. 9344635.

23 See Garante per la protezione dei dati personali, 15 December 2022, nn. 415, 416 e 417, web doc. 9844989, 9845156 e 9845312, paragraph 3.2; 8 May 2020, n. 84, cit., paragraph 3.2. In support of the contrary thesis that in such cases the legal basis of the data processing could be found outside the data subject's consent, it is noted that initiative medicine is a branch of precision or personalised medicine, so that the relevant data processing can be considered strictly necessary for purposes of diagnosis and patient care: Noce, S., Ottaviano, M.: "Medicina d'iniziativa, come renderla compliant al GDPR", 18 May 2022, available at *https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/medicina-diniziativa-come-renderla-compliant-al-gdpr/*.

24 In this regard, see Garante per la protezione dei dati personali, 15 December 2022, n. 415, cit., paragraph 5.1.

As to the second aspect, the Italian legislator made use of the power granted to Member States by Article 9(4) GDPR to 'maintain or introduce further conditions, including limitations', with regard to the processing of data relating to health, genetic data or biometric data.[25] This rule leaves room for manoeuvre for Member States but poses problems. First of all, it entails a differentiation of guarantees and protections between Member States that may represent an obstacle to the free movement not only of health data, but also of health services in the European market.[26] Secondly, it is uncertain what is to be understood by 'further conditions' or 'limitations'. Some do not consider them relevant to the assessment of the lawfulness of processing.[27] On the contrary, a different interpretation seems to be preferred, which considers it possible for Member States to introduce additional conditions for the lawfulness of data processing when they are necessary to ensure the protection of data subjects' fundamental rights.

This is how we should understand the 'safeguards applying to the processing of genetic data, biometric data, and data relating to health' provided for in Article 2-septies of the Code, which refers their adoption to the Garante in compliance with the provisions of the same Article. In terms of content, the fifth paragraph specifies that 'the safeguards in question shall set out the security measures including encryption and pseudonymisation techniques, minimisation measures, the specific arrangements to enable selective access to the data and provide information to data subjects, and such additional measures as may be necessary to safeguard data subjects' rights': it is fair to doubt that the latter may also include the additional need to obtain the data subject's consent, in the absence of the specification to that effect contained in the sixth paragraph of the same Article for genetic data. In any case, where the safeguards take the form of technical and organisational measures, these should not be rigid or pre-packaged for all processing of these categories of data, but rather such as to be chosen and documented by the data controller, taking into account the specific purposes pursued and all the concrete circumstances, in line with the provisions of Article 24(1) GDPR and Article 2-septies of the Code[28].

25 On this article see Gerogieva, L., Kuner, C.: "Article 9. Processing of special categories of personal data", in Id., L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), *The EU General Data Protection Regulation*, cit., p. 372.

26 Guarda, P.: "I dati sanitari", cit., p. 600; cfr. Ferola L.: "Le 'misure di garanzia'", cit., p. 422 s.

27 On this topic see Pizzetti, F.: "La Parte I del Codice novellato", cit., p. 122 ff., who highlights the last part of the sixth paragraph of Article 2-septies of the Code where it is provided that 'as regards genetic data, the safeguards may provide for relying on the data subject's consent *as an additional measure to protect the data subject's rights […] pursuant to Article 9(4) of the Regulation*, or set out any additional specific precautions' (italics added): in this Author's view, this means that, in such cases, the failure to obtain consent does not determine the unlawfulness of the data processing, but only the failure to comply with a protection measure established in advance that can be considered as a security measure under Article 32 GDPR.

28 The first part of the fifth paragraph of Article 2-septies of the Code states that 'The safeguards shall be adopted in respect of each category of personal data as per paragraph 1 by having regard to the specific purposes of the processing and may lay down […] *additional conditions to be fulfilled for the processing of the said data to be allowed*' (italics added). That being said, it seems easy to assume that the failure to adopt the safeguards should result in the personal data processed being unusable under Article 2-decies of the Code

It should be noted here that the processing of health data presents a more pronounced declination of the principle of accountability, as well as of the principles of data minimisation, integrity and confidentiality. An indicative case in this sense is a decision of the Garante[29] sanctioning two local health authorities in the Friuli-Venezia Giulia Region for not having put in place all the necessary technical and organisational measures to prevent access to patient data by medical and nursing staff not involved in the treatment process. The Garante also sanctioned the IT company that manages the application for consulting online reports for failing to set up an alert system aimed at detecting anomalous or risky behaviour in relation to the operations carried out by the persons authorised to process data (e.g. the number of accesses, their type or time frame) and ordered the adoption of specific corrective measures.

One aspect that should not be underestimated is that - as expressly provided for in Article 2-septies, paragraph 2, of the Code - the Garante's provision on safeguards must take into account, first and foremost, the guidelines, recommendations and best practices published by the European Data Protection Board (EDPB) and the best practices concerning the processing of personal data, thus meeting the need for uniformity of regulation that is increasingly felt at European level; secondly, the scientific and technological developments in the sector addressed by the safeguards, given that the provision must be adopted every two years; and thirdly, the interest in the free movement of personal data within the Union, referred to in Article 1(3) GDPR.

IV. RECENT EVOLUTION OF DOMESTIC AND EUROPEAN LAW IN FAVOR OF SHARING AND REUSE OF HEALTH DATA: PREMISES FOR A POLICY OF DATA INTEGRATION AND INTEROPERABILITY.

The need to ensure the free movement of personal data within the Union cannot overshadow or sacrifice the goal of protecting the fundamental rights and freedoms of data subjects. This is precisely the most difficult and important challenge of our time.

In fact, the idea of favouring the sharing and re-use of personal and non-personal data is gaining ground in national and European law, even in the healthcare system that is being characterised as 'digital health'.[30].

and expose the data controller to the risk of having to pay compensation for any damage caused to the data subjects, pursuant to Article 82 GDPR.

29 See Garante per la protezione dei dati personali, *Dossier sanitario: il Garante privacy sanziona due Asl per accessi abusivi*, *Newsletter n. 493 del 26 luglio 2022*.

30 Section IV of the aforementioned Decree-Law No. 179 of 18 October 2012 is dedicated to 'Digital Health'. In EU legislation, the first reference to eHealth is Article 14 of Directive 2011/24/EU on the application of patients' rights in cross-border healthcare.

In this regard, the Italian National Recovery and Resilience Plan (PNRR) has intervened to enhance the FSE with investments on the following four objectives outlined in the "Guidelines" of March 27, 2022:[31]

«1. Access: A homogeneous FSE should be created throughout the country, representing the single and exclusive access point to SSN services for patients;

2. Integration: the FSE must become an effective tool for diagnosis and treatment, sharing relevant clinical data between professionals and healthcare facilities (public and private), guaranteeing continuity of care throughout the territory, and integrating with pharmacies in the definition of the treatment plan;

3. Personalisation: the quality and quantity of clinical data in the FSE must be increased in order to help health professionals in their capacity for personalised diagnosis and treatment;

4. Policy: a database on the health status of the population must be created to support both health institutions in the definition and implementation of prevention, health planning and governance policies, and research institutions for medical and biomedical research activities[32].

Integration and policy objectives are based on the principle of sharing health data within a network participated by public and private entities operating within the national health system. These tools have the dual purpose of improving the quality of services provided to patients, mostly with a view to personalisation, and of making (public) prevention and health planning policies more efficient and effective, as well as offering important support to scientific research in the medical and biomedical field. To this end, Article 12, paragraph 15-ter of Law Decree No. 179/2012, provided for the creation of a National Portal and an FSE Infrastructure - the National Infrastructure for Interoperability or INI - which is a repository of clinical data and documents, capable of interoperating with the information systems

31 "Linee Guida per l'Attuazione del Fascicolo Sanitario Elettronico", 27 March 2022, in G.U. 11 July 2022, n. 160. The procedures for the adoption of this document are provided for in Article 12, paragraph 15 bis of Law Decree No. 179/2012. However, the Garante noted that the aforementioned Guidelines were adopted prior to the new decree aimed at regulating the FSE, contrary to the provisions of the aforementioned Article 12, paragraph 15 bis. Moreover, almost in parallel with the publication of the Guidelines, the Garante expressed a negative opinion on the first draft decree on the FSE with the following opinion to the Ministry of Health: Garante per la protezione dei dati personali, 22 August 2022, no. 294, web doc. 9802729. A second draft decree was then drafted, on which the Garante expressed a positive opinion: see Garante per la protezione dei dati personali, 8 June 2023, no. 256, web doc. 9900433. Finally, on 2 August 2023, the draft decree received the favourable opinion of the State-Regions Conference and is therefore about to enter into force.

32 "Linee Guida per l'Attuazione del Fascicolo Sanitario Elettronico", cit., p. 59. Moreover, in a recent decision, the Garante stated that the FSE does not have the nature of a public act as it does not certify an individual's state of health, but rather provides, in a potentially incomplete manner, health information that may facilitate the course of treatment; the FSE is therefore configured as a mere tool for retrieving part of the data and documents relating to an individual's health history with the aim of providing a general scenario of the individual's health to the health professionals taking care of him/her, who are not however obliged to consult it or feed it.: see Garante per la protezione dei dati personali, 22 August 2022, n. 294, cit., paragraph 1.2.

in use at the various territorial healthcare facilities, as well as with the systems that manage data on organ donation, vaccinations and bookings. This infrastructure will be aligned with the ANA (National Registry of Assisted Persons) and with the National Registry of Consents and Consent Revocations. Moreover, Article 12, paragraph 15 quater, of Law Decree 179/2012 provides for the creation by the Ministry of Health of an Ecosystem of Health Data (EDS) intended to operate according to the logic of an integrated management of health data, based on their interoperability: this need has emerged especially in the recent pandemic period.[33] The implementation of the EDS has been hindered by a recent negative opinion of the Garante on a draft decree designed to identify its contents, how it is to be fed, who is authorised to access it, what operations can be carried out and what security measures can be taken.[34]

With respect to these ambitious goals, the role of the Garante is essential in presiding over the implementation of the principles of the GDPR, so as to direct and define, with its prior opinions , a more detailed policy on the protection of personal data and the protection of the fundamental rights and freedoms of data subjects[35]. Garante's decisions have had an impact especially with regard to identifying the roles and responsibilities of those involved in data processing, selecting how health data can be accessed by those who are authorized, defining the requirements for lawfulness and transparency as well as the technical and organizational security measures that must be taken.

V. THE 'EUROPEAN STRATEGY FOR DATA', THE F.A.I.R. PRINCIPLES AND THE SECONDARY USE OF HEALTH DATA FOR SCIENTIFIC RESEARCH PURPOSES.

The goal of establishing a national health data ecosystem should be placed in the context of a broader strategic vision set out atthe European Union level

33 On this point, see paragraph 1 of the Explanatory Memorandum of the 'Proposal for a Regulation of the European Parlament and of the Council on the European Health Data Space', Strasbourg 3.5.2022, COM(2022) 197 final, available at: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/DOC/?uri=CELEX:52022PC0197*. See Resta, G.: "La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19", *Giustizia Civile.com Emergenza Covid-19 Speciale n.3*, p. 522 ff., who emphasises the numerous measures taken by the Italian Government to encourage the sharing and integrated use of health data in the context of the pandemic response.

34 See Garante per la protezione dei dati personali, 22 agosto 2022, n. 295, web doc. 9802752. In this opinion on the draft decree, the Garante notes that the EDS represents the largest health data bank in Italy, in which to collect, without applying any pseudonymization techniques, the health data and documents of all patients related to the social-health services provided on the national territory, including through algorithmic logics, with high risks for the rights and freedoms of the data subjects. According to the Garante, the said model has a number of critical elements regarding personal data protection, so the relevant draft decree needs to be reformulated.

35 In this regard, the Garante pointed out that its prior opinion has not been requested with respect to the adoption of some ministerial decrees having important implications on the protection of personal data in the healthcare system. Such is, for example, the case of Ministerial Decree 21 September 2022, containing guidelines for telemedicine services, in which there is no reference to the processing of personal data: Garante per la protezione dei dati personali, 8 June 2023, cit.

by the Commission in its February 19, 2020, Communication on "A European Strategy for Data"[36].

It should be premised that this communication envisions the creation of a European Health Data Space. However, before considering this aspect, it is appropriate to examine in more detail the aims and principles behind the strategy outlined by the European Commission.

First, the Commission states that «[t]he aim is to create a single European data space – a genuine single market for data, open to data from across the world – where personal as well as non-personal data, including sensitive business data, are secure and businesses also have easy access to an almost infinite amount of high-quality industrial data, boosting growth and creating value […] Data spaces should foster an ecosystem (of companies, civil society and individuals) creating new products and services based on more accessible data».[37]

The new European strategic vision seems to be moving toward a more market-centric approach to the use of personal data, which are to be understood as a resource for the creation of new products and services, as well as a tool for business development and, therefore, economic growth. At the same time, it is significant that the text of the 'Strategy' almost entirely preempts the use of the term (and notion of) 'processing' around which the GDPR framework is built, and that it appears here to be almost absorbed or dissolved into the notion of 'data space', i.e. a 'genuine single market' comprising data-sharing architectures and federated or interconnected cloud infrastructures where all data – especially personal data – 'are secure'.

The kind of cultural approach and strategic design targeted by the Union institutions take a more defined form in the four pillars on which the 'Strategy' is based. Of these, the first, which consists of the establishment of a 'cross-sectoral governance framework for data access and use', and the fourth, relating to the creation of a 'Common European data spaces in strategic sectors and domains of public interest', are particularly important.[38]

With a view to the implementation of an enabling legislative framework for the governance of common European data spaces, the Commission made clear its preference for 'an agile approach [...] that favours experimentation [...] and

36 On this important document, see back, footnote 1.

37 See Communication from the Commission, *A European Strategy for Data*, cit., paragraph 3.

38 The 'four pillars' underpinning the European data strategy are: A) A cross-sectoral governance framework for data access and use; B) Enablers: Investments in data and strengthening Europe's capabilities and infrastructures for hosting, processing and using data, interoperability; C) Competences: Empowering individuals, investing in skills and in SMEs; D) Common European data spaces in strategic sectors and domains of public interest.

differentiation', abstaining from 'overly detailed, heavy-handed *ex ante* regulation'[39]. This process is being implemented in line with the new and essential principles on Findability, Accessibility, Interoperability and Reusability (hereafter: FAIR principles) of data, which will have to coordinate and integrate with the GDPR principles. This approach is based on the central idea that 'the value of data lies in its use and re-use'[40] and, with specific regard to the health system, the goal of creating in the Union a reference model in the management and sharing of electronic health data, in order to exploit its full potential, both in the delivery of care and assistance services to citizens (primary use of data) and in the secondary use of data[41].

To be honest, a 'secondary use' is already possible for all personal data, in the sense that it is possible to use the data for a purpose other than the one for which it was originally collected and processed (so-called primary use: e.g., for health care purposes). This possibility is allowed by the GDPR in order to give greater flexibility to the principle of purpose limitation, albeit subject to a compatibility test that is stricter for sensitive data and is governed by Article 6(4), which requires taking into account, among other things, the nature of the personal data and the existence of appropriate safeguards.[42]

Regarding the secondary use of health data, the most relevant purpose seems to be that which pertains to scientific research purposes in the medical, biomedical and epidemiological fields[43]. Articles 5(1)(b), 9(2)(j) and 89 GDPR, 110 and 110-bis

39 See Communication from the Commission, *A European Strategy for Data*, cit., paragraph 'A. A cross-sectoral governance framework for data access and use'.

40 This statement can be found in Communication from the Commission, *A European Strategy for Data*, cit., paragraph 4.

41 On this point see Cabrio, A.: "La seconda vita dei dati. Luci e ombre della normativa privacy in materia di secondary data use", in F. Frattino, F. Massimino (eds.), *I dati. Il futuro della sanità. Strumenti per una reale innovazione*, Milan, 2022, p. 25.

42 Pursuant to Recital 50 of GDPR, «[i]n order to ascertain whether a purpose of further processing is compatible with the purpose for which the personal data are initially collected, the controller, after having met all the requirements for the lawfulness of the original processing, should take into account, inter alia: any link between those purposes and the purposes of the intended further processing; the context in which the personal data have been collected, in particular the reasonable expectations of data subjects based on their relationship with the controller as to their further use; the nature of the personal data; the consequences of the intended further processing for data subjects; and the existence of appropriate safeguards in both the original and intended further processing operations». See also Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation - Adopted on 2 April 2013*, p. 20 ff. On this topic, see Becker, R., Comandé, G., et Al., *Secondary Use of Personal Health Data*, cit.; Modafferi, F.: "Il regime particolare dei trattamenti dati effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri", in F. Pizzetti (ed.), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, cit., p. 397 ff.

43 In this regard, Recital 159 of GDPR specifies that 'the processing of personal data for scientific research purposes should be interpreted in a broad manner including for example technological development and demonstration, fundamental research, applied research and privately funded research. In addition, it should take into account the Union's objective under Article 179(1) TFEU of achieving a European Research Area. Scientific research purposes should also include studies conducted in the public interest in the area of public health'. On this topic see European Commission, *Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare*, Luxembourg, 2022; Id., *Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of GDPR*, Luxembourg, 2021; Garante per la protezione dei dati personali, *Applicare il GDPR. Le linee guida europee*, Rome, 2019, p. 43 ff. In the literature, see Dierks, C., Kircher, P., Husemann, C., Kleinschmidt, J., and Haase, M.: *Data Privacy in European Medical Research: A Contemporary Legal Opinion*, Berlin, 2021; Wiese

of the Code and the measures of the Garante concur to regulate the processing of data for these purposes and go in the directions of limiting the need for data subjects' consent to certain cases[44], or allowing special ways of providing consent in relation to the specificities of research projects[45], and encouraging the secondary use of health data by (public or private) third parties, who primarily carry out research activities, without requiring a new consent as a legal basis. In such cases, appropriate measures and adequate safeguards for the fundamental rights and freedoms of data subjects must be taken in advance, and in addition, where data subjects cannot be informed due to special reasons, prior intervention by the Garante in the form of individual or general authorization is also necessary[46].

One issue of particular interest concerns the secondary use of data on the health of individuals participating in nonprofit research projects or clinical trials by corporations or other for-profit entities operating in the private health care sector,

Svanberg, C.: "Art. 89. Safeguards and derogations relating to processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes", in C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), *The EU General Data Protection Regulation*, cit., p. 1240 ff.; Resta, G.: "Biobanche, ricerca scientifica e tutela della persona", in P. Perlingieri et al. (eds.), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, p. 41 ff.; Malgieri, G.: "Data protection and research: A vita challenge in the era of Covid-19 pandemic", *Computer Law & Security Rev.*, 2020, p. 1 ff.; Ducato, R.: "Data protection, scientific research, and the role of information", *ibid.*, p. 2 ff.; Uda, G.M.,: "Il trattamento di dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricercar scientifica o storica o a fini statistici", in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 569 ff.

44 In fact, the explicit consent of the data subject is, as a rule, necessary when the primary use of health data coincides with processing for scientific research purposes, in the sense that they are directly collected and processed for this purpose. Consent to data processing should not be confused with informed consent to participate in research, which is provided for in the relevant regulations. However, pursuant to Articles 110 of the Code, 9(2)(j) and (4) GDPR, such a lawfulness prerequisite is not necessary if informing the data subjects proves impossible or entails a disproportionate effort on specific grounds, or if it is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the research purposes. In such cases, the controller shall take appropriate measures to protect the rights, freedoms and legitimate interests of the data subjects and the research programme shall be the subject of a reasoned, favourable opinion by the geographically competent ethics committee as well as being submitted to the Garante for prior consultation in accordance with Article 36 of the GDPR. On making a distinction between the primary use of health data for scientific research purposes and their secondary use for the same purposes, see European Commission, *o.c.*, p. 57. For some examples of measures rendered by the Garante under Articles 110(1) of the Code and 36 GDPR, see Garante per la protezione dei dati personali, 30 June 2022, n. 238, web doc. 9791886; e 1° November 2021, n. 406, web doc. 9731827.

45 In principle, scientific research projects can only include personal data on the basis of consent if they have a well-described purpose. However, it is exceptionally provided that, when research purposes cannot be fully specified, a controller must seek other ways to ensure the essence of the consent requirements are served best, for example, to allow data subjects to consent for a research purpose in more general terms and for specific stages of a research project that are already known to take place at the outset. As the research advances, consent for subsequent steps in the project can be obtained before that next stage begins. Yet, such a consent should still be in line with the applicable ethical standards for scientific research: in this regard see EDPB, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 - *Adopted on 4 May 2020*, points 156-159. See also Garante per la protezione dei dati personali, 30 June 2022, n. 238, cit., paragraph 4.1.

46 On this point, reference is made to the provisions of Article 110 bis (2) and (3) of the Code. It follows from the article that the further processing of health data for scientific research purposes normally requires not the data subjects' consent, but rather that the data subjects be given adequate information to enable them to exercise their rights. Only where this is not possible, the Garante's authorization would become necessary, although this mechanism seems to be translatable into compliance with the 'Prescriptions concerning the processing of personal data carried out for scientific research purposes' under Appendix 1, paragraph 5, of the following decision of the Garante: Garante per la protezione dei dati personali, 13 December 2018, n. 497, web doc. 9068972. On this topic see Cabrio, A., *La seconda vita dei dati*, cit., p. 26 ff.

particularly for commercial purposes inherent in the pharmaceutical market. The problem arises, for example, with respect to the contract for the transfer of data from nonprofit clinical trials, as well as their results, for the purpose of placing one or more drugs on the market; such a contract is, as a rule, concluded between the principal investigator of the clinical trial and the company interested in the secondary use of the data[47]. In fact, the regulation of this contract - set forth in Article 3 of the Ministry of Health's Decree of November 30, 2021[48] - expressly provides that '[p]ursuant to the transfer, the transferee takes over for all purposes the processing of personal data related to the trial', without anything else specifying regarding the legal basis of the data processing. In this regard, neither the circumstance that - for the purposes of the GDPR - the notion of 'scientific research' includes 'privately funded research' (see recital 159), nor, more generally, the favoring of 'data reuse' at the European level seem sufficient arguments in themselves to deem it unnecessary to acquire new consent for processing from data subjects, where possible[49].

In this respect, taking into account the particularly sensitive nature of health data, equating the secondary use of such data for purposes of general interest such as scientific research or nonprofit experimentation, on the one hand, with the reuse of data for activities instrumental to the pursuit of industrial or commercial purposes by private parties, on the other, should not be possible, since only in the second case should autonomous processing be configured[50]. It follows that it should be better to apply, by analogy, Article 110 of the Code rather than Article 110 bis to the processing underlying the data transfer contract, with the result that it would be necessary to acquire new consent from the data subjects unless informing them of the data transfer proves impossible or involves a disproportionate effort: in the latter case, it would perhaps be appropriate to impose the anonymization of health data[51]. Moreover, recent studies have shown that, although the European

47 On this topic see Piria, C.A., "Aspetti contrattuali delle sperimentazioni cliniche no-profit", *Contratti*, 2022, p. 346 ff.; Cabrio, A.: *ibid*.

48 This is the Ministerial Decree of 30 November, 2021, "Misure volte a facilitare e sostenere la realizzazione degli studi clinici di medicinali senza scopo di lucro e degli studi osservazionali e a disciplinare la cessione di dati e risultati di sperimentazioni senza scopo di lucro a fini registrativi, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 14 maggio 2019, n. 52". The decree entered into force on March 3, 2022.

49 On this argument, see Cabrio, A.: *ibid*.

50 In this regard, compare the well-known Tiziana Life vs. Garante Privacy case, on which the Italian Supreme Court finally ruled, upholding the argument of the Garante, which had found legitimate the withdrawal of consent (under Directive 95/46) asserted by Sardinian citizens of Ogliastra against the company that had purchased, for consideration, their biological samples: Cass., ord., 7 October 2021, n. 27325, *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 590 ff., con il commento di Corti, D.: "La sorte (incerta) della ricerca sui campioni biologici umani all'indomani della decisione Shardna", *ibid*., p. 594 ff. The above case relates to the transfer of a bank of sensitive data, including genetic data, in the force of the Code in the version prior to the amendments introduced by Legislative Decree No. 101 of August 10, 2018, adapting to the GDPR. The Supreme Court affirms, among other things, the principle of the indispensability of informed consent in the case of the transfer of a genetic database, where the exceptions provided by law do not apply.

51 Where Article 110 of the Code is deemed applicable by analogy, in those cases where the new consent cannot be acquired from the data subjects, the data transferee, as the new data controller, should take

public is generally supportive of the reuse of health data, there are significant concerns when the data are used by commercial entities. A survey among rare disease patients indicated that while they have high confidence in academic and not-for-profit organisations re-using data for research, they are less confident when data are used for research by governmental or commercial organisations[52].

VI. THE 'ALTRUISM OF DATA' AND THE GOAL OF CREATING A EUROPEAN COMMON HEALTH DATA SPACE.

In the context of the European data strategy, the re-use of personal health data in the healthcare system tends to be, especially for the future, an expression of an altruistic or solidaristic approach to the use of personal data and the right of each person to informational self-determination[53]. In fact, EU Regulation 2022/868 of 30 May 2022 on European data governance (or 'Data Governance Act') encourages 'data altruism'[54] whereby data subjects will be able to consent to the processing of personal data concerning them for purposes of general interest, such as healthcare, improving the quality of public services or public policies, and supporting scientific research. This may contribute to the development, on a voluntary basis, of 'pools' or 'repositories' of data on such a scale that they can be analysed by means of algorithmic processing and machine learning processes. Their creation and management will be entrusted to 'Union-recognised data altruism organisations', i.e. non-profit bodies with specific requirements to establish trust and credibility in public opinion.[55] With regard to the health system, it should be

appropriate measures to protect the rights, freedoms and legitimate interests of the data subject and, most importantly, the data transfer should be subject to prior consultation with the Garante under Article 36 of the GDPR.

52 Courbier, S., Dimond, R., Bros-Facer, V.: "Share and protect our health data: an evidence based approach to rare disease patients' perspectives on data sharing and data protection - quantitative survey and recommendations", *Orphanet Journal of Rare Diseases*, 2019, p. 175.

53 In the Communication on "A European Strategy for Data", the Commission states that one of the issues that the new legislative and governance framework proposes to address is to 'make it easier for individuals to allow the use of the data they generate for the public good, if they wish to do so ('data altruism'), in compliance with the GDPR'.

54 Under Article 2 of the Data Governance Act, 'data altruism' means 'the voluntary sharing of data on the basis of the consent of data subjects to process personal data pertaining to them, or permissions of data holders to allow the use of their non-personal data without seeking or receiving a reward that goes beyond compensation related to the costs that they incur where they make their data available for objectives of general interest as provided for in national law, where applicable, such as healthcare, combating climate change, improving mobility, facilitating the development, production and dissemination of official statistics, improving the provision of public services, public policy making or scientific research purposes in the general interest'.

55 In this regard, see the framework contained in Articles 16 to 25 of Regulation 2022/868 and Recitals 45-46 where it is specified that the above-mentioned requirements of organisations for data altruism should include 'making it possible to process relevant data within a secure processing environment […] oversight mechanisms such as ethics councils or boards, including representatives from civil society to ensure that the data controller maintains high standards of scientific ethics and protection of fundamental rights, effective and clearly communicated technical means to withdraw or modify consent at any moment […] as well as means for data subjects to stay informed about the use of data they made available'. The same Regulation defines a 'secure processing environment' as 'the physical or virtual environment and organisational means to ensure compliance with Union law, such as Regulation (EU) 2016/679, in particular with regard to data

avoided that the health data pools thus constituted represent multiple duplications of data already present in the EDS or the NSIS, with the consequence of increasing the risks for the fundamental rights of data subjects without any significant benefit for the community.

In accordance with the FAIR principles, the Data Governance Act has also intended to promote the 'availability' of certain categories of data stored in public databases for which re-use is more difficult (e.g., because they are protected by data protection legislation, intellectual property or trade secrets or other commercially sensitive information); it has, therefore, strengthened data sharing mechanisms on a voluntary basis throughout the Union by facilitating 'government-to-business, G2B data sharing'[56]. The sharing mechanisms under this regulation will require strict compliance with the principles and rules of the GDPR for health data managed by regional and provincial health systems and the National Health System, where permitted.[57].

It should be noted that, within the aforementioned framework of new European principles, one of the strategic areas in which a European data space will be created is the health sector: 'a common European health data space, which is essential for advances in preventing, detecting and curing diseases as well as for informed, evidence-based decisions to improve the accessibility, effectiveness and

subjects' rights, intellectual property rights, and commercial and statistical confidentiality, integrity and accessibility, as well as with applicable national law, and to allow the entity providing the secure processing environment to determine and supervise all data processing actions, including the display, storage, download and export of data and the calculation of derivative data through computational algorithms'.

56 On the '*Use of public sector information by business (government-to-business – G2B – data sharing)*' see paragraph 4 of the European Commission Communication on 'A European Strategy for Data', where the problem is highlighted that 'sensitive data (e.g. health data) in public databases is often not made available for research purposes, in the absence of capacity or mechanisms that allow specific research actions to be taken in a manner compliant with personal data protection rules'. Furthermore, in 'Chapter II: Solidarity and Inclusion' of the 'European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade' of 26 January 2022, the European Parliament, the Council and the Commission committed themselves to 'ensuring wide accessibility and re-use of public sector information'.

57 The Data Governance Act makes it clear that the sharing of personal data still requires a legal basis and compliance with the conditions laid down in the GDPR. In this regard, Recital 15 provides the following: '[…] Conditions attached to the re-use of data should be designed to ensure effective safeguards with regard to the protection of personal data. Before transmission, personal data should be anonymised, in order not to allow the identification of the data subjects, and data containing commercially confidential information should be modified in such a way that no confidential information is disclosed. Where the provision of anonymised or modified data would not respond to the needs of the re-user, subject to fulfilling any requirements to carry out a data protection impact assessment and consult the supervisory authority pursuant to Articles 35 and 36 of Regulation (EU) 2016/679 and where the risks to the rights and interests of data subjects have been found to be minimal, on-premise or remote re-use of the data within a secure processing environment could be allowed.
This could be a suitable arrangement for the re-use of pseudonymised data. Data analyses in such secure processing environments should be supervised by the public sector body, so as to protect the rights and interests of third parties. In particular, personal data should be transmitted to a third party for re-use only where a legal basis under data protection law allows such transmission. […] the public sector body should make best efforts to provide assistance to potential re-users in seeking such consent or permission by establishing technical mechanisms that permit transmitting requests for consent or permission from re-users, where practically feasible. […]'.

sustainability of the healthcare systems'[58]. Among the most important innovations envisaged by the proposal for a regulation on the European health data space, recently drawn up by the European Commission[59], a common infrastructure - called 'MyHealth@EU' for the primary use of electronic health data, and 'HealthData@EU' for their secondary use - is designed to facilitate cross-border exchange, portability and sharing of electronic health data, also through the setting up of 'health data access bodies' (appropriately coordinated among themselves) by the Member States[60].

VII. PROBLEMS AND NEW CHALLENGES OF THE RECENT EUROPEAN APPROACH TO DATA GOVERNANCE IN HEALTHCARE.

It is not easy to combine the FAIR principles with the idea that the protection of people in their fundamental rights remains the central element in the Union's policies, as also stated in the 'European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade'.[61]

The problems to be tackled with regard to health data are numerous and complex, and the solutions put forward are not always timely and adequate.

In the area of private healthcare, there are widespread commercial practices related to the apparently free offer to consumers of applications to monitor their health status, and to health professionals of applications and software for processing or segmentation of diagnostic images that involve the sharing of health data of a very large number of patients with companies based outside the EU.[62] It

58 See Communication from the Commission, 'A European Strategy for Data', cit., paragraph 5, point 'D. Common European data spaces in strategic sectors and domains of public interest'. Furthermore, paragraph 4 of the Appendix to the Communication is dedicated to the 'Common European Health Data Space': the Commission emphasises the centrality of this objective in order to make sure 'that every citizen has secure access to their Electronic Health Record (EHR) and can ensure the portability of his/her data within and across borders', which 'will improve access to and quality of care, cost effectiveness of care delivery and contribute to the modernisation of health systems'. To this end, the Commission will 'support the development of national electronic health records (EHRs) and interoperability of health data through the application of the Electronic Health Record Exchange Format. Scale up cross-border exchange of health data; link and use, through secure, federated repositories, specific kinds of health information, such as EHRs, genomic information (for at least 10 million people by 2025), and digital health images, in compliance with the GDPR'.

59 Reference is made to the 'Proposal for a Regulation of the European Parlament and of the Council on the European Health Data Space', cit. On this draft, for more details on the issue of its compliance with the GDPR, see il "EDPB-EDPS Joint Opinion 3/2022", adopted on 12 July 2022, available at *https://edpb.europa.eu/system/files/2022-07/edpb_edps_jointopinion_202203_europeanhealthdataspace_en.pdf.*

60 In this regard, see Recitals 24, 25, 26, 55 and Articles 2(1)(t) and (x), 12, 13, 52, 53, 54 of the above Proposal for more details.

61 See the title of Chapter I of the 'European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade': 'Putting people at the centre of the digital transformation'.

62 For example, see the following scientific article comparing some software available to health professionals, using a number of technical evaluation parameters that neglect, however, the profile of their actual adequacy in terms of data protection: Virzì, A., et al., "Comprehensive Review of 3D Segmentation Software Tools for MRI Usable for Pelvic Surgery Planning", *Journal of Digital Imaging*, 2020, p. 99 ff.

is true that the 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data' (or Data Act)[63] aims to intervene on these aspects: this regulation will give users and companies the possibility to decide on how the data - including health-related data - generated by their products or related services can be used. However, *rebus sic stantibus*, the agreements underlying the free use of the aforementioned software are, in most cases, outside the perimeter of legality established by European data protection rules, with high risks of unfair relationships and violation of data subjects' rights.

Another problematic aspect is that the support actions for the development of interoperable European data spaces envisage heavy investment in federated cloud infrastructures with architectures and governance mechanisms for data sharing ecosystems and Artificial Intelligence (AI)[64]. In this context, the legal basis of algorithmic processing of health data is uncertain, although some identify it in Articles 9(1)(j) and 89 GDPR. However, it is also a phenomenon that hides high risks of dehumanisation of the doctor-patient relationship and of discriminatory conduct[65] or, in any case, of conduct detrimental to the fundamental rights of the persons involved, especially in relations with other subjects or private powers: one thinks of the use of metadata derived from algorithms, predictive of probable future health conditions referring to certain groups or communities, in the insurance sector or in personnel selection processes. In order to tackle these risks, the proposal for a regulation on the European health data space provides in Article 35 for the prohibition of the secondary use of electronic health data both to take decisions in relation to a natural person or groups of natural persons to exclude them from the benefit of an insurance contract or to modify their contributions and insurance premiums; and, more generally, to take decisions detrimental to a natural person, such as to produce legal effects or affect him/her in a similar significant way.

63 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data', 23 February 2022, COM(2022) 68 final, (*https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A68%3AFIN*).

64 On this topic see Mayer-Schönberger, V., Ingelsson, E., "Big Data and Medicine - a Big Deal?", *Journal of Internal Medicine*, 2018, p. 283 ff.; Price, W.N., Cohen, I.G.: "Privacy in the Age of Medical Big Data", *Nature Medicine*, 2019, p. 25 ff.; Perlingieri, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. Dir.*, 2020, p. 161 ff.; Vimercati, F.: "Intelligenza artificiale in sanità", in P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco (eds.), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Naples, 2020, p. 211 ff.; Cerea, F.: "Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a CoViD-19", *Nuova Giur. Comm.*, 2020, suppl., p. 45 ff.; Rauccio, C.: "Artificial intelligence and genomics: the Data protection implications in the use of AI for genomic diagnostics", *Eur. J. Privacy Law Tech.*, 2021, p. 115 ff. In a more general perspective see Comandé, G.: "Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali, note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali", *Danno resp.*, 2022, p. 141 ff.; Amram, D.: "The Role of the GDPR in Designing the European Strategy on Artificial Intelligence: Law-Making Potentialities of a Recurrent Synecdoche", *Opinio Juris in Comp.*, 1, 2020, p. 1 ff.; Pizzetti, F.: "La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale", in Id. (ed.), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Turin, 2018, p. 5 ff.; Zarsky, T.Z.: "Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data", *Seton Hall Law Review*, 2017, p. 47 ff.

65 In this regard see Zuiderveen Borgesius, F.J.: "Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence", *The International Journal of Human Rights*, 2020; Hacker, P., "Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law", *Common Market Law Review*, 2018, p. 1143 ff.

With regard to the protection of personal data, the need to cope with risks relating to the confidentiality and integrity of an enormous amount of potentially accessible sensitive electronic data should lead one to conceive of the data space effectively as a 'secure processing environment', in the sense indicated by Article 50 of the proposal for a regulation on the European health data space[66]. The question arises whether this technical and legal notion is adequate for the purpose and the underlying risks.

In order to ensure control of personal data in this changed context, the European Data Strategy points to other tools, where it foresees the goal of fostering the development and use of 'personal information management apps, including fully decentralised solutions building on blockchain', as well as 'personal data cooperatives or trusts' and 'novel data intermediaries such as providers of personal data spaces' guaranteeing their role as neutral brokers in the personal data economy.[67]

It will, however, take time for these new intermediary service providers to establish themselves in the market.

To prevent a dangerous market-centric drift, the main effort to be made must be in the direction of a correct application of the GDPR principles, in particular their balancing and coordination with the new European data governance principles.

The principle of accountability should assume a central role with respect to the algorithmic processing of electronic health data, since this principle requires the data controller to carry out a prior assessment of the risks to the rights of all the subjects involved in the processing chain and, on the basis of this impact assessment, to adopt technical and organisational measures appropriate to the concrete risks. In this perspective, it becomes crucial to establish upstream the data quality criteria on the basis of which the analyses will be developed, as well as the purposes and the logic underlying the processing methods, so that they are transparent and subject to a critical scientific and legal control[68].

66 With reference to a 'secure processing environment', this article provides for the adoption of particular security measures, including: restrict access to authorised persons; minimise the risk of the unauthorised reading, copying, modification or removal of electronic health data; limit the input of electronic health data and the inspection, modification or deletion of electronic health data to a limited number of authorised identifiable individuals; ensure that data users have access only to the electronic health data covered by their data permit, by means of individual and unique user identities and confidential access modes only; keep identifiable logs of access for the period of time necessary to verify and audit all processing operations.

67 For more details on these new services that will be offered in the digital market, see recitals 30 to 44 and Article 2(11) and (15) of the Data Governance Act, where the notions of 'data intermediation service' and 'services of data cooperatives' are defined respectively, as well as see Articles 10 to 14.

68 On this point see Comandé, G.: "Leggibilità algoritmica e consenso", cit.

The measures adopted must then be inspired by the principles of privacy by design and privacy by default and take into account available technologies that can be used to minimise risks (e.g. blockchain).

The principle of data minimisation provides an opportunity to assess another aspect that is fundamental to the development of the digital economy and the proper functioning of the European and internal health data space: the anonymisation of personal data[69]. Further studies and research need to be conducted in the health sector to establish how to anonymise diagnostic images in a legal sense and better clarify the boundaries with regard to pseudonymisation. This seems to be perhaps the most effective means of protecting the data subjects and pursuing the objectives of research development and those set out in the European Data Strategy, unless the development of personalised medicine leads to a different hierarchy of interests and values.

With regard to the risks linked to the dominance of algorithmic decisions and the robotization of the care relationship[70], here too the solution on a legal level is provided by the GDPR, since Article 22(1) establishes the principle that the data subject has the right not to be subjected to a decision based solely on automated processing that produces legal effects concerning him or significantly affects him. Moreover, exceptions to this principle are more limited when decisions are based on special categories of personal data (including health data), as provided for in the last paragraph of the same Article[71]. The right to human intervention (by the doctor) in the decision to diagnose and treat is, therefore, an inescapable right of the patient and must continue to be so in the future.

One of the turning points of the European Data Strategy is the solidaristic approach to the objective of promoting the re-use of data, especially in the health

69 Anonymisation techniques are a rather complex subject, as can be seen from a number of recent decisions of the Garante concerning the health sector: see Garante per la protezione dei dati personali, 1° June 2023, n. 226, web doc. 9913795; 15 December 2022, n. 416, cit. In both decisions, the Garante makes it clear that anonymisation cannot be considered to be achieved through the mere removal of the personal details of the data subject or their replacement by a pseudonym code; and that 'an anonymisation process cannot be defined as effectively anonymous if it is not suitable for preventing anyone using such data, in combination with "reasonably available" means, from (1) isolate a person in a group (single-out); (2) link an anonymised data to data referable to a person in a separate data set (linkability); (3) infer new information referable to a person from an anonymised data (inference). See also the 'Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques' adopted on 10 April 2014 by the Article 29 Data Protection Working Party, available at *https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf*; in the literature see D'Acquisto, G., Naldi, M.: *Big Data e privacy by design. Anonimizzazione Pseudonimizzazione Sicurezza*, Turin, 2017, p. 41 ff.

70 On the topic of medical robotics see Perlingieri, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", cit., p. 178 s., who observes that, with the use of neurobotic technologies such as wetware systems, in the therapeutic relationship there could be that empathy that today seems excluded by algorithm-based Artificial Intelligences. On the risks linked to the dominance of algorithmic decisions, see Noto La Diega, G.: "Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information", *JIPITEC*, 2018, 9, p. 1 ff.

71 For more details, see Bygrave, L.A.: "Art. 22 Automated individual decision-making, including profiling", in C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), *The EU General Data Protection Regulation*, cit., p. 539.

sector. The term 'data altruism' has been used in preference to the term 'data donation' as the latter implies ownership transfer and the concept of ownership does not fit comfortably with health data which are 'about the patient' as a centre of relevant interests, but do not 'belong to the patient'. Furthermore, 'the concept of ownership could even be harmful to the promotion of the notion of data altruism, as ownership (and therefore the passing of ownership to another) risks severing of the connection between the patient and their data'.[72] It is also true that the persons or entities that are the term of reference for interests or rights in personal data are no longer only the data subject and the data controller, but also - according to the Data Governance Act - the 'data holder', who/which 'has the right to grant access to or to share certain personal data or non-personal data', and the 'data user', who/which has legitimate access to certain data, including personal data, and the right to use them for commercial or non-commercial purposes.[73]. The reference here is to the possibility for small and medium-sized enterprises to have access to a wealth of information, hitherto reserved for large multinationals, through which they can be more competitive and exploit new development opportunities.

It follows that the 'pillar' of free movement is flanked by those of availability and accessibility of (personal and non-personal) data, which are perceived as essential values for the proper functioning of the market. Moreover, while it is true that data can sometimes be considered as a resource capable of producing pecuniary benefits[74], it is also true that certain categories of data, by reason of the purposes for which their secondary use is promoted, tend increasingly to acquire social value and utility, as a resource for enhancing the wellbeing of the community through the development of research and the improvement of policies and services.[75] In the case of health data, the value of availability is pre-eminent over the other profiles of circulation and (presumed) marketability, which, on the other hand, seem to characterise much more the non-particular categories of personal data[76].

In this perspective, the role of supervisory authorities and their cooperation will be increasingly essential to ensure a balanced coexistence between the multiple

72 On this point see European Commission, *Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of GDPR*, cit., p. 113. In literature see Ballantyne, A.: "How should we think about clinical data ownership?", *J. Med. Ethics*, 2020, 46, p. 289 ff.; for a critique of the application of the paradigms of ownership and property rights to personal data, see Viterbo, F.G.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, cit., p. 145 ff.

73 For the definition of these entities, see Article 2, nn. 8) and 9) of the Data Governance Act.

74 This aspect emerges from the following definition of 'data sharing' under Article 2, n. 10) of the Data Governance Act: 'the provision of data by a data subject or a data holder to a data user for the purpose of the joint or individual use of such data, based on voluntary agreements or Union or national law, directly or through an intermediary, for example under open or commercial licences subject to a fee or free of charge'.

75 Camardi, C.: "Sulla governance digitale europea: una proposta di confronto", *Accademia*, 2023, p. 9.

76 For the main bibliographical references on the issue of the commercial value of personal data see back, footnote 1. In this regard, however, we agree with those who observe that, from the point of view of constitutional personalism, the use of data cannot be justified in a mercantile logic, in a buying and selling of them disguised by a surreptitious use of them as payment for a service, beyond the apparent gratuitousness: Perlingieri, P.: "Note sul «potenziamento cognitivo»", *Tecn. Dir.*, 2021, p. 215 s.

functions that can be ascribed to data spaces or ecosystems, on the basis of appropriate controls and interventions operating on at least three different levels: legal, technical-scientific and ethical-social.[77] It must always be borne in mind that not everything that is technically possible is in itself ethically or legally acceptable[78].

To sum up, the greatest risk to be avoided for the future is that the current European human-centric approach to the problems of personal data circulation will fade the colouring of its principles to give way to the darker hues and chiaroscuros of the state-centric and market-centric approaches to the new challenges posed by the demands of data availability and marketability[79].

77 See Zoppini, A.: "Il ruolo e le funzioni delle authorities nel trattamento algoritmico dei dati", in P. Perlingieri et al. (eds.), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., p. 291 ff.

78 In this regard see Perlingieri, P.: "Note sul «potenziamento cognitivo»", cit., p. 209 ff.

79 In line with the above-mentioned wish, the European Commission, in its aforementioned Communication on 'A European Strategy for Data', outlines, in paragraph 2, the following overall situation: 'competitors such as China and the US are already innovating quickly and projecting their concepts of data access and use across the globe. In the US, the organisation of the data space is left to the private sector, with considerable concentration effects. China has a combination of government surveillance with a strong control of Big Tech companies over massive amounts of data without sufficient safeguards for individuals […] we have to find our European way, balancing the flow and wide use of data, while preserving high privacy, security, safety and ethical standards. […] The Commission's vision stems from European values and fundamental rights and the conviction that the human being is and should remain at the centre'. It must be added, however, that legislating is not enough for this purpose. A fundamental instrument is the dissemination of an anthropocentric and solidarity-based culture supported by adequate education: Perlingieri, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", cit., p. 190.

BIBLIOGRAPHY

Agnino, F.: "Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento", *Danno e resp.*, 2014, p. 43 ff.

Amram, D.: "Building up the "Accountable Ulysses" model. The impact of GDPR and national implementations, ethics, and health-data research: Comparative remarks", *Computer Law & Security Review*, 37, 2020, p. 1 ff.

Amram, D.: "The Role of the GDPR in Designing the European Strategy on Artificial Intelligence: Law-Making Potentialities of a Recurrent Synecdoche", *Opinio Juris in Comp.*, 1, 2020, p. 1 ff.

Ballantyne, A.: "How should we think about clinical data ownership?", *J. Med. Ethics*, 2020, 46, p. 289 ff.

Bartow, A.: "Our Data, Ourselves: Privacy, Propertization, and Gender", *University of San Francisco Law Review*, 2000, p. 634 ff.

Becker, R., Comandé, G. et al.: "Secondary Use of Personal Health Data: When Is It "Further Processing" Under the GDPR, and What Are the Implications for Data Controllers?", *Eur. J. Health Law*, 2022, p. 1 ff.

Bravo, F.: "Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act", *Contr. impr./Eur.*, 2021, p. 199 ff.

Bygrave, L.A.: *Data Protection Law. Approaching its Rationale, Logic and Limits*, L'Aia, 2002, p. 120 ff.

Bygrave, L.A., Tosoni, L.: "Article 4(15). Data concerning health", in C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford, 2020, p. 217 ff.

Bygrave, L.A., Tosoni, L., "Article 4(13). Genetic data", in C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford, 2020, p. 196 ff.

Bygrave, L.A.: "Art. 22 Automated individual decision-making, including profiling", in C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, (eds), *The EU General Data Protection Regulation. A Commentary*, Oxford, 2020, p. 539 ff.

Cabrio, A.: "La seconda vita dei dati. Luci e ombre della normativa privacy in materia di secondary data use", in F. Frattino, F. Massimino (eds.), *I dati. Il futuro della sanità. Strumenti per una reale innovazione*, Milan, 2022, p. 25 ff.

Caggia F.: "Il trattamento dei dati sulla salute, con particolare riferimento all'ambito sanitario", in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (eds.), *Il codice del trattamento di dati personali*, Turin, 2007, p. 405 ff.

Califano, L.: "Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e dossier sanitario: il contributo del Garante privacy al bilanciamento tra diritto alla salute e diritto alla protezione dei dati personali", *Sanità pubblica* e *privata*, 2015, 3, p. 7 ff.

Calzada, I.: "Citizens' Data Privacy in China: The State-of-the-Art of the Personal Information Protection Law (PIPL)", *Smart Cities*, 2022, 5, p. 1129 ff.

Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, p. 499 ff.

Camardi, C.: "Sulla governance digitale europea: una proposta di confronto", *Accademia*, 2023, p. 2 ff.

Cate, F.H. Dempsey, J.X. and Rubinstein, I.S.: "Systematic government access to private-sector data", *International Data Privacy Law*, 2012, p. 195 ff.

Cerea, F.: "Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a CoViD-19", *Nuova Giur. Comm.*, 2020, suppl., p. 45 ff.

Cerrina Feroni, G.: "Luci e ombre della Data Strategy europea", 13 maggio 2022, in *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9769786*

Ciancimino, M.: *Protezione* e *controllo dei dati in ambito sanitario* e *intelligenza artificiale*, Naples, 2020.

Ciatti, A.: "La protezione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute nella legge n. 675 del '96", *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 368 ff.

Clifford, D. Graef, I. Valcke, P.: "Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent - Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections", *German Law Journal*, 2019, p. 679 ff.

Comandé, G.: "Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali, note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali", *Danno resp.*, 2022, p. 141 ff.

Comandé, G., Nocco, L., Peigné, V., "Il fascicolo sanitario elettronico: uno studio multidisciplinare", *Riv. it. med. leg.*, 2012, 105 ff.

Corti, D.: "La sorte (incerta) della ricerca sui campioni biologici umani all'indomani della decisione Shardna", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 594 ff.

Courbier, S., Dimond, R., Bros-Facer, V.: "Share and protect our health data: an evidence based approach to rare disease patients' perspectives on data sharing and data protection - quantitative survey and recommendations", *Orphanet Journal of Rare Diseases*, 2019, p. 175 ff.

D'Acquisto, G., Naldi, M.: *Big Data e privacy by design. Anonimizzazione Pseudonimizzazione Sicurezza*, Turin, 2017.

De Franceschi, A.: "Il «pagamento» mediante dati personali", in Ricciuto, V., Cuffaro V., D'Orazio R. (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1381 ff.

Di Ciommo, F.: "La privacy sanitaria", in R. Pardlesi (ed.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milan, 2003, p. 239 ff.

Dierks, C., Kircher, P., Husemann, C., Kleinschmidt, J., and Haase, M.: *Data Privacy in European Medical Research: A Contemporary Legal Opinion*, Berlin, 2021.

Drinhausen, K. Brussee, V.: "China's Social Credit System in 2021: From fragmentation towards integration", 2021, available at *https://merics.org/en/report/chinas-social-credit-system-2021-fragmentation-towards-integration*

Ducato, R.: "Data protection, scientific research, and the role of information", *Computer Law & Security Rev.*, 2020, p. 2 ff.

Federico, A.: "Applicazione dei princípi generali e funzione nomofilattica", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 820 ff.

Femia, P.: "Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali", in G. Perlingieri, M. D'Ambrosio (ed.), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ff.

Ferola, L.: "Le 'misure di garanzia' a tutela dei dati biometrici, genetici e sulla salute", in Pizzetti, F.(ed.): *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, Turin, 2021, p. 411 ff.

Finocchiaro, G.: "Il quadro di insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali", in Ead. (ed.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 2 ff.

FINOCCHIARO, G.: "Il trattamento dei dati sanitari: alcune riflessioni critiche a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice in materia di protezione dei dati personali", in G.F. FERRARI (ed.), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milan, 2008, p. 207 ff.

FLORIDI, L.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milan, 2017.

GAMBINO, A.: "Dignità umana e mercato digitale", in G. CONTALDI (ed.), *Il mercato unico digitale*, Rome, 2017, p. 7 ff.

GAMBINO, A.: "Riforma del fascicolo sanitario elettronico nell'emergenza sanitaria", in C. PETRINI, C. D'APRILE, G. FLORIDIA, S. GAINOTTI, L. RIVA, S. TAMIOZZO (eds.), *Tutela della salute individuale e collettiva: temi etico-giuridici e opportunità per la sanità pubblica dopo COVID-19*, Roma, 2020, p. 36 ff.

GAMBINO, A., MAGGIO, E., OCCORSIO, V.: "Il nuovo fascicolo sanitario elettronico: sottoscrizione, tutela dei dati, responsabilità civile", 22 luglio 2020 *(https://www.dimt.it/la-rivista/articoli/nuovo-fascicolo-sanitario-elettronico/)*

GERARDS, J.H.: "General Issues concerning Genetic Information", in ID., A.W. HERINGA, H.L. JANSSEN (eds), *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, Oxford, 2005, p. 5 ff.

GEROGIEVA, L., KUNER, C.: "Article 9. Processing of special categories of personal data", in ID., L.A. BYGRAVE, C. DOCKSEY, (eds), *The EU General Data Protection Regulation. A Commentary*, Oxford, 2020, p. 372 ff.

GUARDA, P.: "I dati sanitari", in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 591 ff.

GUARDA, P.: *Fascicolo sanitario elettronico e protezione dei dati personali*, Trento, 2011.

HACKER, P., "Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law", *Common Market Law Review*, 2018, p. 1143 ff.

IRTI, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Turin, 2021.

IRTI, C.: "L'uso delle "tecnologie mobili" applicate alla salute: riflessioni al confine tra la forza del progresso e la vulnerabilità del soggetto anziano", *Persona e mercato*, 2023, p. 32 ff.

Kostka, G.: "China's social credit systems and public opinion: Explaining high levels of approval", *New Media & Society*, 2019, p. 1565 ff.

Lattanzi, R.: "Ricerca genetica e protezione dei dati personali", in Aa.Vv., *Il governo del corpo*, I, in P. Zatti, S. Rodotà (eds.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 319 ff.

Laurie, G.: *Genetic Privacy: A Challenge to Medico-Legal Norms*, Cambridge, 2002.

Lessig, L.: "Privacy as Property", *Social Research*, 2002, p. 247 ff.

Liang, F. Das, V. Kostyuk, N. Hussain, M.: "Constructing a Data-Driven Society: China's Social Credit System as a State Surveillance Infrastructure", *Policy & Internet*, 2018, p. 415 ff.

Litman, J.: "Information Privacy/Information Property", *Stanford Law Review*, 2000, p. 1283 ff.

Mac Síthigh, D. Siems, M.: "The Chinese social credit system: a model for other countries?", *Modern Law Review*, 2019, p. 1034 ff.

Malgieri, G.: "Data protection and research: A vita challenge in the era of Covid-19 pandemic", *Computer Law & Security Rev.*, 2020, p. 1 ff.

Marelli, L., Lievevrouw, E., Van Hoyweghen I.: "Fit for purpose? The GDPR and the governance of European digital health", *Policy Studies*, 2020, p. 447 ff.

Maschio F.: "Il trattamento dei dati sanitari. Regole generali e particolari del trattamento per finalità di rilevante interesse pubblico", in G. Santaniello (ed.), *La protezione dei dati personali*, in Id. (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXVI, Padova, 2005, p. 485 ff.

Mayer-Schönberger, V., Ingelsson, E., "Big Data and Medicine - a Big Deal?", *Journal of Internal Medicine*, 2018, p. 283 ff.

Modafferi, F.: "Il regime particolare dei trattamenti dati effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri", in F. Pizzetti (ed.), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, Turin, 2021, p. 397 ff.

Nissenbaum, H.: "A Contextual Approach to Privacy Online", *Daedalus*, 2011, p. 140 ff.

Noce, S., Ottaviano, M.: "Medicina d'iniziativa, come renderla compliant al GDPR", 18 May 2022, available at *https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/medicina-diniziativa-come-renderla-compliant-al-gdpr/*

Noto La Diega, G.: "Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information", *JIPITEC*, 2018, 9, p. 1 ff.

Orviský, M., Klátik, J.: "Telemedicine as a part of globalization and tool for innovation from the legal point of view", *SHS Web of Conf.*, 92, 2021, p. 6 ff.

Perlingieri, C.: "eHealth and Data", in R. Senigaglia, C. Irti, A. Bernes (eds.), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Springer ed., 2021, p. 127 ff.

Perlingieri, C.: "Coronavirus e tracciamento tecnologico: alcune riflessioni sull'applicazione e sui relativi sistemi di interoperabilità dei dispositivi", *Actual. iur. iberoam.*, 2020, p. 836 ff.

Perlingieri, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. Dir.*, 2020, p. 161 ff.

Perlingieri, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Foro napoletano*, 2-2018, p. 481 ff.

Perlingieri, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. Dir.*, 2020, p. 181 ff.

Perligieri, P. and Femia, P.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000.

Perlingieri, P.: "Note sul «potenziamento cognitivo»", *Tecn. Dir.*, 2021, p. 209 ff.

Piria, C.A., "Aspetti contrattuali delle sperimentazioni cliniche no-profit", *Contratti*, 2022, p. 346 ff.

Pizzetti, F.: "GDPR, Codice novellato e Garante nell'epoca dei Big Data e dell'Intelligenza Artificiale", in Id. (ed.), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, Turin, 2021, p. 234 ff.

Pizzetti, F.: "La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale", in Id. (ed.), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Turin, 2018, p. 5 ff.

Poullet, Y.: "Data Protection Between Property and Liberties. A Civil Law Approach", in H.W.K. Kaspersen, A. Oskamp eds, *Amongst Friends in Computers and*

Law. A Collection of Essays in Remembrance of Guy Vandenberghe, The Hague, 1990, p. 160 ff.

Price, W.N., Cohen, I.G.: "Privacy in the Age of Medical Big Data", *Nature Medicine*, 2019, p. 25 ff.

Purtova, N.: *Property Rights in Personal Data: a European perspective*, L'Aia, 2011.

Rauccio, C.: "Artificial intelligence and genomics: the Data protection implications in the use of AI for genomic diagnostics", *Eur. J. Privacy Law Tech.*, 2021, p. 115 ff.

Resta, G.: "Biobanche, ricerca scientifica e tutela della persona", in P. Perlingieri et al. (eds.), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, p. 41 ff.

Ricciuto, V.: "Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale", *Riv. dir. impr.*, 2021, p. 261 ff.

Ricciuto, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", in Id., Cuffaro V., D'Orazio R. (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 23 ff.

Ricciuto, V.: *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Naples, 2022.

Rodotà, S.: "Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 596 ff.

Schwartz, P.M.: "Property, Privacy and Personal Data", *Harvard Law Review*, 2004, p. 2056 ff.

Sica, S. and D'Antonio, V.: "La commodification dei dati personali nella data driven society", in Stanzione, P.: "Introduzione", in Id. (ed.): *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Turin, 2022, p. 129 ff.

Sirgiovanni, B.: "Informed Consent to Processing of Genetic Data", *ItaLJ*, 2022, p. 955 ff.

Spatuzzi, A.: "Contratto di fornitura di servizi digitali e ruolo del consenso al trattamento dei dati personali", *Notariato*, 2021, p. 371 ff.

Stanzione, P.: "Introduzione", in Id. (ed.): *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Turin, 2022, p. 1 ff.;

THOBANI, S.: "Il pagamento mediante dati personali", in S. ORLANDO, G. CAPALDO (eds.), *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, Roma, 2021, p. 361 ff.

UBERTAZZI, L.C.: "Banche dati e privacy", *Diritto industriale*, 2002, p. 633 ff.

UDA, G.M.,: "Il trattamento di dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricercar scientifica o storica o a fini statistici", in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 569 ff.

VERSACI, G.: "Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection", *Eur. Rev. C. L.*, 2018, p. 374 ff.

VIMERCATI, F.: "Intelligenza artificiale in sanità", in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (eds.), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Naples, 2020, p. 211 ff.

VIRZÌ, A., ET AL., "Comprehensive Review of 3D Segmentation Software Tools for MRI Usable for Pelvic Surgery Planning", *Journal of Digital Imaging*, 2020, p. 99 ff.

VITERBO, F.G.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Naples, 2008

VITERBO, F.G.: "Freedom of contract and the commercial value of personal data", *Contratto e impresa/Europa*, 2-2016, pp. 593 ff.

VITERBO, F.G.: "The 'User-Centric' and 'Tailor-Made' Approach of the GDPR Through the Principles It Lays down", *Italian Law Journal*, 2-2019, pp. 631 ff.

VIVARELLI, A.: "La tutela dei dati «sensibili» al vaglio delle Sezioni Unite", *ibid.*, p. 278 ff.

WIESE SVANBERG, C.: "Art. 89. Safeguards and derogations relating to processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes", in C. KUNER, L.A. BYGRAVE, C. DOCKSEY, (eds), *The EU General Data Protection Regulation. A Commentary*, Oxford, 2020, p. 1240 ff.

ZARSKY, T.Z.: "Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data", *Seton Hall Law Review*, 2017, p. 47 ff.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Profili negoziali degli attributi della personalità", *Dir. inf.*, 1993, p. 547 ff.

Zittrain, J.: "What the Publisher Can Teach the Patient: Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Privication", *Stanford Law Rev.*, 2000, p. 1201 ff.

Zoppini, A.: "Il ruolo e le funzioni delle authorities nel trattamento algoritmico dei dati", in P. Perlingieri et al. (eds.), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, p. 291 ff.

Zuiderveen Borgesius, F.J.: "Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence", *The International Journal of Human Rights*, 2020.

LA SUCESIÓN DE LOS DERECHOS DE CONTROL SOBRE LOS DATOS PERSONALES DIGITALES DEL DIFUNTO EN LA COMPARACIÓN DE LAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS EUROPEAS

THE INHERITANCE OF CONTROL RIGHTS OVER THE PERSONAL DIGITAL DATA OF THE DECEASED IN THE COMPARISON OF EUROPEAN LEGAL SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1088-1127

Giuseppe
MARINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El objetivo de este artículo es investigar la cuestión de la sucesión hereditaria relativa a los derechos de control, reconocidos por el gdpr, sobre los datos personales digitales del difunto, comparando diferentes modelos normativos y aplicativos desarrollados en los ordenamientos jurídicos nacionales europeos y, en particular, en italia, francia y españa. La contribución versa tanto sobre la configurabilidad de un caso de sucesión legítima como sobre los contenidos y las formas de expresión de la autonomía privada. Por último, el ensayo resalta los elementos de renovación que el modelo de "herencia digital" puede aportar al derecho de sucesiones como sistema.

PALABRAS CLAVE: Datos personales; sucesion; testamento digital; mercato digital.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to investigate the issue of hereditary succession concerning the rights of control, recognised by the GDPR, over the digital personal data of the deceased, by comparing different regulatory and applicative models developed in European national legal systems and, in particular, in Italy, France and Spain. The contribution deals as much on the configurability of a case of legitimate succession as on the contents and forms of expression of private autonomy. Finally, the essay highlights the elements of renewal that the model of "digital inheritance" may bring to succession law as a system.*

KEY WORDS: *Personal data; digital services and contents; succession; digital inheritance.*

SUMARIO.- I. LA SUCESIÓN HEREDITARIA DESDE EL PRISMA DE LA DIMENSIÓN DIGITAL.- II. EL MARCO JURÍDICO EUROPEO SOBRE DATOS PERSONALES DE LOS FALLECIDOS Y LOS SISTEMAS NACIONALES DE PROTECCIÓN.- III. LOS MODELOS FRANCÉS Y ESPAÑOL DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE CONTROL SOBRE LOS DATOS DE LOS FALLECIDOS.- IV. LA NORMATIVA ITALIANA SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONTROL DE LOS DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO.- V. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL ITALIANA SOBRE LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LOS DATOS PERSONALES.- VI. LA CONFIGURABILIDAD DE UN SUPUESTO DE SUCESIÓN HEREDITARIA SOBRE LOS DERECHOS DE CONTROL SOBRE LOS DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO.- VII. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA SUCESORIA EN LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE LOS DATOS PERSONALES EN EL MODELO FRANCÉS, ESPAÑOL Y CATALÁN.- VIII. CONTENIDO Y LÍMITES DE UN ACTO NO TESTAMENTARIO DE ÚLTIMA VOLUNTAD EN EL SISTEMA SUCESORIO ITALIANO.- IX. EL MODELO CUALIFICADO DE SUCESIÓN DIGITAL COMO VANGUARDIA DEL SISTEMA DE SUCESIONES *MORTIS CAUSA*.

I. LA SUCESIÓN HEREDITARIA DESDE EL PRISMA DE LA DIMENSIÓN DIGITAL.

El tema de la sucesión o herencia digital ocupa un lugar central en el pensamiento actual de la doctrina civilista[1] y de la jurisprudencia europea.

Es un tema que responde, ante todo, a una cuestión práctica: cuál es el destino, en el momento en que la persona haya dejado de vivir, de las cuentas de correo electrónico y de la correspondencia digital; de los perfiles en *social networks* o en *cloud computing* y de los contenidos digitales (fotos, vídeos, posts) que publicamos o almacenamos en ellas; de un monedero virtual y de *cryptocurrencies* o *non fungibles tokens* (NFT) depositado.

1 Las dos expresiones son puramente convencionales y se utilizan indistintamente en la literatura europea. En la doctrina italiana *vid.* Resta, G.: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", *Contr. impr.,* 2019, p. 85 ss.; Id.: "La 'morte' digitale", *Dir. inf.*, 2014, p. 891; Zaccaria, A.: "La successione mortis causa nei diritti di disporre di dati personali digitalizzati", *Studium iuris,* 2020, p. 1368 ss.; Delle Monache, S.: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 460 ss.; Camardi, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", *Dir. inf.*, 2018, p. 65 ss.; Barba, V.: *Contenuto del testamento e atto di ultima volontà,* Napoli, 2018, p. 282 ss.; Id.: "Interesse post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà", *Riv. dir. civ.,* 2017, I, p. 341 ss. *Vid.* también Confortini, V.: *Persona e patrimonio nella successione digitale*, Torino, 2023, passim; Putortì, V.: "Patrimonio digitale e successioni mortis causa", *Giustizia civile,* 2021, p. 163 ss.; Deplano, S.: "La successione a causa di morte nel patrimonio digitale", *Internet e diritto civile* (eds. C. Perlingieri, L. Ruggieri), Napoli, 2015, p. 427 y ss. En la doctrina europea, *vid.* las contribuciones en *The Journal of European Consumer and Market Law*: Nemeth, K., Morais Carvalho, J.: "Digital Inheritance in the European Union", 2018, p. 253; Maeschaelck, B.: "Digital Inheritance in Belgium", 2018, p. 37 ss.; Mackenrodt, M.O.: "Digital Inheritance in Germany", 2018, p. 41; Harbinja, E.: "Digital Inheritance in the United Kingdom", 2017, p. 253 ss.; Berlee, A.: "Digital Inheritance in the Netherlands", 2017, p. 253 ss.; también Camara Lapuente, S.: "La sucesiòn mortis causa en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2019, pp. 375-432; Ludyga, H.: "'Digitales Update' fuer das Erbrecht im BGB?", *ZEV*, 2018, p. 1; Bock, M.: "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", *AcP*, 2017, p. 370; Groffe, J.: "La mort numerique", *Dalloz*, 2015, chr. n. 28.

• Giuseppe Marino
Ricercatore senior di Diritto privato, Università degli Studi di Palermo – giuseppe.marino@unipa.it

Es un tema que también requiere un impresionante esfuerzo teórico. Se trata de una yuxtaposición entre lo clásico de una institución fundamental del derecho privado, como es la sucesión por causa de muerte, y lo nuevo que aporta la digitalización del mercado y de la sociedad, que resulta tan sugerente como ambigua, casi, un oxímoron.

Por un lado, el derecho sucesorio está llamado a resolver, en el plano técnico-jurídico, un problema antropológico ancestral, y, por ello, siempre actual: el del destino, en el signo de la continuidad o caducidad, de las situaciones y relaciones subjetivas de la persona, con ocasión y por razón de su muerte.

En el extremo opuesto, se sabe que existe un proceso de transformación del modo de ser de las relaciones económicas y sociales, razón y consecuencia del progreso de las tecnologías digitales.

La actualidad y la urgencia de las cuestiones subyacentes al tema investigado se derivan de la concurrencia de varios factores. En primer lugar, el progresivo cambio cualitativo y cuantitativo en la naturaleza de la riqueza, que adopta formas excéntricas en la realidad digital[2]. Piénsese en el rendimiento económico generado en *social networks* por los *influencers*. Piénsese también en las carteras de criptodivisas o en las colecciones de NFT que pueden enriquecer el patrimonio del difunto.

En segundo lugar, muchos servicios prestados *online* por gigantes digitales representan hoy canales esenciales e insustituibles de expresión de la personalidad humana (mail, *social network, cloud computing*, comunicación remota, etc.). A través de estas plataformas digitales, tiene lugar el incesante proceso de construcción y renovación de la identidad individual, tanto a nivel existencial y relacional, como patrimonial y profesional. Por lo tanto, es importante definir el régimen jurídico de la transmisión sucesoria de los derechos exclusivos sobre estos nuevos bienes (una especie de nuevas *new properties*[3]) y también de los contratos de prestación de tales servicios, en el signo de la transmisión hereditaria o no[4].

2 Para referencias muy generales, *vid.* Haskel, J., Westlake, S.: *Capitalism Without Capital. The Rise of the Intangible Economy*, Princeton, 2017; y anteriormente Rifkin, J.: *The Age Of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, London, 2000.

3 La obra de referencia en la doctrina italiana es de Zoppini, A.: "Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)", *Riv. dir. civ.*, I, 2000, p. 185; sobre el tema también Martino, M.: "Le "nuove proprietà"", *Tratt. dir. succ. don.*, *La successione ereditaria* (dir. por G. Bonilini), vol. I, Milano, 2009, p. 355 ss. Como es bien sabido, el sintagma ha pasado a formar parte del vocabulario de los juristas de ultramar y europeos desde el estudio de Reich, C.A.: "The New Property", *73 Yale Law J.,* 1964, p. 733 ss. Vid. también Conway, H., Grattan, S.: "The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death", *Modern Studies in Property Law* (eds por H. Conway-S.Hickey), Oxford, 2017, p. 99 ss.; Banta, N.M.: "Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death", 83 *Fordham L. Rev.*, 2014, p. 799 ss.; Cifrino, C.J.: "Virtual Property, Virtual Rights: Why Contract Law, Not Property Law, Must be the Governing Paradigm in the Law of Virtual Worlds", 55 *B.C.L. Rev.*, 2014, p. 235.

4 En la bibliografía europea, *vid.* Parrilla Castillo, J.A.: "The Legal Regulation of Digital Wealth: Commerce, Ownership and Inheritance of Data", *European Review of Private Law,* 2021, p. 807 ss.; Swinnen, K.:

Otro factor decisivo es el proceso de *datafication*,[5] un rasgo distintivo de la actual fase evolutiva del capitalismo digital, por el que cada fragmento de información introducido por los usuarios *online* es convertido sistemáticamente en datos económicamente relevantes por los operadores comerciales[6]. Los datos digitales se trasforman en un factor productivo, funcional a la generación de nuevos conocimientos, que a su vez son necesarios para alimentar y transformar la producción y el consumo de bienes y servicios. En torno a los datos personales se ha construido un mercado, potencialmente ilimitado, de la "atención y elaboración de perfiles" [7].

Es inevitable, por tanto, que una parte cada vez mayor de estas recopilaciones de datos personales pertenezca a individuos fallecidos y persista más allá de su muerte. Esto suscita, por un lado, la cuestión de la regulación del tratamiento por intermediarios digitales de datos referidos a una persona fallecida y, por otro, la del control y la protección *post mortem* de esta información; y, en consecuencia, se plantea la cuestión de identificar a los sujetos (sucesores, familiares, fideicomisarios o terceros) legitimados para ejercerlo[8].

En la fase analítica, este estudio debe desglosarse según un esquema tripartito, que distingue el régimen normativo de la sucesión según el objeto digital de la devolución[9]: una cosa es la transmisión o no de las relaciones contractuales de prestación de servicios digitales, que hoy se rige generalmente por cláusulas de "intransferibilidad" de la cuenta (*account*) [10]; otra, la de los derechos sobre

"Ownership of data: Four Recommendations for Future Research", *Journal of Law, Property, and Society,* 2020, p. 143; Van Erp, S.: "Ownership of Digital Assets?", *European Property Law Journal*, 2016, p. 73.

5 Para las características de este proceso *vid.*, *ex multis*, Zeno Zencovich, V.: "Do 'Data Markets' exist?", *Medialaws*, 2019, p. 24; Graef, I., Prüfer, J.: "Governance of data sharing"*, Tilec Discussion Paper n.º 2021-001*, Tilburg, 2021, p. 1 y ss.; Purtova, N.: "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", *Derecho, innovación y tecnología,* 2018, p. 40 ss.

6 Sobre los diferentes giros y matices del capitalismo en sus declinaciones más recientes *vid.*, entre muchos, Zuboff, S.: *The Age of Surveillance Capitalism*, London, 2019. Una reflexión sociológica y antropológica ya en Bauman, Z., Lyon, D.: *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2014, *passim* y espec. p. 39 ss. Un estudio sociológico sobre el camino evolutivo de la sociedad de la información en Floridi, L.: "Mature Information Societies - a Matter of Expectations", 29 *Phil. & Tech*., 2016, p. 1 ss.

7 Para una representación de la arquitectura de los mercados de atención, *vid.* Spence, W.: "Facebook, the Attention Economy and EU Competition Law: established Standards Reconsidered?", *European Business Law Review,* 2020, pp. 693-724; Monti, G.: "Attention Intermediaries: Regulatory Options and Their Institutional Implications", *TILEC Discussion Paper,* 2020, p. 4.

8 En doctrina sobre este aspecto particular del tema en exponente *vid.* Resta: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", cit., p. 86; Martone, I.: "Sulla trasmissibilità a causa di morte dei 'dati personali': l'intricato rapporto tra digitalizzazione e riservatezza", *Nuovi modelli di diritto successorio: prospettive interne, europee e compárate* (eds. por Ballerini, Buset, Pertot, Rega), Trieste, 2020, p. 87; Spangaro, A.: "La tutela postmortale dei dati personali del defunto", *Contr. impr*, 2021, p. 574 ss.; Patti, F.P., Bartolini, F.: "Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform", 27 *European Review of Private Law*, 2019, pp. 1181-1194. En la literatura europea, *vid.* De Miguel Beriain, I., Sánchez, A.D., Parrilla Castillo, J.A.: "What Can We Do with the Data of Deceased People? A Normative Proposal, *European Review of Private Law*, 2021, p. 785 ss.; Buitelaar, J.C.: "Post-mortem privacy and informational self-determination", *19 Ethics Inf. Technol*, 2017, p. 129 ss.

9 *Amplius* Marino, G.: *Mercato digitale* e *sistema delle successioni* mortis causa, Napoli, 2022, p. 51 ss.

10 En la doctrina española Cámara Lapuente, S.: "Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad", *El mercado digital de la Unión*

contenidos generados por los usuarios o bienes digitales o *cryptoassets*, que forman parte de la herencia[11]; otra cosa más es, en fin, la disciplina relativa a la devolución de los derechos sobre los datos personales del difunto.

De los temas indicados sólo será posible - dentro los límites de esta contribución - considerar la cuestión de la sucesión de los derechos de control sobre los datos personales en el marco del Reglamento general de protección de datos europeo (Reg. UE 2016/679, *infra* RGPD), que es la más novedosa y que muestra algunos puntos de contacto interesantes entre los sistemas nacionales europeos, y, al mismo tiempo, algunos puntos de divergencia. Por cierto, es en el cuadrante de la legislación sobre datos, donde se registra la existencia de la única disposición italiana *ad hoc* sobre el tema de la "sucesión digital", contenida en el artículo *2-terdecies* del "Código de la protección de datos personales" [12]. No es casualidad que las primeras decisiones jurisprudenciales italianas en la materia hayan girado en torno a esta disposición, a cuyo análisis volveremos en el curso de este estudio.

De hecho, en el contexto de la sociedad algorítmica actual, la ubicuidad de los datos personales y su función capital en las lógicas imperantes de la *data-economy* da lugar a la paradójica circunstancia de que la muerte física de la persona no se corresponde con su desaparición de la *web*: es decir, se forman "necrópolis" de datos que permanecen, más allá de la vida de las personas a las que se refieren, en el control y la disponibilidad de un círculo de gigantes del mercado digital. Por tanto, surge la necesidad de reconstruir un marco jurídico que regule las actividades de tratamiento póstumo por parte de los operadores económicos sobre la información personal de los fallecidos. Asimismo, desde la perspectiva propiciada en el presente trabajo, se trata de indagar si existe un supuesto *genuinamente* sucesorio en relación con las situaciones subjetivas sobre los datos de carácter personal del fallecido: lo que significa que la adquisición de los derechos de acceso, gestión y control sobre los mismos se realiza *iure successionis* por el causahabiente; es decir, encuentra su fundamento técnico en la construcción de la *derivación* del difunto de la base causal en su fallecimiento

En última instancia, todas las cuestiones subyacentes a la sucesión digital instan al civilista a abordar un problema general y preliminar: el de las relaciones entre el derecho sucesorio recogido en los códigos civiles clásicos - concebido para una realidad evidentemente muy diferente - y el orden actual del mercado digital y la sociedad algorítmica[13]. Se trata, en otras palabras, de averiguar si, y en qué

Europea (Cords. J.A. Castillo Parrilla y P. Castaños Castro), Madrid, 2019, pp. 157-249.

11 García Herrera, V., "La disposición sucesoria del patrimonio digital", *Actualidad Civil*, 2017, p. 65 ss.

12 Esta disposición fue introducida por el Decreto Legislativo n.º 101 de 10 de agosto de 2018, que novó el Decreto Legislativo n.º 196 de 30 de junio de 2003 sobre datos personales con un trabajo de coordinación con el sistema nacional del *Reglamento General de Protección de Datos* (en adelante, RGPD).

13 *Vid.* Marino: *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, cit., p. 147 ss.

medida, los principios y categorías fundantes del derecho sucesorio conservan su capacidad para regir también la materia digital y cuáles son, en este caso, las curvaturas, desviaciones o desgarros impresos por el progreso tecnológico[14].

Ante la prueba de la evolución del capitalismo digital y de la sociedad algorítmica, corresponde al civilista asumir el reto, tan gravoso como fascinante, de sincronizar el fenómeno y el significado *contemporáneo* de la sucesión y la conformación de los principios y reglas que forman su tejido normativo para que sean permeables y funcionales a la protección de los intereses de la persona hoy en juego, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales[15].

II. EL MARCO JURÍDICO EUROPEO SOBRE DATOS PERSONALES DE LOS FALLECIDOS Y LOS SISTEMAS NACIONALES DE PROTECCIÓN.

Volviendo específicamente al dato normativo de matriz europea, cabe recordar, en primer lugar, que la anterior Directiva 95/46/CE sólo se aplicaba a los datos relativos a "personas físicas" (vivas) y no contemplaba expresamente la situación de los fallecidos. El RGPD no se ha apartado de esta línea normativa, que, sin embargo, sólo aborda expresamente esta cuestión en el considerando 27, según el cual el propio Reglamento no es aplicable a los datos personales de una persona fallecida. Por otra parte, el mismo considerando concede a los estados miembros un margen de apreciación que les permite introducir normas sobre esta cuestión.

Si nos fijamos en los distintos sistemas nacionales, en la fase posterior a la introducción, primero, de la Directiva 95/46 y, después, del RGPD, de la observación comparativa se desprenden distintos modelos normativos[16].

14 Sobre la complejidad semántica y sustantiva del término "herencia" en el complejo de los hechos sucesorios, *vid.* Stolfi, G.: "Note sul concetto di successione", *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 535 ss.; Schlesinger, P.: "voce Successioni (dir. civ.). Parte generale", *Noviss. Dig. it.,* XVIII, Torino, 1971, p. 761; más recientemente Barba, V.: "Note per uno studio intorno al significato della parola eredità", *Rass. dir. civ.,* 2011, pp. 347-399; Perlingieri, G.: "L'acquisto dell'eredità", *Diritto delle successioni* (eds por R. Calvo y G. Perlingieri), Napoli, 2008, p. 270 ss.

15 Para una revitalización de la reflexión que ilustré sus direcciones evolutivas *vid.*, por ejemplo, Barba, V.: "Storicità e modernità nel diritto delle successioni", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, pp. 370-392; Perlingieri, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 15 ss.

16 Para una visión general Malgieri, G.C.: "R.I.P.: Rest in Privacy or Rest in(Quasi)Property? Personal Data Protection of Deceased Data Subjects Between Theoretical Scenarios and National Solutions", *Data Protection And Privacy:The Internet Of Bodies* 1 (eds. Leenes-Van Brakel-Gutwirth), London, 2018, p. 11 ss.; Harbinja, E.: "Post-mortem privacy 2.0: theory, law, and technology", *31 International Review of Law, Computers & Technology*, 2017, p. 33; Edwards, L., Harbinja, E.: "Protecting Post-mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World", 32 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2013, p. 124.

En primer lugar, algunas jurisdicciones como Inglaterra, Suecia e Irlanda[17] han excluido expresamente la aplicabilidad de la legislación sobre protección de datos a la información relativa a los fallecidos.

En el otro extremo, otras legislaciones nacionales prevén expresamente la inclusión de los datos personales de personas fallecidas en el ámbito de aplicación de la legislación europea: la ley danesa *Databeskyttelses-loven* apunta en esta dirección, al establecer que el RGPD es aplicable a los datos de personas fallecidas durante un período de 10 años tras el fallecimiento del interesado. Del mismo modo, la legislación portuguesa contempla la aplicación de las normas europeas no a todos los datos de personas fallecidas, sino exclusivamente a las categorías especiales de datos sensibles a que se refiere el artículo 9, apartado 1, del RGPD, o en cualquier caso que afecten a la intimidad, la privacidad o la imagen de la persona a que se refieran. Según estas normas, además, los derechos de acceso y gestión previstos por el RGPD podrán ser ejercidos por la persona designada por el interesado o, en su defecto, por los herederos del fallecido. No obstante, se permite al interesado impedir el ejercicio *post mortem* de estos derechos.

Luego hay un tercer grupo de legisladores municipales que no adoptan una posición explícita sobre la cuestión: en esta perspectiva, es pertinente el ejemplo alemán, donde la *Bundesdatenschutzgesetz* no prevé tal supuesto[18]. Cabe señalar, no obstante, que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia prevalece la tesis de la aplicabilidad de esta normativa únicamente a los datos de personas vivas[19].

Por último, una última familia de ordenamientos jurídicos es partidaria de extender la protección de datos también a las personas fallecidas, otorgando a los herederos, parientes u otras personas la facultad de ejercer los derechos del interesado tras su muerte. Entre ellos figuran Italia, Francia, España, Estonia, Hungría y Eslovaquia.

17 *Vid.* UK Data Protection Act, Sect. 1(1) (e), según la cual los datos personales son aquellos «*which relate to a living individual*». El artículo 3 de la Ley sueca de protección de datos personales lo define como «*all kinds of information that directly or indirectly may be referable to a natural person who is alive*». Según el Secc. 2 (iv) de la Ley Irlandesa de Protección de Datos (Enmienda), los datos personales se definen como «*data relating to a living individual*».

18 Este grupo también incluye la legislación de Austria, Países Bajos, Letonia, Lituania, Finlandia, Grecia y la República Checa.

19 En jurisprudencia se orienta en este sentido del *Bundesgerichtshof*, 12.7.2018, nº 183/17, en *ZIP*, 2018, 1881; en *WM*, 2018, p. 1606, párr. 67. En doctrina al respecto *vid.* Bock: "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", cit., pp. 398-399; Ludyga: "'Digitales Update' für das Erbrechtim BGB?", cit., p. 1; para una posición menos restrictiva. Heinemann, M.J, Heinemann, D.: Postmortaler Datenschutz, *DuD*, 2013, p. 242.

III. LOS MODELOS FRANCÉS Y ESPAÑOL DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE CONTROL SOBRE LOS DATOS PERSONALES DE LOS FALLECIDOS.

Un modelo normativo especialmente interesante en materia de protección de los datos personales del difunto es el francés, que ha visto recientemente la introducción de una regulación detallada de directivas sobre tratamiento de datos personales[20]. El antiguo apartado 6 del artículo 40 de la *Loi Informatique et Libertes* de 1978 (modificado por la *Loi* nº 2004-801 de 6 de agosto de 2004) se limitaba a prever el derecho de los familiares a solicitar una actualización de los datos del difunto[21]. En virtud de este marco jurídico, los tribunales franceses han afirmado en varias ocasiones que los derechos del interesado sobre los datos son de carácter personal y, por lo tanto, se extinguen con el fallecimiento del responsable del tratamiento[22]. En consecuencia, los familiares se veían privados de medios eficaces para proteger la identidad digital del difunto, a menos que pudieran demostrar la existencia de una lesión de su esfera personal.

Para colmar las lagunas dejadas por este marco jurídico, el legislador intervino en 2016, en el contexto de la ley general sobre la *République numérique*, introduciendo una regulación particularmente sofisticada de la "muerte digital", primero en el artículo 40-1 de la *Loi Informatique et libertes*, ahora transitado en los artículos[23]. Esta normativa se basa en una regla general. según la cual los derechos del interesado al tratamiento de datos personales (previstos en los artículos 48 y siguientes de la ley en cuestión) se extinguen con su fallecimiento (artículo 84.2). Al mismo tiempo, tolera una serie de excepciones pertinentes, que permiten el mantenimiento y el ejercicio provisional de tales derechos en las condiciones establecidas en el art. 85[24].

Esta última reconoce, en primer lugar, la facultad de toda persona de dictar directivas generales o particulares (*directives générales ou particulières*) relativas al tratamiento de sus datos personales *post mortem* (art. 85, com. 2 y 3), mediante

20 Tras la *Ordonnance* n° 2018-1125 de 12 de diciembre de 2018, art. 1, hoy el art. 84 de la *Loi Informatique et Libertés* dispone lo siguiente: «Les traitements de données à caractère personnel relatives aux personnes décédées sont régispar les dispositions du présent chapitre. Les droits mentionnés au chapitre II s'éteignent au décès de la personne concernée. Toutefois, ils peuvent être provisoirement maintenus dans les conditions fixées à l'article 85».

21 En tema Metallinos, N.: "Accès des héritiers: distinction entre personne intéressée et personne concernée", *Comm. Comm. Électr.*, 2016, comm. 74.

22 Conseil d'État, 8-6-2016, n° 386525, en *RGD online*, 2016; Conseil d'État, 7-6-2017, n° 399446, *Comm. Comm. Électr*, 2017, Metallinos, N.: "Conditions de l'extension de la notion de personne concernée aux hèritiers", comm. 84.

23 *Vid.* Groffe: "La mort numérique", cit., n. 28.

24 Art. 63, par. 2, *Loi* 7-10-2016, n. 2016-1321 *pour une République numérique*. En la doctrina Pérès, C.: "Les données à caractére personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République Numérique", *D.*, 2016, p. 90.

las cuales puede también designar a un mandatario, ejecutor de estas voluntades[25]. Estas disposiciones se examinarán detenidamente con posterioridad. En caso de fallecimiento del difunto sin haber dejado voluntades anticipadas, los herederos pueden en cualquier caso ejercer los derechos relativos a los datos personales concedidos al interesado en vida por la legislación europea y francesa pertinente y, más en general, las situaciones subjetivas relativas a los *biens numérique*s. El ejercicio de tales derechos está limitado por la norma con respecto a determinados fines que el heredero debe perseguir alternativamente: en primer lugar, puede ser funcional para llevar a cabo la sucesión, y, en particular. para obtener la información útil para la reconstrucción del *relictum*, así como para entrar en la disponibilidad de todas las comunicaciones y contenidos digitales, asimilables a recuerdos familiares (*souvenirs de famille*), transmisibles a los herederos.

Por lo demás, el ejercicio de los derechos sobre los datos personales del fallecido puede servir a la relación con los prestadores de servicios digitales con los que mantenía relaciones contractuales, en particular, la facultad del heredero de solicitar la extinción definitiva de las cuentas del difunto. Sobre la base de esta disposición, se deduce que la voluntad del heredero parece tener que prevalecer, incluso, sobre cualquier disposición diferente de las condiciones contractuales de uso de la cuenta en cuestión. Además, el heredero puede oponerse a la continuación del tratamiento de los datos personales del difunto o solicitar su actualización.

Una regulación de la materia también ha sido adoptada en el ordenamiento jurídico español con la Ley Orgánica de 5 de diciembre de 2018, nº 3, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de desarrollo y puesta en funcionamiento del RGPD[26]. El artículo 3 [27] otorga a los herederos, a otros

25 El segundo párrafo del artículo 85 *Loi* 7-10-2016, n. 2016-1321 *pour une République numérique* establece «II. En l'absence de directives ou de mention contraire dans ces directives, les héritiers de la personne concernée peuvent exercer, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre II dans la mesure nécessaire: 1. A l'organisation et au règlement de la succession du défunt. A ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d'identifier et d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession. Ils peuvent aussi recevoir communication des biens numériques ou des données s'apparentant à des souvenirs de famille, transmissibles aux héritiers; 2. A la prise en compte, par les responsables de traitement, de son décès. A ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour. Lorsque les héritiers en font la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en application du précédent alinéa. […] III. Tout prestataire d'un service de communication au public en ligne informe l'utilisateur du sort des données qui le concernent à son «décès et lui permet de choisir de communiquer ou non ses données à untiers qu'il désigne».

26 *Vid.* Martínez Vázquez, F.: "La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales", *Tratado de protección de datos* (A. Rallo Lombarte Dir.), Valencia, 2019, pp. 53-77.

27 El art. 3 de la Ley Orgánica establece: "Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión. Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o

familiares y a quienes tuvieran relaciones de hecho con el fallecido el derecho de acceso, rectificación o supresión de los datos personales a ejercitar frente al responsable del tratamiento[28].

A diferencia del modelo italiano, que se centra exclusivamente en los datos personales, el artículo 96, titulado "derecho al testamento digital", garantiza expresamente facultades de control similares con respecto a los contenidos digitales y las cuentas del difunto. Asimismo, se establece, de forma similar al derecho francés, la facultad de las citadas personas de obtener, sin demora, de los proveedores de servicios digitales la continuación o cese de los perfiles y cuentas propiedad del causante. En todo caso, se preserva la posibilidad de que el *de cuius* prohíba, mediante testamento digital, el ejercicio de los derechos de acceso relativos a sus datos y contenidos digitales, con la significativa limitación relativa a los de contenido patrimonial, destinados por tanto a caer bajo el caudal relicto.

En definitiva, en el ordenamiento español - a diferencia del derecho francés, que prevé expresamente la extinción de los derechos de control, reconocidos por el RGPD, sobre los datos personales del causante - parece posible predicar la configurabilidad de un supuesto genuinamente sucesorio relativo a la devolución a los herederos de las referidas situaciones subjetivas de carácter personal.

IV. LA NORMATIVA ITALIANA SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONTROL DE LOS DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO.

Volviendo al derecho italiano, no puede sino partirse del dictado normativo del art. 2-*terdecies* del Código de Protección de Datos Personales italiano, como ejemplo único de regulación de derecho positivo en el ordenamiento jurídico nacional, que contempla uno de los perfiles relevantes de la sucesión digital.

Con la citada disposición, bajo el epígrafe "derechos relativos a las personas fallecidas", el legislador italiano aborda, por tanto, el delicado problema del ejercicio *post mortem* de los derechos de acceso y control sobre los datos personales de los difuntos, objeto de un complejo sistema de protección vinculado, como es

así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante. 2. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión".

28 *Vid.* Minero Alejandre, G.: *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Cizur Menor, 2018; Gutiérrez Santiago, P.: "La llamada 'personalidad pretérita': datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 201-238; Hualde Sánchez, J.: "La protección post mortem de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido", *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Bienes de la personalidad, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia*, Murcia, 2008; Cobas Cobiella, M.E.: "Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión", *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, pp. 112-129.

bien sabido, a la garantía del derecho fundamental contemplado en el artículo 8 de la Carta de Derechos de la UE. La atención debe centrarse, en primer lugar, en el apartado primero del citado artículo, que establece que "I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione"[29].

Lo que destaca es la amplia elección normativa del legislador italiano, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Por lo que respecta al primer aspecto, se engrosa el número de derechos que pueden ejercerse, abarcando todo el abanico contemplado por el RGPD, desde el artículo 15 hasta el artículo 22[30]. También, en el aspecto subjetivo, hay que destacar la ampliación de la lista de personas legitimadas que pueden ejercer los mencionados derechos sobre los datos de una persona fallecida: desde la persona que actúa para proteger el interés familiar, pasando por la persona que persigue su propio interés, hasta el representante autorizado - principal novedad con respecto a la redacción anterior de la disposición - designado por el interesado que ejecuta su voluntad, la legitimación deriva de distintas fuentes.

Dentro del sistema de protección del tratamiento de datos personales, existe en efecto una *constelación* de situaciones de interés contrapuestas y a menudo opuestas, que se refieren a la misma información y que son reconocidas y protegidas por el legislador, aunque con diferentes grados de intensidad y según criterios de ponderación que configuran el posible conflicto[31]. Consideremos, a

29 El artículo *2-terdecies* está en consonancia, también desde el punto de vista léxico, con la normativa anterior y, en particular, con el apartado 3 del artículo 9 del Decreto Legislativo nº 196/2003, en el que se establecía que "los derechos contemplados en el artículo 7 relativos a los datos personales de las personas fallecidas podrán ser ejercidos por quienes tengan un interés propio o actúen para proteger a la persona afectada o por motivos familiares dignos de protección". Al mismo tiempo, existen fuertes elementos de novedad, que denotan la intención del legislador de modernizar los contenidos preceptivos, modulándolos a la realidad del mundo digital.

30 Estos van desde el derecho de acceso a la información personal (art. 15 del RGPD) al derecho de actualización y rectificación (art. 16); desde el derecho a la supresión de los datos personales, que está vinculado al llamado derecho al olvido, una *creación previa al juicio* mencionada hoy en el art. 17 del RGPD; al derecho de restricción (art. 18) o de oposición al tratamiento (art. 21); hasta el derecho a la llamada portabilidad de los datos personales en virtud del art. 20. Para un marco sobre los derechos del interesado, sin pretender ser exhaustivo en el GDPR *vid*., en lugar de muchos, Piraino, F.: "I diritti dell'interessato nel Regolamento Generale per la protezione dei dati personali", *Giur. it*., 2019, p. 2777 ss.

31 Esta convergencia de intereses se deriva de una multiplicidad de factores, que sólo pueden mencionarse aquí: la noción extremadamente amplia y a veces laxa de datos personales, cuya regulación no por casualidad ha sido provocativamente rebautizada como *the law of everything* (así Purtova: "The law of everything", cit., p. 40 ss., quien considera que este concepto está destinado a expandirse desproporcionadamente y perder así toda utilidad heurística, por lo que propone eliminar la calificación de personal o no personal); la naturaleza esencialmente *relacional* de los datos personales: en la medida en que esa información, relativa a una persona física, es objeto de una o varias actividades de tratamiento por parte de otro sujeto; la "no rivalidad" de la información, en tanto que recurso económico susceptible de explotación comercial repetida y no exclusiva, que está abierto a la circulación entre actores económicos que operan en el mercado; por último, la variedad de reivindicaciones inherentes a tales intereses. En esto horizonte se perfila la configurabilidad de un modelo de dogmatización del sistema de protección de datos personales que contemple una multiplicación y coexistencia - tanto en vida como, por lo que aquí interesa más, tras el

modo de ejemplo, la circunstancia de que sobre una determinada información personal pueda persistir la voluntad del propio interesado que, en el marco de la autodeterminación de su sucesión, puede haber confiado su custodia a un fiduciario, perteneciente o no al círculo familiar; la de un progenitor que pretende suprimir los datos, logrando así el olvido que considera deseable para su hijo fallecido; o la posición contraria de un cónyuge que desea, en cambio, tener acceso a ellos, conservarlos y, eventualmente, hacerlos visibles. La posición podría ser la de un sucesor que desee ejercer el derecho de acceso, rectificación o portabilidad como instrumento para el ejercicio de sus propios derechos patrimoniales derivados de la apertura de la sucesión; o, de nuevo, la de sucesores o terceros que reclamen derechos de explotación económica de la información personal de una persona notoria fallecida, como recurso económicamente fructífero.

Este conjunto heterogéneo de intereses se refleja, en la estructura del citado primer párrafo del artículo *2-terdecies*, en el conjunto heterogéneo de personas facultadas para ejercer los derechos relativos a los datos personales durante el tiempo en que la persona ya no viva.

En efecto, la disposición en cuestión no hace referencia explícita a la figura de los herederos en la identificación de las personas legitimadas para ejercer los derechos en cuestión, ni aclara los términos de un posible supuesto de adquisición de los derechos propiamente dichos, como la transmisión *mortis causa* técnicamente entendida o, más bien, la legitimación *iure proprio*, resultado de atribuciones disjuntas realizadas por el legislador en función del reconocimiento de la panoplia descrita de intereses potencialmente en juego. En las páginas siguientes, por lo tanto, propondremos una interpretación sistemática del artículo 2-*terdecies* del Código de Privacidad que lo sitúe en el marco de los principios fundamentales del derecho de sucesiones, para el que puede configurarse un caso *auténticamente* sucesorio: el que se basa en los derechos de control previstos por el GDPR sobre los datos personales del difunto, como su término objetivo, en el sentido de que la situación subjetiva adquirida por el heredero se *deriva* de la del fallecido, a quien se refieren los datos, y encuentra su fundamento causal en el fallecimiento de este último. Se trata de encrucijadas decisivas en la solución de los problemas que plantea la sucesión digital sobre las que desarrollaremos nuestras reflexiones en las páginas siguientes, no sin antes haber sometido a escrutinio crítico las primeras pautas interpretativas jurisprudenciales surgidas al respecto.

fallecimiento del interesado - de varios derechos en nombre de distintos titulares sobre los mismos datos personales.

V. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL ITALIANA SOBRE LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LOS DATOS PERSONALES.

Las primeras sentencias de fondo de los tribunales italianos, que se hicieron eco de las controversias a las que se enfrentaron por primera vez los tribunales estadounidenses[32] , brasileños[33] y, por último, los tribunales europeos[34] , giraron en torno a la disposición que acabamos de examinar.

El *leading case* está representado por la decisión del Tribunal de Milán de febrero de 2021[35] . Tanto el Tribunal de Bolonia[36] como el Tribunal de Roma[37] se ajustaron a los argumentos de esta decisión en casos sustancialmente correspondientes. Todos los casos muestran los rasgos dramáticos de la trágica y repentina muerte

32 Para una revisión de la jurisprudencia estadounidense, *vid.* en la bibliografía, sin pretensión de exhaustividad, Horton, D.: "Tomorrow's inheritance: the frontiers of estate planning formalism", *B.C. L. Rev.,* 2017, p. 539; Lopez, A.B.: "Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets", *24 Geo. Mason L. Rev.*, 2016, p. 183; Cruz, E.: "The Digital Inheritance of Mobile Apps: where's the App for that?", 14 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.,* 2016, p. 111.

33 El caso brasileño del 2 de marzo de 2013 se refiere al régimen póstumo del perfil de Facebook. En caso de fallecimiento del titular, Facebook permite convertir el perfil en "conmemorativo", a fin de recibir, en el diario correspondiente, mensajes de celebración y recuerdos de los amigos confirmados. En el caso que nos ocupa, la transformación del perfil de activo a conmemorativo había sido ordenada unilateralmente por el operador, en contra de las indicaciones de la madre del fallecido, que había solicitado su oscurecimiento. Tras la interposición de una demanda, el tribunal de primera instancia de Campo Grande (Mato Grosso del Sud) dictó una medida cautelar urgente, ordenando a Facebook que suprimiera el perfil en cuestión, por considerar que atentaba contra los derechos de la personalidad y, en particular, que constituía una violación grave de la dignidad humana de la madre (Trib. Campo Grande (Juiz. Esp. Cent., 1 vara), 2 de marzo de 2013, Dolores Pereira Ribeiro Coutinho c. Facebook, accesible en www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-12.pdf.

34 En particular, se hace referencia a la sentencia del *Bundesgerichtshof*, 12.7.2018, nº 183/17, *ZIP*, 2018, 1881; en *WM*, 2018, p. 1606, que anuló la sentencia en instancia de apelación del Kammergericht (KG Berlin, 31-5-2017, A.Z. 21 U 9/16, *FamRZ, 2017, p.* 1348), que a su vez había revocado la decisión del Landgericht de Berlín (LG Berlín, 17-12-2015, *DNotZ*, 2016, p. 537, con nota de Gloser; *ZEV*, 2016, p. 189). Para comentarios, *vid.* Wusthöf, L.: "Germany's Supreme Court Rules in Favour of Digital Inheritance", *EuCML,* 2018, p. 205; Heintz, V.P., Ludyga, H.: "Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das 'Facebook-Urteil' des BGH", *JURIS*, 2018, p. 398.

35 La referencia corre a cargo del auto del Tribunal de Milano, Sec. I, 10 febrero 2021, Est. Flamini, *Corr. giur.,* 2021, p. 658 ss., con notas de Maniaci, A., D'Arminio Monforte, A.: "La prima decisione italiana in tema di 'eredità digitale': quale tutela post mortem dei dati personali?"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 554, con una nota de Bonetti, S.: "Dati personali e protezione post mortem nel nuevo codice della privacy: prime applicazioni"; *Giur. it.*, 2021, p. 1600 ss., con una nota de Maspes, I.: "Morte 'digitale' e persistenza dei diritti oltre la vita della persona física". En el caso de Milán, los padres de un joven de 25 años, cocinero de profesión, fallecido prematuramente como consecuencia de un accidente de tráfico, habían expresado su deseo de acceder a la cuenta "i-Cloud" de su hijo, proporcionada por la empresa Apple, en la que se almacenaban copias de los datos (sincronizados) de su smartphone, que habían sido destruidos tras el accidente, con el fin de obtener la disponibilidad de fotografías, vídeos grabados y documentos de texto, para poder mantener viva su memoria y, en particular, recuperar las recetas culinarias que había elaborado y probado, con vistas a llevar a cabo un proyecto dedicado a su memoria. Ante las dificultades para recuperar el contenido de la cuenta, los padres interpusieron un recurso cautelar urgente, que fue estimado por el Tribunal de Milán, condenando a Apple Italia S.r.l. -que entonces se había mostrado inusualmente contumaz- a prestar asistencia para recuperar los datos digitales de su hijo fallecido. Por ello, los padres se habían puesto en contacto con Apple en varias ocasiones, pero el gigante de Cupertino había denegado la autorización, invocando la necesidad de proteger la identidad de terceros en contacto con el niño, así como la seguridad de sus propios clientes, y exigiendo por ello, para permitir el acceso a la *cuenta,* la existencia de ciertos requisitos legales, algunos de los cuales (como la calidad de administrador o representante legal del fallecido) eran descaradamente *ajenos al* ordenamiento jurídico italiano.

36 Se trata del Trib. Bologna, 25 noviembre 2021, *Famiglia e Diritto*, 2022, p. 710 y ss., con una nota de Vignotto, A.: "La successione digitale alla luce delle prime decisioni giurisprudenziali italiane", p. 713 ss.

37 Se trata del Tribunal de Roma nº 2688, de fecha 10 de febrero de 2022, disponible en *Pluris*.

de un joven y las dificultades encontradas por los familiares para acceder a los contenidos y cuentas digitales de los que su ser querido era propietario en vida, un hilo conductor en las disputas que en todo el mundo han llevado a los Tribunales la cuestión de la sucesión digital.

Las partes del caso eran similares: por un lado, los familiares más cercanos (padres o cónyuge) de una persona fallecida repentinamente; por otro, Apple, sus dispositivos y su servicio *cloud computing* "iCloud". El *objeto* del caso es idéntico: el acceso de los familiares a la cuenta iCloud del fallecido y, por consiguiente, a los contenidos digitales y datos personales almacenados en ella, derivado de la negativa del proveedor a conceder el acceso en ausencia de una orden judicial.

En las citadas decisiones se puede observar, en términos generales, cómo los Tribunales dan aplicación al citado artículo *2-terdecies,* con el fin de garantizar una protección a los familiares del fallecido, aunque no se pronuncian sobre la naturaleza jurídica del caso. En primer lugar, se reconoce "la pervivencia de los derechos de la persona afectada tras su fallecimiento y la posibilidad de su ejercicio, *post mortem*, por determinadas personas legitimadas para ejercerlos". En consecuencia, se afirma que los parientes solicitantes (dos veces los padres, una vez el cónyuge) entran en el grupo de los legitimados, ya que se reconoce la existencia de las "razones familiares merecedoras de protección" exigidas por la disposición en cuestión.

Las sentencias del presente caso, sin embargo, suscitan, al menos, un par de observaciones críticas. En primer lugar, por cuanto se refiere al ejercicio *post mortem* de los derechos de control sobre los datos personales del fallecido, se echa en falta una adecuada operación hermenéutica de calificación del caso con referencia a los familiares que han efectuado la reclamación y sobre la configurabilidad de un caso sucesorio que se refiera a tales situaciones subjetivas. En otras palabras, no llega a afirmar el carácter hereditario de la adquisición de los derechos sobre los datos personales del fallecido de los familiares más próximos (cónyuge, hijos o ascendientes), lo que conduce a un defecto de protección ligado a la necesidad de probar en juicio la mera legitimidad del ejercicio dirigido a perseguir un interés familiar digno de protección. En segundo lugar, todos los pronunciamientos recaen sobre el perfil del ejercicio póstumo de los datos personales del difunto, que es, sin embargo, sólo uno de los muchos niveles de relevancia de la sucesión digital. Los tribunales de primera instancia no examinan, en absoluto, la cuestión de la transmisión hereditaria de la relación contractual relativa a la prestación del servicio de *cloud computing* entre Apple y el usuario, ni la de los derechos sobre los contenidos digitales transferidos en el mismo.

VI. LA CONFIGURABILIDAD DE UN SUPUESTO DE SUCESIÓN HEREDITARIA SOBRE LOS DERECHOS DE CONTROL SOBRE LOS DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO.

En referencia a la primera de las cuestiones mencionadas, se trata por tanto de averiguar si, a la luz del tenor normativo del artículo 2-*terdecies* del Código italiano de protección de datos personal, se configura un supuesto *propiamente* sucesorio relativo a las situaciones subjetivas que se apoyan en datos de carácter personal: es decir, si la adquisición de derechos de control sobre estos últimos se realiza *iure successionis*, encontrando su fundamento técnico en la construcción de la *derivación* del difunto teniendo su fundamento causal en su fallecimiento.

Como ya se ha mencionado, es cierto que, en el seno del artículo 2-*terdecies*, el legislador nacional no se pronuncia sobre la calificación de la adquisición de los derechos de control previstos por los artículos 15-22 RGPD sobre los datos personales del difunto, ni menciona a los herederos entre los sujetos legitimados para ejercer los mismos derechos. Por otra parte, corresponde al intérprete inscribir la norma particular en el marco de principios y categorías en que se basa el sistema de sucesiones por causa de muerte y, en consecuencia, proponer una calificación formal coherente del caso, cuya premisa causal reside en la muerte de una persona y cuyos efectos se refieren a la suerte de los derechos reconocidos sobre sus datos personales.

El punto de partida, que se desprende de manera incontrovertible de la letra de la disposición examinada y que también reconoce la jurisprudencia examinada, es que los mencionados derechos sobre la información digital de carácter personal *no* se extinguen con el fallecimiento de la persona a la que se refieren. Así lo confirman las disposiciones de los párrafos primero y siguientes del mismo artículo 2-*terdecies*, que permiten al *de cuius* prohibir el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 15 a 22 del RGPD, siempre que lo haga por escrito y de forma expresa, libre, específica e informada: implican *pour cause* la *pervivencia* de estos derechos.

Aquí se tambalea el dintel de la tesis tradicional que, partiendo precisamente del postulado de la extinción de los derechos de la personalidad y, en general, de los derechos de carácter personal a la muerte de su titular, profesa la intransmisibilidad de tales derechos a la muerte[38]. Esta tesis, como corolario, califica la legitimidad de

38 Así, en deferencia al adagio *actio personalis moritur cum persona* la doctrina ampliamente predominante ha sostenido para los derechos de la personalidad, el derecho al nombre, los títulos honoríficos y el derecho al honor: sobre este tema *vid.* Cicu, A.: *Le successioni. Parte generale*, Milán, 1939, p. 34; Ferri, L.: *Successioni in generale. Artt. 456-511, Comm. c.c.*. Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1965, p. 32 ss.; Grosso, G., Burdese, A.: *Le successioni*, *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, Torino, 1977, p. 17; De Cupis, A.: *I diritti della personalità*, 2ª ed., Milano, 1982, p. 86 ss.; Messinetti, D.: voce "Personalità (diritti della)", *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss., pp. 362 y 385.

los sujetos identificados para hacer valer derechos de la personalidad o derechos morales de autor tras la muerte de su titular (piénsese, además de la disposición en comento, en los artículos 8 y 10 del Código Civil, los artículos 23, 24, 93, 96, Ley Autorial, o el antiguo art. 21 de la Ley de Marcas hoy art. 8 CIP) como la adquisición *iure proprio*, a título originario y no derivado, de un nuevo derecho[39].

Por el contrario, del precepto examinado se deduce que los citados derechos sobre datos personales *sobreviven* a su titular originario y no se extinguen a su muerte, a pesar de su carácter constitutivamente personal. Si ello es así, debe predicarse su inclusión en la herencia y aceptar que tales derechos recaen en el patrimonio, sobre la base de una interpretación sistemática y constitucionalmente adecuada de la disposición del artículo *2-terdecies* que la relacione y dialogue con el principio de *universalidad* de la sucesión por causa de muerte y con la primacía del principio personalista de ascendencia constitucional[40].

De ello se deduce que la adquisición de tales derechos sobre datos personales es de naturaleza *derivativa*, es decir, se trata de una transmisión *iure successionis* de la misma situación subjetiva ostentada por el difunto a sus herederos, que tiene su base causal en el fallecimiento del primero[41]. De hecho, se reconocen los requisitos constitutivos de un supuesto auténticamente sucesorio: en el plano subjetivo, se produce la toma de posesión de un nuevo *dominus* en la *titularidad* del derecho; en el plano objetivo, se realiza la derivación en la adquisición de un derecho que pasa, relativamente inalterado, de la esfera jurídica del fallecido a la del heredero; en el plano causal, descansa en la muerte del sujeto[42].

39 Para una visión crítica de los modelos de disposiciones y del paradigma tradicional de la intransmisibilidad, incluso *mortis causa,* de los derechos de la personalidad y de la teoría de la adquisición *iure proprio*, aún vigentes en la jurisprudencia, *vid.* en particular Galasso, A.: *La rilevanza della persona nei rapporti privati,* Napoli, 1974, p. 216 y ss.; Zaccaria, A.: *Diritti extrapatrimoniali e successioni. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, pp. 222 y 262 y ss.; Resta, G.: *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 124 y ss.

40 Una reflexión general en Barba: "Atti di disposizione e pianificazione ereditaria", cit., p. 399 y ss.; Id.: Contenuto del testamento e atti di ultima volontà, cit., p. 99, para quien los contenidos de tipo existencial no sólo merecen pleno reconocimiento y protección, sino que asumen una posición de prevalencia axiológica sobre los perfiles puramente patrimoniales. Concretamente sobre este punto *vid*. Zaccaria: "La successione mortis causa nei diritti di disporre di dati personali digitalizzati", cit., p. 1368. *Contra* Bianca, M.: "Memoria ed oblio: due reali antagonisti?", *Riv. dir. media*, 2019, p. 33.

41 Según la enseñanza recibida, el concepto de identidad del derecho sujeto a sucesión es siempre de naturaleza relativa: así Pugliatti, S.: *I fatti giuridici. Rivisto e aggiornato da Angelo Falzea*, Milano, 1996, p. 28 ss.; Nicolò, R.: voce "Successione nei diritti", *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, III ed., p. 609.

42 El derecho aplicado corrobora, aunque de forma irreflexiva, la exégesis propuesta. Existen numerosas decisiones de "Garante italiano per la protezione dei dati personali", en relación con el tema del acceso a los datos bancarios personales del *de cuius*, en las que se reconoce tal derecho al heredero por razón de su condición. Es decir, el ejercicio de los derechos sobre los datos personales del *de cuius* es la mayoría de las veces instrumental para la protección de su calidad de heredero y para hacer valer otros derechos e intereses relacionados con ella. *Vid.*, sin pretender ser exhaustivos, la prov. n° 268 de 3 de mayo de 2018; la prov. n° 261 de 30 de abril de 2015, en la que el hijo, llamado a la sucesión de la madre fallecida, para poder ejercer sus derechos como legitimario preterido por la voluntad de su madre, solicitó la comunicación en forma inteligible de los datos personales contenidos en los contratos relativos a cuentas corrientes; la prov. n.° 207 de 5 de abril de 2018, como hermanos herederos del titular de la cuenta; prov. n.° 516 de 1 de octubre de 2015, como heredero del cónyuge fallecido; prov. n.° 502 de 24 de septiembre de 2015, como

La *excentricidad* del caso en cuestión radica, más bien, en la cohabitación de la devolución hereditaria de derechos sobre datos personales en virtud del art. 15 y ss. del RGPD con la legitimación para ejercer derechos en virtud del art. *2-terdecies* extendida a clases distintas y heterogéneas de sujetos. Sin embargo, esta peculiar cohabitación, aunque potencialmente presagia un conflicto, se sostiene tanto en el plano interno de la regulación de los datos personales como en el de la consonancia con el sistema de principios y categorías generales del Derecho civil. Desde el primer punto de vista, la razón de ser de la legitimación de un abanico heterogéneo de sujetos hay que buscarla - como hemos dicho - en el reconocimiento de los diversos intereses que pueden converger en la utilización de los datos personales de una persona fallecida: éstos pueden ir desde la protección de la memoria del *de cuius* hasta la ejecución de la voluntad manifestada por él, pasando por la protección de los intereses familiares o la persecución de los motivos de la persona actuante.

Por otra parte, conviene subrayar la distinción teórica general entre el perfil de la titularidad del derecho y el de la legitimación para ejercerlo. En el plano de la *titularidad* [43], la adquisición *mortis causa* de los derechos de control de los datos personales se perfecciona sobre la base del mecanismo general de supresión hereditaria, en deferencia al principio de universalidad de la sucesión, aunque *desviándose* entonces en cuanto a los criterios de vocación de los sucesores según el modelo de la vocación "anómala" [44].

En cuanto a la *legitimación* para el ejercicio del derecho[45], el artículo *2-terdecies* opera, por un lado, una extensión a sujetos distintos de los herederos; por otro, plantea como *condicio sine qua non* la existencia de un interés específico *en ejercitar la acción por parte de* tales sujetos. Es decir, que además del heredero (o herederos), la disposición admite una legitimación *extraordinaria* frente a personas con determinados intereses *cualificados*, tipificados exhaustivamente por la norma, aunque en una formulación literal bastante amplia. Por lo tanto, el intérprete está

heredero de la hermana fallecida. Todas las decisiones citadas están disponibles en el sitio web https://www.garanteprivacy.it/normativa-e-provvedimenti/provvedimenti/provvedimenti-per-area-tematica.

43 En general sobre la categoría de la titularidad de derechos en correlación con la institución de la capacidad jurídica, *vid.* al menos Rescigno, P.: voce "Capacità giuridica (diritto civile)", *Noviss. Dig. it.,* II, Torino, 1958, p. 873; Falzea, A.: voce "Capacità (teoria generale), *Enc. dir., VI,* Milano, 1960, p. 8.; Irti, N.: *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1966, p. 105.

44 Sobre los rasgos que caracterizan a los modelos de "vocación anómala", para todos, Mengoni, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, VI ed., 1999, p. 245. La ordenación conceptual de la categoría de vocación anómala se remonta a Santoro-Passarelli, L.: *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, espec. p. 267 ss. Para una definición de las sucesiones anómalas*, vid.* Rescigno, P.: *Presentazione*, al volumen de Palazzo, A.: *Autonomia contrattuale* e *successioni anomale*, Napoli, 1983; De Nova, G.: "Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agrícola", *Riv. dir. agr.,* 1979, p. 509 ss.

45 Sobre este tema, *vid.* Mengoni, L.: *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, p. 36; también Messineo, F.: "La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre in una sua applicazione", *Temi*, 1949, p. 607; Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1950, p. 366; Rescigno, P.: voce "Legittimazione ad agire", *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, p. 518 ss.

llamado a realizar un escrutinio riguroso en cuanto a los méritos del interés que sustenta el ejercicio de los derechos relacionados con los datos personales del difunto, en relación con los títulos identificados por la norma. Como se ha dicho, esta valoración afecta a la atribución de legitimidad al ejercicio, posible y concreto, del derecho, bajo el perfil de contenido de la intención y extensión y, por tanto, de los *límites* que encuentra el poder de acción de las personas legitimadas abstractamente. Por el contrario, no es pertinente desde el punto de vista de la transmisión por causa de muerte de los derechos en cuestión, es decir, no es un requisito constitutivo del caso en que el derecho es adquirido por el sucesor.

En la reconstrucción aquí propuesta, en definitiva, la pervivencia de los derechos de acceso y control sobre los datos personales a la muerte del titular implica su caída en la sucesión y conduce a la predicción del carácter derivativo del hecho adquisitivo del *de cuius* al heredero. Esta reconstrucción da paso, en clave evolutiva, a un *giro* personalista en los principios informadores del sistema sucesorio, frente a una herencia exclusivamente patrimonialista[46]. En consecuencia, la titularidad de los derechos de control sobre los datos personales pasa al heredero por vía de derivación *mortis causa*, coexistiendo con una legitimación extendida a las personas con intereses cualificados[47].

Esta ganancia heurística respecto a la calificación del carácter técnicamente sucesorio del caso, latente en las primeras decisiones jurisprudenciales italianas, también puede apreciarse en el terreno estrictamente aplicativo. Frente a la pretensión del heredero, titular *successionis causa* de los derechos previstos en el artículo 15-22 RGPD, el responsable del tratamiento (proveedor del servicio de *cloud* en los casos que han llegado a conocimiento del Tribunal) no estaría, por tanto, llamado a efectuar una verificación en cuanto a la persecución del interés en la protección de la personalidad del fallecido o de la reputación familiar que justificaría su legitimación para actuar. Tal operación hermenéutica habría evitado

46 En esta dirección se mueve el pensamiento de Barba: Contenuto del testamento e atti di ultima volontà, cit., spec. p. 99; Perlingieri: "La disposizione testamentaria di arbitrato", cit., p. 506 ss. y espec. p. 511.

47 De lo contrario, habría que considerar que tales derechos, que sobreviven a la muerte de su titular, permanecen sin sujeto titular: habría que recurrir a las soluciones teóricas de extracción germánica -por cierto, ajenas a la dogmática y al sustrato normativo italianos- sobre la configurabilidad de un derecho sin sujeto (*subjecktlose Rechte*), o sobre la permanencia residual de una capacidad jurídica parcial del *de cuius*. Con respecto a las hipótesis de legitimación amplia del ejercicio de los derechos de la personalidad por el código civil (arts. 8 y 10 código civil) y de los derechos de autor del difunto por la disciplina del autor (arg. *ex* art. 23, 24 96 Ley Autorial) *vid.* para una discusión exhaustiva de las orientaciones doctrinales Zaccaria: *Diritti extrapatrimoniali e successione*, cit., p. 61 ss.; así como Resta, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 379. No parece apropiado hablar de una "persistencia" genérica y atécnica (*Fortwirkung)* -tomando prestada aquí también la expresión de una doctrina germánica, formada en épocas y contextos jurídicos muy diferentes- de los derechos de la personalidad más allá de la vida de la persona física, que faculta a ciertos terceros para hacerlos valer. Tampoco de una especie de "ultratractividad" de las situaciones subjetivas en el ámbito del control de los datos personales que justificaría su ejercicio *iure proprio* por los legitimados en función de la protección de un interés familiar: hipótesis que, si acaso, explica la racionalidad de una de las fuentes de legitimación mencionadas para el ejercicio a que se refiere el artículo *2-terdecies*, pero no de la transmisión de la titularidad del derecho (así, Delle Monache, "Successione mortis causa e patrimonio digitale", cit., p. 465)

probablemente la repetición de perniciosos litigios en el espacio de unos meses, obligando a los sucesores a interponer una acción urgente ante el tribunal civil para comprobar la existencia de razones familiares merecedoras de protección, por otra parte, incuestionables[48].

Queda por resolver el nudo central de la identificación del orden de los llamados a heredar los derechos sobre los datos personales del *de cuius* y la resolución de los conflictos que puedan surgir entre los distintos legitimados. Son varios los puntos de contacto que pueden identificarse entre este supuesto y la regulación de la transmisión de derechos de propiedad intelectual y de situaciones subjetivas sobre bienes familiares y personales (escritos, memorias, cartas, fotografías y retratos) dictada por la legislación sobre derechos de autor (Ley Autorial italiana nº 633/1941, infra I.a.) en sus artículos 24, 93 y 96, que puede representar un modelo normativo de referencia aplicable también al supuesto de transmisión de situaciones subjetivas sobre datos personales. Cuando la sucesión no se produzca por testamento, a falta de una norma *ad hoc*, podrán aplicarse los criterios especiales de vocación hereditaria establecidos en el apartado 2 del artículo 93 de la Ley. Los derechos consagrados en los artículos 15-22 RGPD, a la muerte de su titular, se transmiten al cónyuge (y por extensión a los civilmente unidos) y a los hijos, no por acciones; a falta de estos sujetos, a los padres; en línea aún subordinada, a los hermanos y hermanas; y finalmente, a falta de todos los llamados anteriores, a ascendientes y descendientes en línea directa hasta el cuarto grado. De este modo, el orden de los sucesores tenderá a reflejar el carácter estrictamente personal y familiar de los intereses protegidos por las normas en cuestión, sin dejar por ello de defender y dar primacía a la voluntad distinta del *testador* manifestada en un escrito no necesariamente testamentario (arg. *ex* arts. 24, 93 y 96 I.a.) [49].

VII. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA SUCESORIA EN LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE LOS DATOS PERSONALES EN EL MODELO FRANCÉS, ESPAÑOL Y CATALÁN.

Después de haber sondeado los perfiles relativos a la sucesión legítima en las relaciones digitales, los derechos y los datos, conviene dirigir nuestras reflexiones hacia el papel de la autonomía privada en la función de sucesión y las herramientas de negociación de la expresión en la esfera digital. En materia de

48 Por el contrario, la persona legitimada para actuar *ex lege*, que no es titular del derecho sustantivo a ejercitar, debe demostrar la existencia de un interés cualificado, tipificado por la norma que le confiere la facultad de actuar a tal fin, que fundamente su pretensión. En opinión de quien esto escribe, no parece razonable equiparar la posición del sucesor del *fallecido* con la de un tercero, totalmente ajeno a la persona, que actúa en interés propio.

49 Por aplicación analógica de las normas dictadas por el apartado 3 del artículo 24 y el apartado 3 del artículo 93 de la ley, cualquier conflicto entre herederos y entre herederos y otras personas facultadas para ejercer derechos sobre datos personales será resuelto por la autoridad judicial, previa audiencia del fiscal.

ejercicio de la autonomía privada en el ámbito sucesorio, desde la perspectiva de la sucesión digital, la cuestión que suscita mayor interés, pero también no pocas cuestiones críticas a nivel sistemático, se refiere a la admisibilidad de un acto de última voluntad, distinto del testamento, por el que el interesado regula aspectos relativos a la transmisión de derechos y relaciones sobre los datos personales y otros contenidos digitales de los que es titular.

En la construcción de esta innovadora figura rebautizada como "disposición anticipada de tratamiento de datos personales", son sumamente significativas las solicitaciones emanadas de otros ordenamientos jurídicos nacionales, que prevén una regulación aún más precisa y sofisticada de figuras similares a la regulada por el artículo 2-*terdecies* del código italiano de protección de datos personales.

En Francia, la mencionada *Loi Informatique et Libertes*, en sus artículos 84-86, en una transposición más amplia del RGPD, tipifica las *directives*. En particular, los apartados 2 y 3 del artículo 85 reconocen a cada persona la facultad de definir directivas relativas al almacenamiento, la supresión y la comunicación de sus datos personales tras su fallecimiento. Dichas directrices pueden ser generales o especiales (*directives générales ou particulières*): las primeras se refieren a todos los datos personales del fallecido y pueden presentarse ante un *tiers de confiance numerique*, registrado en la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (la Autoridad francesa de protección de datos). Las directrices especiales se refieren, en cambio, tanto a los tipos de datos a los que se refieren, se presentan ante el responsable del tratamiento de datos implicado y son efectivas si el individuo las manifiesta de forma expresa y específica[50]. Se establece que dichas directivas son siempre revocables o modificables. También se establece que el fallecido puede designar a una persona para que las ejecute. El albacea así designado, fiduciario del testador, podrá entonces, en el momento del fallecimiento del testador, tomar conocimiento de las directivas y solicitar a los interventores competentes que las ejecuten. Se precisa que en ausencia de designación (o en caso de fallecimiento de la persona designada, salvo disposición contraria), los herederos tienen derecho a tomar conocimiento de las directivas (si las hubiere) dejadas por el testador y a solicitar su ejecución a los controladores correspondientes.

El artículo 85 de la *Loi Informatique et Libertés* regula también la hipótesis de conflicto entre las directivas anticipadas del difunto sobre el tratamiento de sus datos personales, en el ejercicio de su autodeterminación hereditaria, y las condiciones contractuales de prestación del servicio digital, dando preferencia a

50 L'art. 85 establece que «Les directives particulières concernent les traitements de données à caractère personnel mentionnées par ces directives. Elles sont enregistrées auprès des responsables de traitement concernés. Elles font l'objet du consentement spécifique de la personne concernée et ne peuvent résulter de la seule approbation par celle-ci des conditions générales d'utilisation. Les directives générales et particulières définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre».

las primeras. De manera muy significativa, se estipula que dichas directivas no podrán derivarse en ningún caso de la firma de condiciones generales por parte del usuario de un servicio (digital). También se dispone que toda cláusula contenida en las condiciones generales que limite o excluya las prerrogativas que la ley concede al interesado en lo que respecta al gobierno de sus datos personales carecerá de validez[51].

El legislador español no llega tan lejos como el francés, al tipificar el supuesto de la directiva de tratamiento de datos personales en la citada Ley Orgánica nº 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Se permite al sujeto, en el citado artículo 3, designar expresamente un responsable, persona física o jurídica, autorizada para solicitar al responsable del tratamiento el acceso o la rectificación o supresión de los datos personales del usuario. Al igual que en el sistema italiano, también se prevé que el particular, mediante declaración expresa, pueda prohibir el ejercicio de estas facultades a los herederos u otros sujetos. Sin embargo, se especifica que dicha prohibición no podrá afectar al derecho de los herederos a acceder a los datos patrimoniales del fallecido. En cuanto a los requisitos de forma y publicidad de la escritura, la norma prevé que un real decreto establecerá los requisitos y condiciones para la acreditación de la validez de las instrucciones del interesado y su inscripción en los registros públicos, de acuerdo con los cánones que recuerdan las normas establecidas en materia de opciones de autodeterminación sanitaria[52].

Otro elemento de peculiaridad respecto de la disciplina italiana se encuentra, como se ha dicho, en el artículo 96 en la regulación de la figura del "testamento digital" por el que el *de cuius* puede encomendar a un albacea las instrucciones sobre el acceso a los contenidos y cuentas digitales de su titularidad y la elección sobre su continuación o cese[53]; o disponer la prohibición a los herederos y demás familiares de acceder a tales recursos digitales, de nuevo con la excepción de aquellos que exhiban valor patrimonial y pasen así a formar parte del caudal relicto[54].

51 Siempre l'art. 85, par. 1: «Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite».

52 En este sentido, *vid.* las disposiciones dictadas por la Ley 41/2002, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, y sus posteriores modificaciones.

53 *Vid.* Camara Lapuente, S.: "La sucesiòn mortis causa en el patrimonio digital", cit., p. 411; Solé Resina, J.: "Las voluntades digitales. Marco normativo actual", *Anuario de Derecho Civil*, 2018, pp. 422-423; Rosales De Salamanca Rodríguez, F.: "Testamento digital", *Testamento ¿digital?* (eds. Oliva León, Valero Barceló), E-book, Juristas con futuro, 2016, p. 28; González Granado, J.: "Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?", ibidem, pp. 40-41.

54 El artículo 96 establece en su apartado 1 que «1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.

Las normas españolas, sin embargo, se entienden sin perjuicio de la aplicación de las leyes civiles especiales previstas para las comunidades autónomas. Desde esta perspectiva, cabe destacar el articulado marco normativo construido en el derecho catalán que sigue, aunque con ciertos rasgos diferenciales, el planteamiento normativo francés[55]. La Ley 10/2017 - de modificación del *Codi Civil de Catalunya* en materia de testamentos y derecho sucesorio en general - se basa en la figura de los llamados *voluntats digitals*, equiparables a las *directives* francesas. El artículo 411-10 del *Codi civil de Catalunya* contempla como contenido principal la designación de un heredero o el nombramiento de un albacea para que actúe ante los prestadores de servicios digitales con los que el testador tuviera cuentas activas. A esta persona el fallecido le puede encomendar una serie de facultades, entre ellas la de informar a los proveedores de servicios digitales de su fallecimiento, solicitarles la eliminación de las cuentas activas y entregarles copias de los archivos digitales ubicados en sus servidores.

A diferencia de lo que ocurre tanto en el derecho francés como en el español, en el derecho catalán la directiva digital debe prever expresamente la facultad del heredero o albacea de acceder a los datos almacenados en las cuentas digitales, pues de lo contrario se requeriría una orden judicial especial[56]. Otra solución de continuidad nada desdeñable se encuentra en la hipótesis de ausencia de directrices del fallecido: según el derecho catalán, las normas de las condiciones de servicio serán vinculantes para los herederos o el albacea. Desde el punto de vista formal, las *voluntats digitals* pueden constar en un documento *ad hoc*, que se inscribirá en el "Registro electrónico de voluntades digitales", o en un negocio testamentario, y

Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. b) El albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones 2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma». *Vid.* Santos Morón, M. J.: "La transmisibilidad mortis causa de los bienes digitales", *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (dirs. Kindl, J., Arroyo Vendrell, T., Gsell, B.), Baden-Baden, 2018, pp. 159-160.

55 En doctrina *vid.* Santos Morón, M. J.: "La denominada 'herencia digital': ¿necesidad de regulación? Estudio del Derecho español y comparado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, p. 435; Ginebra Molins, M.E.: "Morir en la era digital: 'Voluntades digitales', intimidad y protección de datos personales", *Derecho mercantil y tecnología* (dir. A. Madrid Parra), Barcelona, 2018, pp. 130-137; Ruda González, A.: "Más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán", *Managing Risk in the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya*, Barcelona, 2017, pp. 233-236.

56 El apartado 5 del artículo 411-10 establece que «Si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial».

en cualquier caso son siempre libremente revocables. En caso de conflicto entre ambos actos, se prescribe que las voluntades digitales no surten efecto[57].

Por último, un perfil de sumo interés radica en la circunstancia de que conforme al art. 222-2 del *Codi civil de Catalunya* los testamentos digitales surten efecto no sólo en caso de fallecimiento, sino también en caso de pérdida de capacidad o autonomía mental por "enfermedad persistente o deficiencia de carácter físico o psíquico". También puede verse en este contexto la ya mencionada yuxtaposición entre las directivas digitales, como instrumento de manifestación de la autonomía del sujeto respecto del tratamiento de sus datos personales, epifanía de su personalidad, y las disposiciones sobre tratamientos anticipados, expresión del principio de autodeterminación sanitaria, vehículo de las opciones individuales relativas a la integridad de la esfera psicofísica.

VIII. CONTENIDO Y LÍMITES DE UN ACTO *NO* TESTAMENTARIO DE ÚLTIMA VOLUNTAD EN EL SISTEMA SUCESORIO ITALIANO.

Dados los límites de esta contribución, la investigación se centrará exclusivamente en el artículo *2-terdecies* del código de protección de datos personales, que destaca el papel de la autodeterminación del *de cuius* en las elecciones relativas al destino de los propios datos personales tratados en la realidad digital y al ejercicio de los derechos de control sobre ellos reconocidos.

Ya en el primer párrafo de la disposición se menciona, como se ha dicho, la figura del *mandatario* como una de las personas facultadas para ejercer derechos sobre los datos personales del fallecido. El *de cuius* puede, por tanto, *ex contractu* confiar a un representante el control y la gestión post mortem de sus datos personales. Se trata de un esquema contractual adscribible a la conocida categoría del mandato *post mortem exenquendum*, dado que el representante sólo deberá ejecutar la encomienda tras el fallecimiento del mandante y por causa de este[58]. En el esquema del contrato, el *de cuius* podrá definir el objeto del mandato y, por tanto, el contenido, la forma de ejercicio y los límites de las facultades conferidas al fiduciario. De este título contractual se derivará, por tanto, la legitimación del

57 El apartado 4 del artículo 411-10 establece que «El documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualqui y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad».

58 Sobre este punto específicamente Putorti: "Patrimonio digitale e successioni mortis causa", cit., p. 184 ss.; Resta: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", cit.., p. 101. En general sobre las diversas figuras del mandato *post mortem*, *vid.* sin pretensión de exhaustividad: ya antes del actual Código civil italiano, Coviello, L. Jr.: "Il 'mandatum post mortem'", *Riv. dir. civ.*, 1930, I, p. 1 ss.; después *vid.* Betti: Teoria generale del negozio giuridico, cit., p. 312; Auricchio, A.: "La pubblicazione dell'opera postuma e il mandato 'post mortem'", *Temi*, 1955, p. 388 ss.; Luminoso, A.: *Mandato, spedizione, commissione*, *Tratt. dir. civ. it*. Vassalli, Milano, 1984, p. 123.

mandatario para ejercer los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del RGPD, dirigidos a la persecución del interés del *de cuius*[59].

La segunda referencia a la autodeterminación de la persona en lo que respecta al tratamiento póstumo de sus datos aparece en los párrafos siguientes del artículo 2-*terdecies.* El segundo apartado prevé el derecho del difunto a prohibir el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del RGPD, mediante una manifestación expresa de voluntad declarada por escrito. De la exégesis de la disposición se desprende, en primer lugar, cómo el ámbito electivo de aplicación de la disciplina está representado precisamente por las relaciones contractuales existentes *online* entre el causante y los proveedores de servicios digitales, es decir, precisamente el de la llamada sucesión digital: la norma exige, en efecto, que esta declaración escrita del interesado, de carácter *prohibitivo*, se dirija o se ponga *aliunde* en conocimiento del proveedor de servicios digitales, titular del tratamiento. En esta alternativa, puede leerse implícitamente la posibilidad de que el requisito de la forma escrita pueda satisfacerse bien mediante una declaración de naturaleza digital -expresada, por ejemplo, a través de una función específica del sitio de la plataforma, como el "contacto-heredero" de Facebook o l'"heres-digital" de Apple - bien mediante una escritura (no necesariamente de carácter testamentario) comunicada de otro modo al *proveedor.*

Para reforzar la autenticidad de tal manifestación de voluntad, el apartado 3 del artículo *2-terdecies* prescribe que la voluntad del interesado debe ser específica, libre e informada, y debe ser inequívoca[60]. De este modo, se pretende evitar que la prohibición del ejercicio de los derechos del interesado se deduzca de la mera adhesión a las condiciones generales y a las cláusulas de exclusión voluntaria elaboradas unilateralmente por el proveedor de servicios[61].

59 En lo que respecta específicamente a los perfiles sucesorios digitales, Di Staso, G.: "Il mandato post mortem exequendum", *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 691 ss.; Resta: Dignità, persone, mercati, cit., p. 400.

60 No puede pasarse por alto cómo el vocabulario utilizado sigue el modelo de las disposiciones del artículo 4.1.11 del RGPD, que establece los requisitos del consentimiento para el tratamiento de datos personales, con vistas a engrosar los requisitos de validez y eficacia de la manifestación de la voluntad prohibitiva, ajustándolos a las normas prescritas en relación con el consentimiento expresado en vida por el interesado. Sin embargo, en lo que respecta al requisito de información que debe caracterizar la autodeterminación del difunto, hay que señalar que existe una laguna en la legislación nacional, que es deficiente a la hora de exigir a los responsables del tratamiento que proporcionen información sobre el ejercicio póstumo de los derechos sobre los propios datos personales, con vistas a que el interesado sea consciente (en la medida de lo posible) de las consecuencias de sus elecciones. Siguiendo en esta línea normativa, de equiparar el consentimiento de la persona de cuyos datos personales se trata tanto cuando aún vive como cuando el ejercicio de los derechos de acceso y control tiene lugar tras su fallecimiento, el apartado 4 del artículo *2-terdecies* especifica que la voluntad expresada por el interesado es siempre susceptible de revocación o modificación (apartado 3 del artículo 7 GDPR).

61 En este sentido se pronuncia la jurisprudencia sobre el fondo, en particular en la decisión del Tribunal de Roma, de 10 de febrero de 2022, nº 2688, antes citada, donde se sostiene que la aceptación de las condiciones generales del contrato por parte del *de cuius* en el momento de la compra del aparato no puede en modo alguno impedir el acceso a dichos datos de terceros, ya que la mera adhesión a dichas condiciones no satisface los requisitos de fondo y de forma expresados por la legislación mencionada. En doctrina Delle Monache: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", cit., p. 479 y ss.; en términos parcialmente diferentes Confortini: Persona e patrimonio nella successione digitale, cit., p. 230 ss.

Tratando de sistematizar las normas examinadas, conceden una importancia primordial a la autodeterminación del *de cuius*, dejando una amplia libertad de decisión sobre el destino de los datos personales generados en la utilización de los servicios digitales en la *red*. Esta libertad se aprecia tanto en el plano del contenido como en el de los esquemas de negociación que puede emplear el individuo y de las formas relativas de la declaración de voluntad, aunque marcada por los límites que se examinarán inmediatamente a continuación.

Desde el punto de vista del contenido, la norma en cuestión confiere al testamento del sujeto un contenido principalmente negativo/prohibitivo, es decir, destinado a prohibir el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del RGPD tras el fallecimiento[62]. Por otra parte, la autodeterminación del interesado, proyectada en la fase post-mortal, puede ciertamente presentar también un contenido positivo/autoritativo, destinado a preestablecer la legitimación y las modalidades de ejercicio de los derechos sobre los datos personales vertidos *online*.

Desde el punto de vista estructural, son varios los esquemas contractuales que puede emplear el *de cuius* a la vista de la equivalencia sustancial *quoad effectum*[63] : puede tratarse tanto de un acto unilateral y unipersonal de última voluntad, destinado a facultar a un mandatario para actuar, tras el fallecimiento del interesado, en el ejercicio de los derechos contemplados por el RGPD en ejecución de su voluntad. Tanto como un mandato celebrado *inter vivos*, tal y como contempla expresamente el citado primer párrafo del art. *2-terdecies*[64].

62 Resulta evidente en este punto la simetría con las disposiciones de los artículos 24, 93 y 96 de la Ley Autoral, que permiten al *de cuius* de manifestar su voluntad sobre ciertos aspectos de los derechos de autor y sobre las memorias y retratos mediante un escrito, no necesariamente testamentario. En tal caso, se tratará de un acto de última voluntad del *de cuius*, unilateral y unipersonal, escrito pero no necesariamente testamentario, autónomo tanto en cuanto a los requisitos de fondo como de forma.

63 Sobre este punto Perlingieri, G.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara", *Rass. Dir. civ.*, 2013, pp. 762-765, nt. 105, insta a evitar cualquier apriorismo y dogmatismo que induzca al intérprete a quedarse enredado en distinciones categóricas abstractas, como la que existe entre acto unilateral o bilateral. En esta perspectiva, el autor considera que las opciones relativas a la inhumación o a la incineración, a la publicación de obras inéditas del *de cuius*, al acceso a cuentas *online* o *offline* mediante credenciales pueden ser objeto tanto de un acto unilateral (testamento) como de un contrato de mandato, de naturaleza *mortis causa*, a ejecutar tras la muerte del mandante. En opinión de De Giorgi, M.V.: *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 140, en principio no cabe excluir que la atribución de tareas que deban realizarse *post mortem* pueda preverse mediante un contrato de mandato, lo que no es contrario a la prohibición de los pactos sucesorios si se refieren exclusivamente a cuestiones no patrimoniales. En sentido contrario se pronuncia clásicamente Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* Milano, 1954, p. 125 ss. En los casos aquí examinados prefiere la reconstrucción en términos de un acto de última voluntad distinto de un testamento Barba, "Interesse post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà", cit., pp. 343-344.

64 Mientras que en el primer caso la aceptación del tercero es posterior y sólo eventual, por lo que la realización del encargo se convierte en autónoma respecto a la persistencia del elemento personal de confianza que pudiera haber sustentado su nombramiento, en la segunda hipótesis, la aceptación del encargo por parte del agente debe completarse *por causas* mientras el mandante siga vivo.

En el plano *causal,* exhibe una función fundamentalmente autorizadora y gestora, ofreciendo, por un lado, el título que justifica el ejercicio *post mortem* de los poderes atribuidos por el causante al mandatario respecto a los accionistas, en el plano "externo" de las relaciones entre el mandatario y terceros[65]. Por otra parte, también indicará, en términos más o menos precisos, el contenido y los límites de las tareas y opciones confiadas al nominatario en la administración de los datos digitales relativos al *difunto*.

En cuanto a los requisitos *formales*, aunque el precepto regula expresamente, en su apartado 2, sólo la declaración de voluntad que impida el ejercicio de los derechos sobre los datos personales del fallecido y sólo para ello prevé el requisito de la forma escrita, debe considerarse que una transacción unilateral o contractual de contenido positivo debe cumplir también el mismo requisito, so pena de ineficacia[66]. Por lo tanto, dado su lugar en el contexto de la prestación de un servicio digital, un acto de disposición del tratamiento póstumo de datos personales en forma digital debe considerarse admisible.

Como se ha dicho, la figura encuentra *límites* tanto de orden especial, expresamente establecidos por el propio artículo 2-*terdecies*, como de orden general. En el primer sentido, con referencia exclusiva a la voluntad prohibitiva del fallecido, que pretende excluir radicalmente el ejercicio póstumo de los derechos relativos a sus datos personales, el último párrafo del precepto en cuestión no prejuzga que se produzcan efectos perjudiciales "sobre los derechos patrimoniales derivados de su fallecimiento, así como sobre el derecho a defender sus intereses en juicio" [67].

Desde una perspectiva general, puede decirse, por tanto, que la norma en cuestión avanza en la dirección de la tipificación en el derecho positivo de una

65 Para una reconstrucción de la figura del mandato unilateral *post mortem*, especial y distinta del caso del mandato contractual a ejecutar tras la muerte del mandante, *vid.* Giampiccolo, Il contenuto atipico del testamento, cit., p. 127 y ss.

66 También contribuyen a ello la norma sobre la obligación formal que marca la declaración de consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos en vida (*vid.* el art. 7 GDPR); así como la reiteración de la existencia de un "escrito" (pero no de un testamento) en las demás figuras de últimas voluntades contempladas en la ley de propiedad intelectual (arts. 23, 24, 93, 96 l.a.).

67 Se piensa en la hipótesis en la que la información personal del difunto también puede tener importancia patrimonial, como en el caso de los datos relativos a sus cuentas de pago; o en la hipótesis no infrecuente en la que el soporte digital (chat, foto o vídeo) transmite información personal relativa a varias personas, cuya divulgación es instrumental para la necesidad de averiguar o probar un derecho ante un tribunal. En este caso, la voluntad meramente prohibitiva del interesado, es decir, encaminada a proteger la confidencialidad de sus datos personales, se convierte en recesiva con respecto al ejercicio del derecho de defensa. La disposición se hace eco de la composición de intereses contrapuestos que el compilador de la disciplina autoral italiana ya había elaborado en 1941 en los artículos 93 y 94: a efectos de la publicación, reproducción o puesta en conocimiento del público de una correspondencia epistolar, este último establece que "el consentimiento indicado en el artículo precedente no será necesario cuando el conocimiento del escrito sea necesario a efectos de un juicio civil o penal o por la necesidad de defender el honor o la reputación personal o familiar".

nueva figura de "disposición anticipada de tratamiento de datos personales" [68], epifanía de la categoría dogmática del acto de última voluntad *no* (necesariamente) testamentario[69]. La tipificación no implica, sin embargo, que dicho acto no observe los límites generales al ejercicio de la autonomía testamentaria contemplados por el derecho italiano, donde la atribución *mortis causa* de una parte o de bienes individuales del *relictum*, en forma de institución de heredero o legatario, amparada por las normas sobre formalismo testamentario, queda reservada al negocio testamentario[70]. El acto de última voluntad distinto del testamento tropieza, por tanto, con la infranqueable limitación erigida, como es sabido, por el principio consagrado en el artículo 457 del Código Civil italiano, según el cual los títulos legitimarios de la herencia son exclusivamente la ley y el testamento, en conjunción con la consiguiente prohibición de pactos sucesorios, cuyo índice objetivo está vinculado a la existencia del *quod superest* y el subjetivo a la subordinación de la disposición a la supervivencia del beneficiario al disponente (artículo 458 del Código Civil italiano) [71].

Más allá de este núcleo indemne del mencionado artículo 2-*terdecies*, la escritura de última voluntad no testamentaria está llamada a desempeñar un papel de primera importancia en el contexto de la sucesión en las relaciones, derechos y datos digitales. Dicha disposición podría centrarse prioritariamente en la transmisión de derechos exquisitamente extrapatrimoniales del *de cuius*, vinculados a su esfera personal, identitaria y existencial[72]. De hecho, podría llegar

68 Se establece aquí un importante paralelismo con las "disposiciones anticipadas de tratamiento" de carácter sanitario (las llamadas DAT o testamento vital), reguladas, como es bien sabido, en el artículo 4 de la Ley nº 219, de 22 de diciembre de 2017, expresión del principio de autodeterminación en el gobierno de los atributos físicos de la persona. Así como más recientemente con la declaración de consentimiento a la donación *post mortem del propio* cuerpo o tejidos contemplada en el artículo 3 de la Ley nº 10/2020. La profecía de quienes, en varias ocasiones, han constatado la creciente convergencia de los problemas subyacentes a la gobernanza del "cuerpo físico" y del "cuerpo electrónico" respectivamente, se hace realidad. Este es, como es bien sabido, el pensamiento de Rodotà, S.: "Variazioni sulla libertà personale", *Studi in onore di Gianni Ferrara,* III, 2005, p. 363 ss.

69 Es opinión consensuada en la doctrina que la teorización más completa de la categoría del acto de última voluntad se debe a Giampiccolo, G.: voce "Atto 'mortis causa'", *Enc. dir.,* IV, Milano, 1959, p. 232 ss. Recientemente, Barba: Contenuto del testamento e atti di ultima volontà, cit., espec. p. 141 ss. La jurisprudencia de legitimación sigue orientada en sentido contrario, adhiriéndose a la idea de que la regulación de los intereses post *mortem* se confía exclusivamente a la voluntad, como único acto *mortis causa* admitido por el ordenamiento jurídico: *vid.* Cass. 2 de febrero de 2016, núm. 1993, *Riv. del Notariato*, 2016, II, p. 967, con nota de Musolino, G.: "Testamento olografo. I due diversi casi della mera imperfezione sanabile della data e dell'impossibilità di ricavare aliunde la data mancante".

70 Sobre este punto, para todos, Nicolò, R.: "Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa", *Vita. not., supp.* 5/6, 1987, CXI.

71 Sobre la prohibición de pactos sucesorios en general, baste recordar, en la interminable literatura sobre el tema, a Gangi, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1947, I, p. 39 ss.; Giampiccolo: Il contenuto atipico del testamento, cit., p. 42 ss.; De Giorgi, M.V.: voce "Patto successorio", *Enc. dir,* XXXII, Milano, 1982, p. 533; Roppo, E.: "Per una riforma del divieto dei patti successori", *Riv dir. priv.,* 1997, p. 8; Bonilini, G.: "Le successioni mortis causa e la civilistica italiana. La successione testamentaria", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 225; Balestra, L., Martino, M.: "Il divieto dei patti successori", *Tratt. di diritto delle succioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 63 ss.; Barba, V.: *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni,* Napoli, 2015, *passim*.

72 Según De Giorgi: I patti sulle successioni future, cit., p. 138 y ss., no existiría ninguna limitación a la prohibición de los pactos sucesorios o de la reserva testamentaria para las disposiciones de bienes que no tengan carácter patrimonial.

a designar a un fiduciario llamado a regir la gestión post-mortal de la información identitaria que difundió en la red en vida, implicando también la administración de derechos sobre los contenidos y datos digitales del fallecido con inclinación patrimonial: piénsese en la administración póstuma de la explotación económica de los derechos de autor sobre *contenidos digitales* publicados en un *social network* por un artista o un *influencer.* Se podría prever un escenario en el que la devolución *mortis causa* de tales situaciones subjetivas siguiera rigiéndose por las dos únicas formas de vocación sucesoria permitidas por el derecho italiano, legítima y/o testamentaria; pero cuya gestión *post mortem* se confiara a las elecciones de una persona designada por el difunto, en un acto de última voluntad digital.

IX. EL MODELO CUALIFICADO DE SUCESIÓN DIGITAL COMO VANGUARDIA DEL SISTEMA DE SUCESIONES *MORTIS CAUSA*.

La muerte de la persona abre, en última instancia, nuevos y nebulosos horizontes en la regulación de la transmisión (o no) a un nuevo titular de las relaciones cultivadas en vida por el fallecido en la dimensión digital.

De hecho, la interpenetración de la institución de la herencia con la realidad digital da lugar a una serie de características que permiten postular la *reductio ad unum* del modelo de sucesión digital. Aquí la herencia se abre a las cambiantes formas de creación y acumulación de riqueza individual en el mercado, renovadas por las tecnologías digitales y *blockchain,* que dan lugar a nuevas *new properties*; a la interpenetración entre la protección de la identidad y los intereses existenciales del individuo y la lógica de mercado de los contenidos y servicios digitales; a la ubicuidad de los datos personales, que induce a repensar la herencia en clave personalista.

En la representación propuesta, entra en crisis el paradigma tradicional de la patrimonialidad de la sucesión y se acentúa la hibridación entre intereses patrimoniales e implicaciones existenciales de las situaciones subjetivas que se desarrollan en la realidad digital[73]. La institución sucesora, así repensada, no ignora la centralidad de ciertas situaciones personales como los relativos al control de los datos personales tratados online. Se observan también las latitudes inéditas que la autonomía hereditaria puede explorar en la realidad digital tanto en términos de contenido como de *vestimentum* formal, a través de un acto de última voluntad no testamentario de naturaleza digital.

En esta línea evolutiva, la sucesión digital ofrece un modelo *sincrético* capaz de hacer frente a la marcada tendencia a mezclar las dimensiones de lo personal y lo patrimonial, del sujeto y del objeto, del ser y del tener, que es un rasgo

73 Puede remitirse a Marino, Mercato digitale, cit., p. 258 ss.

constitutivo del mercado digital y de la sociedad algorítmica. Una exégesis de este tipo puede contribuir a dar al sistema sucesorio el momento personalista de matriz constitucional que necesita urgentemente, cuestionando su tradicional impronta puramente patrimonialista.

El estatuto de la sucesión digital puede, por tanto, representar un *laboratorio* donde arraiguen y crezcan las tensiones evolutivas que agitan la regulación del mercado digital las tensiones evolutivas que afloran en el sistema general de la sucesión *mortis causa.* En otras palabras, este modelo puede desencadenar un proceso evolutivo del sistema sucesorio general, despertándolo del "espléndido aislamiento" que históricamente lo ha hecho refractario a los temperamentos culturales que han azotado otros ámbitos del derecho civil.

BIBLIOGRAFÌA

AURICCHIO, A.: "La pubblicazione dell'opera postuma e il mandato *post mortem*", *Temi*, 1955, p. 388 ss.

BALESTRA, L., MARTINO, M.: "Il divieto dei patti successori", *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 63 y ss.

BANTA, N.M.: "Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death", 83 *Fordham L. Rev.*, 2014, p. 799 ss.

BARBA, V.: "Storicità e modernità nel diritto delle successioni", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, pp. 370-392.

BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atto di ultima volontà,* Napoli, 2018, p. 282 ss.

BARBA, V.: "Interesse post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà", *Riv. dir. civ.,* 2017, I, p. 341 ss.

BARBA, V.: *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni,* Napoli, 2015.

BARBA, V.: "Note per uno studio intorno al significato della parola eredità", *Rass. dir. civ.,* 2011, pp. 347-399.

BAUMAN, Z., LYON, D.: *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2014, p. 39 y ss.

BERLEE, A.: "Digital Inheritance in the Netherlands", EuCML, 2017, p. 253 ss.

BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1950, p. 366.

BIANCA, M.: "Memoria ed oblio: due reali antagonisti?", *Riv. dir. media*, 2019, p. 33.

BOCK, M.: "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", *AcP*, 2017, p. 370.

BONETTI, S.: "Dati personali e protezione post mortem nel nuevo codice della privacy: prime applicazioni", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 554.

BONILINI, G.: "Le successioni mortis causa e la civilistica italiana. La successione testamentaria", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 225.

Buitelaar, J.C.: "Post-mortem privacy and informational self-determination", *19 Ethics Inf. Technol*, 2017, p. 129 y ss.

Cámara Lapuente, S.: "Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad", *El mercado digital de la Unión Europea* (coord. J.A. Castillo Parrilla y P. Castaños Castro), Madrid, 2019, pp. 157-249.

Camara Lapuente, S.: "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2019, pp. 375-432.

Camardi, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", *Dir. inf.*, 2018, p. 65 ss.

Cicu, A.: *Le successioni. Parte generale*, Milán, 1939, p. 34.

Cifrino, C.J.: "Virtual Property, Virtual Rights: Why Contract Law, Not Property Law, Must be the Governing Paradigm in the Law of Virtual Worlds", 55 *B.C.L. Rev.*, 2014, p. 235.

Cobas Cobiella, M.E.: "Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión", *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, pp. 112-129.

Confortini, V.: *Persona e patrimonio nella successione digitale*, Torino, 2023, p. 87.

Conway, H., Grattan, S.: "The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death", *Modern Studies in Property Law* (eds por H. Conway-S. Hickey), Oxford, 2017, p. 99 y ss.

Coviello, L. Jr.: "Il *mandatum post mortem*", *Riv. dir. civ.*, 1930, I, p. 1 ss.

Cruz, E.: "The Digital Inheritance of Mobile Apps: where's the App for that?", 14 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.,* 2016, p. 111.

De Cupis, A.: *I diritti della personalità*, 2ª ed., Milano, 1982, p. 86 ss.

De Giorgi, M.V.: voce "Patto successorio", *Enc. dir,* XXXII, Milano, 1982, p. 533.

De Giorgi, M.V.: *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 140.

De Miguel Beriain, I., Sánchez, A.D., Parrilla Castillo, J.A.: "What Can We Do with the Data of Deceased People? A Normative Proposal, *European Review of Private Law*, 2021, p. 785 ss.

De Nova, G.: "Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agrícola", *Riv. dir. agr.,* 1979, p. 509 ss.

Delle Monache, S.: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 460 y ss.

Deplano, S.: "La successione a causa di morte nel patrimonio digitale", *Internet e diritto civile* (eds. C. Perlingieri, L. Ruggieri), Napoli, 2015, p. 427 y ss.

Di Staso, G.: "Il mandato post mortem exequendum", *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 691 y ss.

Edwards, L., Harbinja, E.: "Protecting Post-mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World", 32 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2013, p. 124.

Falzea, A.: voce "Capacità (teoria generale)", *Enc. dir., VI,* Milano, 1960, p. 8.

Ferri, L.: *Successioni in generale. Artt. 456-511*, *Comm. c.c.*. Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1965, p. 32 ss.

Floridi, L.: "Mature Information Societies - a Matter of Expectations", 29 *Phil. & Tech.*, 2016, p. 1 ss.

Galasso, A.: *La rilevanza della persona nei rapporti privati,* Napoli, 1974, p. 216 ss.

Gangi, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1947, I, p. 39 y ss.

García Herrera, V.: "La disposición sucesoria del patrimonio digital", *Actualidad Civil*, 2017, p. 65 y ss.

Giampiccolo, G.: voce "Atto *mortis causa*", *Enc. dir.,* IV, Milano, 1959, p. 232 ss.

Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* Milano, 1954, p. 125 ss.

Ginebra Molins, M.E.: "Morir en la era digital: 'Voluntades digitales', intimidad y protección de datos personales", *Derecho mercantil y tecnología* (dir. A. Madrid Parra), Barcelona, 2018, pp. 130-137.

González Granado, J.: "Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?", *Testamento ¿digital?* (eds. Oliva León, Valero Barceló), E-book, Juristas con futuro, 2016, pp. 40-41.

Graef, I., Prüfer, J.: "Governance of data sharing", *Tilec Discussion Paper n.º 2021-001*, Tilburg, 2021, p. 1 y ss.

Groffe, J.: "La mort numerique", *Dalloz*, 2015, chr. n. 28.

Grosso, G., Burdese, A.: *Le successioni*, *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, Torino, 1977, p. 17.

Gutiérrez Santiago, P.: "La llamada 'personalidad pretérita': datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 201-238.

Harbinja, E.: "Digital Inheritance in the United Kingdom", EuCML, 2017, p. 253 ss.

Harbinja, E.: "Post-mortem privacy 2.0: theory, law, and technology", *31 International Review of Law, Computers & Technology*, 2017, p. 33.

Haskel, J., Westlake, S.: *Capitalism Without Capital. The Rise of the Intangible Economy*, Princeton, 2017.

Heinemann, M.J, Heinemann, D.: Postmortaler Datenschutz, *DuD*, 2013, p. 242.

Heintz, V.P., Ludyga, H.: "Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das 'Facebook-Urteil' des BGH", *JURIS*, 2018, p. 398.

Horton, D.: "Tomorrow's inheritance: the frontiers of estate planning formalism", *B.C. L. Rev.,* 2017, p. 539.

Hualde Sánchez, J.: "La protección post mortem de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido", *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Bienes de la personalidad, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia*, Murcia, 2008.

Irti, N.: *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1966, p. 105.

Lopez, A.B.: "Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets", *24 Geo. Mason L. Rev.*, 2016, p. 183.

Ludyga, H.: "'Digitales Update' fuer das Erbrecht im BGB?", *ZEV*, 2018, p. 1.

Luminoso, A.: *Mandato, spedizione, commissione*, *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Milano, 1984, p. 123.

MACKENRODT, M.O.: "Digital Inheritance in Germany", EuCML, 2018, p. 41

MAESCHAELCK, B.: "Digital Inheritance in Belgium", EuCML, 2018, p. 37 ss.

MALGIERI, G.C.: "R.I.P.: Rest in Privacy or Rest in(Quasi)Property? Personal Data Protection of Deceased Data Subjects Between Theoretical Scenarios and National Solutions", *Data Protection And Privacy:The Internet Of Bodies* I (eds. LEENES-VAN BRAKEL-GUTWIRTH), London, 2018, p. 11 ss.

MANIACI, A., D'ARMINIO MONFORTE, A.: "La prima decisione italiana in tema di *eredità digitale*: quale tutela post mortem dei dati personali?", *Corr. giur.*, 2021, p. 658 ss.

MARINO, G.: *Mercato digitale e sistema delle successioni* mortis causa, Napoli, 2022, p. 51 y ss.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F.: "La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales", *Tratado de protección de datos* (dir. A. RALLO LOMBARTE), Valencia, 2019, pp. 53-77.

MARTINO, M.: "Le *nuove proprietà*", *Tratt. dir. succ. don.*, *La successione ereditaria* (dir. por G. BONILINI), vol. I, Milano, 2009, p. 355 y ss.

MARTONE, I.: "Sulla trasmissibilità a causa di morte dei 'dati personali': l'intricato rapporto tra digitalizzazione e riservatezza", *Nuovi modelli di diritto successorio: prospettive interne, europee e comparate. Actas de la conferencia* (eds. por BALLERINI, BUSET, PERTOT, REGA), Trieste, 2020, p. 87.

MASPES, I.: "Morte 'digitale' e persistenza dei diritti oltre la vita della persona física", *Giur. it.*, 2021, p. 1600 ss.

MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, VI ed., 1999, p. 245.

MENGONI, L.: *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, p. 36.

MESSINEO, F.: "La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre in una sua applicazione", *Temi*, 1949, p. 607.

MESSINETTI, D.: voce "Personalità (diritti della)", *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss., p. 362 y p. 385.

Metallinos, N.: "Accès des héritiers: distinction entre personne intéressée et personne concernée", *Comm. Comm. Électr.*, 2016, comm. 74.

Metallinos, N.: "Conditions de l'extension de la notion de personne concernée aux hèritiers", 2017, comm. 84.

Minero Alejandre, G.: *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Cizur Menor, 2018.

Monti, G.: "Attention Intermediaries: Regulatory Options and Their Institutional Implications", *TILEC Discussion Paper*, 2020, p. 4.

Musolino, G.: "Testamento olografo. I due diversi casi della mera imperfezione sanabile della data e dell'impossibilità di ricavare aliunde la data mancante", *Riv. del Notariato*, 2016, II, p. 967.

Nemeth, K., Morais Carvalho, J.: "Digital Inheritance in the European Union", EuCML, 2018, p. 253.

Nicolò, R.: "Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa", *Vita. not., supp.* 5/6, 1987, CXI.

Nicolò, R.: voce "Successione nei diritti", *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, III ed., p. 609.

Palazzo, A.: *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

Parrilla Castillo, J.A.: "The Legal Regulation of Digital Wealth: Commerce, Ownership and Inheritance of Data", *European Review of Private Law,* 2021, p. 807 ss.

Patti, F.P., Bartolini, F.: "Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform", 27 *European Review of Private Law*, 2019, pp. 1181-1194.

Pérés, C.: "Les données à caractére personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République Numérique", *D.*, 2016, p. 90.

Perlingieri, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto succorio tra autonomia eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 15 ss.

Perlingieri, G.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara", *Rass. Dir. civ.*, 2013, pp. 762-765.

PERLINGIERI, G.: "L'acquisto dell'eredità", *Diritto delle successioni* (eds por R. CALVO y G. PERLINGIERI), Napoli, 2008, p. 270 ss.

PIRAINO, F.: "I diritti dell'interessato nel Regolamento Generale per la protezione dei dati personali", *Giur. it.*, 2019, p. 2777 ss.

PUGLIATTI S.: *I fatti giuridici. Rivisto e aggiornato da Angelo Falzea*, Milano, 1996, p. 28 ss.

PURTOVA, N.: "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", *Derecho, innovación y tecnología,* 2018, p. 40 ss.

PUTORTÌ, V.: "Patrimonio digitale e successioni mortis causa", *Giustizia civile,* 2021, p. 163 ss.

REICH, C.A.: "The New Property", *73 Yale Law J.,* 1964, p. 733 ss.

RESCIGNO, P.: voce "Capacità giuridica (diritto civile)", *Noviss. Dig. it.,* II, Torino, 1958, p. 873.

RESCIGNO, P.: voce "Legittimazione ad agire", *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, p. 518 ss.

RESTA, G.: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", *Contr. impr.,* 2019, p. 85 ss.

RESTA, G.: *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 124 ss.

RESTA, G.: "La *morte* digitale", *Dir. inf.*, 2014, p. 891.

RESTA, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 379.

RIFKIN, J.: *The Age Of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, London, 2000.

RODOTÀ, S.: "Variazioni sulla libertà personale", *Studi in onore di Gianni Ferrara,* III, 2005, p. 363 y ss.

ROPPO, E.: "Per una riforma del divieto dei patti successori", *Riv dir. priv.,* 1997, p. 8.

ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F.: "Testamento digital", *Testamento ¿digital?* (eds. OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ), E-book, Juristas con futuro, 2016, p. 28.

RUDA GONZÁLEZ, A.: "Más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán", *Managing Risk in*

the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2017, pp. 233-236.

Santoro-Passarelli, L.: *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, espec. p. 267 y ss.

Santos Morón, M. J.: "La denominada 'herencia digital': ¿necesidad de regulación? Estudio del Derecho español y comparado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, p. 435.

Santos Morón, M. J.: "La transmisibilidad mortis causa de los bienes digitales", *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (dirs. Kindl, J., Arroyo Vendrell, T., Gsell, B.), Baden-Baden, 2018, pp. 159-160.

Schlesinger, P.: "voce Successioni (dir. civ.). Parte generale", *Noviss. Dig. it.,* XVIII, Torino, 1971, p. 761.

Solé Resina, J.: "Las voluntades digitales. Marco normativo actual", *Anuario de Derecho Civil*, 2018, pp. 422-423.

Spangaro, A.: "La tutela postmortale dei dati personali del defunto", *Contr. impr*, 2021, p. 574 ss.

Spence, W.: "Facebook, the Attention Economy and EU Competition Law: Established Standards Reconsidered?", *European Business Law Review,* 2020, pp. 693-724.

Stolfi, G.: "Note sul concetto di successione", *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 535 ss.

Swinnen, K.: "Ownership of data: Four Recommendations for Future Research", *Journal of Law, Property, and Society,* 2020, p. 143.

Van Erp, S.: "Ownership of Digital Assets?", *European Property Law Journal*, 2016, p. 73.

Vignotto, A.: "La successione digitale alla luce delle prime decisioni giurisprudenziali italiane", Famiglia e diritto, 2022, p. 713 ss.

Wusthöf, L.: "Germany's Supreme Court Rules in Favour of "Digital Inheritance", *EuCML,* 2018, p. 205.

Zaccaria, A.: "La successione mortis causa nei diritti di disporre di dati personali digitalizzati", *Studium iuris,* 2020, p. 1368 ss.

ZACCARIA, A.: *Diritti extrapatrimoniali e successioni. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, pp. 222 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Do *Data Markets* exist?", *Medialaws*, 2019, p. 24.

ZOPPINI, A.: "Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)", *Riv. dir. civ.*, I, 2000, p. 185.

ZUBOFF, S.: *The Age of Surveillance Capitalism*, London, 2019.

L'"INTELLIGENTE" AUTOMAZIONE NEI SISTEMI DI *CREDIT SCORING*

"INTELLIGENT" AUTOMATION IN CREDIT SCORING SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1128-1165

Angela
MENDOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare il tema del credit scoring, ovvero quel sistema utilizzato dagli istituti finanziari al fine di verificare il merito creditizio dei soggetti richiedenti un prestito. La peculiarità dell'argomento è data dall'operatività di diverse competenze esternalizzate attraverso l'utilizzo di meccanismi eterogenei, sempre meno legati all'apporto umano in quanto collegati a funzionamenti "artificiali", seppur intelligenti. L'elaborazione algoritmica dei dati personali talvolta lascia spazio ad un intervento discrezionale, anche "correttivo", da parte degli istituti di credito, mentre, in altre occasioni, definite di decisione automatizzata, l'operazione compiuta in via meccanica viene considerata definitiva e irreversibile. Non poche sono le conseguenze sul piano giuridico, tanto in un'ottica di responsabilità dei differenti soggetti che, a vario titolo, operano in tali sistemi, quanto in termini di lesione di situazioni giuridiche soggettive afferenti alla persona.

PALABRAS CLAVE: Rilevazione del merito creditizio; automazione intelligente; algoritmo; responsabilità.

ABSTRACT: *This contribution aims to analyze the topic of credit scoring, i.e. the system used by financial institutions in order to assess the creditworthiness of loan applicants. This topic stands out for the operation of various skills outsourced through the use of heterogeneous mechanisms, less and less linked to human contribution as they are connected to "artificial", albeit intelligent, functioning. The algorithmic processing of personal data sometimes leaves room for discretionary, even "corrective", intervention by credit institutions, while, on other occasions, defined as of automated decision, the mechanically-performed operation is considered definitive and irreversible. There are quite a few consequences on a legal level, both from a perspective of liability of the different subjects who, in various capacities, operate in such systems, and in terms of damage to subjective legal situations relating to the person.*

KEY WORDS: *Credit scoring; intelligent automation; algorithm; liability.*

SUMARIO.- I. *RATING* BANCARIO E DIRITTO DI ACCESSO A CREDITI SOSTENIBILI. – II. LA RESPONSABILITÀ DEL FINANZIATORE "DA PRESTITO IMPONDERATO". – III. DAI MODELLI CONVENZIONALI AL C.D. *ALGORITHMIC CREDIT SCORING*. – 1. Rischi e svantaggi dei metodi algoritmici di misurazione dell'affidabilità creditizia. – 2. Principi, controlli "interni" e responsabilità aggravata per colpa presunta. – IV. LA PROFILATURA DEL CLIENTE TRA DECISIONE AUTOMATIZZATA E AUTONOMIA ALGORITMICA SUPERVISIONATA. – V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. *RATING* BANCARIO E DIRITTO DI ACCESSO A CREDITI SOSTENIBILI.

Quando si discute di *credit scoring*, ci si riferisce ad un sistema che gli istituti finanziari utilizzano per assegnare ai potenziali mutuatari un giudizio sulla solvibilità degli stessi, attribuendo loro veri e propri punteggi di credito. Valutazione – quella cui si fa cenno – che può rivelarsi "buona" solo ove si prospetti una discreta probabilità di ritorno "fisiologico" del prestito, cioè una maggiore possibilità che il cliente osservi i propri obblighi restitutori. Il "*rating*" bancario posto in essere consta, infatti, nello svolgimento di indagini per vagliare la capacità di rimborso del richiedente il credito, sulla base di dati decisivi, tra cui il reddito e l'esposizione debitoria corrente (cc.dd. informazioni "in entrata"). Da qui, l'istituto di credito stabilisce se erogare o meno un prestito; e, solo in caso positivo, determina l'entità del finanziamento da concedere e il tasso di interesse da applicare[1], fornendo chiarimenti adeguati, in modo che il cliente possa decidere se il contratto di credito proposto sia adatto alla sua situazione finanziaria, in base agli effetti che ne possono discendere (informazioni cc.dd. in uscita, *ex* art. 124, comma 5, T.U.B.)[2].

Dalla valutazione positiva del merito creditizio non scaturisce alcuna pretesa a ottenere l'erogazione del credito. Non sussiste, invero, un diritto soggettivo, neppure in termini di aspettativa, che consenta di esigere un prestito, ma solo

1 Cfr. Dolmetta, A.A.: "La valutazione del merito del credito nell'accesso al servizio. La prospettiva del contratto d'impresa", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 3, pp. 305 ss.; Nuccio, M.R.: *Merito creditizio e tutela del consumatore*, Napoli, Esi, 2020, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Corte Giustizia UE, sez. I, 6 giugno 2019, Causa C-58/18 - *Michel Schyns v. Belfius Banque*, *Riv. reg. e dei merc.*, 2019, 2, p. 348, con nota di Greco, G.L.: "Credito adeguato e consumatore 'immeritevole' nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", da cui emerge che la valutazione di merito creditizio misura la capacità di rimborso del debitore e può essere intesa come apprezzamento del grado di rischio connesso all'operazione di prestito, nella duplice accezione di rischio economico derivante dall'insolvenza del debitore, che comporti una perdita definitiva sul capitale prestato, e di rischio finanziario (di liquidità), collegato al mancato rimborso alla scadenza convenuta, pur con ragionevoli aspettative sul rientro in un momento successivo.

2 L'obbligo di verifica del merito creditizio è posto soltanto a carico degli istituti di credito e non anche degli intermediari finanziari; "dunque solo su chi dalla mancata verifica potrebbe subire un pregiudizio in termini di mancato rimborso (…) e non anche in capo a chi si limiti a svolgere una attività *lato sensu* promozionale senza sopportare i rischi dell'eventuale inadempimento del cliente e che, non a caso, è sottoposto ad una vigilanza da parte delle autorità creditizie più blanda di quella prevista per i finanziatori", come chiarisce Modica, L.: "Concessione «abusiva» di credito ai consumatori", *Contr. e impr.*, 2012, 1, p. 507.

• Angela Mendola
Dottore di ricerca in "Comparazione e diritti della persona". Abilitata alle funzioni di professore universitario di seconda fascia di diritto privato e di diritto comparato, Università degli studi di Salerno. E-mail: amendola@unisa.it.

un preliminare corretto giudizio di "buona" o "cattiva" affidabilità creditizia[3]. Di converso, l'obbligo di "fare credito" è estraneo allo statuto dell'impresa bancaria[4], godendo essa di piena discrezionalità, pur entro i limiti dei principi generali di buona fede e correttezza e di quello specifico di sana e prudente gestione (cfr. artt. 5, 127 T.U.B.)[5]. La solvibilità del cliente va, cioè, misurata sulla base di "informazioni adeguate"[6], proporzionate e opportunamente verificate (*ex* artt. 124-*bis*; 120-*undecies* T.U.B.[7]), sia prima della conclusione del contratto di credito che durante l'esecuzione dello stesso, potendo le parti accordarsi per una variazione dell'importo originariamente richiesto. Il fine è quello di impedire che il richiedente assuma impegni cui non sia in grado di far fronte[8] senza ricorrere a misure straordinarie e alternative, quali rateizzazioni o dilazioni, e di scongiurare i possibili pregiudizi delle procedure espropriative.

È "di protezione" il dovere che si configura in capo al creditore, occorrendo osservare una certa precauzione nell'obbligo di tenere quanto più integro possibile il patrimonio del debitore[9]; e tanto rispetto alla sostenibilità del finanziamento, atteso l'effetto riflesso di una efficiente allocazione del credito, che va destinato a soggetti meritevoli in quanto capaci di restituire la somma loro prestata[10]. Né un eventuale comportamento del cliente, di omessa o falsa informazione, può fare venire meno l'obbligo dell'istituto di credito di procedere alla corretta determinazione del merito creditizio, secondo canoni di alta professionalità[11] e la

3 Sottolinea Dolmetta, A.A.: "Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore", *Fall.*, 2022, 12, p. 1586 (nota a Trib. Torino, sez. fall., 14 aprile 2022), che "il tema della valutazione del merito del credito non ha niente a che vedere con quello di un (eventuale) diritto al credito" (…) che attiene invece "per sua propria natura, all'esito della valutazione del merito creditizio". In giurisprudenza, v.si Trib. Macerata, 24 maggio 2018, *Nuova giur. comm.*, 2018, 2, pp. 1430 ss., con nota di Salerno, F.: "La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici"; A.B.F., Collegio di coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6182, *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

4 Cfr. art. 53, comma 1, lett. b) e d), T.U.B.), che, onde scongiurare il c.d. "rischio di credito", inserisce nell'oggetto della vigilanza regolamentare "il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni" oltre al governo societario, all'organizzazione amministrativa e contabile, nonché ai controlli interni. In dottrina, sul tema, v.si Di Raimo, R.: *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, in AA.VV.: *Arbitro bancario e finanziario*, (a cura di G. Conte), Milano, Giuffrè, 2021, pp. 210 ss.

5 In tal senso, cfr. Trib. Catania, 5 marzo 2020, n. 899, *www.dejure.it*; A.B.F., Collegio di Roma, 10 gennaio 2019, n. 3009; A.B.F., Collegio di Milano, 5 aprile 2018, n. 7456, *www.arbitrobancariofinanziario.it*. Sul tema, cfr. Pellecchia, E.: "La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali", *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, 1, p. 213.

6 Osserva Trib. Torino, sez. fall., 14 aprile 2022, cit., che la verifica del merito creditizio non può essere limitata alla mera compilazione di un questionario da parte del cliente, posto che la norma dell'art. 124-*bis* T.U.B. fa riferimento a "informazioni adeguate" e che la connotazione imprenditoriale del finanziatore importa, in un'ottica di prudenza e diligenza, che la raccolta di informazioni debba comunque essere fatta in modo da fornire un quadro completo sul merito creditizio.

7 Per un approfondimento, si rinvia a Mattassoglio, F.: "La valutazione 'innovativa' del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore", *Dir. banca e del merc. fin.*, 2020, 2, pp. 187 ss.

8 Corte Giustizia UE, sez. VI, 10 giugno 2021, n. 303, *www.curia.europa.eu*.

9 Dolmetta, A.A.: "La valutazione del merito del credito nell'accesso al servizio. La prospettiva del contratto d'impresa", cit., pp. 305 ss.

10 Ammannati, L., Greco, G.L., *Il* credit scoring *'intelligente': esperienze, rischi e nuove regole*, in AA.VV.: *La finanza nell'età degli algoritmi*, (a cura di L. Ammannati, A. Canepa), Torino, Giappichelli, 2023, 2, p. 30.

11 Dolmetta, A.A.: "Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore", cit., p. 1586.

cautela tipica dell'accorto banchiere (c.d. diligenza del *bonus argentarius*)[12], dovuta "sin dall'obbligo e*x ante* di dotarsi dei metodi, delle procedure e delle competenze necessari alla verifica del merito creditizio"[13].

II. LA RESPONSABILITÀ DEL FINANZIATORE "DA PRESTITO IMPONDERATO".

Spetta, a tal punto, interrogarsi sulla responsabilità della banca in caso di concessione di finanziamento ad un soggetto immeritevole, ovvero a chi sconti un giudizio negativo in termini di concreta e fisiologica sostenibilità dell'operazione economica[14]. In tema di credito immobiliare, nel già citato art. 120 – *undecies*, comma 3, T.U.B., in caso di valutazione scorretta del merito creditizio, il legislatore manifesta l'intenzione di protendere per i rimedi negoziali non demolitori, sì da escludere persino la risoluzione del negozio di finanziamento concluso o comunque modifiche contrattuali svantaggiose[15]. Alcuna previsione è, invece, contenuta nella disciplina specificamente prevista nell'art. 124 *bis* T.U.B., con riguardo al credito al consumo.

12 Essa deve trovare applicazione non solo in riferimento ai contratti bancari in senso stretto ma anche ad ogni tipo di atto o di operazione posta in essere, nell'esercizio della sua attività, dalla banca, la quale deve predisporre qualsiasi mezzo idoneo onde evitare il verificarsi di eventi pregiudizievoli comunque prevedibili. Cfr. Cass. civ., 7 maggio 1992, *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 369.

13 Cass. civ., 30 giugno 2021, n. 18610, *Fall.*, 2021, 10, pp. 1207 ss., con nota di Dolmetta, A.A.: "'Merito del credito' e procedure di sovraindebitamento".

14 Proseguendo nella disamina delle ipotesi di responsabilità del finanziatore, diverso è il caso dell'erogazione di un prestito o del mantenimento in essere di linee di credito già accordate, a società in evidente stato di insolvenza. Secondo Cass. civ. 14 settembre 2021, n. 24725, *Foro it.*, 2021, I, 12, c. 3897, nel primo caso, si configura una *culpa in contrahendo* dell'intermediario, verso la società, ed *ex* art. 2043 c.c., rispetto ai creditori. Nella seconda fattispecie patologica, invece, la condotta del finanziatore costituisce fonte di responsabilità da "contatto sociale qualificato", verso il soggetto finanziato; e, sempre extracontrattuale, nei confronti del ceto creditorio, per diminuzione della garanzia patrimoniale, come, invece, si ricava da Cass. civ., 30 giugno 2021, n. 18610, cit. (per cui, al contrario, non integra un'abusiva concessione di credito la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi di impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione "*ex ante*", di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui siano state in buona fede desunte la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito a detti scopi). Sul tema, in generale, cfr. Inzitari, B.: "La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito", *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 298. Più di recente, v.si le osservazioni di Balsamo Tagnani, S., Volpi, G.: "Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Contr. e impr.*, 2020, 1, pp. 226 ss., per cui si pone, poi, un problema di *quantum* del risarcimento che non andrebbe parametrato sull'ammontare dell'importo di credito concesso, dovendosi, invece, valutare l'aggravamento del dissesto riconducibile alla prosecuzione dell'attività sociale.

15 Cfr. Pellecchia, E.: "L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla 'contrattazione con l'insolvente'", *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1, p. 1112. Rinviene un necessario coordinamento tra la disciplina dell'obbligo di corretta valutazione del merito creditizio, dettata per la specie del credito immobiliare, e quella prevista per il genere delle operazioni di credito ai consumatori tanto da ritenere "di applicazione comune anche le regole contenute nel comma 3 dell'art. 120- *undecies* T.U.B. (già in via di interpretazione estensiva)", Dolmetta, A.A.: "Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore", cit., p. 1585, nt. 23. Cfr. Grasso, R.: *Sub* art. 120-*undecies*, in AA.VV.: *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, (diretto da F. Capriglione), t. III, 3° ed., Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, p. 2040.

V'è, allora, chi invoca la pratica commerciale scorretta, *ex* art. 20 cod. cons., argomentando dalla ricorrenza dell'elemento della contrarietà alla diligenza professionale, di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., del comportamento del finanziatore che sarebbe idoneo a falsare in misura apprezzabile le scelte del consumatore[16]. Ai fini della configurazione della pratica in questione occorrerebbe, però, l'"astratta replicabilità" della condotta nei confronti di una intera categoria, non rilevando, cioè, la sporadicità dell'attività posta in essere[17].

Altri, alla luce del rapporto che può intercorrere tra uno scorretto processo informativo ed il comportamento del consumatore[18], e a condizione che venga dimostrata l'incidenza causale della violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio sul processo di formazione della volontà del cliente, ipotizzano il rimedio dell'annullamento del contratto sull'assunto che il consenso del soggetto richiedente il prestito sarebbe viziato da errore[19]. Se non fosse che la sanzione in questione qui non è comminata espressamente dalla normativa di riferimento e (come noto) non è applicabile al di fuori dei casi previsti dalla legge[20].

La concessione di un credito insostenibile configura invero un illecito plurioffensivo[21], presumendosi un danno "diretto" al patrimonio del soggetto finanziato e uno indistinto e "riflesso" a tutti i suoi creditori, scaturente dalla lesione della garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. Non si tratta di un mero "affare privato" tra le parti del contratto di finanziamento[22], pregiudicandosi altresì l'intero mercato per l'effetto di "affidamento" che si genera sugli operatori negoziali e sui terzi che, ad esempio, abbiano prestato una garanzia personale ovvero acquistato uno strumento derivato dalla cartolarizzazione di quello specifico credito bancario[23]. Il disvalore riservato ai creditori non diligenti riflette, infatti, interessi pubblici significativi[24], che vanno dal corretto esercizio dell'attività d'impresa alla salvaguardia delle risorse implicate, *ex* art. 47 Cost., fino ad arrivare,

16 In tal senso, cfr. Falcone, G.: "«Prestito responsabile» e valutazione del merito creditizio", *Giur. comm.*, 2017, 1, p. 167.

17 Come sottolinea Falcone, G.: "Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. comm.*, 2015, 1, p. 132.

18 Cfr., in merito, Meoli, B.: *La curvatura della responsabilità dell'intermediario finanziario per inadempimento degli obblighi informativi*, AA.VV.: *Studi in onore di Modestino Acone*, 2010, vol. III, Napoli, Jovene, pp. 2109 ss.

19 Salerno, F.: *op. cit.*, p. 1429, il quale, sottolineando la gravosità di questa prova, conclude nel senso per cui il finanziatore, nel suo stesso interesse, dovrebbe astenersi dall'erogare credito in assenza di merito creditizio, e che a soccorrere potrebbe essere la presunzione che il debitore abbia confidato sulla sostenibilità del debito per il fatto stesso dell'intervenuta erogazione del credito a opera di un soggetto professionale preventivamente tenuto alla verifica del suo merito creditizio.

20 A.B.F., Collegio di Roma, 20 agosto 2013, n. 4440, *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

21 Così si esprime Balestra, L.: "Crisi dell'impresa e concessione abusiva del credito", *Giur. comm.*, 2013, 1, pp. 109 ss.

22 Cass. civ., 30 giugno 2021, n. 18610, cit.

23 Larocca, S., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in AA. VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella, L. Mezzasoma), Napoli, Esi, 2010, pp. 233 ss.

24 Trib. Bari 8 luglio 2020; Trib. Napoli, 27 ottobre 2020, in *www.ilcaso.it*.

ex art. 41 Cost., alla tutela oggettiva del mercato del credito, quale strumento per la realizzazione della persona umana[25]. Tali argomentazioni spingono evidentemente parte della dottrina a teorizzare una nullità "di protezione" del contratto di finanziamento stipulato con un pagatore poco affidabile, per contrasto con le norme in tema di *credit scoring* e, in particolare, con il richiamato art. 124 – *bis* T.U.B. – che integrerebbe un'eccezione al principio generale di non interferenza tra regole di validità e norme di comportamento[26]. Queste ultime – e in specie gli obblighi di informazione – in alcuni casi, sono, d'altronde, giunte a diventare parte del contenuto contrattuale e a condizionarne la stessa validità, penetrando nel regolamento di interessi e caricandolo di disvalore strutturale o funzionale[27] . Ben salda appare, invero, la relazione tra gli obblighi informativi dei soggetti istituzionali deputati all'erogazione del credito e il consumatore richiedente un prestito, da considerarsi contraente "debole", non tanto per un'asimmetrica distribuzione di poteri contrattuali tra lo stesso e la controparte, ma per una carenza strutturale di competenze tecniche che lo caratterizza[28]. L'art. 125 *bis* T.U.B., in tal senso, sancisce il vincolo della forma scritta e l'obbligatoria consegna al cliente di copia del

25 Sul tema e, in special modo, sulla relazione tra tutela del mercato e realizzazione della persona umana, si rinvia a Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, Esi, 2003, p. 230.

26 Chironi, M.: "La responsabilità della banca creditrice per la errata valutazione del merito creditizio", *Resp. civ. e prev.*, 2023, 3, p. 932 (nota a Trib. Lecce, 28 marzo 2022). Cfr. Iurilli, C.: "Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile (Seconda parte)", *Studium Iuris*, 2014, 4-5, p. 549; Imbruglia, D.: "Regola di adeguatezza e validità del contratto", *Eur. dir. priv.*, 2016, 2, pp. 335 ss.; nonché Modica, L.: *op. cit.*, p. 507.

27 Si pensi alla nullità del negozio concluso per telefono in violazione di alcuni obblighi di informazione (art. 52, 3 comma, cod. cons.), a quella dei contratti di assicurazione, in caso di danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti stipulati senza la dichiarazione del cliente di essere stato preventivamente informato (art. 34, commi 1 e 2, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in L. 24 marzo 2012, n. 27), alla nullità delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore (artt. 33, 1 comma; e 36, 3 comma, cod. cons.), e a quella dei contratti di prestazione a distanza dei servizi finanziari, qualora il fornitore violi gli obblighi informativi precontrattuali in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del servizio (art. 67, comma 4, *septies decies*, cod. cons.). Sul tema, in generale, si rinvia alle riflessioni di Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, Esi, 2013, p. 20; Musio, A.: "La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2010, 11. Simmetricamente, in determinate ipotesi, è prevista la nullità per la violazione di norme che riguardano elementi estranei al contenuto del contratto. Il rinvio è a quella per mancanza di prescritta autorizzazione a contrarre o per difetto di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti. Per il primo caso, cfr. Cass. civ., 19 settembre 2006, n. 20261, *Mass. Giust. civ.*, 2006, 9; Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9767, *ivi*, 2005, 5. Per il secondo, v.si Cass. civ., 3 agosto 2005, n. 16281, *ivi*, 2005, 6; Cass. civ., 18 luglio 2003, n. 11247, *ivi*, 2003, 7-8; Cass. civ., 5 aprile 2001, n. 5052, *Giur. it.*, 2001, 11, cc. 2083 ss., con nota di Fauceglia, G.: "Brevi note sulla nullità dei contratti aventi ad oggetto valori mobiliari da parte di società non iscritta all'albo". Un ulteriore segnale del superamento della netta linea di demarcazione tra regole di validità e regole di correttezza, quanto a pervasività degli effetti della loro violazione sul contratto, può essere offerto da Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, *Foro it.*, 2014, 7-8, cc. 2036 ss., con note di Scoditti, E.: "Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice"; Pardolesi, R.: "Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria", allorché, in tema di caparra confirmatoria, ha attribuito al giudice il potere di sindacare l'equilibrio della stessa, ai sensi dell'art. 1418 c.c. e per il tramite dell'art. 2 Cost. La Corte, in tale ordinanza, precisa che la predetta disposizione costituzionale, per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, entra direttamente nel contratto, in combinato con il canone della buona fede. Le stesse affermazioni sono state riprese da Cass. civ., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, *Foro it.*, 2016, 6, 1, c. 201. Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, *Giur. Cost.*, 2013, 5, c. 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".

28 Sul tema sia consentito un rinvio a Mendola, A.: "Piano del consumatore e falcidia del creditore ipotecario nella l. n. 3/2012", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, pp. 329 ss. (nota a Trib. Verona, 20 luglio 2016).

contratto contenente le informazioni necessarie, pena, *ex* art. 117, comma 1, T.U.B., la nullità del negozio che, *ex* art. 127 T.U.B., opera soltanto a vantaggio del cliente e può essere rilevata d'ufficio dal giudice[29]. Poiché il soggetto immeritevolmente finanziato ha interesse a non perdere il credito ricevuto e, al contempo, a rispettare gli impegni assunti, chi invoca la tesi della nullità di protezione postula due soluzioni, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Il riferimento è alla modifica del piano di ammortamento in termini di diminuzione degli importi delle rate di rimborso e di contestuale incremento del numero delle stesse; nonché alla conseguente non debenza di interessi moratori[30].

L'impostazione orientata sulla nullità di protezione del negozio di finanziamento, senz'altro sostenibile sia rispetto alla valutazione dei beni giuridici protetti sia in merito alla soluzione in concreto tratteggiata a tutela del contraente debole, non considera, però, che l'art. 124-*bis* T.U.B. non costituisce una norma imperativa "di validità" in quanto nulla dice sul comportamento che deve adottare il finanziatore laddove la verifica del merito creditizio sia negativa, sicché, dalla sua violazione, non potrà discendere una nullità virtuale di protezione, ammissibile solo se espressamente prevista dal legislatore[31]. La disposizione normativa *de qua*, infatti, è rubricata "Verifica" – e non già "Obbligo di verifica" – del merito creditizio. Al punto che il legislatore europeo, avvertendo un vuoto di disciplina e la necessità di una tutela più definita, all'art. 18 della Direttiva (UE) 2023/2225 del 18 ottobre 2023, rubricato appunto "Obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore", prevede che "gli Stati membri dispongono che, prima della conclusione di un contratto di credito, il creditore debba effettuare una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore" (…) nell'interesse del consumatore, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e sovraindebitamento" (comma 1)[32]. Ancora una volta, però, viene persa l'occasione per delineare con certezza quali rimedi siano invocabili dal consumatore immeritevolmente finanziato.

29 Cfr. Cass. civ., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, *Giur. it.*, 2015, 1, cc. 71 ss., con nota di Pagni, I.: "Il 'sistema' delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite"; ed *ivi*, 6, cc. 1387 ss., con nota di Bove, M.: "Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali".

30 Chironi, M.: *op. cit.*, p. 936.

31 Rileva D'Amico, G.: "Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)", *Contratti*, 2012, 12, pp. 977 ss., il quale, pur specificando che la nullità di protezione opero solo qualora espressamente prevista dal legislatore, non esclude il ricorso all'analogia nel caso di una specifica rilevante similitudine tra la fattispecie espressamente sanzionata con la nullità e quella per la quale tale rimedio non sia stato invece previsto.

32 Al riguardo il *considerando* 53 della Direttiva (UE) 2023/2225 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE, in *https://www.consilium.europa.eu/it/*, prevede, tra le altre cose, che "gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Tali misure dovrebbero poter includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori, compresi gli avvertimenti sui rischi connessi a un mancato pagamento o al sovraindebitamento. In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o senza preliminare valutazione del merito creditizio. Gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento da parte dei creditori e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionarlo".

Alla luce di quanto sin qui esposto e sulla scorta dei noti principi delineati da Cass. civ., Sez. un., n. 26724 del 2007[33], sarebbe preferibile configurare una responsabilità *ex* art. 1337 c.c., muovendo dalla lesione dell'affidamento che gli investitori hanno riposto nel giudizio elaborato dall'istituto di credito[34]. E tanto perché l'attività antigiuridica sarebbe senz'altro rilevabile nella violazione dell'obbligo di condotta, imposto ai sensi del richiamato art. 124-*bis* T.U.B.[35], e dei doveri inderogabili di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost. Il finanziatore, beninteso, può essere ritenuto responsabile per l'erogazione di un credito imponderato, "soltanto in ipotesi di lapalissiana violazione del dovere di buona fede nella fase di formazione del contratto di finanziamento"[36]; e ben nota risulta la complessità della prova circa il nesso di causalità tra l'illecita erogazione di un finanziamento e il danno scaturito, nonché gli annessi problemi in punto di determinazione del *quantum* risarcitorio[37].

Da quanto sin qui evidenziato, al fine di preservare la stabilità del sistema finanziario e neutralizzare i rischi che potrebbero configurarsi a fronte di un utilizzo indiscriminato del *credit scoring*, si avverte la necessità di una disciplina che preveda analiticamente le conseguenze dell'inadempimento da parte dell'istituto di credito[38]. Il che si evince soprattutto se si provvede a coordinare la normativa bancaria in tema di valutazione del merito creditizio con quella sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019), al riguardo, prescrive, all'art. 68, che l'Organismo di Composizione della Crisi, nella relazione introduttiva, debba indicare se il finanziatore, ai fini della concessione del prestito, abbia tenuto conto del merito creditizio del richiedente[39]. Parimenti a dirsi per la *ratio* posta a fondamento del successivo art. 69, per cui il creditore che abbia "colpevolmente determinato" la situazione di indebitamento o il suo aggravamento, o che ha violato i principi dell'art. 124-*bis* T.U.B., non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta di ristrutturazione dei debiti. In tali casi,

33 Il principio di non interferenza tra regole di validità e norme di comportamento, come noto, è stato consacrato da Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *Foro it.*, 2008, 1, 3, cc. 784 ss., con nota di Scoditti, E.: "La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite".

34 A.B.F., Collegio di Roma, 20 agosto 2013, n. 4440, cit.

35 Osserva Sirena, P.: *Vigilanza bancaria e tutela dei consumatori nel diritto europeo*, in AA. VV.: *I nuovi confini del diritto privato europeo*, (a cura di G. Alpa), Milano, Giuffrè, 2016, p. 143, che l'informazione del cliente nella fase delle trattative che precedono la stipulazione di un contratto di finanziamento non può più essere 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". Cfr. Azadi, G.: "Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori", *Giur. it.*, 2015, 4, p. 292; Sangiovanni, V.: "Contratti di credito ai consumatori ed errata verifica del merito creditizio", *Contratti*, 2019, 6, p. 680.

36 A.B.F., Collegio di Napoli, 16 gennaio 2018, n. 1067, *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

37 A.B.F., Collegio di Napoli, 16 gennaio 2018, n. 1067, cit.

38 Ammannati, L., Greco, G.L.: *Il* credit scoring *alla prova dell'intelligenza artificiale*, in AA.VV.: *XXVI Lezioni del diritto dell'intelligenza artificiale*, (a cura di U. Ruffolo), Torino, Giappichelli, 2021, 2, pp. 379 ss.

39 Valutato con riferimento al reddito e dedotto quanto occorra per un "dignitoso tenore di vita" dello stesso.

è, dunque, lo stesso legislatore a stabilire una sanzione processuale nei confronti del soggetto finanziatore responsabile di non aver adeguatamente ponderato le condizioni economiche di chi richieda un credito[40].

III. DAI MODELLI CONVENZIONALI AL C.D. *ALGORITHMIC CREDIT SCORING*.

Ormai da tempo, un sistema di rilevazione di dati esterno al soggetto interessato ad ottenere l'erogazione di un prestito ha sostituito la regola che imponeva al privato di comunicare agli istituti di credito le notizie necessarie per valutare la convenienza dell'accordo di finanziamento. Banche dati che raccolgono informazioni sulle posizioni debitorie e, più in generale, sulla puntualità nei pagamenti dei soggetti prenditori di credito hanno dato vita ad un meccanismo di rilevazione centralizzata dei rischi[41]. Da qui, le nuove tecnologie hanno trasposto il *credit scoring* nell'orbita degli algoritmi sicché, per esigenze di economia e rapidità, più di recente, si fa riferimento ad *alternative credit-scoring methodologi*es.

La valutazione di affidabilità creditizia viene, infatti, effettuata prendendo in considerazione informazioni sui soggetti richiedenti ulteriori rispetto a quelle "tradizionali" – notoriamente contenute nella domanda di credito; relative alla situazione anteriore del conto; o risultanti da registri di frodi e d'insolvenza. È, quindi, per effetto dell'avvento massiccio della robotica intelligente e degli algoritmi[42], che si discorre di dati cc.dd. alternativi – ovvero non univoci e non numerici – che si estraggono dalla c.d. "impronta digitale" del cliente[43], al fine di catturarne una più completa "immagine finanziaria"[44]. L'estensione delle fonti utilizzate nello svolgimento dell'attività di valutazione del merito creditizio è stata, dunque, graduale. Agli indicatori patrimoniali sull'andamento dei pagamenti ("dati finanziari strutturati"), si sono, progressivamente, addizionati dati di tipo socio-demografico ottenuti anche da fonti terze, l'analisi delle informazioni derivate da *open banking*; e, infine, i dati di navigazione, *digital footprint*, o le informazioni

40 Sul tema, cfr. Soldati, N.: "La sorte dei contratti di finanziamento al consumo nelle procedure di sovraindebitamento e la valutazione di meritevolezza nell'accesso al credito", *Riv. dir. banc.*, 2021, 1, pp. 118 ss.; Di Girolamo, F.: "Spunti introduttivi sulla buona fede nel piano del consumatore", *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, 2, p. 240. In giurisprudenza, di recente, cfr. App. L'Aquila, 9 marzo 2023, *Fall.*, 7, pp. 945 ss., con nota di Trentini, C.: "Ristrutturazione dei debiti del consumatore: reclamo, presentazione della domanda e colpa del creditore".

41 Sciarrone Alibrandi, A.: "Centrali dei rischi creditizi e normativa di *privacy*: informazione e controlli dell'interessato", *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, p. 423. Cfr. Capriglione, F.: "Aspetti della problematica giuridica della Centrale dei rischi bancari", *Banc.*, 1974, 1, p. 22; Scognamiglio, G.: "Sulla segnalazione a sofferenza nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia", *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, 1, pp. 303 ss.

42 Sulla nozione di algoritmo e per delle riflessioni comparatistiche, cfr. Zambrano, V.: "Algoritmi e giustizia predittiva: tra esigenze di certezza e responsabilità", *Annuario di diritto comparato* e *di studi legislativi*, 2020, pp. 611 ss.

43 Freedman, S.; Ginger Zhe, J.: "The information value of online social networks: lessons from peer-to-peer lending", *International Journal of Industrial Organization*, 2017, 51, pp. 185 ss.

44 Bagni, F.: "Uso degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea", *Osservatoriosullefonti.it*, 2021, 2, p. 912; Caprara, C., Vergari, D.: "Il ruolo del Machine *Learning* nel governo del credito: nuove tecniche a supporto delle decisioni", *Banc.*, 2020, 1.

conferite sui *social network*[45], soprattutto in termini di propensioni di acquisto o preferenze personali manifestate dagli utenti attraverso la navigazione sui motori di ricerca (*shopping online*, applicazioni per pagamenti, *account* per *smartphone*, ecc.).

Al fine di superare alcuni dei tradizionali limiti connaturati alle decisioni sul merito creditizio, più di recente, trova, quindi, spazio il c.d. *credit scoring* algoritmico[46], connotato da tre macro-fasi: la raccolta e la memorizzazione di dati su larga scala; l'analisi automatizzata di questi ultimi con estrazione delle informazioni rilevanti; e, infine, la disamina di quanto ottenuto per la definizione di un profilo personale[47]. Banche e altri istituti di credito utilizzano sempre più la tecnologia – vieppiù se di apprendimento automatico – al fine di ridurre i costi e aumentare le richieste di prestito, facendo leva sulle potenzialità predittive che permeano il sistema di intelligenza artificiale.

Almeno ad una prima analisi, sono, senz'altro, da ravvisare dei vantaggi nell'utilizzo di questo nuovo metodo di rilevazione di affidabilità creditizia. Le più ampie notizie sul cliente possono, senza dubbio, consentire di definire con maggior precisione il giusto prezzo dei prodotti finanziari[48], ridurre la concorrenza e migliorare il livello di personalizzazione dei servizi. Il ricorso a dati alternativi e a tecniche di profilazione non convenzionali favorisce, inoltre, l'inclusione finanziaria di soggetti che, altrimenti, potrebbero essere esclusi dal credito, poiché collocati nelle aree di c.d. "deserto creditizio" – non potendo essi neppure accedere a servizi essenziali o avere opportunità di investimento[49]. E ciò in quanto i modelli convenzionali di valutazione del merito creditizio sono costruiti sull'accettazione o sul rifiuto di una richiesta di credito sulla base di una correlazione statistica tra la storia creditizia e il presunto profilo di rischio del richiedente[50].

1. Rischi e svantaggi dei metodi algoritmici di misurazione dell'affidabilità creditizia.

Se indubbi sono alcuni vantaggi, molte sono, invece, le criticità sollevate in termini di equità rispetto alle decisioni sull'accesso al credito mediante strumento

45 AA.VV.: "Intelligenza artificiale nel *credit scoring*. Analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano", *Questioni di economia e finanza*, n. 721- Ottobre 2022, p. 14, *www.bancaditalia.it*.

46 Osserva Greco, G.L.: "*Credit scoring* 5.0, tra *Artificial Intelligence Act* e Testo Unico Bancario", *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 2, p. 75, che non risultano, invece, ancora concretamente applicati sistemi di *credit scoring* con utilizzo di intelligenza artificiale – *credit scoring* 5.0 – grazie ai quali sarebbe possibile cogliere relazioni complesse tra i dati, secondo modelli più flessibili.

47 È la ricostruzione di Rabitti, M.: "*Credit scoring* via *machine learning* e prestito responsabile", *Riv. dir. banc.*, 2023, 1, p. 180, nt. 19.

48 Mattassoglio, F.: "Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica", *Riv. reg. e dei merc.*, 2018, 2, p. 235; Giudici, P., Polinesi, G.: "Scoring models for robo-advisory platforms: a network approach", *Journal of Network Theory in Finance*, 2020, 5, 2, pp. 1 ss.

49 Davola, A.: *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Milano, Utet giuridica, 2020, p. 133; Mattarella, G.: *L'inclusione finanziaria degli immigrati*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 72 ss.

50 Ammannati, L., Greco, G.L.: "*Il* credit scoring *'intelligente': esperienze, rischi e nuove regole*", cit., p. 9.

tecnologico. Le caratteristiche dei dati impiegati rendono, infatti, problematica la valutazione di solvibilità di alcuni soggetti. Ed invero, il *credit scoring* con l'ausilio dell'intelligenza artificiale può, come anticipato, oscillare dai cc.dd. *soft-data*, che vengono, appunto, estratti dalle tracce digitali extra-finanziarie, a quelli cc.dd. *hard-data*, in quanto propriamente riferibili al profilo economico e finanziario del richiedente e più facilmente ricavabili dalle banche dati utilizzate[51]. È evidente, però, che la circostanza per cui soggetti diversi dagli intermediari finanziari (come le piattaforme *peer-to-peer*) non siano in grado di accedere alle centrali rischi pubbliche e private – cioè alla storia bancaria pregressa del cliente – e, quindi, ai dati "*hard*", ma solo a quelli "*soft*", rischi di minare l'affidabilità del *credit scoring* da essi attribuito[52]. Potrebbe infatti accadere che la valutazione fondata solo sui dati *soft* possa non essere veritiera, alterando i normali risultati; nonché rivelarsi inadeguata, con il concreto rischio di concedere credito a soggetti non meritevoli[53]. Se, infatti, taluni utenti generano una *digital footprint* che ne permette l'analisi basata su profilazione da parte di sistemi di *machine learning*, altri sono *thin-file*, vale a dire poco rappresentati nel mondo digitale o, addirittura, *no-file*, cioè del tutto invisibili, originandosi un inevitabile "divario digitale" tra individui più o meno "datizzati".

Ma vi è di più. Le modalità di funzionamento degli algoritmi si evolvono nel tempo diventando incomprensibili alla logica umana, creando una sorta di *black box* che rende impossibile, per un soggetto discriminato (tanto quanto per il discriminante), ricostruire il processo decisionale e l'influenza attribuita a determinate variabili[54]. Può, infatti, accadere che i prestatori utilizzino *bias* cognitivi e comportamentali dei consumatori, sì da condurre a distorsioni, favorendo solo certe categorie di soggetti in modo indiretto o comunque involontario[55], ad esempio svantaggiando

51 Rabitti, M.: *op. cit.*, p. 182. Cfr. Hurley, M., Adebayo, J.: "Credit Scoring in The Era of Big Data", 18 *Yale Journal of Law & Technology*, 2016, p. 150; Leinav, L.; Jenkins, M.; Levin, J.: "The Impact of Credit Scoring on Consumer Lending", *RAND Journal of Economics*, 2013, 44, 2, p. 249.

52 Cfr. Greco, G.L.: "Credito adeguato e consumatore 'immeritevole' nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", cit., pp. 349 ss.

53 Mattassoglio, F.: *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio dei consumatori. Verso un* Social Credit System*?* Milano, Educatt, 2018, pp. 150 ss. Cfr. BCE, *Guide to assessments of fintech credit institution licence applications*, marzo 2018, *www.bankingsupervision.europa.eu*. Basti pensare che il considerando 55 della Direttiva (UE) 2023/2225 del 18 ottobre 2023, cit., prevede, tra le alter cose, che "la valutazione del merito creditizio dovrebbe basarsi sulle informazioni riguardanti la situazione economico-finanziaria. Tali informazioni dovrebbero essere necessarie e proporzionate rispetto alla natura, alla durata, al valore e ai rischi del credito per il consumatore, in linea con il principio di minimizzazione dei dati di cui al regolamento (UE) 2016/679, e dovrebbero essere pertinenti, complete e accurate. Esse dovrebbero includere almeno il reddito e le spese del consumatore, anche tenendo adeguatamente conto degli attuali obblighi del consumatore, tra cui le spese di sostentamento di quest'ultimo e della sua famiglia, nonché le sue passività finanziarie. Tali informazioni non dovrebbero includere categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679, come i dati relativi alla salute, compresi i dati sui tumori, né le informazioni ottenute dai *social network*".

54 Sul punto, cfr. Pasquale, F.: *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, Harvard University Press, 2016; Ferretti, F.: "Consumer access to capital in the age of FinTech and big data: The limits of EU law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 25, p. 490; Comandè, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra *liability* e *accountability*. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità", *An. giur.*, 2019, 1, p. 172.

55 Berti, R., Zumerle, F.: "Il nostro *"credit score"* deciso dall'AI: ecco come e quali rischi*", www.agendadigitale.eu*, 7 giugno 2021, per cui si auspica una mitigazione del rischio della presenza di pregiudizi "codificati" per

le donne, gli anziani, le persone con disabilità o quelle aventi determinate origini razziali o etniche o un dato orientamento sessuale. In tali situazioni, non risulta appropriata la c.d. "differenziazione del rischio", difettando la capacità del modello di intelligenza artificiale di ordinare correttamente i clienti per "grado" di merito di credito, pregiudicandosi il raggiungimento di un livello ottimale di efficienza allocativa delle risorse[56]. Il *considerando* 51 *GDPR* colloca, del resto, la valutazione di profili personali, in particolare mediante l'analisi e la previsione di aspetti riguardanti, tra gli altri, la situazione economica e l'affidabilità, tra i trattamenti suscettibili di arrecare danni e rischi, come la diminuzione delle opportunità di accesso al credito. Ne è testimonianza il caso americano relativo alla *Apple card*, allorché si trattava di comprendere se la carta di credito in questione offrisse limiti di finanziamento diversi per uomini e donne. E ciò in quanto, in più di un *tweet*, era stato denunciato che le donne avessero immotivatamente ottenuto un finanziamento di gran lunga minore rispetto a quello concesso agli uomini, benché questi ultimi avessero ricevuto un punteggio di credito inferiore[57].

Rileva, nel medesimo verso, anche una vicenda all'esame del *Tietosuojavaltuutetun toimisto*[58] che ha sanzionato – per violazione dell'art. 5, par. 1, *GDPR*, e della legge sulle informazioni creditizie (*Luottotietolaki*[59]) una società d'informazioni creditizie – per avere discriminato, in ragione dell'età, un cliente. Questi sarebbe semplicemente risultato troppo in là con gli anni per l'algoritmo utilizzato nel processo automatizzato e avrebbe, pertanto, subito il diniego della propria richiesta di credito[60].

effetto di una selezione dei criteri "indesiderati" rispetto a quelli che invece sono tollerati. In tema, cfr. altresì Falletti, E.: *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2022, *passim*.

56 Esamina il caso della mancata concessione di mutuo ad un immigrato regolare sulla base di una decisione algoritmica, Caso, R.: *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Milano, Ledizioni, 2021, pp. 30 ss.

57 Anche il co-fondatore di Apple aveva evidenziato, sempre attraverso un *tweet*, come la stessa esperienza spiacevole avesse visto coinvolti lui e la sua consorte nonostante non avessero conti bancari autonomi né beni separati. Positivo, tuttavia, l'esito del rapporto finale in cui il Dipartimento dei servizi finanziari (DFS) di New York – dopo aver condotto un'indagine per determinare se tutti i consumatori fossero trattati allo stesso modo – ha affermato di non aver riscontrato alcuna prova di disuguaglianza. Qualsiasi algoritmo che provoca, intenzionalmente o meno, un trattamento discriminatorio nei confronti delle donne o di altre classi protette violerebbe, infatti, la legge di New York. Cfr. *Apple's 'sexist' credit card investigated by US regulator, https://www.bbc.com/news/business-50365609*, 11 novembre 2019. Della difficoltà maggiore delle imprenditrici, rispetto agli imprenditori, nell'accesso al mercato del credito, si sono occupati Fay, M., Williams, L.: "Gender bias and the availability of business loans", *Journal of Business Venturing*, 1993, 8(4), pp. 863 ss.; Coleman, S.: "Access to capital and terms of credit: A comparison of men-and women-owned small businesses", *Journal of small business management*, 2000, 38(3), pp. 37 ss.; Fraser, S.: "Is there ethnic discrimination in the UK market for small business credit?", *International Small Business Journal*, 2009, 27(5), pp. 583 ss.

58 Ufficio del Difensore civico per la Protezione dei dati.

59 "Legge sulle informazioni creditizie", 527/2007, in vigore dal 1° novembre 2007.

60 Cfr. *Tietosuojavaltuutetun päätös rekisteröidyn oikeuksien toteuttamisesta*, 15 febbraio 2019, Drn 2278/17, *www.tietosuoja.fi*, che ha altresì intimato alla società di illustrare al soggetto le esatte logiche di profilazione, al fine di permettergli di comprendere in pieno le motivazioni della decisione automatizzata, per lui sfavorevole, e di poter, così, interpretare i risultati del sistema, quindi il modo in cui le informazioni sono processate, ordinate e aggregate per addivenire a un certo risultato.

In considerazione degli svantaggi dei sistemi di intelligenza artificiale, sin qui enumerati, la proposta di Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021[61], ha classificato gli stessi in quelli "non ad alto rischio", riguardo ai quali risulta sufficiente adottare codici di condotta (art. 69); e negli altri "ad alto rischio", che, invece, poiché insistono su servizi privati essenziali e possono perpetuare modelli storici di discriminazione[62], sono consentiti solo subordinatamente al rispetto di determinati requisiti (art. 6). Vietati – anche sulla scorta del *considerando* 17 *GDPR* – in quanto espongono ad un rischio "inaccettabile", sono, infine, quei modelli automatici che prevedono l'utilizzo di tecniche subliminali tese a distorcere il comportamento umano o a fornire un punteggio sociale che può condurre a risultati discriminatori e all'esclusione di determinati gruppi (art. 5)[63]. Si pensi al c.d. *social credit system*[64] – quale meccanismo in cui il cittadino, a seconda del punteggio di reputazione e affidabilità, attribuitogli in base ai suoi comportamenti, viene classificato ed inserito in una determinata categoria sociale, influenzandosene scelte e prospettive e condizionando la sua stessa ammissione a (o esclusione da) specifiche prestazioni, servizi o benefici – come l'erogazione di un credito[65].

2. Principi, controlli "interni" e responsabilità aggravata per colpa presunta.

Per arginare l'intrinseca potenzialità dannosa dei sistemi di intelligenza artificiale di *credit scoring*, in quanto idonei a cagionare pregiudizi non sempre prevedibili, occorrono, senza dubbio, maggiori garanzie a presidio degli utenti e, nello stesso tempo, limiti, per i finanziatori, rispetto alla tipologia di dati e alle modalità di analisi impiegabili. In questa difficile relazione tra diritto alla protezione dei dati personali e quello alla libera circolazione delle informazioni per esigenze del mercato del credito, imprescindibile si rivela l'attività protesa a vigilare sulla sicurezza

61 Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, Bruxelles, 21.4.2021 COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD), *www.ec.europa.eu*. Per un commento, cfr. Spindler, G.: "Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a consumer credit directive", *Law and Financial Markets Review*, 2023, 2021, 15, pp. 239 ss.

62 Vi sono quelli basati su sesso, razza, età o stato civile (*disparate treatment*), o altri che, sotto forma di politiche di prestito, apparentemente neutre, si traducono in risultati ineguali per le classi protette (*disparate impact*). Sul tema, in generale, cfr. Barocas, S., Selbst, A.D.: "Big Data's Disparate Impact, 104", *California Law Review*, 2016, 3, p. 684.

63 Sui danni algoritmici cfr. Kaminski, M.E., Rueben, M., Smart, W.D., Cindy, G., Cindy, M.: "Averting Robot Eyes", *76 Maryland Law Review* 983, 2017, pp. 994 ss. In prospettiva comparatistica, cfr. Infantino, M.: "La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali", *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1, pp. 1762 ss.

64 Tecnica questa molto diffusa in Cina, originando da una proposta avanzata dal *World Economics and Politics Institute* dell'accademia cinese delle scienze, e successivamente formalizzata in un documento del 2014 della *National Development and Reform Commission* - NDRC. Si rinvia, in merito, a Drinhausen, K.; Brusee, V.: *China's Social Credit System in 2021. From fragmentation towards integration*, *MERICS - Mercator Institute for China Studies*, *China Monitor*, 3 marzo 2021; Siqueira Cassiano, M.: "China's Hukou Platform: Windows into the Family", (2019) *Surveillance & Society* 17(1/2), pp. 232 ss.

65 Sull'argomento, cfr. Cerrina Feroni, G.: "Intelligenza artificiale e sistemi di *scoring* sociale. Tra distopia e realtà", *Dir. informaz. e inf.*, 2023, 1, pp. 1ss.

dei dati, nonché sulla corretta attuazione del principio di minimizzazione delle informazioni accessibili; escludendo i dati cc.dd. "particolari", in quanto facilmente discriminatori[66]; ed ammettendo procedure di rettifica di eventuali errori[67].

Ne consegue, sulla scorta dei principi di proporzionalità, integrità del mercato e neutralità tecnologica, l'obbligo c.d. "procedimentale", per l'istituto di credito, di interloquire con l'interessato e di chiarire che i metodi di valutazione del grado di affidabilità creditizia utilizzati siano sottoposti a verifiche regolari e ad aggiornamenti per garantire che rimangano corretti, efficaci ed esenti da distorsioni[68]. A chi effettui uno *scoring* sulla base di un sistema informativo creditizio è, ad esempio, imposto, dall'art. 35 *GDPR*, un giudizio prognostico sul rischio configurabile e sulle lesioni dei diritti – come la dignità umana, la libertà e l'autonomia – dei soggetti coinvolti[69]. Questi ultimi è allo speciale e complesso regime di responsabilità di cui all'art. 82 *GDPR* che potranno, invero, fare appello qualora subiscano un danno materiale o non patrimoniale causato da una violazione del *GDPR*. Il titolare o il responsabile del trattamento dei dati impiegati nell'attività di *scoring* è, nella specie, legittimato passivo di un'azione di risarcimento, quante volte si configuri un inadempimento degli obblighi "legali di protezione" imposti dal regolamento[70]. La scelta per la natura contrattuale della responsabilità in questione appare, in verità, una via obbligata atteso che il trattamento dei dati, insito nel *credit scoring*, è necessario "all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte" (art. 6, comma 1, lett. B, *GDPR*), quale è il negozio di concessione del credito. Benché, in un'ottica di prevenzione e gestione dei rischi, alcuni autori vi rinvengano, invece, una matrice extracontrattuale, con curvatura deterrente-sanzionatoria[71], alla tutela aquiliana

66 Sottolinea Bagni, F.: *op. cit.*, p. 42. Cfr. Battelli, E.: "Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona", *Dir. fam. pers.*, 2022, 3, p. 1096.

67 Osserva, infatti, Perlingieri, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. dir.*, 2020, 1, p. 182 s., che gli aspetti più critici del fenomeno sono "la garanzia della veridicità e dell'aggiornamento dei dati nonché la corretta valutazione delle finalità che legittimano la elaborazione, la consultazione e l'utilizzazione".

68 Si pensi all'esecuzione di stress test periodici degli algoritmi tesi a garantire il trattamento funzionale dei dati e l'assenza di effetti discriminatori. Al riguardo, si rinvia alle osservazioni di Frau, R.: *Il trattamento dei dati personali nell'attività bancaria*, in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo*, (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto), Torino, Giappichelli, 2019, pp. 664 ss.; Messinetti, R.: "La tutela della persona umana *versus* l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. e impr.*, 2019, 3, p. 865.

69 Gruppo art. 29, *Guidelines on Data Protection Impact Assessments under the GDPR*, *www.dataprotection.ie*.

70 In merito, Bravo, F.: *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in AA.VV.: *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, (a cura di N. Zorzi Galgano), Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2019, pp. 393 ss., in considerazione della previsione di specifici obblighi normativi "di protezione" dei dati personali in capo al titolare e al responsabile del trattamento pone il problema se possano essere invocate le obbligazioni con effetti protettivi nei confronti di terzi e le c.d. obbligazioni *ex lege* e in che termini. Cfr. Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 2, p. 369, il quale discute di obblighi legali e colloca il rapporto tra l'interessato e il titolare del trattamento in una dinamica di tipo relazionale. V.si, nel medesimo verso, Iorio, C.: "Appunti sulla responsabilità da trattamento dei dati", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2023, 18, p. 1155.

71 Interessante la posizione di Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli, Esi, 2017, p. 137, che riconosce una funzione complessa della responsabilità extracontrattuale descritta dall'art. 82 *GDPR* che, pur presentando un profilo riparatorio preminente, si proietta verso l'area sanzionatorio-deterrente e preventiva. Della stessa idea, Tosi, E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento*

pare opportuno ricorrere nel solo caso in cui il responsabile del trattamento dei dati abbia agito "in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento" (art. 82, comma 2, *GDPR*), non ravvisandosi, solo in tale evenienza, una preesistente relazione giuridica tra il danneggiante e l'interessato[72].

Al fine di scongiurare le responsabilità individuate, si pone, allora, un preliminare evidente problema di controllo dei sistemi artificiali di rilevazione del merito creditizio. I codici degli algoritmi spesso appaiono eterogenei perché redatti da una pluralità di autori che magari lavorano senza coordinazione fra loro, ciascuno "scrivendo" una parte; sicché possibile sarà lo scorretto funzionamento dello strumento di *credit scoring* e probabili i risultati lesivi di diritti e libertà fondamentali. In punto di addebiti a carico dei diversi protagonisti del sistema algoritmico (produttore, ideatore del *software*, programmatore, operatore, utilizzatore), nei casi appunto patologici di errori di progettazione, elaborazione o costruzione, a non convincere è innanzitutto la tesi della responsabilità oggettiva "da prodotto difettoso"[73] (artt. 114 ss., cod. cons.)[74] che se, da un lato, ha il merito di estendere la possibilità, per il danneggiato, di agire nei confronti del più ampio numero di soggetti coinvolti nella catena produttiva, dall'altro, apre, invero, ad una serie di problemi applicativi. Il primo fra tutti è quello di correttamente inquadrare l'algoritmo nella nozione di prodotto, di cui all'art. 115, comma 1, cod. cons.[75], piuttosto che in quella di prestazione di servizi. In seconda istanza, va delineato il criterio di imputazione di responsabilità effettivamente operante quando il prodotto sia una macchina di intelligenza artificiale autonoma, per arrivare, infine, alla (non trascurabile) questione della gravosità dell'onere probatorio a carico del danneggiato chiamato, anche nei casi di notevole complessità tecnologica, ad indicare lo specifico difetto tale da aver determinato un dato evento lesivo ed il

dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR, Milano, Giuffré, 2019, p. 51, il quale osserva che anche il vantaggio, sotto il profilo temporale dei termini di prescrizione più ampi, ove si optasse per la natura contrattuale della responsabilità, "risulterebbe compensato dall'area del danno risarcibile: nel caso della responsabilità extracontrattuale senza limiti".

72 Secondo Serravalle, S.: *Il danno da trattamento dei dati personali nel* GDPR, Napoli, Esi, 2020, pp. 55 ss., ove si protenda per la tesi della responsabilità contrattuale, si dovrà "prestare attenzione (…) alla selezione degli obblighi di protezione, il cui mancato rispetto integri l'inadempimento. Diversamente, l'opzione a favore della natura aquiliana della responsabilità – previa verifica in ordine all'eventuale autonomia ontologica del danno di cui all'art. 82 rispetto al «danno ingiusto» di cui all'art. 2043 c.c. – richiede la delimitazione dell'area del danno *sine iure*, in ragione della previsione del bilanciamento del diritto alla protezione dei dati personali con le esigenze di circolazione dei dati protette dalla normativa, nonché del danno *contra ius*, posto l'espresso riconoscimento della funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali".

73 Favorevole all'astratta applicabilità di questa disciplina è Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. e impr.*, 2020, 3, pp. 1174 ss. Cfr. Buiten, M., de Streel, A.; Peitz, M.: "The Law and Economics of AI Liability", *Computer Law & Security Review*, 2023, 48, pp. 1 ss.

74 L'art. 117, cod. cons., qualifica un prodotto come "difettoso" quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenuto conto delle circostanze.

75 Che lo definiscono come "ogni bene mobile, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile".

relativo nesso causale[76]. Tanto è vero che la già citata Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'Intelligenza Artificiale, in caso di algoritmo difettoso, ammette un passaggio da una responsabilità oggettiva a quella per colpa[77]. Senza considerare – dal lato del danneggiante – la possibilità che il produttore, se ritenuto responsabile in via oggettiva, invochi il c.d. *state of art defence*, vale a dire l'esimente del rischio da sviluppo, quante volte lo stato delle conoscenze scientifiche al momento dell'immissione del prodotto in circolazione non abbia consentito di rinvenirne una difettosità[78].

Sulla presunzione che l'impiego dell'intelligenza artificiale rappresenti un'attività pericolosa, il rischio da sviluppo potrebbe invero risultare superato mediante il più agevole strumento di cui all'art. 2050 c.c.[79]; o attraverso il regime di cui all'art. 2051 c.c. che, a differenza del primo (già favorevole per il danneggiato rispetto all'*onus probandi*) prescinde dalla dimostrazione della pericolosità o della difettosità del bene in custodia e onera colui che ritiene di aver subito un danno solo di dare prova del rapporto eziologico tra cosa ed evento[80]. L'asettica e semplicistica reificazione di un congegno dotato di intelligenza artificiale pare, tuttavia, inammissibile, ed evidenti sono i problemi di identificazione del soggetto che riveste, in concreto, la posizione di custode, a fronte di un effettivo potere materiale sullo strumento algoritmico[81]. Né può darsi per scontato che il sistema di intelligenza artificiale sia incorporato in un dispositivo, potendo esso essere costituito anche solo da un *software*, cioè da una creazione intellettuale di per sé priva di quella materialità che deve essere propria del bene oggetto di custodia[82].

Sul presupposto che i sistemi di intelligenza artificiale, come gli animali, siano intrinsecamente pericolosi, perché imprevedibili, benché suscettibili di un limitato grado di addestramento, si fa, poi, strada la tesi che applica analogicamente il favorevole regime probatorio di cui all'art. 2052 c.c.[83]. Ne discende, però, anche qui, un'inevitabile obiezione: se il proprietario può controllare le reazioni dell'animale, il

76 Arbaudo, L.; Pardolesi, R.: "*Ecce robot*. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale", *Danno e resp.*, 2023, 4, p. 12.

77 Simonini, G.F.: "La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale", *Danno e resp.*, 2023, 4, p. 440.

78 Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, 9, p. 1254; Capilli, G.: *I criteri di interpretazione della responsabilità*, in AA.VV.: *Diritto e intelligenza. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, (diretto da G. Alpa), Pisa, Pacini, 2020, p. 482 s.

79 Ruffolo, U.: "Intelligenza Artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.*, 2019,7, p. 1698; Coppini, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Pol. dir.*, 2018, 4, p. 722.

80 Santosuosso, A., Tomasi, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Wolters Kluwer, 2021, pp. 333 ss.; Naddeo, F.: Intelligenza artificiale: profili di responsabilità", *Comparazione e diritto civile*, 2020, 3, p. 1161.

81 Sartor, G.: "L'intenzionalità degli agenti *software* e la loro disciplina giuridica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1, spec. pp. 17 ss.

82 Costanza, M.: "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1688.

83 Naddeo, F.: *op. cit.*, p. 16, osserva che tale applicazione consentirebbe di evitare che il proprietario risponda dei danni prodotti dal robot per il tempo in cui lo ha affidato ad un soggetto terzo che se ne è servito.

custode di dispositivi intelligenti ha scarsa incidenza sul funzionamento degli stessi, non potendo essi elaborare processi diversi da quelli per cui sono stati progettati[84].

Dato di fatto è che sia a più livelli il meccanismo di distribuzione dei doveri a carico dei soggetti coinvolti. Tanto da essersi paventata la tesi delle responsabilità concorrenti legate dal vincolo di solidarietà, *ex* art. 2055 c.c., che chiami a rispondere del danno chi sia causalmente più vicino alla commissione dell'illecito. *Nulla quaestio* qualora si configuri per tutti il coefficiente psicologico della colpa: in siffatta evenienza, infatti, chi abbia risarcito potrà agire in regresso per una quota parametrabile sul grado di negligenza o imperizia imputabile al condebitore convenuto in regresso (cfr. art. 2055, comma 2, c.c.). Un problema si pone, invece, nei casi in cui le condotte in questione siano imputabili talora a titolo di colpa e altre volte a titolo di responsabilità oggettiva, o, ancora, in quelli in cui tutti paiano responsabili in via oggettiva[85]. Assai gravoso sarebbe l'onere probatorio a carico del danneggiato, in termini di ricostruzione della fitta rete dei diversi nessi di causalità e di corretta imputazione soggettiva dell'illecito, a seconda che sia o meno rinvenibile il coefficiente psicologico della colpa da parte del soggetto agente.

Alla luce delle pregresse considerazioni, la soluzione preferibile pare essere – in uno a quella della responsabilità oggettiva del produttore della macchina che incorpora l'algoritmo e a quella soggettiva di chi utilizzi trattamenti algoritmici di dati – più quella della responsabilità aggravata per colpa presunta dell'ideatore o del programmatore dell'algoritmo, derivante dal mancato adempimento di obblighi di verifica e da inosservanza di regole di condotta, con regime probatorio favorevole al danneggiato e onere, a carico dei danneggianti, di fornire la prova liberatoria di avere compiuto i massimi sforzi per ridurre i pericoli ed evitare i danni[86].

Per un effetto finale virtuoso, risulta, in definitiva, necessario incentivare i controlli sul sistema di funzionamento degli strumenti di *algorithmic credit scoring*. Supervisione umana quella cui si fa cenno la cui necessità è stata evidenziata anche dall'art. 14 dell'*Artificial Intelligence Act*, così come, di recente, emendato

84 Bertolini, A.: "Robot as products: The case for a realistic Analysis of Robotic Application and Liability Rules", *Law, Innovation and Technology*, 2013, 5, p. 228.; Lior, A.: "AI Entities as AI Agents: Artificial Intelligence Liability and the AI Respondeat Superior", *Mitchell Hamline Law Review*, 2020, 46, 5, 2, pp. 1060 ss.

85 Una compiuta analisi è condotta da D'Adda, A.: "Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo", *Riv. dir. civ.*, 2022, 5, pp. 805 ss. Cfr. Mollicone, M.M.: "Il rischio dell'intelligenza artificiale applicata: modelli di allocazione a confronto", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2023, 18, pp. 2108 ss.

86 Al riguardo, v.si le osservazioni di Gambini, M.: "Responsabilità civile e controlli nei trattamenti algoritmici", *Riv. dir. impr.*, 2020, 2, pp. 305 ss.; Langernbucher, K.: "Responsible A.I. – based Credit Scoring – A Legal Framework*", 31 European Business Law Review*, 4, 2020, pp. 527 ss. Cfr. *European Parliament Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics* (2015/2103(INL), *www.eur-lex.europa.eu*, che promuove un approccio che "*does not focus on the person "who acted negligently" as individually liable but on the person who is able, under certain circumstances, to minimise risks and deal with negative impacts*".

dal Parlamento Europeo[87], laddove, con particolare rinvio ai sistemi di intelligenza artificiale "ad alto rischio", prevede la sussistenza, sin dalla fase di progettazione e sviluppo, di strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, che siano efficacemente vigilati da persone fisiche, in misura proporzionale ai rischi associati a siffatti meccanismi.

A tal fine, secondo alcuni, risulta preferibile che il controllo sia "posteriore" ed "esterno", nonché effettuato da un'unica autorità[88] che, in attuazione del principio del c.d. *human oversight*, si componga di individui competenti ed esperti nella lettura dei protocolli algoritmici. Complice la necessità di un innalzamento del livello di diligenza professionale richiesto, preferibile risulterebbe, in verità, l'introduzione di una serie articolata di obblighi di controllo "interni" al sistema, ispirati ai principi di prevenzione e precauzione, e che, quindi, operino anticipando la tutela rispetto all'effettiva commissione di illeciti "sì da gestire in modo proattivo i pregiudizi ai diritti e alle libertà fondamentali degli individui coinvolti"[89]. In tal senso, *ex* art 25 *GDPR*, hanno, d'altronde, trovato spazio tecniche di *privacy by design*, con riferimento alla protezione dei dati personali sin dal principio, e, quindi, dalla creazione del prodotto[90].

IV. LA PROFILATURA DEL CLIENTE TRA DECISIONE AUTOMATIZZATA E AUTONOMIA ALGORITMICA SUPERVISIONATA.

Nel *credit scoring* intelligente è, dunque, dal calcolo meccanico del punteggio numerico di affidabilità finanziaria che dipende la decisione finale, assunta dall'istituto di credito, di concedere o meno un prestito[91]: profilatura del cliente[92]

87 In data 14 giugno 2023.

88 La BCE, nel Parere del 29 dicembre 2021, relativo alla Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (CON/2021/40) (2022/C 115/05) invita il legislatore dell'Unione a considerare in futuro la possibilità di istituire un'autorità indipendente per l'IA responsabile dell'applicazione uniforme della Proposta di Regolamento in tutto il mercato unico per quanto riguarda questioni specifiche in materia di salute, sicurezza e diritti fondamentali. In merito, v.si Ammannati, L.; Greco, G.L.: "Piattaforme digitali, algoritmi e *big data*: il caso del *credit scoring*", *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 2, p. 322 s.

89 Gambini, M.: *op. cit.*, pp. 315 ss.

90 Cavoukian, A.: *Privacy by design, Information & Privacy Commissioner*, Toronto, Ontario, 2009, *www.privacybydesign.ca*; Comandé, G.: Data protection by design e data protection by default: *i concetti giuridici*, in AA.VV.: *Guida al trattamento e alla sicurezza dei dati personali*, (a cura di G. Comandé, G. Malgieri), Milano, Gruppo24Ore, 2019, pp. 108 ss.; Gentile, G., Lynskey, O.: "Deficient by design? The transnational enforcement of the GDPR?", *International and Comparative Law Quarterly*, 2022, 10, vol. 71, pp. 799 ss. Cfr. Art. 23, co. 1, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of The Council on the protection of individuals*, COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD), *www.eur-lex.europa.eu*: "1. *Having regard to the state of the art and the cost of implementation, the controller shall, both at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, implement appropriate technical and organizational measures and procedures in such a way that the processing will meet the requirements of this Regulation and ensure the protection of the rights of the data subject*".

91 Biferali, G.: "Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al *peer to peer* lending", *Dir. informaz. e inf.*, 2018, 3, p. 487.

92 Sulla c.d. "profilatura" del cliente, cfr. Lener, R.: *Tecnologie e attività finanziaria*, in AA.VV.: *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Napoli, Esi, 2020, pp. 197 ss.

questa che dovrà essere quanto più performante possibile, ma pur sempre nella costante ricerca di un equilibrio con il principio di trasparenza e liceità del trattamento dei dati personali.

Il richiedente ha, infatti, diritto di avere notizia della circostanza che un eventuale esito negativo, in termini di "pratica non approvata", sia stato basato sull'utilizzo di forme di *algorithmic credit scoring*[93] – come si ricava dagli artt. 6, comma 3, Nuovo Codice di deontologia per i sistemi informativi in tema di crediti al consumo[94]; 120-*undecies*, comma 5; 125, comma 2, T.U.B. Più esteso è poi il contenuto dell'art. 15 del *GDPR* (da leggere in uno al *considerando* 63 *GDPR* e all'art. 18, par. 9, della Direttiva UE 2023/2225[95]). Viene, così, sancito il diritto dell'interessato alle informazioni circa l'esistenza di un processo decisionale automatizzato nei suoi confronti, compresa la profilazione, e, almeno in tali casi, sulla logica utilizzata, nonché sull'importanza e sulle conseguenze previste di siffatto processo[96]. Disposizione questa sulla cui interpretazione verte la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 maggio 2023[97], rispetto ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesverwaltungsgericht*[98], nell'ambito di una controversia tra un utente e l'*Österreichische Datenschutzbehörde*[99]. Da valutarsi è la legittimità del rifiuto, da parte di quest'ultima, di imporre alla CRIF GmbH – agenzia di consulenza commerciale in grado di fornire informazioni sulla solvibilità di terzi – di trasmettere al richiedente copia dei documenti (e-*mail* ed estratti di banche

93 A titolo esemplificativo può farsi riferimento ad una vicenda all'esame di A.B.F., Collegio di coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6182, cit. In tal caso, il ricorrente, ritenendosi solvibile a tutti gli effetti, si era lamentato di essere stato discriminato ingiustamente al punto da aver dovuto sopportare il mancato accoglimento della sua domanda di credito. A questi era stato infatti comunicato solo l'esito negativo rilasciato dal sistema automatico – in termini di "pratica non approvata" – in difetto di indicazioni specifiche sul diniego di credito, sui criteri di concessione del fido e sulle ragioni del rigetto della sua richiesta. In tale occasione, l'ABF ha affermato la sussistenza di un diritto del cliente a ricevere indicazioni sulle ragioni del rifiuto del finanziamento; e, di converso, di un obbligo dell'intermediario di fornire al richiedente i chiarimenti adeguati. Cfr. A.B.F., Collegio di Napoli, 7 aprile 2016, n. 3196, *ivi*; A.B.F., Collegio di Napoli, 21 settembre 2016, n. 8100, *ivi*.

94 "Nuovo Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti", approvato con provvedimento del Garante Nazionale Privacy del 12 settembre 2019.

95 Al riguardo, l'art. 18, par. 9, della Direttiva (UE) 2023/2225, del 18 ottobre 2023, prevede che gli Stati membri assicurano che, quando la richiesta di credito è respinta, il creditore informi il consumatore senza indugio del rifiuto e, se del caso, indirizzi il consumatore a servizi di consulenza sul debito facilmente accessibili. Se del caso, il creditore è tenuto a informare il consumatore del fatto che la valutazione del merito creditizio è basata sul trattamento automatizzato di dati come anche del diritto del consumatore a una valutazione umana e della procedura per contestare la decisione.

96 Cfr. Proietti, G.: "Algoritmi e interesse del titolare del trattamento nella circolazione dei dati personali", *Contr. e impr.*, 2022, 3, p. 880; Guarracino, F.: "*Information technology* e valutazione del merito creditizio", *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 1, pp. 65 ss.

97 Corte Giustizia UE, *F.F. v. Österreichische Datenschutzbehörde*, 4 maggio 2023, *www.curia.europa.eu*. In merito, cfr. Keller, L., Spies, A., "EU: Scope of the fight of access persuant to art. 15 (3) GDPR – concept of the terms 'copy' and 'information'", *Computer Law Review International*, 2023, 3, pp. 84 ss.; Ziemele, I.: "Derecho de acceso del interesado a sus datos personales objeto de tratamiento: determinación de los conceptos de «copia» y de «información»" (TJ, Sala Primera, S 4 May. 2023. Asunto C□487/21: Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF), *La Ley Unión Europea*, 2023, 115.

98 Corte Amministrativa Federale della Germania.

99 Autorità Austriaca Garante della Protezione dei dati.

dati) contenenti i suoi dati personali. Come rilevato dall'Avvocato Generale della Corte di Giustizia UE nelle sue conclusioni, "personali" non sono soltanto i dati raccolti e conservati dal titolare del trattamento, ma altresì tutte le informazioni che riguardano una persona fisica, come la valutazione della sua solvibilità o della sua disponibilità a pagare. La Corte di Lussemburgo ha così avuto occasione di chiarire che l'art. 15, par. 3, prima frase, del *GDPR* deve essere interpretato nel senso che l'interessato abbia diritto di ottenere copia di estratti di documenti o addirittura di documenti interi o, ancora, di estratti di banche dati contenenti, tra l'altro, i suoi dati personali. E tanto in quanto la disposizione normativa in esame, espressione del principio di trasparenza, ha il fine di garantire che l'interessato sia posto nelle condizioni di comprendere appieno le informazioni che gli vengono trasmesse e, così, di verificare che i propri dati personali siano corretti e trattati in modo lecito[100], quale necessario presupposto per l'eventuale esercizio di ulteriori prerogative sancite dal *GDPR*[101].

La tutela del diritto all'autodeterminazione informativa del cliente, nel *credit scoring* algoritmico, è pure oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal *Verwaltungsgericht Wiesbaden*[102], nel caso *OQ/Land Hessen*[103] (rappresentato quest'ultimo dall'*Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit*[104]). In tale vicenda, una cittadina, a cui era stato negato un credito, sulla base di un punteggio di *scoring* relativo alla propria solvibilità fornito dalla SCHUFA[105] Holding AG, ha chiesto a quest'ultima di cancellare la registrazione a lei riguardante e di poter accedere ai dati corrispondenti, ricevendo, tuttavia, soltanto comunicazione del punteggio e, in termini generali, dei principi su cui si fonda il relativo modello di calcolo, ma non anche informazioni circa i dati specifici presi in considerazione e la rilevanza loro attribuita in tale contesto. Ciò sul presupposto che il metodo di calcolo fosse coperto da segreto industriale e aziendale. Poiché, per la ricorrente, il rifiuto opposto dalla società alla sua richiesta contrastava con il regime della protezione dei dati, la stessa avanzava un interesse

100 Cfr. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits*, 11 aprile 2023, 2021/0171(COD), *eur-lex.europa.eu*, che, in tema di *consumer crediti scoring*, prevede ulteriori diritti dell'utente finale, come quello di essere informato rispetto al fatto che un'offerta sia stata avanzata attraverso l'uso di un trattamento automatizzato; il diritto di richiedere e ottenere interventi umani, e, quindi, una spiegazione significativa della valutazione del merito di credito; e quello di esprimere il proprio punto di vista e di contestare la valutazione di affidabilità creditizia resa (artt. 13 e 18).

101 Come il diritto di rettifica (art. 16), il diritto alla cancellazione, c.d. diritto all'oblio (art. 17), il diritto di limitazione di trattamento (art. 18), il diritto di opposizione al trattamento (art. 21), nonché il diritto di agire in giudizio per il risarcimento del danno (artt. 79 e 82).

102 Tribunale amministrativo di *Wiesbaden.*

103 *Verwaltungsgericht Wiesbaden*, OQ v. *Land Hessen* (C-634/21) (2022/C 37/19), 15 ottobre 2021, *www.eur-lex.europa.eu*. Cfr., su questo caso, Boris, P.: "Case Note: Article 22 GDPR: Credit Scoring Before the CJEU", *Global Privacy Law Review*, 2023, 3, pp. 127 ss.

104 Commissario per la protezione dei dati e la libertà d'informazione del Land Assia.

105 *Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung.*

legittimo a ottenere, mediante decisione pregiudiziale, l'accertamento dei suoi diritti nei confronti della predetta agenzia di valutazione[106].

Dalla vicenda emerge come il *credit scoring* possa essere calcolato non solo "direttamente", vale a dire sulla base delle informazioni detenute dallo stesso titolare del trattamento, ma anche "in via indiretta" e, quindi, venire fornito a fronte di un'attività di profilazione posta in essere da un'agenzia di referenze per il credito, come la SCHUFA Holding AG (cfr. art. 14, par. 2, lett. f, *GDPR*). Essa si occupa, infatti, di effettuare valutazioni della solvibilità dei richiedenti attraverso le quali, sulla base di un calcolo matematico-statistico, elabora, a partire da determinate caratteristiche di soggetti "profilati", una previsione relativa alla probabilità di un comportamento futuro, quale, ad esempio, il rimborso di un credito (cfr. art. 4, par. 4, *GDPR*).

Per il legislatore tedesco, le agenzie di valutazione del credito contribuiscono al corretto funzionamento dell'economia in quanto assicurano che i diversi operatori finanziari siano tutelati dai rischi connessi all'insolvenza, con conseguenze gravi per la stabilità del sistema. Ai sensi del § 34 Absatz 4, frase 1, n. 4, del *Bundesdatenschutzgesetz*[107], del 30 giugno 2017[108], una persona interessata da un rapporto di credito della SCHUFA ha diritto a essere informata su quali dati personali siano memorizzati e inclusi nei valori di punteggio comunicati agli istituti di credito per consentire loro di valutare l'affidabilità creditizia dei propri clienti. Non è, invece, necessario conoscere la cosiddetta "formula del punteggio", ovvero il metodo astratto di calcolo, protetto come segreto commerciale, in considerazione degli interessi legittimi delle agenzie di credito da bilanciare con quelli del soggetto richiedente un prestito (cfr. art. 63 *GDPR*)[109]. L'obiettivo è, infatti, di garantire una idonea informazione al cliente, evitando, al contempo, il rischio di annullare l'utilità del sistema di *scoring*[110]. È, in altre parole, il risultato finale a dover essere

106 Sul tema del diritto alla segretezza aziendale in rapporto a quello di accesso alla conoscenza dei procedimenti algoritmici di grandi imprese private, cfr. Conte, V.: "Verso un diritto privato a vocazione collettiva: segreto commerciale e diritto di accesso ai sistemi di intelligenza artificiale. Un'interpretazione in prospettiva civile", *Revista Internacional da Academia Paulista de Dereito*, 2023, 11, p. 242; Grasso, A.G.: *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, Esi, 2023, p. 40.

107 Legge federale sulla protezione dei dati.

108 Come modificato dalla legge del 20 novembre 2019 rubricata "Protezione delle transazioni commerciali in caso di *scoring* (determinazioni di punteggi di *scoring*) e di informazioni sulla solvibilità".

109 L'art. 63 *GDPR* precisa che "ove possibile il titolare del trattamento dovrebbe poter fornire l'accesso remoto a un sistema sicuro che consenta all'interessato di consultare direttamente i propri dati personali. Tale diritto non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software". Al riguardo, evidenzia la necessità di configurare una tutela modulata del segreto relativo al trattamento automatizzato di dati personali, "tale da consentire ai soggetti interessati di essere adeguatamente edotti sui trattamenti riguardanti gli stessi; alle autorità di controllo di esercitare i propri poteri di revisione; e alle società terze di condurre valutazioni d'impatto sufficientemente approfondite", Schneider, G.: "Due facce dello stesso algoritmo: la 'verificabilità' della processazione automatica di dati personali alla luce della tutela dei segreti commerciali nel quadro europeo", *Merc. conc. reg.*, 2019, 2, pp. 353 ss.

110 Comandè, G.: "Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali, note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali", *Danno e resp.*, 2022, 2, p. 150.

comprensibile per l'interessato, nella misura, cioè, in cui questi possa esercitare correttamente i propri diritti, individuare eventuali errori nella base di calcolo e presentare all'organo competente a prendere la decisione istanze volte a verificare le valutazioni ottenute automaticamente[111]. In più, l'art. 31, Absatz 1, punto n. 1, del medesimo *Bundesdatenschutzgesetz*, rubricato "*Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften*", proprio "Tutela delle transazioni commerciali nello scoring e nelle informazioni creditizie, dispone che il ricorso a un tasso di probabilità di una certa successiva condotta di una persona fisica allo scopo di decidere sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con tale soggetto (*scoring*, appunto) è consentito solo se le disposizioni sulla normativa sulla protezione dei dati siano state rispettate. Il riferimento è innanzitutto all'art. 22, par. 1, *GDPR*, ai sensi del quale l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona[112]. Esempio tipico di siffatta decisione – secondo il *considerando* 71 *RPGD* e le "Linee Guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del *GDPR* 2016/679"[113] – è offerto proprio da quella che, a fronte di un *credit scoring* algoritmico, influenza le circostanze finanziarie di un soggetto, fino a minarne l'indipendenza e la libertà d'azione, determinando una discriminazione o un'esclusione da un rapporto privatistico, come il contratto di credito di cui all'art. 121, comma 1, lett. c., T.U.B.

È in questi termini che ha riflettuto l'Avvocato Generale, il quale, ha, pertanto, concluso nel senso per cui il calcolo automatizzato di un tasso di probabilità circa la capacità di un interessato a saldare in futuro un debito costituisce già una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce, in capo all'interessato, effetti giuridici tali da incidere significativamente sulla sua persona. E tanto qualora il predetto tasso, calcolato sulla base di dati personali relativi all'interessato stesso, sia trasmesso dal titolare del trattamento (come l'agenzia di valutazione del merito creditizio) a un terzo (il finanziatore),

111 Cfr. *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 28.01.2014 - VI ZR 156/13. Nel caso di specie, un soggetto aveva visto inizialmente fallire l'acquisto di un'automobile a causa di false informazioni negative fornite dalla SCHUFA che ne evidenziavano la scarsa solvibilità senza, tuttavia, che lo stesso riuscisse a comprendere come si fosse giunti ad un punteggio finale per lui sfavorevole. Il tema è approfondito da Femia, P.: *Vertragsbeobachtende Verträge*, in AA.VV.: *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurispruden*, (diretto da B. Lomfeld), Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 155 ss.; Watcher, S.; Mittelstadt, B., Floridi, L.: "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 76 ss.

112 Sul rapporto tra l'art. 31, punto n. 1, del *Bundesdatenschutzgesetz* del 30 giugno 2017 e l'art. 22, par. 1, RPGD, cfr. Blasek, K.: "Auskunfteiwesen und Kredit-Scoring in unruhigem Fahrwasser – Ein Spagat zwischen Individualschutz und Rechtssicherheit", *Zeitschrift für Datenschutz*, 2022, 8, p. 436 s.; Horstmann, J., Dalmer, S.: "Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung. Externes Kreditscoring im Lichte des Verbots automatisierter Einzelfallentscheidungen", *ivi*, 5, p. 263.

113 Adottate il 3 ottobre 2017, come modificate il 6 febbraio 2018 dal Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione Dati – WP 251.

a sua volta titolare del trattamento, e quest'ultimo basi prevalentemente su di esso la propria decisione circa la stipulazione, l'attuazione o la cessazione di un contratto con l'interessato[114]. Non si è discostata da queste considerazioni la tanto attesa pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea resa in data 7 dicembre 2023[115].

Nel settore creditizio è, infatti, da distinguere l'algoritmo che collochi un soggetto in una categoria a cui viene in automatico negato un finanziamento da quello che genera un risultato al quale l'istituto di credito può decidere di conformarsi o meno sulla base di un proprio personale scrutinio. Ed infatti, il *GDPR* differenzia il trattamento automatizzato dei dati allo scopo di valutare aspetti individuali di una persona, come la sua solvibilità, dalla decisione presa sulla base di questo trattamento. La sussistenza di un processo meccanico non rappresenta di per sé una decisione automatizzata, quanto piuttosto una valutazione dei dati prima della "deliberazione" successiva. Netto è, quindi, il *discrimen* tra la fattispecie dell'art. 22 *GDPR*, che presuppone "una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato", e, ad esempio, quella degli artt. 13 e 14 *GDPR* che si riferisce in modo generale ad ogni "processo decisionale automatizzato" che abbia "importanti" conseguenze sull'interessato[116]. Nel caso del *credit scoring*, si può presumere che una decisione individuale sia esclusivamente automatizzata solo se essa viene assunta sulla base di un risultato del punteggio automatico senza ulteriore esame del contenuto, ma non se la conoscenza acquisita attraverso l'elaborazione automatizzata dei dati è solo la base per una decisione finale che deve ancora essere presa da un essere umano. In attuazione della c.d. autonomia supervisionata delle macchine intelligenti, al fine di tutelare diritti, libertà e interessi legittimi del soggetto coinvolto, il legislatore europeo, all'art. 22, par. 3, *GDPR*, al *considerando* 71 *GDPR*, e, da ultimo, all'art. 18, par. 8, della Direttiva UE n. 2225 del 18 ottobre 2023[117], in caso di decisione automatizzata – preceduta, ad esempio,

114 AG Pikamäe in Case C 634/21, OQ v. *Land Hessen*, 16 marzo 2023, ECLI:EU:C:2023:220, per il quale l'art. 6, par. 1, e l'art. 22 *GDPR* devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale in materia di profilazione qualora essa sia diversa da quella prevista all'articolo 22, paragrafo 1, di detto regolamento. Tuttavia, in tal caso, il giudice nazionale deve rispettare le condizioni previste all'articolo 6 *GDPR*. In particolare, esso deve fondarsi su una base giuridica adeguata; aspetto questo che compete al giudice del rinvio verificare. In merito, cfr. Silveira, A.: "Automated individual decision-making and profiling [on case C-634/21 – Schufa (Scoring)]", *UNIO - EU Law Journal*, 2023, n. 2, vol. 8, pp. 74 ss.

115 Corte Giustizia UE, I sez., 7 dicembre 2023, *VQ v. Land Hessen* (C-634/21), in *www.eius.it*, per cui l'art. 22, paragrafo 1, GDPR, deve essere interpretato nel senso che il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardanti la capacità di quest'ultima di onorare in futuro gli impegni di pagamento costituisce un "processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche", ai sensi di tale disposizione, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale è comunicato tale tasso di probabilità. Per un approfondimento, N. Genicot, *To Score Is to Decide: About the SCHUFA case*, in *https://verfassungsblog.de/to-score-is-to-decide/*, 14 dicembre 2023.

116 Cfr. Comandè, G.: "Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali, note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali", cit., p. 143.

117 La norma, al par. 8, prevede che qualora la valutazione del merito creditizio comporti il ricorso al trattamento automatizzato di dati personali, gli Stati membri assicurino che il consumatore abbia il diritto

da consenso dell'interessato, o necessaria alla conclusione di un contratto (come quello di finanziamento cui è preliminare il *credit scoring*) tra titolare del trattamento di dati e interessato – evidenzia, infatti, l'indispensabilità di un intervento umano che apra un processo dialettico[118], consentendo all'interessato stesso di esprimere il suo punto di vista e ottenere una spiegazione in merito alla decisione adottata[119] nonché di poterla contestare qualora non la condivida[120].

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Il sofisticato lavoro svolto dai sistemi di *credit scoring* deve, da quanto sin qui emerso, necessariamente operare in sinergia con il contributo umano e non emanciparsi al punto tale da esulare dalla previsione non automatizzata. Il supporto in questione si rivela imprescindibile non solo in sede di verifica e controllo delle determinazioni assunte dall'istituto di credito in ordine al merito creditizio del cliente, ma anche in una antecedente fase "di indirizzo", ove è da garantire al medesimo soggetto finanziatore una discrezionalità tale da potersi discostare dal risultato elaborato dai dati. Ed infatti, per quanto "matematico" possa qualificarsi l'esito cui pervengono gli strumenti di intelligenza artificiale, gli stessi non paiono in grado di percepire e captare le peculiarità delle situazioni sulle quali vanno ad operare nello svolgimento di attività di "catalogazione" e "censimento" dei soggetti richiedenti un credito.

L'affidamento esclusivo ai sistemi in commento porterebbe all'irragionevole trasformazione degli istituti di credito in meri esecutori di attività determinate dall'operare di una "roulette" che elabora dati allo scopo di garantire valutazioni

di chiedere e ottenere dal creditore l'intervento umano, che consiste nel diritto: a) di chiedere ed ottenere dal creditore una spiegazione chiara e comprensibile della valutazione del merito creditizio, compresi la logica e i rischi derivanti dal trattamento automatizzato dei dati personali nonché la rilevanza e gli effetti sulla decisione; b) di esprimere la propria opinione al creditore; e c) di chiedere un riesame della valutazione del merito creditizio e della decisione relativa alla concessione del credito da parte del creditore.

118 Sul punto, cfr. Alpini, A.: "Identità, creatività e condizione umana nell'era digitale", *Tecn. dir.*, 2020, 1, p. 6, per cui la soggezione della persona umana al potere decisionale della macchina non è né lecita né meritevole di tutela, non soltanto nel caso in cui il soggetto non sia in grado di apprendere il processo decisionale che lo riguarda, ma anche quando, pur conoscendolo, non lo condivida, poiché non riconosce come autenticamente propria l'identità da esso risultante.

119 Filosofia – questa del riconoscimento di un diritto all'intellegibilità del funzionamento dell'algoritmo – che ha animato anche i recenti interventi della giurisprudenza di legittimità in tema di c.d. *social credit system*, allorché si è censurata l'attività di assegnazione di un "punteggio sociale" alle persone fisiche tramite elaborazione algoritmica dei dati, stabilendo che il consenso al trattamento di dati personali sia validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato. Ove il sistema di calcolo abbia alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può, pertanto, considerarsi soddisfatto qualora lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati, come osservato da Cass. civ., ord., 25 maggio 2021, n. 14381, *Tecn.* e *dir.*, 2022, 2, pp. 371 ss., con nota di Tanzillo, M.: "*Rating* reputazionale tra consenso dell'interessato e princípi dell'ordinamento italo-europeo", che esamina il caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche.

120 Sul rischio digitale (individuale e collettivo) da opacità del procedimento algoritmico, v.si, per tutti, Perlingieri, P.: *Relazione conclusiva*, in AA.VV.: *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia*, (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Napoli, Esi, 2020, p. 383.

rapide finalizzate alla concessione di un credito, magari affidate a consulenze automatizzate (cc.dd. *chatbot*). L'"intelligenza" in questione, in quanto "artificiale", non terrebbe conto di elementi non secondari, tra cui, a titolo esemplificativo, il tempo in cui sono stati raccolti i dati, ovvero le situazioni soggettive sussistenti in quel determinato momento, rilevanti per valutare l'affidabilità di un soggetto che ben potrebbe essersi ravveduto da pregresse situazioni di inadempimento e dissesto, ovvero, al contrario, essere divenuto insolvente dopo esser stato, rispetto ai dati raccolti, un affidabile pagatore.

Ed ancora, la necessità dell'apporto umano trova conferma nella relazione, di natura privatistica, che si instaura tra ente creditizio e cliente, improntata alla solidarietà a cui, come evidenziato, deve attenersi l'istituto finanziatore, tanto nella fase delle trattative, quanto nell'esecuzione del contratto. Nell'ipotesi di valutazione negativa di credito, il finanziatore è, infatti, tenuto ad informare il richiedente – cui deve essere stata già fornita un'adeguata "educazione finanziaria" rispetto alle sue cc.dd. scelte di debito – e, di conseguenza, ad astenersi dalla concessione del credito, anche in attuazione dei valori costituzionali; e, in particolare, dell'art. 2 Cost., cioè del dovere, di ciascuna parte negoziale, di salvaguardare gli interessi dell'altra.

Al fine di ottemperare correttamente ai non derogabili principi di buona fede e correttezza, dunque, il finanziatore deve poter distogliere lo sguardo dal risultato fornito dalla tecnologia, focalizzandosi sulla reale e umana situazione in relazione alla quale dovrà assumere determinazioni. A titolo esemplificativo basti considerare che spesso la richiesta di concessione di credito risulta l'*extrema ratio* per superare una situazione momentanea di dissesto. Sicché una valutazione meramente meccanica del dato artificiale e asettico elaborato potrebbe determinare una negativa valutazione del merito creditizio rispetto ad un soggetto che non avrà, dunque, altra possibilità che vedere la propria situazione economica divenire definitivamente irreversibile. Alla luce di tanto il richiedente rimarrebbe confinato nell'area della "inaffidabilità creditizia", risultando, così, il danneggiato finale di un sistema che dovrebbe, al contrario, ritenersi in via di costante e crescente efficientamento. E ciò in quanto si rischierebbe di non riconoscere al cliente la possibilità di "riabilitarsi" laddove egli sia divenuto meritevole, a dispetto di situazioni economiche pregresse di cui potrebbe essere incolpevole o averle, con sforzo, superate.

In definitiva, nei sistemi di *credit scoring* – soprattutto se ispirata ad una riduzione in chiave solidaristica e personalistica dei pregiudizi ai diritti e alle libertà fondamentali degli individui – necessaria si rivela un'imminente opera di bilanciamento, da parte del legislatore, tra limiti e meriti degli strumenti di intelligenza artificiale.

BIBLIOGRAFIA.

ALPINI, A.: "Identità, creatività e condizione umana nell'era digitale", *Tecn. dir.*, 2020, 1, p. 6.

AMMANNATI, L., GRECO, G.L.: *Il* credit scoring *'intelligente': esperienze, rischi e nuove regole*, in AA.VV.: *La finanza nell'età degli algoritmi*, (a cura di L. AMMANNATI, A. CANEPA), Torino, Giappichelli, 2023, 2, pp. 9 ss.

AMMANNATI, L., GRECO, G.L.: *Il* credit scoring *alla prova dell'intelligenza artificiale*, in AA.VV.: *XXVI Lezioni del diritto dell'intelligenza artificiale*, (a cura di U. RUFFOLO), Torino, Giappichelli, 2021, 2, pp. 379 ss.

AMMANNATI, L., GRECO, G.L.: "Piattaforme digitali, algoritmi e *big data*: il caso del *credit scoring*", *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 2, pp. 295 ss.

ARBAUDO, L.; PARDOLESI, R.: "*Ecce robot.* Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale", *Danno e resp.*, 2023, 4, pp. 12 ss.

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", *Giur. Cost.*, 2013, 5, c. 3767 (nota a Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248).

AZADI, G.: "Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori", *Giur. it.*, 2015, 4, pp. 292 ss.

BAGNI, F.: "Uso degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea", *Osservatoriosullefonti.it*, 2021, 2, pp. 912 ss.

BALESTRA, L.: "Crisi dell'impresa e concessione abusiva del credito", *Giur. comm.*, 2013, 1, pp. 109 ss.

BALSAMO TAGNANI, S., VOLPI, G.: "Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Contr. e impr.*, 2020, 1, pp. 226 ss.

BAROCAS, S., SELBST, A.D.: "Big Data's Disparate Impact", 104 *California Law Review*, 2016, 3, pp. 684 ss.

BATTELLI, E.: "Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona", *Dir. fam. pers.*, 2022, 3, pp. 1096 ss.

Berti, R., Zumerle, F.: "Il nostro *"credit score"* deciso dall'AI: ecco come e quali rischi", *www.agendadigitale.eu*, 7 giugno 2021.

Bertolini, A.: "Robot as products: The case for a realistic Analysis of Robotic Application and Liability Rules", *Law, Innovation and Technology*, 2013, 5, pp. 228 ss.

Biferali, G.: "*Big data* e valutazione del merito creditizio per l'accesso al *peer to peer lending*", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2018, 3, pp. 487 ss.

Blasek, K.: "Auskunfteiwesen und Kredit-Scoring in unruhigem Fahrwasser – Ein Spagat zwischen Individualschutz und Rechtssicherheit", *Zeitschrift für Datenschutz*, 2022, 8, p. 436 s.

Boris, P.: "Case Note: Article 22 GDPR: Credit Scoring Before the CJEU", *Global Privacy Law Review*, 2023, 3, pp. 127 ss.

Bove, M.: "Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali", *Giur. it.*, 2015, 1, cc. 71 ss. (nota a Cass. civ., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242).

Bravo, F.: *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in AA.VV.: *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, (a cura di N. Zorzi Galgano), Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2019, pp. 393 ss.

Buiten, M., de Streel, A., Peitz, M.: "The Law and Economics of AI Liability", *Computer Law & Security Review*, 2023, 48, pp. 1 ss.

Capilli, G.: *I criteri di interpretazione della responsabilità*, in AA.VV.: *Diritto e intelligenza. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, (diretto da G. Alpa), Pisa, Pacini, 2020, pp. 482 ss.

Caprara, C., Vergari, D.: "Il ruolo del *Machine Learning* nel governo del credito: nuove tecniche a supporto delle decisioni", *Banc.*, 2020, 1.

Capriglione, F.: "Aspetti della problematica giuridica della Centrale dei rischi bancari", *Banc.*, 1974, 1, pp. 22 ss.

Caso, R.: *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Milano, Ledizioni, 2021, pp. 30 ss.

Cavoukian, A.: *Privacy by design, Information & Privacy Commissioner*, Toronto, Ontario, 2009, *www.privacybydesign.ca.*

Cerrina Feroni, G.: "Intelligenza artificiale e sistemi di *scoring* sociale. Tra distopia e realtà", *Dir. informaz. e inf.*, 2023, 1, pp. 1ss.

Chironi, M.: "La responsabilità della banca creditrice per la errata valutazione del merito creditizio", *Resp. civ. e prev.*, 2023, 3, pp. 932 ss. (nota a Trib. Lecce, 28 marzo 2022).

Coleman, S.: "Access to capital and terms of credit: A comparison of men- and women-owned small businesses", *Journal of small business management*, 2000, 38(3), pp. 37 ss.

Comandè, G.: "Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali, note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali", *Danno e resp.*, 2022, 2, pp. 150 ss.

Comandè, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra *liability* e *accountability*. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità", *An. giur. ec.*, 2019, 1, p. 172.

Comandè, G.: Data protection by design e data protection by default*: i concetti giuridici*, in AA.VV.: *Guida al trattamento e alla sicurezza dei dati personali*, (a cura di G. Comandé, G. Malgieri), Milano, Gruppo24Ore, 2019, pp. 108 ss.

Conte, V.: "Verso un diritto privato a vocazione collettiva: segreto commerciale e diritto di accesso ai sistemi di intelligenza artificiale. Un'interpretazione in prospettiva civile", *Revista Internacional da Academia Paulista de Dereito*, 2023, 11, pp. 242 ss.

Coppini, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Pol. dir.*, 2018, 4, pp. 722 ss.

Costanza, M.: "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, 7, pp. 1688 ss.

Davola, A.: *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Milano, Utet giuridica, 2020, pp. 133 ss.

D'Adda, A.: "Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo", *Riv. dir. civ.*, 2022, 5, pp. 805 ss.

D'Amico, G.: "Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)", *Contratti*, 2012, 12, pp. 977 ss.

Di Girolamo, F.: "Spunti introduttivi sulla buona fede nel piano del consumatore", *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, 2, pp. 240 ss.

Di Raimo, R.: *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, in AA.VV.: *Arbitro bancario e finanziario*, (a cura di G. Conte), Milano, Giuffrè, 2021, pp. 210 ss.

Dolmetta, A.A.: "La valutazione del merito del credito nell'accesso al servizio. La prospettiva del contratto d'impresa", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 3, pp. 305 ss.

Dolmetta, A.A.: "Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore", *Fall.*, 2022, 12, pp. 1582 ss. (nota a Trib. Torino, sez. fall., 14 aprile 2022).

Dolmetta, A.A.: "Merito del credito" e procedure di sovraindebitamento, *Fall.*, 2021, 10, pp. 1207 ss. (nota a Cass. civ., 30 giugno 2021, n. 18610).

Drinhausen, K.; Brusee, V.: *China's Social Credit System in 2021. From fragmentation towards integration*, *MERICS - Mercator Institute for China Studies*, *China Monitor*, 3 marzo 2021.

Fay, M., Williams, L.: "Gender bias and the availability of business loans", *Journal of Business Venturing*, 1993, 8(4), pp. 863 ss.

Falcone, G.: "«Prestito responsabile» e valutazione del merito creditizio", *Giur. comm.*, 2017, 1, pp. 167 ss.

Falcone, G.: "Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. comm.*, 2015, 1, pp. 132 ss.

Falletti, E.: *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2022.

Fauceglia, G.: "Brevi note sulla nullità dei contratti aventi ad oggetto valori mobiliari da parte di società non iscritta all'albo", *Giur. it.*, 2001, 11, cc. 2083 ss. (nota a Cass. civ., 5 aprile 2001, n. 5052).

Femia, P.: *Vertragsbeobachtende Verträge*, in AA.VV.: *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurispruden*, (diretto da B. Lomfeld), Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 155 ss.

Ferretti, F.: "Consumer access to capital in the age of FinTech and big data: The limits of EU law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 25, pp. 490 ss.

Franchi, M.: "Il ruolo del merito creditizio nella rinnovata disciplina in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento: la chiusura di un cerchio", *Riv. dir. banc.*, 2021, 3, pp. 516 ss.

Fraser, S.: "Is there ethnic discrimination in the UK market for small business credit?", *International Small Business Journal*, 2009, 27(5), pp. 583 ss.

Frau, R.: *Il trattamento dei dati personali nell'attività bancaria*, in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo*, (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto), Torino, Giappichelli, 2019, pp. 664 ss.

Freedman, S.; Ginger Zhe, J.: "The information value of online social networks: lessons from peer-to-peer lending", *International Journal of Industrial Organization*, 2017, 51, pp. 185 ss.

Gambini, M.: "Responsabilità civile e controlli nei trattamenti algoritmici", *Riv. dir. impr.*, 2020, 2, pp. 305 ss.

Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli, Esi, 2017.

Genicot, N. *To Score Is to Decide: About the SCHUFA case*, in *https://verfassungsblog.de/to-score-is-to-decide/*, 14 dicembre 2023.

Gentile, G., Lynskey, O.: "Deficient by design? The transnational enforcement of the GDPR?", *International and Comparative Law Quarterly*, 2022, 10, vol. 71, pp. 799 ss.

Giudici, P., Polinesi, G.: "Scoring models for robo-advisory platforms: a network approach", *Journal of Network Theory in Finance*, 2020, 5, 2, pp. 1 ss.

Grasso, A.G.: *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, Esi, 2023.

Grasso, R.: *Sub* art. 120-*undecies*, in AA.VV.: *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, (diretto da F. Capriglione), t. III, 3° ed., Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, pp. 2040 ss.

Greco, G.L.: "*Credit scoring* 5.0, tra *Artificial Intelligence Act* e Testo Unico Bancario", *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 2, pp. 75 ss.

Greco, G.L.: "Credito adeguato e consumatore "immeritevole" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", *Riv. reg. e dei merc.*, 2019, 2, pp. 349 ss.

(nota a Corte di Giustizia Europea, sez. I, 6 giugno 2019, n. 467 – Causa C-58/18 – *Michel Schyns v. Belfius Banque*).

Guarracino, F.: "*Information technology* e valutazione del merito creditizio", *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 1, pp. 65 ss.

Horstmann, J., Dalmer, S.: "Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung. Externes Kreditscoring im Lichte des Verbots automatisierter Einzelfallentscheidungen", *Zeitschrift für Datenschutz*, 5, pp. 263 ss.

Hurley, M., Adebayo, J.: "Credit Scoring in The Era of Big Data", *18 Yale Journal of Law & Technology*, 2016, pp. 150 ss.

Imbruglia, D.: "Regola di adeguatezza e validità del contratto", *Eur. dir. priv.*, 2016, 2, pp. 335 ss.

Infantino, M.: "La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali", *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1, pp. 1762 ss.

Inzitari, B.: "La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito", *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, 1, pp. 298 ss.

Iorio, C.: "Appunti sulla responsabilità da trattamento dei dati", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2023, 18, p. 1155 ss.

Iurilli, C.: "Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile (Seconda parte)", *Studium Iuris*, 2014, 4-5, pp. 549 ss.

Kaminski, M.E., Rueben, M., Smart, W.D., Cindy G., Cindy M.: "Averting Robot Eyes", *76 Maryland Law Review* 983, 2017, pp. 994 ss.

Keller, L., Spies, A., "EU: Scope of the fight of access persuant to art. 15(3) GDPR – concept of the terms "copy" and "information", *Computer Law Review International*, 2023, 3, pp. 84 ss.

Langernbucher, K.: "Responsible A.I. – based Credit Scoring – A Legal Framework", *31 European Business Law Review*, 4, 2020, pp. 527 ss.

Larocca, S., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in AA. VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella, L. Mezzasoma), Napoli, Esi, 2010, pp. 233 ss.

Leinav, L.; Jenkins, M.; Levin, J.: "The Impact of Credit Scoring on Consumer Lending", *RAND Journal of Economics*, 2013, 44, 2, pp. 249 ss.

Lener, R.: *Tecnologie e attività finanziaria*, in AA.VV.: *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Napoli, Esi, 2020, pp. 197 ss.

Lior, A.: "AI Entities as AI Agents: Artificial Intelligence Liability and the AI Respondeat Superior", *Mitchell Hamline Law Review*, 2020, 46, 5, 2, pp. 1060 ss.

Mattarella, G.: *L'inclusione finanziaria degli immigrati*, Torino, Giappichelli, 2021.

Mattassoglio, F.: "La valutazione 'innovativa' del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore", *Dir. banca e del merc. fin.*, 2020, 2, pp. 187 ss.

Mattassoglio, F.: "Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica", *Riv. reg. e dei merc.*, 2018, 2, pp. 235 ss.

Mattassoglio, F.: *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio dei consumatori. Verso un* Social Credit System? Milano, Educatt, 2018.

Mendola, A.: "Piano del consumatore e falcidia del creditore ipotecario nella l. n. 3/2012", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, pp. 329 ss. (nota a Trib. Verona, 20 luglio 2016).

Meoli, B.: *La curvatura della responsabilità dell'intermediario finanziario per inadempimento degli obblighi informativi*, in AA.VV.: *Studi in onore di Modestino Acone*, 2010, vol. III, Napoli, Jovene, pp. 2109 ss.

Messinetti, R.: "La tutela della persona umana *versus* l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. impr.*, 2019, 3, pp. 865 ss.

Modica, L.: "Concessione «abusiva» di credito ai consumatori", *Contr. impr.*, 2012, 1, pp. 507 ss.

Mollicone, M.M.: "Il rischio dell'intelligenza artificiale applicata: modelli di allocazione a confronto", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2023, 18, pp. 2108 ss.

Musio, A.: "La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2010, 11.

Nigro, A.: "La responsabilità della banca nell'erogazione del credito", *Società*, 2007, 4, pp. 437 ss.

Naddeo, F.: "Intelligenza artificiale: profili di responsabilità", *Comparazione e diritto civile*, 2020, 3, pp. 1161 ss.

Nuccio, M.R.: *Merito creditizio e tutela del consumatore*, Napoli, Esi, 2020.

Pagni, I.: "Il 'sistema' delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite", *Giur. it.*, 2015, 1, cc. 71 ss. (nota a Cass. civ., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242).

Pardolesi, R.: "Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria", *Foro it.*, 2014, 7-8, cc. 2036 ss. (nota a Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77).

Pasquale, F.: *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, Harvard University Press, 2016.

Pellecchia, E.: "La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali", *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, 1, pp. 213 ss.

Pellecchia, E.: "L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla 'contrattazione con l'insolvente'", *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1, pp. 1112 ss.

Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, Esi, 2013.

Perlingieri, P.: *Relazione conclusiva*, in AA.VV.: *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia*, (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Napoli, Esi, 2020, pp. 383 ss.

Perlingieri, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. dir.*, 2020, 1, pp. 182 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, Esi, 2003.

Piepoli, G.: "Sovraindebitamento e credito responsabile", *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 1, pp. 38 ss.

Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 2, pp. 369 ss.

Proietti, G.: "Algoritmi e interesse del titolare del trattamento nella circolazione dei dati personali", *Contr. e impr.*, 2022, 3, pp. 880 ss.

Rabitti, M.: "*Credit scoring* via *machine learning* e prestito responsabile", *Riv. dir. banc.*, 2023, 1, pp. 180 ss.

Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. e impr.*, 2020, 3, pp. 1174 ss.

Ruffolo, U.: "Intelligenza Artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.*, 2019, 7, pp. 1698 ss.

Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, 9, pp. 1254 ss.

Salerno, F.: "La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici", *Nuova giur. comm.*, 2018, 2, pp. 1430 ss. (nota a Trib. Macerata, 24 maggio 2018).

Sangiovanni, V.: "Contratti di credito ai consumatori ed errata verifica del merito creditizio", *Contratti*, 2019, 6, pp. 680 ss.

Santosuosso, A., Tomasi, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Wolters Kluwer, 2021.

Sartor, G.: "L'intenzionalità degli agenti *software* e la loro disciplina giuridica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1, pp. 17 ss.

Schneider, G.: "Due facce dello stesso algoritmo: la 'verificabilità' della processazione automatica di dati personali alla luce della tutela dei segreti commerciali nel quadro europeo", *Merc. conc. reg.*, 2019, 2, pp. 353 ss.

Sciarrone Alibrandi, A.: "Centrali dei rischi creditizi e normativa di *privacy*: informazione e controlli dell'interessato", *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, pp. 423 ss.

Scoditti, E.: "Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice", *Foro it.*, 2014, 7-8, cc. 2036 ss. (nota a Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77).

Scoditti, E.: "La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite", *Foro it.*, 2008, 1, 3, cc. 784 ss. (nota a Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724).

Scognamiglio, G.: "Sulla segnalazione a sofferenza nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia", *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, 1, pp. 303 ss.

Serravalle, S.: *Il danno da trattamento dei dati personali nel* GDPR, Napoli, Esi, 2020.

Silveira, A.: "Automated individual decision-making and profiling [on case C-634/21 – Schufa (Scoring)]", *UNIO - EU Law Journal*, 2023, n. 2, vol. 8, pp. 74 ss.

Simonini, G.F.: "La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale", *Danno e resp.*, 2023, 4, pp. 440 ss.

Siqueira Cassiano, M.: "China's Hukou Platform: Windows into the Family", (2019) *Surveillance & Society* 17(1/2), pp. 232 ss.

Sirena, P.: *Vigilanza bancaria e tutela dei consumatori nel diritto europeo*, in AA. VV.: *I nuovi confini del diritto privato europeo*, (a cura di G. Alpa), Milano, Giuffrè, 2016, p. 143 ss.

Soldati, N.: "La sorte dei contratti di finanziamento al consumo nelle procedure di sovraindebitamento e la valutazione di meritevolezza nell'accesso al credito", *Riv. dir. banc.*, 2021, 1, pp. 118 ss.

Spindler, G.: "Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a consumer credit directive", *Law and Financial Markets Review*, 2023, 2021, 15, pp. 239 ss.

Tosi, E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82* GDPR, Milano, Giuffré, 2019.

Trentini, C.: "Ristrutturazione dei debiti del consumatore: reclamo, presentazione della domanda e colpa del creditore", *Fall.*, 7, pp. 945 ss. (nota ad App. L'Aquila, 9 marzo 2023).

Tanzillo, M.: "*Rating* reputazionale tra consenso dell'interessato e princípi dell'ordinamento italo-europeo", *Tecn. e dir.*, 2022, 2, pp. 371 ss. (nota a Cass. civ., ord., 25 maggio 2021, n. 14381).

Watcher, S., Mittelstadt, B., Floridi, L.: "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 76 ss.

Zambrano, V.: "Algoritmi e giustizia predittiva: tra esigenze di certezza e responsabilità", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, pp. 611 ss.

ZIEMELE, I.: "Derecho de acceso del interesado a sus datos personales objeto de tratamiento: determinación de los conceptos de «copia» y de «información» (TJ, Sala Primera, S 4 May. 2023. Asunto C - 487/21: Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF)", *La Ley Unión Europea*, 2023, 115.

THE DIGITALIZATION OF THE NATIONAL HEALTH SERVICE IN THE PRISM OF "VARIABLE SPEED" BETWEEN TECHNOLOGICAL PROGRESS AND ADMINISTRATIVE INNOVATION

LA DIGITALIZACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE SALUD BAJO EL PRISMA DE LA "VELOCIDAD VARIABLE" ENTRE EL PROGRESO TECNOLÓGICO Y LA INNOVACIÓN ADMINISTRATIVA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1166-1197

Federico
VALENTINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: En Italia, el proceso de transformación digital de las administraciones públicas está todavía inacabado. La dificultad de su aplicación viene dada por la gran velocidad de los avances científicos y tecnológicos frente a la lentitud de la normativa y de las administraciones públicas para aplicar los cambios. De hecho, existen muchos riesgos en el proceso de transición digital: la vulnerabilidad de los sistemas, terreno fértil para los ataques de piratas informáticos; la protección inadecuada de la privacidad de los usuarios con la consiguiente dispersión de datos sensibles; la exclusión del uso de los servicios de categorías frágiles (como las personas mayores, los indigentes o los discapacitados). De ahí el peligro de que aumenten las desigualdades sociales, ya muy marcadas en nuestro país.

Todo esto se aplica también al sector sanitario en el que la transición a lo digital es aún más difícil debido a la gran organización y delicadeza del bien protegido.

La necesidad de transferir los servicios de salud pública del mundo real al virtual ha sufrido una fuerte aceleración con la pandemia de Covid-19, durante la cual la inadecuación digital se reveló en todo su dramatismo en la compleja operación de contención de la infección.

El refuerzo del presupuesto plurianual por parte de Europa y la consecuente N.R.R.P del Estado representan una oportunidad sin precedentes para crear un Sistema de Salud innovador, inclusivo, equitativo y sostenible basado en la Salud Pública Digital. Sin embargo, para que el N.R.R.P no sea un Libro de Sueños sino un verdadero Plan de desarrollo y crecimiento, es necesario utilizar ingentes créditos para una reorganización administrativa profunda y estructural que haga efectivo ese derecho a la "buena administración" consagrado en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y obtener, de este modo, beneficios en términos de protección de la salud y salvaguardia de los presupuestos públicos.

PALABRAS CLAVE: Salud pública digital; organización administrativa; acción terapéutica; Inteligencia Artificial (IA); buena Administración; idoneidad administrativa.

ABSTRACT: *In Italy, the digital transformation process of public administrations is still unfinished today. The difficulty of implementation is given by a high-speed scientific and technological progress compared to the slow pace of regulations and public administrations to implement the changes. In fact, there are many risks in the digital transition process: the vulnerability of systems, fertile ground for hacker attacks; inadequate protection of users' privacy with consequent dispersion of sensitive data; the exclusion from the use of the services of fragile categories (such as the elderly, the indigent or the disabled). Hence, the danger of increasing social inequalities which are already very marked in our country.*

All this also applies to the health sector in which the transition to digital is even more difficult due to the big-organization and delicacy of the protected asset.

The need to transfer public health services from the real world to the virtual one has undergone a strong acceleration with the Covid-19 pandemic, during which digital inadequacy was revealed in all its drama in the complex operation to contain the infection.

The strengthening of the multiannual budget by Europe and the consequent N.R.R.P of the State represent an unprecedented opportunity to create an innovative, inclusive, equitable and sustainable Health System based on Digital Public Health. However, in order for the N.R.R.P is not a Book of Dreams but a real Plan for development and growth, it is necessary to use the huge appropriations for a profound and structural administrative reorganization in order to make effective that right to "good administration" engraved in art. 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and obtain, in this way, benefits in terms of health protection and the safeguarding of public budgets.

KEY WORDS: *Digital public health; administrative organization; therapeutic action; Artificial Intelligence (IA); good Administration; administrative appropriatness.*

SUMARIO.- I. THE REGULATION OF "DIGITAL HEALTHCARE" BETWEEN DIFFERENTIATED REGIONALISM AND IDEAS OF CENTRALIZATION.- II. DIGITAL SERVICES IN THE HEALTHCARE ADMINISTRATIVE ORGANIZATION.- III. SOME DIGITAL TOOLS OF THERAPEUTIC ACTION.- IV. N.R.R.P. OPPORTUNITY FOR THE "GOOD ADMINISTRATION" OF HEALTH CARE.- V. SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL PROGRESS AS A TOOL FOR A NEW CLINICAL AND ADMINISTRATIVE APPROPRIATENESS.

I. THE REGULATION OF "DIGITAL HEALTHCARE" BETWEEN DIFFERENTIATED REGIONALISM AND IDEAS OF CENTRALIZATION.

As is known, digital administration[1] develops in a threefold dimension: that of the procedure, the traditional way of acting *ius imperii* of the p.a. and, therefore, of the consequent administrative provision[2]; that of public contracts, where telematic procedures should help make the awarding of contracts more efficient and the choice of contractor more transparent[3]; that of public services, to which it is necessary to improve access and guarantee use of the service itself without limits of time and space of the provision[4].

The object of this investigation concerns the third of the aforementioned dimensions with reference to a sector, that of Health, which needs a massive renewal intervention, useful for overcoming all the fragility and weaknesses that the Health System - modeled for many years on need to contain public spending - has manifested during and after the pandemic[5]. From a clinical point of view, in fact, it is necessary to modernize the traditional model to react to deep-rooted critical issues such as the aging of the population, resistance to antibiotic treatments, the increase in chronic diseases, as well as to deal with any new epidemics or pandemics.

1 This term (or e-government) means "the use of information and communication technologies (ICT) in administrative processes through which the PA intends to make the action of the public administration more efficient, improving on the one hand, the quality of the public services supplied to the citizens and decreasing on the other hand the costs for the community». Refer www.qualitapa.gov.it.

2 Refer to the monographs of Cavallo Perin, R. e Galetta, D.U. (a cura di): *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino 2020; Previti L., *La decisione amministrativa robotica,* editoriale scientifica, Napoli 2022; refer also Follieri, F.: "Decisione amministrativa e atto vincolato", *Federalismi.it*, 7/2017.

3 Di Lascio, F.: "Appalti elettronici e aggregati", in Clarich, M. (a cura di): *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Giappichelli, Torino 2019, *sub* art. 55-58, p. 441; Racca, G.: "La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici", *Ist. fed.*, n. 3/2019, p. 739; Cresta, S.: "Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo Codice dei Contratti pubblici", *Urb. App.*, 2016, p. 981.

4 Cammarota G.: "Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa", in Civitarese Matteucci, S. e Torchia, L. (a cura di): *La Tecnificazione*, Firenze University Press, 2016, pp. 113 ss.

5 On the criticisms identified during the pandemic and on how to act to improve in the future, refer Pioggia, A.: "La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro", *Diritto pubblico*, 2/2020, p. 385.

• Federico Valentini
Researcher of Administrative Law, University of Teramo. Correo electrónico: fvalentini@unite.it

The digitization, as a tool for administrative simplification[6], is a goal identified for some time in the reforming ideas of the supranational and internal legislator. In fact, on both levels, there is an overabundance of regulations and programmatic documents that aim to dematerialize all public services, with the aim of making them faster, without compromising their efficiency[7].

However, in Italy the digital transformation process is still far from complete. In general, the difficulty of implementation is given by a high speed scientific and technological progress compared to the slow pace of the regulations and the capacity of the public administration to implement the changes. In fact, there are many risks inherent in the digital transition process, such as the vulnerability of systems, inadequate protection of user privacy, the exclusion from the use of services of fragile categories, such as the elderly or the disabled for example. Hence, the danger of exacerbating social inequalities (cultural, educational, economic) which in our country are already very marked[8].

What has been said is even more true in the health sector in which the macro-organisation, together with the extreme importance and delicacy of the asset being protected, increases the difficulty and caution in introducing technological innovations, so as to make the already complex transition to digital.

6 Orofino, A.G.: "La semplificazione digitale", *Il diritto dell'economia*, n. 100, 3/2019, 87; on the *e-governement* in general, reference is, without claiming to be exhaustive, to Marchetti, B.: Voce "Amministrazione digitale", *Enciclopedia del Diritto, Funzioni amministrative,* directed by Mattarella, B.G. e Ramajoli, M., Giuffrè, Milano 2022, p. 75; Galetta, D.U.: "Open-Government, open-data e azione amministrativa", *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, pp. 663-683; Profiti, F.S.: *Lo stato di attuazione dell'e-Government in Italia*, in Centro Tocqueville-Action, 20/2008. Merloni, F. (a cura di): *Introduzione all'e-Government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino 2005; Vesperini, G. (a cura di): *L'e-Government*, Giuffrè, Milano 2004; Bombardelli B.: "Informatica pubblica, e-Government e sviluppo sostenibile", *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 5/2002, p. 991; Zaffaroni, F.: "L'informatizzazione della pubblica amministrazione", *Foro amm.*, 7-8/1996, p. 2516.

7 Refer, in addition to the bibliography already mentioned, to Duni, G.: "Amministrazione digitale", *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, 2007, 13; Duni, G.: *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano 2008; Carloni, E. (a cura di): *Codice dell'Amministrazione digitale. Commento al D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2005; B. Carotti, B.: "La digitalizzazione", in Mattarella, B.G. - D'alterio, E. (a cura di): *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Il sole 24 Ore, Milano 2017; Masucci, A.: "Il documento amministrativo informatico", in Arena, G. – Bombardelli, M. – Guerra, M.P. – Masucci, A. (a cura di): *La documentazione amministrativa. Certezze, semplificazione e informatizzazione nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2001, p. 173; Masucci, A.: "Documento informatico e sottoscrizione elettronica", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 541; Masucci, A.: *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli 1993; M. L. Maddalena, M.: "La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo", in AA.VV.: *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, in *Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano 2017.

8 Piras, P.: "Innovazione tecnologica e divario digitale", *Il diritto dell'economia*, n. 108 (2/2022), p. 111, which highlights all the reasons underlying digital inequality, identifying them in the infrastructural lack of connection, in the impossibility of access due to costs, in territorial (north/south), gender, age and social disparities. Refer also *Studi economici dell'OCSE: Italia 2021*, in www.oecd.org, in which it is highlighted that the digital divide in Italy is much more marked than in other countries and therefore calls for an acceleration of the digital transition.

Certainly, the need to transfer public services from the real world to the virtual one has undergone a strong acceleration with the Covid-19 pandemic during which digital inadequacy was revealed in all its drama given the ineffectiveness (at least initially) of the measures adopted to contain the infection.

In fact, it was in the midst of the emergency that the need to regulate "Digital Health" (in the European context Digital Health or e-Healt), a term which generically indicates the use of information and telecommunications technologies, regained strength (ICT) for the benefit of human health[9] or, as it has been defined in the medical literature, the set of digital technologies in order to support and deliver health services in support of the well-being of individuals, who are not necessarily sick[10]. Furthermore, the term "digital healthcare" also refers to the application of digital technology to healthcare processes as a whole intended to achieve objectives such as the cost-quality ratio of services, reduction of differences between the various territories and improvement of the quality perceived by the citizen[11].

At the European level, it notes the recommendation (EU) 2019/243 with the primary purpose of introducing and enhancing digital technologies in the health sector[12]. An objective sculpted, most recently, in the ambitious "EU4Healt Program 2021-2027", aimed at the recovery of the health systems of the member countries[13]. Specifically, the European project is articulated on four crucial points: disease prevention, crisis preparation, attention paid to health systems and their personnel, digital implementation. All in compliance with the general objectives set forth in art. 3 of EU Regulation 2021/522 and with the ultimate aim of laying the foundations for a strong and solid European Health Union. The program will

9 *Word Healt Organization*. In WHA 58.28 del 2005, l'*e-Health* was defined "the cost-effective and secure use of information and communication technologies in support of health and health-related fields, including health-care services, health surveillance, health literature, and health education, knowledge and research". Si veda www.blogsalutedigitale.it.

10 Trifirò, G. – Crisafulli, S. – Puglisi, G. – Racagni, G. – Pani, L.: *Terapie digitali come farmaci?*, in Gussoni G. (a cura di), *Terapie digitali, una opportunità per l'Italia?*, 1/2021, Passoni editore, p. 144.

11 PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI: *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, 3 marzo 2015, p. 89, on www.agid.gov.it.

12 In one of its passages we read "Digital solutions connected to health applications or wearable devices, combined with a system that allows citizens to securely access their health data, could allow patients suffering from chronic diseases, such as diabetes, or cancer, to monitor their symptoms from home and quickly share them with their clinical teams. This should reduce the number of visits to health care facilities for monitoring. Digital technologies can also help identify the need for a change in care earlier, thereby reducing the number of hospital admissions due to complications. Better management of chronic disease in the community, combined with a reduction in duplication of health care interventions (such as exams) would not only make systems more sustainable but would also improve the general quality of life and health care provided to citizens and reduce the costs associated with health care for individuals and families".

13 Equipped with a *budget* di 5,1 billion euros, this is the largest program ever implemented by funding EU countries, health organizations to enhance the quality and safety of European citizens' health, support EU health systems in the fight against threats of a cross-border nature and improve the EU's response capacity and resilience to possible future crises.

be largely implemented by the European Health and Digital Executive Agency - HaDEA, which went into operation on 1 April 2021.

In the Italian regulatory context, just think of the innovations in the field of electronic health records by the d.l. 19 May 2020, no. 34 (so-called relaunch decree) converted with amendments by law 17 July 2020, n. 77; or again to the profuse commitment to implement the application of telemedicine with the general objective of providing a unified national reference and guaranteeing an adequate use in the national context[14].

It being understood that these aspects, concerning the modernization of the healthcare organization, will be dealt with in more detail in the following paragraph, it should be noted first of all that all the ambitious reform programmes, including the P.N.R.R. to which a specific discussion is reserved in the continuation of this contribution, they go in the direction of a centralization of health matters, in a path opposite to that differentiated regionalism which during the pandemic has exasperated the variable speed system, the primary cause of inequalities.

As a result of the operational difficulties encountered in dealing with the emergency, the idea of centralizing health matters has come back strong; a suggestion (for the moment) which, if over the years it has become increasingly evanescent in consideration of the regulatory history of the National Health Service which has always been oriented towards corporate[15], today it regains strength due to the centripetal forces not so much of the State, but of the European Union in a new matter which, by combining healthcare with information technology, takes the name of "digital healthcare".

As for the State, briefly, it is the constitutional provision that attributes it exclusive legislative competence in the matter of "statistical and IT coordination of data from the state, regional and local administration" (Article 117, paragraph II, letter r). This competence is essential with a view to adapting the healthcare organization to technological evolution, an aspect in which many regions are backward and inert[16].

As for the European Union, in more detail, it is true that the supranational coordination aimed at facilitating cooperation between the individual Member States in health policies does not require a necessary and perfect harmonization

14 MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, in www.agid.gov.it.

15 Implemented with the well-known regulatory stratification: by law 23 december 1978 n. 833 establishing the National Health Service, to the reforms implemented with legislative decree 502/1992 and with legislative decree 517/1993, up to legislative decree 229/1999.

16 Catelani, E.: "Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockhain", *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 216.

of the internal disciplines for which the States themselves remain responsible[17], but it is also true that from the Lisbon Treaty onwards, the health matter has been the subject of an ever-increasing number of acts, interventions and directives, in coherence and enhancement of that *Healt in all policies* approach engraved in the various articles of the TFUE[18].

Therefore, in the vast and complex matter of "digital health", it does not seem to be that far from an invocation in terms of competence of health policies by the European Union, relying on the principle of vertical subsidiarity pursuant to art. 5, paragraph III, of the TUE[19].

Centralization would break down the "dividing walls" currently placed at the borders of the regions, creating a system capable of uniformly enhancing the use of digital technologies, interconnection and instantaneous retrieval of data on the national territory and fruitful collaboration, both online and in terms of patient mobility, between the various healthcare facilities throughout the country. The risk to be avoided, certainly, is that already recognized of leveling down health protection reaching the point of normalizing, and therefore losing, some regional centers of excellence, today placed to guarantee the entire population[20].

II. DIGITAL SERVICES IN THE HEALTHCARE ADMINISTRATIVE ORGANIZATION

In healthcare, even before in other sectors of public administration, the teachings of that authoritative administrative doctrine are valid and current according to which the organizational component is decisive for adequate action in

17 Racca, G.M. - Cavallo Perin, R.: "Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza", in Pioggia, A. - Civitarese Matteucci, S. – Racca, G.M. – Dugato, M., Maggioli, Rimini 2011, pp. 193-215; On the roles of the European Union and States in social matters, refer Balduzzi, R.: "Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica", *Federalismi.it*.

18 The approach *One Health*, according to the definition provided by the Institute of Health, it consists of "a health model based on the integration of different disciplines, based on the recognition that human health, animal health and ecosystem health are inextricably linked. It is officially recognized by the European Commission, by the Italian Ministry of Health, and by all international organizations as a relevant strategy in all sectors that benefit from the collaboration between different disciplines (doctors, veterinarians, environmentalists, economists, sociologists, etc.)". On this point, www.iss.it/one-health. As for European legislation, Health, mentioned in art. 9 TFUE, is a legal asset subject to protection in many sectors: the internal market (art. 114, points 3 and 6 TFUE), the environment (art. 191, point 1 TFUE), consumer protection (art. 169 point 1 TFUE), social affairs (art. 153 point 1 letter a) TFUE).

19 For an exhaustive reconstruction of the principle of subsidiarity, both in its vertical and horizontal sense, refer D'Orsogna: *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 55 ss, spec. 57 where it is noted that in areas of non-exclusive competence, the Union intervenes only if, and to the extent that, it can achieve the objectives of the envisaged action when the same cannot be achieved by the Member States. It follows that, through the law, the residual nature of the State's competence emerges in those matters which, due to the nature, consistency and relevance of the interests involved, impose an intervention by the central powers.

20 Catelani, E.: "Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockhain", cit., p. 216.

terms of good performance[21]. In summary, health treatment is first "organization" and then "activity"[22], two fundamental and inseparable moments in the protection of health: only a profitable mixture between them guarantees the achievement of the institutional purpose, as a protected and constitutionally guaranteed interest.

As for healthcare organization, today the criteria of economy, effectiveness and efficiency must be adapted to modern society, the digital one: all public administrations are unable to keep up with the rapid and incessant pace of technological progress, thus generating "a rift between innovation technological and administrative innovation"[23] clearly visible in the health administration where, in recent times, the introduction of technology has taken place very slowly and, in any case, more on the medical-diagnostic front than on the purely organizational one: a valid example is the Electronic Health Record which, despite having found for some time in the national regulatory framework[24], it has not had the expected application[25] so much so that it is subject to important changes by the aforementioned emergency legislation (legislative decree no. 34/2020, converted with amendments by law no. 77/2020).

Among the relevant innovations, in the first place a massive extension on an objective and subjective level of the documents that fall within the FSE, since it is now fed with data on clinical events both by the health professions of the National Health Service and the regional social and health services, both by professionals working in the private sector and by the patient himself independently according to his own will and ability to take initiative[26]. In this way, a profitable connection is created, hitherto missing, between the public and private systems.

Furthermore, it is envisaged that the EHR is established and fed without the prior consent of the interested party (which is now relevant only for treatment purposes)[27] which implies a considerable acceleration and implementation in the

21 Nigro, M.: *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano 1996.

22 Villamena, S.: "La c.d. legge Gelli-Bianco. Fra strategia di prevenzione di rischio e responsabilità amministrative", 2 gennaio 2019, *Federalismi.it*.

23 Contaldo, A.: "Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico", in AA.VV.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, diretto da G. Cassano, Tomo I, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2022, 158 according to which, in computerizing and automating the administrative procedure, it is not enough to translate the traditional system of this within the digital context, but it is necessary to think critically about the articulation of the administration from an organizational point of view.

24 The Electronic Health Record was instituted with d.l. 18 october 2012, converted with amendments into law 17 December 2012, n. 221 which, in art. 12, defines it as "the set of data and digital documents of a health and social-health type generated by present and past clinical events, concerning the patient".

25 Refer to the monitoring activities of the AgID and the Ministry of Health concerning two distinct groups of indicators: Implementation and Use on www.fascicolosanitarioelettronico.gov.it which shows that, at the beginning of the pandemic, the ESF was used by a few regions and activated only by 20% of the population.

26 Art. 11, co. 1, lett. c) of l.d. 34/2020 which completely rewrites the third paragraph of the art. 12 of law 179/2012.

27 This occurred due to the express repeal, by the aforementioned legislative decree 34/2020 (art. 11, paragraph 1, letter b), of paragraph 3-bis of art. 12 of the legislative decree 179/2012 which required

use of data, so much so that measures have also been envisaged to strengthen the National Interoperability Infrastructure (INI) for the management of the ESF index at a national level in order to guarantee the concrete "portability" of the electronic file in cases of interregional mobility of patients.

The Ministry of Health also intervenes to improve the organizational set-up of the complex health system in terms of electronic health records with the publication of the Guidelines for the implementation of this digital tool[28] which are intertwined with the objectives sculpted in the N.R.R.P.: ESF used and fed by 85% of general practitioners by 2025 and adopted and used by all Regions by 2026. In fact, to this end, the Regions and autonomous provinces are been called, within three months of the publication of the guidelines, to present "adaptation plans to update their systems and to receive the financial resources necessary to implement them"[29]. To date, the ESF implementation program seems to be proceeding quite quickly, if one looks at some data published by the Ministry[30].

In essence, the intent of the emergency Legislator was to create a single and well-harmonized system in the national context in a centralizing logic of health data management capable of guaranteeing continuity in the treatment path of the individual patient and, at the at the same time, a simplification, dematerialization and speed of communication based on clinical documents, with undoubted benefits in terms of health administrative appropriateness[31].

Another tool of digital health that can be referred to the organization is Telemedicine, understood as a way of providing health care services through the use of Information and Communication Technologies (ICT) in the cases in which the health professional and the patient (but also two or more healthcare professionals) are physically distant[32]. These are techniques for the transmission of

the patient's consent to feed the electronic health record. In doctrine, on the issue of digital health and informed consent, refer Morana, D. – Balduzzi, T. – Morganti, F.: "La salute "intelligente": e-Healt, consenso informato e principio di non discriminazione", 28 dicembre 2022, in *Federalismi.it*.

28 The guidelines have been established by the d.m. 20 May 2022 pursuant to art. 12, paragraph 15-bis of the legislative decree 179/2012, converted with amendments into law 221/2012.

29 Guidelines for the Implementation of the Electronic Health Record, 27 March 2022 in www.gazzettaufficiale.it.

30 MINISTERO PER L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA E LA TRANSIZIONE DIGITALE, *Pnrr: Fascicolo Sanitario Elettronico, al via implementazione in tutte le Regioni*, in www.innovazione.gov.it.. where it is reported, as regards the ESF funding, that in just seven months Basilicata went from 27% of available documents to 95%, Campania from 1.5% to 53% and Piedmont from 50% to 80%.

31 Contaldo, A.: "Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico", in AA.VV.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., p. 161.

32 In distant times, the WHO provided an exhaustive definition of it, stating that Telemedicine is «the provision of health services, in which distance is a critical factor, by all health professionals who use information and communication technologies for exchange of valuable information for the diagnosis, treatment and prevention of disease and injury, research and evaluation, and for the continuing education of health professionals, all in the interest of promoting the health of individuals and their communities» in WHO, *A health telematics policy in support of WHO's Health-For-All strategy for global health development: report of the WHO group consultation on health telematics*, 11-16 december, Geneva, 1997.

data and information of a medical nature, in the form of texts, images, sounds and anything else necessary for the prevention, diagnosis, therapeutic treatment and control of the patient.

The impact of the remote service is evident which, by making information move instead of people, revolutionizes the healthcare sector and the doctor-patient relationship. However, despite a strong and constant commitment by the European institutions to the implementation of the use of technologies in Health[33], the recourse to them, in fact, has always been limited on the national territory because it is limited to the initiative of small businesses which have found it enormously difficult to establish themselves on the health care market[34].

During the pandemic, remote communication techniques have proven to be an effective and safe alternative to face-to-face visits, so that the Government has intervened by dictating the guidelines on the subject with the general objective of providing a single national reference for a effective planning and adequate use of Telemedicine in the national context[35].

Furthermore, the N.R.R.P. aims to create a national platform for Telemedicine services in order to make it a structured service within the National Health System. Specifically, the purpose of the platform is to create a fundamental level of interoperability capable of guaranteeing common standards on telemedicine services developed by the Regions. In this regard, the N.R.R.P. finances research projects on digital technologies in the field of health and assistance that focus on the provision of remote services and benefits, in line with the goal well expressed in Mission 6, Component 1, according to which the house must become the first place of care.

Certainly the aforementioned measures give substance to ambitious objectives not only of overcoming some clinical criticalities (such as the aging of the population or the increase in chronic diseases), but also of achieving a more flexible, resilient

33 There are many EU initiatives on this point: among the most important, the Communication of the European Commission Electronic health - improving the healthcare of European citizens: action plan for a European area of electronic health of 30 April 2004; Decision no. 1350/2007/EC establishing the second Community action program in the field of Health (2008-2013); Regulation (EU) 282/2014 of the European Parliament and of the Council on the establishment of the third Union action program in the field of Health (2014-2020); the Action Plan (2012-2020) launched by the European Commission in December 2012; to this is added, more recently, the Recommendation (EU) 2019/243 of 6 February 2019 and the *EU4Healt Program 2021-2027*, already mentioned in the previous paragraph.

34 Contaldo, A.: "Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico", AA.VV..: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., 156, which highlights the lack of trust on a triple level: that of the healthcare professional in the effectiveness of new working methods, that of the patient in these treatment solutions and in contact with the hospital structures and that of the economy in general which does not invest in the new businesses. This is so true, continues the author, that the second Community action program in the field of Health is based precisely on this awareness and therefore aims to support the Member States by providing them with elements capable of creating trust and thus favoring acceptance of telemedicine service.

35 MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, in www.agid.gov.it.

and sustainable system. In fact, the project of firmly linking the patient's residence with the healthcare environment can bring benefits not only in terms of health protection, but also in terms of safeguarding public budgets, thus becoming an advantage not only for patients, but also for for the whole community[36].

However, to guarantee adequate services performed with telemedicine, a valid basic strategy is needed to create sustainable preconditions from an economic, managerial and organizational point of view. The risk that the effectiveness of the services on the national territory differs further, rather than conforming to the objective of the NRRP, is very high. In this sense, a valid tool to help avoid this danger could be identified in *management*: in fact, the need to develop project management skills and invest in professional figures oriented towards this has already been recognized. Envisaging, rooting and implementing project managers within healthcare companies is a necessary condition for improving the organization and laying concrete foundations for the implementation of digital programs in the healthcare sector[37].

III. SOME DIGITAL TOOLS OF THERAPEUTIC ACTION

By shifting the attention from the level of organization to that of action, the deepening of "digital health" moves to the theme of Artificial Intelligence (AI), generally defined at a supranational level as the set of "systems that show a intelligent behavior by analyzing one's environment and performing actions, with a certain degree of autonomy, to achieve specific objectives"[38].

Even at a national level, its importance is recognized with particular reference to Health, which represents, in fact, one of the priority sectors in which the State undertakes to invest in order to achieve high quality healthcare[39].

36 Borghini, A. – Paone, S.: "Investimento in telemedicina: dalla progettazione all'attuazione", in AA.VV.: *Telemedicina e intelligenza artificiale a supporto dell'assistenza territoriale. Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*, Monitor, 44/2022, Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, 10, in www.agenas.gov.it.

37 Zangrandi, A. – Fanelli, S.: "Impatti organizzativi: cosa significa la telemedicina nei reparti, nelle professioni e nelle continuità assistenziali", in AA.VV.: *Telemedicina e intelligenza artificiale a supporto dell'assistenza territoriale. Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*, cit., 35.

38 EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission, Artificial intelligence for Europe, COM 2018/237 final*, Bruxelles, 25.04.2018, in www.eur-lex.europa.eu, which already in 2018, as regards AI for the benefit of health, highlighted that "in Denmark, AI helps save lives by allowing emergency services to diagnose cardiac arrests or other pathologies based on the sound of the caller's voice . In Austria, it helps radiologists locate tumors more accurately by instantly comparing x-rays with a large amount of other medical data." In doctrine, please refer to the insights of Picozza E: "Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence", *Giur. It.*, 2019, 1761.

39 Refer *Programma strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024*, in www.innovazione.gov.it, in which, with regard to the "health and well-being" sector, we read: "In the field of healthcare, artificial intelligence applications stimulate product and process innovation by exchanging and aggregating information currently dispersed in a multitude of public and largely underused databases. Artificial intelligence applications will help meet the new needs resulting from the aging of the Italian population. Furthermore, they will have a

The maximum expression of AI applied to the medical field is represented by digital therapies (DTx), defined as "technologies that offer therapeutic interventions that are guided by high-quality software programs, based on scientific evidence obtained through methodologically rigorous and confirmatory clinical trials, to prevent, manage or treat a broad spectrum of physical, mental and behavioral conditions"[40]. Each digital therapy can take the form of an App downloaded on a smartphone or tablet or with devices wearable by the patient (wereable devices). As has been noted in medical doctrine, while in the classic drug the active ingredient is the chemical or biological molecule, in digital therapy the active ingredient is the algorithm, as the element responsible for both the positive and negative clinical effect[41]. From a legal point of view, the algorithm is the element that is not properly "responsible" but certainly "determinant" of the clinical effect and this circumstance opens up many reflections on the subject of responsibility which, inevitably, will expand both on an objective and on a the subjective one. On an objective level, because the hypotheses of malfunction of the device and, therefore, of erroneous action/decision of the machine will also fall within the context of medical liability; on a subjective level because not typically healthcare professional figures will become further centers of imputation of responsibility.

Naturally, the crux is the clinical effectiveness of digital therapies, difficult to guarantee in the short term in a system that is complex (given the macro-organisation), extremely delicate (given the protected asset) and currently underdeveloped for rapid implementation of technology.

On this last aspect, in fact, therapeutic digitization requires several rigorous clinical studies that can generate solid scientific evidence in a timely manner. However, there are many obstacles that overlap such a goal. First of all, to date, there is no specific and punctual legislation on digital therapies that guarantees the safety and quality of the data collected. In fact, the regulatory reference at a supranational level is Regulation (EU) 2017/745[42] which generally concerns medical devices and, as specifically provided for digital therapies, establishes that they must comply with some essential requirements to guarantee safety, efficacy

significant impact on the population at risk of serious diseases such as degenerative, oncological and viral diseases and will increase the social inclusion of disadvantaged groups. Some examples of applications are: medical devices and services in screening and diagnostic areas such as omics and medical imaging, new drugs and vaccines, people monitoring and treatment, patient care support (diagnosis and prognosis), and predictive models health care needs".

40 Gussoni, G.: "Executive Summary", in Gussoni, G. (a cura di): *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, 1/2021, Passoni, Milano 2021, 3.

41 Da Ros, L. – Recchia, G. – Gussoni, G.: "Perché un volume sulle terapie digitali per l'Italia", Gussoni, G. (a cura di): *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, cit., 10.

42 Regulation on medical devices of 5 April 2017 amending Directive 2001/83 EC, Regulation (EC) n. 178/2002 and Regulation (EC) 1223/2009 and repealing Directives 90/385 EEC and 93/42 CEE, at www.eur-lex.europa.eu.

and quality based on international standards[43]. On the national scene, there are mostly programmatic documents that simply mention in a declamatory tone the possible examples of application of AI in the health sector, such as robotics in surgery, virtual nursing assistance, support for diagnostic imaging[44]. However, as regards the regulatory provisions, only recently, also due to the late entry into force of the Regulation (May 21, 2021), has the transposition of the european source begun through art. 15 of the law of 22 April 2021, n. 53[45], but certainly the peculiarity of digital therapies imposes a more in-depth regulatory framework than the one currently in force[46]. In essence, to date, there is a gap between the recent programmatic documents and the regulatory provisions which precludes, at least in the short term, the effectiveness of a transition to digital.

Furthermore, on a practical level, the guarantees of security in access and reliability in the identification of users are lacking. Until satisfactory standards are reached, AI tools (but also other digital health tools such as the FSE and Telemedicine) will never find adequate application. In this respect, biometric recognition and the use of Blockchain technology are being tested, as digitization tools not characteristic of the healthcare sector, but applicable to it[47].

Yet another difficulty in implementing AI lies in the current method of training operators which is, from an objective point of view, still based on traditional models and, from a subjective point of view, limited to a few professionals compared to the range of skills that opens up in the face of digitization. Added to this is the need for the involvement of specific figures to support the structures for monitoring the use of therapies and solving any technical problems that may arise. In essence, an adequate healthcare digitization and, in particular, a good application of AI, cannot be separated from a profitable mix of knowledge given by the coexistence, within each healthcare company, of various professional figures.

Finally, there is a lack of patient involvement, as a subject who is an integral part of the digital therapy implementation process: in fact, a further and fundamental

43 For an exhaustive reconstruction of the regulatory framework in terms of digital therapies, please refer to Ravizza, A. – Caiani, E. – Santoro, E. – Stefanelli, S. – Sternini, F.: "Come gestire gli aspetti regolatori per le terapie digitali", in Gussoni, G. (a cura di), *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia,* cit., 15.

44 Aperio Bella, F.: "L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)", *PA Persona e Amministrazione*, 1/2020, p. 230.

45 On "*Delega al Governo per il recepimento delle direttive e l'attuazione degli altri atti dell'Unione europea".*

46 On these aspects, please refer, in more detail, to Gussoni, G.: *Executive Summary*, in Gussoni, G. (a cura di): *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia,* cit., p. 3.

47 Aperio Bella, F.: "L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)", cit., 226; Bellomo, G.: "Biometria e digitalizzazione nella pubblica amministrazione", at Civitarese Matteucci, S. – Torchia, L. (a cura di): *La Tecnificazione*, cit., 59. On Blockchain tecnology, Carullo, G.: "Dati, banche dati, Blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico", at Cavallo Perin, R. – Galetta, D.U. (a cura di)*: Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 202 ss. Furthermore, with reference to the Blockchain in the Health sector, refer to the exhaustive considerations of Catelani, E.: "Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockchain", cit., 219.

aspect for the diffusion and effectiveness of digital therapies is the information and awareness of patients through initiatives that can know them about the potential health benefits. Only the patient's effective collaboration in the use of the digital tool can generate a successful outcome of the therapy (think of the patient who does not monitor the app or does not wear the devices). Also in this aspect it is necessary to involve technical figures with good communication skills who, although external to the healthcare organization, operate in a credible, reliable, engaging way and free from the logic of profit.

From such an assumption it follows that, in introducing technology, the human component must not be neglected: machines must not replace people, but be at their service. In this regard, the principle of "non-exclusivity of the algorithmic decision" is also applicable to the health sector[48] according to which in every decision-making process the human contribution must always be guaranteed in order to validate or deny the automatic decision. It is therefore necessary to increase the staff otherwise there is the risk of sterilizing the substantial appropriations. In other words, the implementation of the programmed objectives must involve a reflection by the health administration of a structural nature on the human resources that will have to manage the new services (community homes, community hospitals) and the new digital tools of care; therefore, a trend reversal compared to the recent past is desirable, aimed at enhancing the stable recruitment of doctors, nurses and paramedical personnel, but also of new professional figures with skills that go beyond the purely health field, in order to maintain, on an ongoing basis, the efficient management of the services and tools created thanks to European funds[49].

According to which in every decision-making process the human contribution must always be guaranteed in order to validate or deny the automatic decision. It is therefore necessary to increase the staff otherwise there is the risk of sterilizing the substantial appropriations. In other words, the implementation of the programmed objectives must involve a reflection by the health administration of a structural nature on the human resources that will have to manage the new services (community homes, community hospitals) and the new digital tools of care; therefore, a trend reversal compared to the recent past is desirable, aimed at enhancing the stable recruitment of doctors, nurses and paramedical personnel, but also of new professional figures with skills that go beyond the purely health

48 Council of State, sixth section, n. 8472 of 13 december 2019. In doctrine, Simoncini, A.: "L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà", *BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto*, n. 1/2019, 79.

49 Just to give an example, the OECD has been reporting for some time that in Italy the number of nurses is well below the European average. See the report, Italy among the last in Europe for the number of nurses, at www.quodianosanità.it.

field, in order to maintain, on an ongoing basis, the efficient management of the services and tools created thanks to European funds.

IV. N.R.R.P. OPPORTUNITY FOR THE "GOOD ADMINISTRATION" OF HEALTH CARE

The digital transition path has historically encountered many obstacles which have led to its failure to be implemented since, when changes affect social rights, there is always a certain reluctance in public administrations to implement them even when this is possible with unchanged legislation.

Digitization brings with it many dangers that compromise the guarantee of constitutionally guaranteed rights: one of these dangers is the potential "not neutrality" in the use of technological tools connected to the dispersion of data which, in the health sector, are detached from sensitive data and assume their own definition by the European Regulation 679/2016 (GDPR)[50]. In this regard, it should be noted that the e-Healt tools analyzed above, based on messaging services, geolocation, bluetooth technology and so on, require the patient to enter personal data with the possibility of constant access by health and economic operators. In this system, data and information continuously feed databases useful for scientific research, generating an unlimited volume of data on the network. The issue is complex because confidentiality is not guaranteed simply by strict secrecy of the information but, more in depth, by the transparency of the information held by public and private entities in contact with the interested party, who has the right to access and modify data concerning him[51].

Some studies have found a picture that, between insecure communication protocols and omissions on privacy policies by some Apps, can be considered an alarm bell for the security of personal data[52]. So, despite an overabundance of supranational and national legislation on the protection of personal data[53], and although the GDPR can be considered an advanced regulatory tool[54], the difficulty

50 Covino, F. : "Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità", cit., 57.

51 Covino, F. : "Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità"; Colapietro, C. : "Trasparenza e democrazia: conoscenze e/è potere", in Califano, L. – Colapietro, C. (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nell'ordinamento costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2014, 30.

52 Capilli, G.: "Dati sanitari nell'era digitale. Verso uno spazio europeo dei dati sanitari", at AA.VV.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., p. 56, which reads that "in 23% of cases, user data transmissions took place on unsafe protocols, 28% of the app did not provide privacy policies, while 47% of user data transmissions complied with the rules privacy policy".

53 For an exhaustive reconstruction, refer again to Capilli, G.: "Dati sanitari nell'era digitale. Verso uno spazio europeo dei dati sanitari", in AA.VV.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., 51.

54 Covino, F.: "Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità", cit., according to which the regulatory system as a whole is solid and effective in guaranteeing the protection of health data.

remains to raise the level of protection of confidentiality on a practical level in order to avoid violations on the dissemination of personal and sensitive data. In other words, if the use of the most modern technologies is possible today, it is not equally possible to provide adequate guarantees on the protection of personal data that are not based on rules (general and abstract plan) but on the technology itself (punctual and concrete plan)[55]. And until this gap is filled, the same clinical effectiveness of digital tools will remain compromised which, by their nature, require (as already noted) the effective collaboration of the patient.

Furthermore, the vulnerability of databases does not only involve a privacy problem but also a cybersecurity problem: in fact, there have already been several hacker attacks on hospital facilities. The problem is not insignificant given the operational paralysis of the structures until the ransom is paid or, in any case, the regular functioning of the computer system is restored. Therefore, the technology that will be put in place must also be oriented towards sterilizing the effects of these new "digital robberies" by modernizing the current IT systems, now obviously obsolete and, therefore, vulnerable.

A further pitfall of digitization, as anticipated, is the increase in inequality and the marginalization of fragile categories. The concrete risk is that the use of technologies in healthcare, instead of guaranteeing equity in access to treatment, goes in the opposite direction, exacerbating the digital divide with consequential prejudice to the effectiveness of the right to health and also in disregard of the principle of equality pursuant to art. 3 of Constitution.

The commitments and programs aimed at containing the gap and social inequalities that the unequal use of technology creates are now present both on the European and national scene; however, they are destined to remain a dead letter if targeted digital literacy policies are not followed, aimed at increasing trust in technology and, consequently, its use.

That said, the pandemic - in the more traditional vision of crisis as an opportunity - was an opportunity to resume and accelerate the digitization process of public administrations. As is now known, in fact, Europe has strengthened its multiannual budget in order to face the economic crisis generated by the Covid-19 pandemic: the strategic fundamental principles of the *NextGenerationEU*[56] have been

55 Some solutions are only being studied and tested. In this regard, refer to Casalicchio, E. – Filetti, S. – Grigolo, S. – Mancini, L.V. – Mei, A. – Pagnotta, G. – Ravizza, A. – Spognardi, A. – Stefanelli, A.: "Privacy e cybersecurity nell'ambito delle terapie digitali", in Gussoni, G. (a cura di), *Terapie digitali, una opportunità per l'Italia*, cit., 51.

56 About complete text, www.next-generation-eu.europa.eu.

implemented by Italy in the National Recovery and Resilience Plan, a complex programmatic tool with dual regulatory relevance[57].

In mission 6 of the N.R.R.P. called "Health", and for which the sum of 15.63 billion euros was allocated out of the total 191.5 billion that Italy received[58], the planned interventions concern two macro-components: the first is related to "Proximity networks, structures and Telemedicine for territorial health care"; the second pertains to "Innovation, research and digitization of the national health service".

It's evident, already from the name, how the two components intertwine in the analysis dedicated to technological tools. At a synthetic overview, the investment concerns a threefold dimension: the Electronic Health Record in order to guarantee its "dissemination, completion, homogeneity and accessibility"[59]; the strengthening of the health information system with the main but not exclusive objective of expanding the ability to detect the state of health of the population as a response to new pandemics or emerging diseases[60]; the strengthening of the health information system with the main but not exclusive objective of expanding the ability to detect the state of health of the population as a response to new pandemics or emerging diseases[61].

The sums allocated for each measure are identified in the quantum on a six-monthly and ex ante basis and the disbursement takes place upon achievement of the goals and objectives set for each measure (whether it is an investment or a reform)[62].

57 De Luongo, D.: "Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive", *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022, to which reference is made for a study of the N.R.R.P. from the point of view of the classification within the context of state sources. To this end, see also Clarich, M.: "Il Piano di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico", *Astrid Rassegna*, 2021, 341.

58 To the resources allocated with the N.R.R.P. those allocated with the REACT-EU (European resources to be spent in the three-year period 2021-2023) and those allocated to the Complementary Fund must be added. The total allocated for Mission 6 is €. 20.23 billion with the general objective of strengthening prevention and health services in the area, modernizing and digitizing the health system and guaranteeing equal access to treatment. The disbursement of the sums takes place upon the achievement of the goals and objectives set for each measure (whether it is an investment or a reform), a moment upon which the allocation of resources is subject, determined ex ante on a six-monthly basis.

59 Terms used, albeit in a widespread way, within the document. For the complete consultation, refer www.governo.it.

60 This is an upgrading of the infrastructure belonging to the Ministry of Health for the monitoring of the LEA and the planning of health care services for the population, originally envisaged in art. 87 of the Law of 23 December 2000, n. 388, containing "Provisions for the preparation of the annual and long-term state budget" (2001 Finance Law).

61 For further information on "Mission 6" as a whole, please refer to Pioggia, A.: "La sanità nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza", *Giorn. Dir. Amm.*, 2022, 2, p.165 ss; an overall reconstruction is also carried out by Posteraro, N.: "Il Fascicolo sanitario elettronico", at Bontempi, V. (a cura di): *Lo stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Romatre-press, 2022, 87.

62 Until now, expectations have been met: in general, in the first half of 2022 Italy has achieved its objectives as has been ascertained at European level; in the second half of the year the program for implementing the objectives proceeded even faster than in the original schedules. In terms of health, the first objective

Of course, the N.R.R.P. represents recognition by Europe of Italy's ability to identify valid measures to reorganize public administrations and restart the economy. In this sense, it is an opportunity for the modernization of public administrations: in fact, in the first place, with the huge allocations foreseen, there is a change of direction with respect to the historical and disheartening tendency of the national legislator to include in the systems public reorganization regulations, which as such contain one or more items of expenditure, the so-called "financial invariance clause" generally expressed in the footnote "without new or greater burdens for public finance". If the intent is to implement the precept pursuant to art. 81, third paragraph, of the Constitution[63], in practice the financial invariance clause can frustrate the implementation of the regulatory provisions, given that the public administrations cannot resort to an increase in human and instrumental resources compared to those available at the time the law enters into force. The financial invariance clause has not spared even the health sector: historically, in fact, attempts have been made to revolutionize public health through wide-ranging regulatory systems that have proclaimed important innovations, but without implementing the economic resources[64]. Nor has the orientation of the constitutional jurisprudence, endorsed by the accounting one, had any effect, according to which "the criterion of invariance of the financial charges is established with regard to the overall effects of the provision and does not involve *in itself* the foreclosure of a possible increase in expenditure provided that this burden is "neutralized" with a compensation of other provisions producing savings or higher income"[65].

From the abandonment of the financial invariance, it follows consequently that the N.R.R.P. could be the key to reaching that model of digital administration which in Italy has never found concrete application due to the historical absence of an IT culture, a traditional inadequacy of administrative structures and, in general, a strong reluctance to change on the part of public employees[66]. Public personnel were not specialized in the use of IT systems and, upstream, there was no strategic

achieved is the reform of the IRCCS (Scientific Hospitalization and Care Institutes): these are 51 hospitals (21 public and 30 private) that provide innovative treatments, also guaranteeing an increase in therapeutic quality through collaborations external. The second objective concerned the launch of public tenders for 1.4 billion euros for digitization and was achieved with the stipulation of Consip contracts on 21 December 2022 which includes the digitization of CUPs (Single Booking Centers), new platforms, telemedicine and digital medical record. For such contracts, seewww.consip.it.

63 "Each law which imposes new or greater burdens on the State provides the means to meet them".

64 Think of the art. 18 of the law of 8 March 2017, n. 24 (so-called Gelli-Bianco law) or art. 7 of the law of 22 December 2017, n. 219 which, even in terms of end-of-life choices, "hides" within it multiple items of expenditure for public administrations with reference to the Advance Treatment Provisions.

65 Constitutional Court, 16 may 2014, n. 132, at www.cortecostituzionale.it; in the accounting jurisprudence, see C. Conti, Basilicata, n. 39/PAR of 14 september 2016 and C. Conti, Abruzzo, n. 127/2017/PAR where it is noted that "the financial constraint of the expenditure constitutes the alter ego of the obligation of financial coverage codified in art. 81, fourth paragraph, of the Constitution. The objective pursued is identical: the protection of public finance balances".

66 Losano, M.G.: *Corso di informatica giuridica. II) Il diritto pubblico dell'informatica*, Einaudi, Torino 1969, p. 243.

cost/benefit evaluation plan related to the digitization of the public sector[67]. If this was the case in the 70s of the last century, today little or nothing seems to have changed: in fact, Italy is still in a state of IT backwardness as demonstrated by the analysis conducted by the European Union in the years 2014-2019 on the degree of digitization of households, businesses and the state[68].

For this reason, with the solid foundation made up of the huge European funds, the public administration is now called to act in the awareness of the aforementioned risks in order to overcome its inefficiencies in accordance with the principle of good performance pursuant to art. 97 of the Constitution[69] and lay the foundations for a change which, by focusing on technological innovation, leads to the safe and equal use of digital services. In this way, the relationship between citizens and administration is improved, as a precondition for "good administration", understood as a citizen's right according to the more modern and supranational vision enshrined in art. 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union[70].

The same N.R.R.P expressly refers to "good administration", qualifying it as the main axis for the implementation of a program of reforms and investments aimed at eliminating the bureaucratic constraints that compromise the speed, effectiveness and efficiency of the administrative action.

67 Predieri, A.: *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Il Mulino, Bologna 1971, p. 45.

68 Italy ranked fifth from last among European countries. In this regard, Losano, M.G.: "La lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane", in Cavallo Perin, R. – Galetta, D.U. (a cura di): *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, XXIV, which, in the exhaustive analysis on information technology, is expressed in terms of "evolution made more of intentions than of achievements".

69 Police, A: "Principi e azione amministrativa", at Scoca, F.G. (a cura di): *Diritto amministrativo*, V, Giappichelli, Torino 2017, p.191.

70 L'art. 41 "overturns" the good administration from the duty of the p.a. to the right of the citizen. In the first meaning, Falzone, G.: *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffré, Milano 1953, p. 129. In the second, however, reference is made to the considerations of Zito, A.: "Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno", *RIDPC*, 2002, p. 433; Marzuoli, C.: "Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti", at Vettori, G. (a cura di): *Carta europea e diritti dei privati*, Cedam, Padova 2002, p. 255; Cassese, S.: "Il diritto ad una buona amministrazione", Relazione alla Giornata sul diritto alla buona amministrazione, Barcellona 2009, in www.irpa.eu, which expresses itself on the evolution of the principle that leads it to be a right: first a principle for the effectiveness of the public administration, then a functional principle for the enjoyment of citizens' rights; Ferrara, R.: "L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza", *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31; Celone, C.: "Il diritto alla buona amministrazione, tra ordinamento europeo ed italiano", *Il diritto dell'economia*, 2016, p. 669; Perfetti, L.: "Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità", *RIDPC*, 2010, p.789; Cassese, S. – Galetta, D.U.: "Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito din applicazione dell'art. 41 della carta dei Diritti dell'UE)", in Pierro, M.C. (a cura di): *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Giuffré, Milano 2019, 1; Galetta, D.U.: "Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ITC)", in Cavallo Perin, R. – Galetta, D.U. (a cura di): *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, *c.w.*, 85; Ponti, B.: "Le diverse declinazioni della "buona amministrazione" nel PNRR", in AA.VV.: *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, aprile-giugno 2022, 401.

The objective of Mission 6 is to ensure "an effective improvement of the National Health System" by providing resources to be allocated and implemented by 2026: a short time if compared to the complexity of the health sector and the high degree of innovation that is aimed at to introduce. The challenge is complex because it is not just a matter of mere forecasting and giving of money, but a combination of high professionalism, constant commitment and loyal institutional collaboration is needed aimed at a profound structural change in the public administration.

V. SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL PROGRESS AS A TOOL FOR A NEW CLINICAL AND ADMINISTRATIVE APPROPRIATENESS

Scientific and technological progress as a tool for a new clinical and administrative appropriateness[71]. The autonomy of the patient with respect to the professional (as opposed to the previous subordination) has favored the establishment of a symmetrical relationship which, over time, has become conflictual. And in fact, statistics have always demonstrated a counterintuitive phenomenon of direct proportionality between therapeutic success and the increase in litigation: people live longer, they heal more frequently, however health disputes increase[72]. The cause has been recognized in the advancement of science and technology that increases people's expectation of the final result: healing. The increase in litigation generated, in the first decade of the 2000s, phenomena of defensive medicine, i.e. conduct by health professionals aimed at avoiding the advancement of claims for compensation (even specious) by patients rather than focused on the protection of Health[73]. Hence, the "slippery slope" made up of disproportionate costs for the national health service[74], increase in insurance premiums for professionals, flight

71 In fact, the *Patient's Bill of Rights* dates back to 1973, the first document that values correct and complete information to the patient as a necessary condition for respecting his decision-making autonomy regarding diagnosis, treatment and prognosis. In this regard, Cataldi, R. – Storani, P. – Romanelli, F. – Vagnoni, S. - Albertazzi, L.: *La responsabilità sanitaria pubblica e privata*, Maggioli, 2013, p. 10.

72 Aleo, S. - De Matteis, R. – Vecchio, G. (a cura di): *La responsabilità in ambito sanitario*, Cedam, Padova 2014.

73 As early as 1994, in the USA it was stated that defensive medicine "occurs when doctors prescribe tests, diagnostic procedures or visits, or avoid high-risk patients or treatments, mainly (but not exclusively) to reduce their exposure to a liability judgment for malpractice. When doctors prescribe extra tests or procedures, they practice positive defensive medicine: when they avoid certain patients or treatments, they practice negative defensive medicine. Thus, the Office Of Technology Assessment. In Europe, the study of the phenomenon followed and, with particular reference to the Italian context, the first research was carried out in the period July - November 2008 by the Federico Stella Study Center on criminal justice and criminal policy of the Catholic University of the Sacred Heart of Milan with the title "Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico". Another research, also from 2008, was that carried out in the medical field by the Order of the Provincial Council of Doctors and Dentists of Rome limited to the territory of the Capital, with the title "La medicina difensiva in Italia in un quadro comparato: problemi, evidenze e conseguenze", at www.art.torvergata.it. In the following years, the same Order conducted the first national research on the subject, entitled "Chi si difende da chi? E perché? I dati della prima ricerca nazionale sulla medicina difensiva" and the related results were made public on 23 November 2010.

74 Defensive medicine has come to create a hole in the state budget of about 13 million euros. On such research the doctrine is endless: please refer, without claiming to be exhaustive, to Barresi, R. – Battaglino, A. - Calabrese, A. – Lomastro, L. – Maffione, G. – Natoli, V. – Parente, E. – Quazzico, A.: *Impatto sociale,*

of doctors abroad and abandonment of some areas of responsibility by insurance companies. In this context, in the second decade of this century, the great public health reforms were grafted which concerned, with the dual *ratio* of health protection and the rationalization of public spending, both the health organization and the system of responsibility, but whose effects were not really disruptive.

Today, scientific and technological progress is changing its face: the same technology that in the past was the cause of the conflict between doctor and patient and, subsequently, of all the negative consequences mentioned above, is being relied upon in this post-pandemic moment to restore that "therapeutic alliance" functional to the effectiveness of health and the safeguarding of public finances, in summary to the good performance of the public administration.

The challenge undertaken lies in finally realizing the transition from the analogue state to the digital state in order to allow the public administration to keep up with technological progress and, in this way, promote the protection of health in its broadest sense[75] and, more generally, the economic and social development of the country.

The digital tool in the specific health sector could reasonably lead to a significant increase in the efficiency of the entire system, under the dual but inseparable aspect of organization and action: on organization, for example, waiting lists could be reduced , guarantee data interoperability, increase the availability of beds in the structures and, therefore, favor patient turnover; moreover, the transition to digital would be useful for rationalizing the workload of healthcare professionals which, especially in the midst of the emergency, has increased dramatically with consequent organizational chaos and lowering of the quality of services[76]. As for

economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti, in Programma Scienziati in Azienda, XII edizione, Stresa 26 September 2011 -16 July 2012, 1° Project Work of Fondazione Studi Stresa; Parravicini, M.C.: "Medicina difensiva" e Genovese, U.: "La medicina difensiva vista dal medico legale", both in *Bollettino OMC e OMI* n. 2/2011, in www.assimedici.it; Guerra, G.: "La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche, in Salute e diritto Politiche sanitarie", Vol.14, n. 4, october – december 2013, *www.politiche.sanitarie.it*; Confalonieri, N.: "Rapporto medico-paziente: i pericoli della medicina difensiva", *www.cineas.it*; Capozzi, A.: *Lotta alla medicina difensiva*, Edizioni Ecolab, 2016, p. 43, at www.diritto.it.

75 That is to say of "psycho-physical well-being of the person", as defined already in 1946 by the WHO. On the broad and polysemantic value that the fundamental right to health assumes in our legal system, refer to Posteraro N.: "La "reviviscenza" dell'istituto della difesa civica alla luce della legge Gelli-Bianco: il Difensore civico regionale quale garante del diritto alla salute", Osservatorio di diritto sanitario, Federalismi.it, 21 march 2018. On the evolution of the notion of "health" and on the identification of the content of the related right, refer to Pioggia, A.: *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, seconda edizione, Giappichelli, Torino 2017, p.19 ss; Gallo, C.E. – Pezzini, B.: *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano 1998; Luciani, M.: voce "Salute", *Enciclopedia Giuridica* XXVII, Roma 1991; Vincenti Amato, P.: "Articolo 32", in Commentario alla Costituzione diretto da Branca, G., Bologna-Roma 1976; Santilli, M. – Giusti, M.: "Tutela della salute", in Enciclopedia Giuridica, XXVII, Roma 1991; Cocconi, M.: *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova 1998; Aicardi, N.: "La sanità", in Cassese, S. (a cura di): *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano 2003; De Vincenti, C. - Finocchi Ghersi, R. – Tardiola, A.: *La sanità in Italia: organizzazione, governo, regolazione e mercato*, Il Mulino, Bologna 2010; Cavasino, E.: *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.

76 With reference to the usefulness of digital healthcare to guarantee assistance to the population during the pandemic, refer ISS Covid-19 Report n. 12/2020 - Interim indications for telemedicine assistance services

the action, digitization could improve the effectiveness of many therapies to be implemented with a minimum sacrifice on the part of patients, limited at most to monitoring apps, wearing devices, communicating remotely; a collaboration that is certainly simpler than the current sacrifices in terms of mobility and hospitalization which also affect the psycho-physical state of one's family members. Furthermore, as stated by the WHO, digitization represents the answer to the need to implement and make access to healthcare more equitable and to the need to reduce healthcare costs[77].

Noble objectives, those mentioned above, for which, however, the allocation of sums, albeit large, is not a guarantee of results because digitization is not just a matter of "transition of current procedures into digital format", which would amount to a simple "change of form", but requires "a profound reorganization of the structures and an equally radical re-engineering of the procedures"[78].

What is needed, therefore, is a structural and systemic change of the public administration, as well as a revision of the reference legislation that governs its organization and action[79]. As for the administrative transformation, the long process has already been started thanks to the above-mentioned programs envisaged in the N.R.R.P.[80]: all the key points of the recent welfare reform[81] redesign the health organization with the aim of strengthening it, creating a structured system with multiple services adapted to the needs of patients, their families, as well as health professionals and to be guaranteed in full efficiency in ordinary life, not only in any future emergency situations.

during the COVID-19 health emergency, at www.iss.it.

77 World Healt Organization: *What do you need to know about digital health system*, 2020. Also, for a program of action in the immediate future, see *Global strategy on digital health 2020-2025*, in www.who.int.

78 Torchia, L: "L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR", *Astrid Rassegna* 2021, n. 6-7 according to which it is more correct to express oneself in terms of "digital transformation" rather than "digital transition".

79 Così Piperata, G.: "PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti", in AA.VV.: *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., 317.

80 For a general analysis on the implementation of the N.R.R.P., Dugato, M.: "L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza", *Munus*, 2022, p.1 ss; Catelani, E.: "P.N.R.R. e ordinamento costituzionale. Un'introduzione", *Rivista AIC*, 3/2022; Lupo, N.: "Il PNRR e i poteri dello Stato", *Astrid Rassegna*, 2022; Fiorentino, L.: "Il Piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione", *Giorn. dir. amm.*, 2021, 689 ss; Cerulli Irelli, V. - Giurickovic Dato, A.: "Sugli interventi normativi necessari per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza", *Astrid Rassegna*, 2021, 245.

81 Community houses, community hospitals, integrated home care, the 116117 operations center, the territorial operations center, the care continuity unit, the palliative care network, the family and community nurse, services for the health of minors, women, couples and families and telemedicine: these are the pillars of the reform regulated by decree 23 may 2022, n. 77. At www.pnrr.salute.gov.it we read: "The reform of territorial assistance defines a new organizational model of the National Health System which aims at health care closer to people and at overcoming inequalities. The new institutional and organizational set-up of primary health care will allow the country to achieve adequate quality standards of care, in line with the best European practices".

As for the legislation in support of organization and action, attention must be paid to the European and national dimension: at the European level, underlining the importance of a centralizing design in the governance of technological innovation in public health, the the need for an acceleration in the definition of a unitary regulatory system and a shared European strategy in order to achieve adequate levels of efficiency for health protection, guaranteed in a uniform way in order to overcome any form of inequality[82].

On the national level, however, a relevant aspect is the connection between the LEA and digital health services[83]: as is well known, in fact, the basic services that the National Health System must ensure in a fair way to all citizens must be identified in the same way as the principle of appropriateness by virtue of which the Health System only takes care of the services that can be considered effective from a clinical point of view based on scientific evidence (clinical appropriateness) and which, other services being equal, are less expensive (organizational appropriateness)[84].

Given this, today the difficulty lies precisely in including the most technologically advanced medical services in the LEA, given their high cost and the probable lack of scientific solidity given by their innovative nature. In this sense, the aspect relating to the definition of the LEAs and their continuous updating will therefore be important to ensure that the National Health System proceeds hand in hand with scientific and technological progress, guaranteeing an administrative organization and a therapeutic action effectively marked the effective use of digital tools, with associated guarantees of fairness. In essence, it is a fundamental step to allow the health administration to exercise its function appropriately, in a process of modernization of the concept of appropriateness which, as supported by the most careful and modern doctrine, should not refer only to the result, but to the *modus operandi* of the public administration[85].

82 Aperio Bella, F.: "L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute trà universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)", *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 245.

83 The tool used to define the Essential Levels of Assistance was the d.p.c.m. january 12, 2017 indexed "*Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'art. 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*".

84 For an analysis of the appropriateness in healthcare, Aperio Bella, F.: "L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute trà universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)", *PA Persona e Amministrazione*, p. 230 ss, hich refers, for a general analysis on the principle to Antonelli, V.: "La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza", *Federalismi.it*, 2018.

85 Giani, L.: "L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti", *Nuove Autonomie*, 3/2021, p. 551 who, at the end of his reflections, highlights how it is simplistic to limit appropriateness to result indicators, but it is necessary to refer it to the action that is its prerequisite, therefore the same appropriateness cannot disregard the enhancement of the organizational system and skills.

Furthermore, the inclusion and continuous updating of digital health services in the LEAs, the result of the joint commitment between the Government and the Regions, is a must if one thinks of the universalistic aspirations and equity in access to care that have always characterized the Health Service National. In this regard, it is desirable to enhance the principle of loyal collaboration between the various levels of government, as a necessary precondition for the creation of an inclusive, innovative, fair and sustainable health system based on Digital Public Health[86].

86 The words of warning uttered in 2019 by the then President of the Constitutional Court are current who, dedicating a large part of his speech to the aforementioned principle, conclusively stated: «*In such a situation, if there is a constitutional principle that deserves particular emphasis and particular attention is precisely that of "loyal collaboration" - the institutional aspect of solidarity - to which even the jurisprudence of the Constitutional Court never tires of returning, so that the action and energies of the entire national community converge towards a single, shared objective*». Cartabia, M.: "L'attività della Corte Costituzionale nel 2019", 28 april 2020, at *www.cortecostituzionale.it.*

BIBLIOGRAFY

Aicardi, N.: "La sanità", in Cassese, S. (a cura di): *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano 2003

Aleo, S. - De Matteis, R. – Vecchio, G. (a cura di): *La responsabilità in ambito sanitario*, Cedam, Padova 2014

Antonelli, V.: "La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza", *Federalismi.it*, 2018.

Aperio Bella, F.: "L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)", *PA Persona e Amministrazione*, 1/2020, p. 230

Balduzzi, R.: "Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica", *Federalismi.it*.

Barresi, R. – Battaglino, A. - Calabrese, A. – Lomastro, L. – Maffione, G. – Natoli, V. – Parente, E. – Quazzico, A.: *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, in Programma Scienziati in Azienda, XII edizione, Stresa 26 September 2011 -16 July 2012, I° Project Work of Fondazione Studi Stresa

Bellomo, G.: "Biometria e digitalizzazione nella pubblica amministrazione", at Civitarese Matteucci, S. – Torchia, L. (a cura di): *La Tecnificazione*, cit., 59

Bombardelli B.: "Informatica pubblica, e-Government e sviluppo sostenibile", *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 5/2002, p. 991

Borghini, A. – Paone, S.: "Investimento in telemedicina: dalla progettazione all'attuazione", in AA.VV.: *Telemedicina e intelligenza artificiale a supporto dell'assistenza territoriale. Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*, Monitor, 44/2022, Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, 10, in www.agenas.gov.it

Cammarota G.: "Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa", in Civitarese Matteucci, S. e Torchia, L. (a cura di): *La Tecnificazione*, Firenze University Press, 2016, pp. 113 ss.

Capilli, G.: "Dati sanitari nell'era digitale. Verso uno spazio europeo dei dati sanitari", at AA.VV.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, cit., p. 56

Capozzi, A.: *Lotta alla medicina difensiva*, Edizioni Ecolab, 2016, p. 43, at www.diritto.it

Carloni, E. (a cura di): *Codice dell'Amministrazione digitale. Commento al D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2005

Carotti, B.: "La digitalizzazione", in Mattarella, B.G. - D'alterio, E. (a cura di): *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia)* e *ai decreti attuativi*, Il sole 24 Ore, Milano 2017

Cartabia, M.: "L'attività della Corte Costituzionale nel 2019", 28 april 2020, at *www.cortecostituzionale.it.*

Carullo, G.: "Dati, banche dati, Blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico", at Cavallo Perin, R. – Galetta, D.U. (a cura di): *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 202 ss.

Casalicchio, E. – Filetti, S. – Grigolo, S. – Mancini, L.V. – Mei, A. – Pagnotta, G. – Ravizza, A. – Spognardi, A. – Stefanelli, A.: "Privacy e cybersecurity nell'ambito delle terapie digitali", in Gussoni, G. (a cura di), *Terapie digitali, una opportunità per l'Italia*, cit., 51.

Cassese, S. – Galetta, D.U.: "Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito din applicazione dell'art. 41 della carta dei Diritti dell'UE)", in Pierro, M.C. (a cura di): *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Giuffré, Milano 2019, 1

Cassese, S.: "Il diritto ad una buona amministrazione", Relazione alla Giornata sul diritto alla buona amministrazione, Barcellona 2009, in www.irpa.eu

Cataldi, R. – Storani, P. – Romanelli, F. – Vagnoni, S. - Albertazzi, L.: *La responsabilità sanitaria pubblica* e *privata*, Maggioli, 2013, p. 10

Catelani, E.: "Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockhain", *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 216

Catelani, E.: "P.N.R.R. e ordinamento costituzionale. Un'introduzione", *Rivista AIC*, 3/2022

Cavallo Perin, R. e Galetta, D.U. (a cura di): *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino 2020

Cavasino, E.: *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.

Celone, C.: "Il diritto alla buona amministrazione, tra ordinamento europeo ed italiano", *Il diritto dell'economia*, 2016, p. 669

Cerulli Irelli, V. - Giurickovic Dato, A.: "Sugli interventi normativi necessari per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza", *Astrid Rassegna*, 2021, 245.

Clarich, M.: "Il Piano di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico", *Astrid Rassegna*, 2021, 341.

Cocconi, M.: *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova 1998

Colapietro, C. : "Trasparenza e democrazia: conoscenze e/è potere", in Califano, L. – Colapietro, C. (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nell'ordinamento costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2014, 30.

Confalonieri, N.: "Rapporto medico-paziente: i pericoli della medicina difensiva", *www.cineas.it*

Contaldo, A.: "Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico", in AA.VV.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, diretto da G. Cassano, Tomo I, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2022, 158

Covino, F. : "Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità", cit., 57.

Cresta, S.: "Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo Codice dei Contratti pubblici", *Urb. App.*, 2016, p. 981.

D'Orsogna: *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 55 ss, spec. 57

Da Ros, L. – Recchia, G. – Gussoni, G.: "Perché un volume sulle terapie digitali per l'Italia", Gussoni, G. (a cura di): *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, cit., 10.

De Luongo, D.: "Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive", *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022

De Vincenti, C. - Finocchi Ghersi, R. – Tardiola, A.: *La sanità in Italia: organizzazione, governo, regolazione e mercato*, Il Mulino, Bologna 2010

Di Lascio, F.: "Appalti elettronici e aggregati", in Clarich, M. (a cura di): *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Giappichelli, Torino 2019, *sub* art. 55-58, p. 441

Dugato, M.: "L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza", *Munus*, 2022, p.1 ss.

Duni, G.: "Amministrazione digitale", *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, 2007, 13

Duni, G.: *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano 2008

Falzone, G.: *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffré, Milano 1953, p. 129.

Ferrara, R.: "L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza", *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31

Fiorentino, L.: "Il Piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione", *Giorn. dir. amm.*, 2021, 689 ss

Galetta, D.U.: "Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ITC)", in Cavallo Perin, R. – Galetta, D.U. (a cura di): *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, *c.w.*, 85

Galetta, D.U.: "Open-Government, open-data e azione amministrativa", *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, pp. 663-683

Gallo, C.E. – Pezzini, B.: *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano 1998

Genovese, U.: "La medicina difensiva vista dal medico legale", *Bollettino OMC* e *OMI* n. 2/2011, in www.assimedici.it

Giani, L.: "L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti", *Nuove Autonomie*, 3/2021, p. 551.

Guerra, G.: "La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche, in Salute e diritto Politiche sanitarie", Vol.14, n. 4, october – december 2013, *www.politiche.sanitarie.it*

Gussoni, G.: "Executive Summary", in Gussoni, G. (a cura di): *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia*, 1/2021, Passoni, Milano 2021, 3.

LOSANO, M.G.: *Corso di informatica giuridica. II) Il diritto pubblico dell'informatica*, Einaudi, Torino 1969, p. 243.

LUCIANI, M.: voce "Salute", *Enciclopedia Giuridica* XXVII, Roma 1991

LUPO, N.: "Il PNRR e i poteri dello Stato", *Astrid Rassegna*, 2022

MADDALENA, M.L.: "La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo", in AA.VV.: *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, in *Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano 2017.

MARCHETTI, B.: Voce "Amministrazione digitale", *Enciclopedia del Diritto, Funzioni amministrative,* directed by MATTARELLA, B.G. e RAMAJOLI, M., Giuffrè, Milano 2022, p. 75

MARZUOLI, C.: "Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti", at VETTORI, G. (a cura di): *Carta europea e diritti dei privati*, Cedam, Padova 2002, p. 255

MASUCCI, A.: "Documento informatico e sottoscrizione elettronica", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 541

MASUCCI, A.: "Il documento amministrativo informatico", in ARENA, G. – BOMBARDELLI, M. – GUERRA, M.P. – MASUCCI, A. (a cura di): *La documentazione amministrativa. Certezze, semplificazione e informatizzazione nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2001, p. 173

MASUCCI, A.: *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli 1993

MERLONI, F. (a cura di): *Introduzione all'e-Government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino 2005

MORANA, D. – BALDUZZI, T. – MORGANTI, F.: "La salute "intelligente": e-Healt, consenso informato e principio di non discriminazione", 28 dicembre 2022, in *Federalismi.it.*

NIGRO, M.: *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano 1996

OROFINO, A.G.: "La semplificazione digitale", *Il diritto dell'economia*, n. 100, 3/2019, 87.

Parravicini, M.C.: "Medicina difensiva", *Bollettino OMC e OMI* n. 2/2011, in www.assimedici.it.

Perfetti, L.: "Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità", *RIDPC*, 2010, p.789

Picozza E: "Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence", *Giur. It.*, 2019, 1761

Pioggia, A.: "La sanità nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza", *Giorn. Dir. Amm.*, 2022, 2, p.165 ss.

Pioggia, A.: *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, seconda edizione, Giappichelli, Torino 2017, p.19 ss.

Piperata, G.: "PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti", in VV.AA: *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., 317.

Piras, P.: "Innovazione tecnologica e divario digitale", *Il diritto dell'economia*, n. 108 (2/2022), p. 111.

Police, A: "Principi e azione amministrativa", at Scoca, F.G. (a cura di): *Diritto amministrativo*, V, Giappichelli, Torino 2017, p.191

Ponti, B.: "Le diverse declinazioni della "buona amministrazione" nel PNRR", in AA.VV.: *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, aprile-giugno 2022, 401.

Posteraro, N.: "Il Fascicolo sanitario elettronico", at Bontempi, V. (a cura di): *Lo stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Romatre-press, 2022, 87.

Predieri, A.: *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Il Mulino, Bologna 1971, p. 45

Previti L., *La decisione amministrativa robotica,* editoriale scientifica, Napoli 2022; refer also Follieri, F.: "Decisione amministrativa e atto vincolato", *Federalismi.it*, 7/2017.

Profiti, F.S.: *Lo stato di attuazione dell'e-Government in Italia*, in Centro Tocqueville-Action, 20/2008.

Racca, G.: "La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici", *Ist. fed.*, n. 3/2019, p. 739

Racca, G.M. - Cavallo Perin, R.: "Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza", in Pioggia, A. - Civitarese Matteucci, S. – Racca, G.M. – Dugato, M., Maggioli, Rimini 2011, pp. 193-215

Ravizza, A. – Caiani, E. – Santoro, E. – Stefanelli, S. – Sternini, F.: "Come gestire gli aspetti regolatori per le terapie digitali", in Gussoni, G. (a cura di), *Terapie digitali: un'opportunità per l'Italia,* cit., 15

Santilli, M. – Giusti, M.: "Tutela della salute", in Enciclopedia Giuridica, XXVII, Roma 1991

Simoncini, A.: "L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà", *BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto*, n. 1/2019, 79

Torchia, L: "L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR", *Astrid Rassegna* 2021, n. 6-7

Trifirò, G. – Crisafulli, S. – Puglisi, G. – Racagni, G. – Pani, L.: *Terapie digitali come farmaci?*, in Gussoni G. (a cura di), *Terapie digitali, una opportunità per l'Italia?*, 1/2021, Passoni editore, p. 144.

Vesperini, G. (a cura di): *L'e-Government*, Giuffrè, Milano 2004

Villamena, S.: "La c.d. legge Gelli-Bianco. Fra strategia di prevenzione di rischio e responsabilità amministrative", 2 gennaio 2019, *Federalismi.it*.

Vincenti Amato, P.: "Articolo 32", in Commentario alla Costituzione diretto da Branca, G., Bologna-Roma 1976

Zaffaroni, F.: "L'informatizzazione della pubblica amministrazione", *Foro amm.*, 7-8/1996, p. 2516.

Zangrandi, A. – Fanelli, S.: "Impatti organizzativi: cosa significa la telemedicina nei reparti, nelle professioni e nelle continuità assistenziali", in AA.VV.: *Telemedicina e intelligenza artificiale a supporto dell'assistenza territoriale. Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*, cit., 35.

Zito, A.: "Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno", *RIDPC*, 2002, p. 433

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E CONSULENZA TECNICA NEL PROCESSO CIVILE*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND TECHNICAL CONSULTANCY IN CIVIL PROCEEDINGS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1198-1221

* Il presente lavoro è il prodotto dell'attività di ricerca svolta nell'ambito del progetto *UNI4JUSTICE. Universitas per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo,* finanziato nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 – Progetto unitario per la diffusione dell'Ufficio per il Processo e l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato - realizzato in sinergia con gli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) a sostegno della riforma della giustizia. Le opinioni espresse dall'autore rispecchiano esclusivamente le visioni personali dello stesso.

Federico
FRATINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: L'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale all'interno del processo civile ed in particolar modo nell'ambito della consulenza tecnica potrebbe portare rilevanti benefici sia sul piano della velocità dei procedimenti, sia su quello della qualità delle consulenze tecniche e conseguentemente delle decisioni che su esse si fondano. L'articolo mette in evidenza alcune delle possibili applicazioni dell'IA nell'ambito della consulenza tecnica, quali ad esempio l'ottimizzazione della selezione del consulente più idoneo, il rispetto dei principi di rotazione e trasparenza nelle nomine, la minimizzazione dei pregiudizi nella scelta dei consulenti, l'analisi efficiente e veloce di grandi quantità di dati, la valutazione accurata degli elementi della consulenza da parte del giudice, e la creazione di modelli predittivi per anticipare sviluppi futuri nelle circostanze oggetto della consulenza. Dall'analisi emerge come, nonostante l'innegabile avanzamento dell'intelligenza artificiale, rimangono limiti strutturali e differenze intrinseche rispetto all'intelligenza umana. Queste discrepanze attualmente rendono ineliminabile sia il ruolo del consulente tecnico sia quello del giudice. La prospettiva ritenuta corretta è pertanto quella di una cooperazione fra uomo (sia esso consulente o giudice) e macchina, in cui il primo si avvale della seconda non per farsi sostituire ma per potenziare e velocizzare le proprie attività.

PALABRAS CLAVE: Intelligenza artificiale; processo civile; consulenza tecnica; CTU; elenco nazionale dei consulenti tecnici; riforma Cartabia; applicazioni giuridiche dell'IA; decisione automatizzata.

ABSTRACT: *The introduction of artificial intelligence systems within civil proceedings, particularly in the field of technical consultancy, could bring significant benefits both in terms of the speed of procedures and in the quality of technical advice, consequently impacting the decisions based on such advice. The article highlights some possible applications of AI in technical consultancy, such as optimizing the selection of the most suitable consultant, ensuring adherence to principles of rotation and transparency in appointments, minimizing biases in consultant selection, efficiently and rapidly analyzing large amounts of data, accurately evaluating consultancy elements by the judge, and creating predictive models to anticipate future developments in the circumstances under consultation. The analysis reveals that, despite the undeniable advancements in artificial intelligence, there remain structural limitations and intrinsic differences compared to human intelligence. These discrepancies currently make both the role of the technical consultant and that of the judge indispensable, considering the current level of scientific development. The correct perspective is considered to be one of cooperation between humans (whether consultants or judges) and machines, where the former utilizes the latter not to be replaced but to enhance and expedite their own activities.*

KEY WORDS: *Artificial intelligence; civil procedure; technical consultancy; court-appointed technical consultant; Italian register of technical consultants; Cartabia reform; legal applications of AI; automated judgment.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. INTELLIGENZA ARTIFICIALE E SCELTA DEL CONSULENTE TECNICO.- III. INTELLIGENZA ARTIFICIALE E VALUTAZIONE TECNICA DEI FATTI DI CAUSA.- IV. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

"Io credo che siano manco male le sentenze dei Turchi, le quali si espediscono rapidamente e quasi a caso: perché chi giudica a occhi serrati espedisce verosimilmente la metà delle cause giustamente e libera le parti da spese e perdita di tempo; ma i nostri giudici si comportano in modo tale che spesso a chi ha ragione converrebbe che la sentenza gli desse torto il primo giorno della causa, piuttosto che attenderla dopo un enorme dispendio di tempo, ansie e disturbo; senza tener conto del fatto che da noi, o per disonestà o ignoranza dei giudici e per l'oscurità della legge, si finisce per sentenziare che il bianco è nero"[1].

Così lo storico fiorentino Francesco Guicciardini sintetizzava in modo estremamente efficace i problemi che affliggevano la giustizia civile fiorentina del XVI secolo: lunghezza dei processi, qualità e imprevedibilità delle decisioni, indipendenza dei giudici.

Tali problemi, che continuano ad animare il dibattito della dottrina giuridica (italiana e straniera) anche ai giorni nostri[2], rappresentano i presupposti di questa indagine.

Secondo parte della dottrina e dell'opinione pubblica, infatti, l'utilizzo delle cd. nuove tecnologie all'interno del processo[3], potrebbe garantire nel prossimo futuro una drastica riduzione dei tempi (e conseguentemente dei costi) della giustizia, una maggior razionalità e prevedibilità delle decisioni e maggiori garanzie di indipendenza dei giudici e dei loro ausiliari.

Tale entusiasmo risulta particolarmente accentuato soprattutto per quanto riguarda il processo civile, già da tempo oggetto di un processo di crescente

1 Guicciardini, F.: *Ricordi politici e civili*, Longanesi, Milano, 1951, par. 209.

2 Si prenda ad esempio in considerazione l'*EU Justice Scoreboard* con il quale la Commissione Europea analizza e misura annualmente l'effettività dei sistemi giudiziari all'interno degli stati membri. I parametri utilizzati dalla Commissione sono proprio l'efficienza (*efficiency*), la qualità (*quality*) e l'indipendenza (*independence*) dei sistemi giudiziali. *Cfr. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en* (ultimo accesso effettuato nel mese di febbraio 2023).

3 Sulla mancanza di una definizione generale di nuove tecnologie, *cfr.* Santosuosso, A., Boscarato, C., Caroleo F.: "Robot e diritto: una prima ricognizione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 494 ss.

• Federico Fratini
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Camerino. E-mail: federico.fratini@unicam.it

digitalizzazione che può ritenersi concluso, almeno nelle sue linee fondamentali, con l'entrata in vigore della cd. riforma Cartabia[4].

Lo scopo del presente lavoro è quindi quello di comprendere quali potrebbero essere le conseguenze che deriverebbero dall'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito dell'istruttoria civile, con specifico riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio e, soprattutto, a che cosa si possa essere disposti a rinunciare (alla luce del bilanciamento tra i diversi principi costituzionali) per rendere maggiormente efficiente l'attività giurisdizionale.

Muovendoci da questa prospettiva di fondo il presente contributo si propone di studiare i possibili rapporti tra intelligenza artificiale e consulenza tecnica seguendo la successione dei relativi incombenti delineata dal codice di rito: scelta e nomina del consulente; svolgimento delle operazioni peritali; valutazione da parte del giudice dei risultati raggiunti dalla consulenza.

In tutte queste fasi procedimentali, infatti, l'intelligenza artificiale potrebbe rappresentare un valido strumento sia in termini di accelerazione dei tempi della giustizia, sia in termini di miglioramento della qualità delle consulenze (e quindi delle decisioni che su di esse si fondano).

Il problema principale, quindi, non è tanto se le nuove tecnologie possano innovare l'accertamento dei fatti all'interno del processo civile, quanto *come* lo cambieranno[5], e siccome di fronte alla forza della *téchne*, alla sua "immane volontà di dominio, il giurista è chiamato a prendere posizione"[6], si tratta di comprendere se, ed entro quali limiti, l'ingresso di strumenti di intelligenza artificiale nel processo sia compatibile con le finalità della stessa attività giudiziale.

II. INTELLIGENZA ARTIFICIALE E SCELTA DEL CONSULENTE TECNICO.

L'intelligenza artificiale potrebbe aiutare, in primo luogo, a valutare il *curriculum* dell'esperto e ad individuare il soggetto maggiormente idoneo a ricoprire l'incarico di consulente tecnico d'ufficio (di seguito CTU) in quel determinato processo.

La consulenza tecnica è infatti uno strumento che per sua natura è finalizzato a fornire al giudice le competenze tecniche o scientifiche di cui egli è carente,

4 Il processo civile telematico è operativo – sia pure in modo non completo – dal 30 giugno 2014 ma si fonda su una infrastruttura ormai obsoleta, risalente agli anni 2000. *Cfr.* sul punto Brunelli, B.: "Il processo civile telematico che verrà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 957 ss.

5 Non potendo in questa sede affrontare il tema del determinismo tecnologico e di come le innovazioni tecnologiche costituiscano uno dei fattori di mutamento della società si rinvia, per una breve disamina sull'argomento, a Landi, S.: *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, pp. 11 ss

6 *Cfr.* Irti, N.: "La filosofia di una generazione", *Contr. e impr.*, 2011, p. 1295 ss.

colmando il *deficit* di conoscenza dovuto dalla necessaria parzialità della formazione dello stesso[7].

Nonostante sia pacifico che il giudice non sia vincolato ai risultati della consulenza tecnica d'ufficio e che la stessa non possa essere nemmeno considerata un mezzo di prova[8], non è parimenti revocabile in dubbio che, quando questa sia stata ammessa ed espletata, il giudizio di fatto che verrà svolto dal giudice in sentenza sarà (quasi) sempre influenzato, se non addirittura determinato, dai risultati cui è giunto il consulente, tanto che sia la dottrina che la giurisprudenza maggioritaria sono concordi nel ritenere che il giudice possa, nel caso in cui aderisca alle conclusioni del consulente, motivare il proprio giudizio *per relationem*, mentre sarà sempre obbligato alla motivazione specifica quando de.cide di discostarsene[9].

Muovendo da questa prospettiva di fondo, risulta evidente l'importanza che l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio assume all'interno del cd. giudizio di fatto, inteso come "quell'aspetto dell'attività decisoria che mira a stabilire la verità o la falsità dei fatti controversi"[10] e che si sostanzia nella "scelta fra due soluzioni alternative" proposte dalle diverse parti processuali: non potendo il giudice saggiare la bontà tecnico-scientifica delle diverse soluzioni prospettate, sarà il consulente tecnico nominato ad orientarlo nella "scelta dell'ipotesi più probabile" secondo lo stato di quella determinata scienza[11].

In un tale contesto, la funzione che il giudice è chiamato a svolgere rimane tuttavia centrale.

7 Con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio e ai requisiti di ammissione della stessa v. Franchi, G.: "Consulente tecnico, custode e altri ausiliari del giudice", in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, p. 704 ss.; Ansanelli, V.: "Art. 191 c.p.c.", in Taruffo M., *Istruzione probatoria*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Chiarloni S., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 9; Id.: *La consulenza tecnica d'ufficio. Problemi e funzionalità*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 215; Proto Pisani, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2014, p. 436 ss.; De Santis, F., Montesano, L., Arieta, G.: *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 409 ss..

8 La CTU non è un mezzo di prova in senso proprio, bensì un ausilio al quale può ricorrere il giudice quando, nella ricostruzione della realtà storica, è necessario utilizzare criteri di valutazione che appartengono a specifiche cerchie di tecnici o scienziati. Sul punto, in giurisprudenza *cfr. ex multis* Cass. 25 agosto 2022, n. 25354; Cass. 13 marzo 2009, n. 6155. Sul punto v. anche Bove, M.: *Lineamenti di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, p. 205.

9 Se il giudice del merito concorda con le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, non è infatti necessario che motivi specificamente sul punto, in quanto l'adesione al parere costituisce, secondo la Cassazione, motivazione adeguata che non può essere censurata in sede di legittimità. In questo caso, infatti, il richiamo *per relationem* dell'elaborato può implicare una valutazione positiva del percorso argomentativo e dei principi scientifici seguiti dal consulente. Tuttavia, se ci sono state osservazioni specifiche e circostanziate alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio da parte dei consulenti di parte o dei difensori, il giudice del merito deve esplicitare in modo dettagliato le ragioni della sua adesione all'una o all'altra conclusione per evitare di incorrere nel vizio *ex* art. 360 n. 5 c.p.c. In giurisprudenza *cfr.* Cass. 22 settembre 2021, n. 25671. Sul punto *cfr.* anche Taruffo, M.: voce "Prova scientifica (dir. proc. civ.)", *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 975, il quale sottolinea che "quando oggetto della consulenza tecnica è una prova scientifica […] risulta particolarmente difficile il compito del giudice di formulare un'autonoma valutazione, proprio per l'apparenza di particolare autorevolezza che la prova scientifica reca con sé".

10 Taruffo, M.: "Giudizio (teoria generale)", *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, p. 3

11 Taruffo, M.: *op. ult. cit.*, p. 4, il quale sottolinea come il giudizio non possa ridursi "ad una sorta di intuizione di una pretesa verità assoluta dei fatti".

La qualità dei risultati della consulenza è infatti direttamente collegata alla correttezza e alla trasparenza del relativo procedimento, nonché con il pieno rispetto del contraddittorio. Proprio in relazione a tali elementi il giudice è tenuto a svolgere le proprie funzioni di indirizzo e controllo.

La dottrina pone da tempo l'accento sulla necessità che il giudice sappia distinguere nell'ambito del processo la scienza cd. "buona" (*good science*), condivisa dalla comunità scientifica e pertanto valida e attendibile, dalla scienza cd. "cattiva" (*bad* o *junk science*[12]), permettendo l'ingresso all'interno del processo civile soltanto alla prima.

Per assicurare un tale risultato e per assolvere pienamente alla propria funzione di *gatekeeper* rispetto alle pretese conoscenze che non abbiano i necessari requisiti di validità e serietà scientifica, il giudice dispone di un primo, fondamentale, strumento, consistente nella scelta, all'interno degli albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al codice di rito, del consulente tecnico "migliore" per rispondere agli specifici quesiti che il giudice ha necessità di porre per pervenire alla soluzione del caso concreto[13].

Un consulente di incerta preparazione o non specificamente dotato delle competenze tecnico-scientifiche richieste dal caso concreto potrebbe infatti produrre cattiva scienza se viene incaricato di risolvere un problema che non è alla sua portata[14].

L'esigenza che all'interno del processo entri solamente la *good science*, viene pertanto salvaguardata, oltre che dalla possibilità da parte del giudice di non ricorrere affatto all'ausilio di consulenti[15], dalle valutazioni che il giudice è chiamato a svolgere in tema di scelta del proprio consulente tecnico e di formulazione dei relativi quesiti[16].

12 L'espressione "scienza spazzatura" (*junk science*) è stata utilizzata per la prima volta nel lavoro di Huber, P. W.: *Galileo's revenge. Junk science in the courtroom*, Basic Books, New York, 1993, p. 4 ss., il quale la contrappone alla "vera scienza", quale immagine speculare di quest'ultima, "con molto della stessa forma, ma niente della stessa sostanza".

13 Per un'analisi dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la verifica della concreta qualificazione dell'esperto a rendere la consulenza è compito esclusivo del giudice di merito, rappresentando la nomina di un consulente tecnico adeguato il presupposto per un corretto svolgimento del giudizio di fatto *cfr.* Zaccaria, G.: "La professionalità del consulente: una scelta del giudice", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2015, p. 699 ss.

14 Taruffo, M.: "Prova scientifica (dir. proc. civ.)", cit., p. 974.

15 L'ammissione di una CTU per la soluzione di quesiti a cui la scienza non può rispondere, non solo si risolverebbe in un inutile allungamento dei tempi del processo, ma rischierebbe soprattutto di far entrare all'interno del fascicolo informazioni e valutazioni prive di ogni validità scientifica e quindi altamente pericolose.

16 *Cfr.* sul punto Taruffo, M.: "Prova scientifica (dir. proc. civ.)", cit., p. 974 secondo cui "una cattiva o erronea formulazione di un quesito non appropriato con riferimento ai fatti particolari che debbono essere provati possono rendere inutile la prova scientifica".

In questo senso, uno dei primi ambiti di applicazione dell'intelligenza artificiale in materia di consulenza tecnica che potrebbe venire in rilievo è proprio quello della selezione dei consulenti e della valutazione dei *curricula* degli stessi.

In tema di scelta e nomina del consulente tecnico, le norme che vengono in rilievo sono essenzialmente gli artt. 61 ss. e 191 ss. del codice di rito, nonché quelle contenute nel Capo II delle disposizioni di attuazione dello stesso.

Si tratta perlopiù di norme generiche che lasciano margine di scelta al giudice, seppur parzialmente ridotto in seguito all'entrata in vigore del d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149 (cd. riforma Cartabia), le quali prescrivono, essenzialmente, il rispetto di tre principi che devono ispirare il procedimento di scelta e nomina del consulente: 1) il principio di competenza e professionalità dei consulenti, che si sostanzia essenzialmente da un lato nell'obbligo, per i consulenti, di dimostrare la propria speciale competenza tecnica mediante l'esibizione di titoli e documenti e di rispettare gli obblighi di formazione continua per il mantenimento dell'iscrizione[17], dall'altro nel dovere del giudice di operare la propria scelta di norma tra le persone iscritte negli albi speciali[18]; 2) il principio di onorabilità per tutte le persone iscritte agli albi, le quali devono essere di "condotta morale e politica specchiata" ed iscritti "nelle rispettive associazioni professionali" e quindi soggetti alle relative regole deontologiche[19]; 3) il principio di trasparenza e della turnazione nello svolgimento degli incarichi, volto ad evitare che tra giudici e consulenti si instaurino rapporti privilegiati e non trasparenti, che trova la sua massima espressione nella nuova previsione, contenuta all'art. 23 disp. att. c.p.c., di un limite massimo agli incarichi che possono essere conferiti ad ogni singolo consulente, pari al 10 per cento di quelli complessivamente affidati dal rispettivo ufficio, nonché nell'obbligo di pubblicazione nel sito web degli uffici giudiziari degli incarichi conferiti e dei relativi compensi.

17 I requisiti per l'iscrizione all'albo dei consulenti del tribunale dovranno essere determinati con decreto del Ministro della giustizia, adottato di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico che dovrà altresì stabilire le ulteriori categorie, oltre a quelle già indicate all'art. 13 disp. att. c.p.c., e i settori di specializzazione di ciascuna categoria.

18 L'art. 22, comma 2, disp. att. c.p.c., così come recentemente modificato dal d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149 prevede infatti che "tutti i giudici che hanno sede nella circoscrizione del tribunale debbono affidare normalmente le funzioni di consulente tecnico agli iscritti nell'albo del tribunale medesimo. I giudici presso le sezioni specializzate dei tribunali con competenza distrettuale possono conferire l'incarico ai consulenti iscritti negli albi dei tribunali del distretto". Tuttavia, la stessa disposizione prevede altresì che il giudice possa conferire, con provvedimento motivato comunicato al presidente del tribunale o della corte di appello, un incarico ad una persona non iscritta in alcun albo ovvero ad un consulente iscritto in un albo di altro tribunale.

19 In particolare, l'art. 17 disp. att. c.p.c. prevede che, al momento della domanda di iscrizione, il presidente del tribunale debba assumere presso le autorità politiche e di polizia specifiche informazioni sulla condotta pubblica e privata dell'aspirante.

Proprio per assicurare il rispetto di tali principi, in dottrina si è già avuto modo di evidenziare[20] come l'implementazione di strumenti di intelligenza artificiale all'interno degli uffici giudiziari potrebbe essere di grande aiuto per il giudice nella selezione del consulente tecnico più idoneo per l'accertamento e la valutazione di determinati fatti, nonché per la formulazione dei relativi quesiti.

In particolare, l'uso di sistemi che supportino l'attività del giudice nell'esame e nel confronto dei *curricula* e delle informazioni relative alla qualificazione professionale e all'esperienza di una pluralità di professionisti, tutti astrattamente idonei a ricoprire un determinato incarico in quanto iscritti all'interno del relativo albo di specializzazione, potrebbe migliorare l'attendibilità dei risultati della consulenza, ridurre i casi di rinuncia[21] e garantire il rispetto dei termini assegnati dal giudice per il deposito dell'elaborato[22].

L'intelligenza artificiale potrebbe essere utilizzata anche per ridurre il rischio dell'incidenza di pregiudizi nella selezione dei candidati. Ad esempio, l'algoritmo potrebbe essere programmato per escludere informazioni personali, come il nome, l'età e il genere dei candidati, in modo da prevenire eventuali *bias* inconsapevoli da parte dei giudici[23].

L'utilità di tali strumenti sarebbe ancora maggiore nel caso di attività particolarmente complesse o che richiedono competenze professionali elevate oppure scarsamente diffuse all'interno del distretto in cui ha sede il tribunale.

Sul punto, proprio per favorire la trasparenza e l'individuazione da parte dei giudici di consulenti dotati di particolari specializzazioni sull'intero territorio nazionale, il d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149 ha recentemente introdotto l'art. 24 *bis* disp. att. c.p.c., istitutivo dell'elenco nazionale dei consulenti tecnici.

20 *Cfr.* sul punto Nieva-Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 83 ss.; Fabiani, E.: "Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile", *Il giusto processo civile*, 2021, p. 62 ss.; Ansanelli, V.: "Intelligenza artificiale e processo, principi e strategie conoscitive nell'epoca della diffusione delle conoscenze", *Le Corti Fiorentine*, 2, 2019, pp. 25 ss.

21 Nonostante l'art. 63 c.p.c. sancisca l'obbligo da parte del consulente nominato di assumere l'incarico, tranne nel caso in cui il giudice riconosca un giusto motivo di astensione, non è infrequente nella prassi vedere istanze rivolte al giudice contenenti rinunce all'incarico perché "la materia oggetto dell'operato peritale è particolarmente complessa" ovvero perché il consulente "è impegnato in sopravvenuti e concomitanti impegni professionali, tali da rendere momentaneamente non assumibile, anche per un senso di responsabilità professionale, qualsiasi ulteriore obbligo di consulenza peritale".

22 *Cfr.* Fabiani, E.: "Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile", cit., p. 66.

23 Sotto questo aspetto, tuttavia, la letteratura scientifica specialistica in tema di IA segnala la possibilità di errori e *bias* anche gravi che potrebbero – paradossalmente – aumentare o perpetuare le discriminazioni. Sul punto *cfr.* Cirilo, D. et al., "Sex and gender differences and biases in artificial intelligence for biomedicine and healthcare", *Nj Digital Medicine*, 81, 2020; Obermeyer Z. et al.: "Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations", *Science*, 366, 2019, 447-453; J. Angwin et al.: "Machine Bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks", *ProPublica*, 23 maggio 2016.

Si tratta di un elenco pubblico, consultabile mediante il portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia, all'interno del quale dovranno confluire, suddivisi per settore di specializzazione, i nominativi dei consulenti iscritti nei vari elenchi tenuti presso i singoli tribunali, nonché le annotazioni dei provvedimenti di nomina[24].

Proprio l'istituendo elenco nazionale dei consulenti tecnici, essendo pubblico e tenuto esclusivamente con modalità telematiche, potrebbe costituire, in futuro, la base di dati sulla quale costruire degli applicativi per l'individuazione dei consulenti tecnici all'interno dei processi civili.

Naturalmente per poter funzionare correttamente l'elenco dovrebbe essere alimentato con dati ulteriori rispetto a quelli attualmente previsti dalla normativa (nome dei consulenti e provvedimenti di nomina) quali ad esempio i *curricula* degli esperti; la documentazione prodotta al presidente del tribunale, ai sensi dell'art. 16 disp. att. c.p.c., per attestare la propria speciale capacità tecnica; i titoli di studio e le eventuali pubblicazioni realizzate; gli eventi formativi a cui ha partecipato il consulente; eventuali rinunce all'incarico; il numero degli incarichi affidati ed il tempo medio di deposito dell'elaborato peritale.

L'utilizzo di sistemi di IA potrebbe così agevolare il superamento, almeno parziale, del tradizionale paradosso del giudice *peritus peritorum,* che vede il giudice ricorrere al consulente proprio perché non dispone delle conoscenze scientifiche necessarie alla decisione sui fatti ma, per altro verso, richiede che lo stesso giudice sia in grado di comparare i *curricula* o le pubblicazioni di due scienziati e di valutare l'attendibilità dei risultati della prova scientifica[25].

L'uso dell'intelligenza artificiale consentirebbe in questa prospettiva di garantire una scelta oggettiva e accurata del professionista più idoneo nonché di colmare, quanto meno nei fatti, una normativa in parte lacunosa che rimette la scelta ad una amplissima discrezionalità del giudice[26].

24 Il Ministro della giustizia, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico, stabilisce le categorie dell'albo e i relativi settori di specializzazione, nonché i requisiti necessari per l'iscrizione all'albo e le modalità di comunicazione per la formazione, la tenuta e l'aggiornamento dell'elenco nazionale di consulenti tecnici. Questo elenco pubblico, contenente i nomi degli iscritti a ciascun albo dei consulenti tecnici, è redatto sulla base delle comunicazioni semestrali effettuate da ogni presidente di tribunale.

25 Taruffo, M.: "Prova scientifica (dir. proc. civ.)", cit., p. 975.

26 *Cfr.* Fabiani, E.: "Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile", cit., p. 66. In tema di rapporti tra discrezionalità e automazione della decisione *cfr.*, diffusamente, Lucatuorto, P. L.: *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, LED, Milano, 2009. In tema di discrezionalità del giudice nella nomina del consulente, si consideri il costante orientamento della Cassazione secondo cui il provvedimento di nomina del consulente non è sindacabile in sede di legittimità. Sul punto v. Cass., sez. lav., 28 gennaio 1985, n. 453; Cass., 12 aprile 2001, n. 5473; Cass., 12 marzo 2010, n. 6050; Cass., 6 luglio 2011, n. 14906; nonché Cass., 30 marzo 2010, n. 7622, secondo la quale: "le norme degli art. 61 c.p.c., 13 e 22, 2 comma, disp. att. c.p.c., relative alla scelta del consulente tecnico hanno natura e finalità direttive; ne consegue che la scelta di tale ausiliario è riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice e non è sindacabile in sede di legittimità".

Come pure sottolineato da parte della dottrina che si è occupata del tema, il ricorso all'intelligenza artificiale per la valutazione oggettiva dei *curricula* degli esperti presenta tuttavia alcuni problemi, legati prevalentemente alla complessità dal punto di vista tecnico ed ai limiti intrinseci all'attuale stato di evoluzione dell'IA[27].

Il primo consiste nella normale difficoltà che si incontra nella creazione di modelli meritocratici per valutare e selezionare le persone. Il rischio, naturalmente, è che la macchina venga ingannata da risultati apparenti, fornendo valutazioni non coerenti con l'effettiva qualità dell'esperto[28].

Una volta compresi i dati tenuti maggiormente in considerazione dall'algoritmo, ad esempio, alcune persone potrebbero selezionare le informazioni da fornire in sede di iscrizione all'albo oppure potrebbero confezionare il proprio *curriculum* in modo tale da risultare maggiormente graditi alla "macchina", senza che ciò rappresenti necessariamente una effettiva maggior qualità del profilo in questione rispetto a quello degli altri iscritti.

Il secondo problema attiene invece all'incapacità propria dei *software* di IA di comprendere i contenuti dei testi (ad esempio di una pubblicazione scientifica) e di confrontarli tra loro, valutandone la qualità rispetto alla loro rilevanza e alla loro innovatività[29]. Per poter funzionare correttamente i *software* di IA richiedono infatti di essere istruiti mediante dei "valori", ovvero dei criteri espressi sotto forma di indici numerici, che possano guidare la macchina verso una soluzione o l'altra.

Ebbene, proprio tale "oggettivizzazione" della valutazione dei profili dei consulenti, se da un lato potrebbe, come si è detto in precedenza, supportare il giudice nella propria scelta e favorire la trasparenza e l'efficienza del procedimento, dall'altro rischia di non essere espressiva di vera "qualità" in quanto la valutazione umana non pare sostituibile da meri indici numerici. D'altronde, come è stato giustamente fatto notare, "è esattamente come se l'esperto sostenesse di aver

27 *Cfr.* Nieva-Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo*, cit., pp. 84 s.; Fabiani, E.: "Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile", cit., p. 66.

28 *Cfr.* ad esempio sul punto l'analisi di The London School of Economics and Political Science, *The 2014 REF results show only a very weak relationship between excellence in research and achieving societal impact*, in *LSE Impact Blog*, in *https://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/2017/07/19/what-do-the-2014-ref-results-tell-us-about-the-relationship-between-excellent-research-and-societal-impact/* (ultimo accesso marzo 2023), citata da Nieva-Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 84, il quale mette in evidenza la mancanza di una diretta correlazione tra l'eccellenza nella ricerca scientifica e il raggiungimento di un significativo impatto sociale della stessa.

29 Conclude nel senso della non possibilità da parte della macchina di comprendere un testo Nieva-Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo,* cit., p. 83. Secondo l'autore infatti "l'intelligenza artificiale può comprendere ciò che un documento dice nello stesso modo in cui un traduttore automatico – che pure è un programma di intelligenza artificiale – interpreta un documento scritto in un'altra lingua". Per un esempio di analisi del liguaggio da parte di un progamma di intelligenza artificiale v. Quijano-Sánchez, L., Liberatore, F., Camacho-Collados, J., Camacho-Collados, M.: "Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police", *Knoledge-Based Systems*, vol. 149, 2018, p. 155 ss.

fatto un gran numero di sentenze in passato. Da tale informazione è impossibile conoscere la sua qualità"[30].

In definitiva, pare possibile affermare che l'utilizzo dell'intelligenza artificiale per la valutazione e la scelta dei consulenti tecnici all'interno del processo civile comporti indubbi benefici in termini di trasparenza, velocità e qualità delle consulenze, soprattutto nei casi che necessitano di competenze rare o particolarmente esperte,

La prospettiva che si ritiene corretta, tuttavia, non è certo quella di una determinazione del consulente direttamente da parte della macchina, bensì quella di un sistema che, basandosi sul nuovo elenco nazionale dei consulenti tecnici, aiuti il giudice – senza tuttavia privarlo della propria discrezionalità – nella propria scelta, evidenziando i profili maggiormente rispondenti alle necessità poste dal caso di specie, eventualmente presenti anche fuori il distretto in cui ha sede il tribunale, e che garantisca *by default* la trasparenza ed il rispetto del principio di turnazione degli incarichi.

Tale soluzione, che esclude ogni automatismo applicativo dipendente dall'esito di procedure algoritmiche, avrebbe anche l'ulteriore pregio di essere maggiormente compatibile con il Regolamento europeo n. 679/2019 (cd. GDPR), nella parte in cui afferma il diritto dell'interessato (in questo caso il consulente) a non essere sottoposto a una decisione basata *unicamente* sul trattamento automatizzato, nel caso in cui ciò incida in modo significativo sulla sua persona[31].

III. INTELLIGENZA ARTIFICIALE E VALUTAZIONE TECNICA DEI FATTI DI CAUSA.

Esistono già diversi *software* di intelligenza artificiale che possono assistere i giudici nella valutazione delle prove o almeno guidare la loro decisione.

Infatti, nonostante ogni situazione di fatto sia unica, qualsiasi circostanza sottoposta a giudizio può essere in varia misura riconducibile a casi precedenti, che il giudice prende in considerazione per giudicare il caso sottoposto alla sua attenzione.

Così come il giudice utilizza la sua memoria, la propria esperienza e la giurisprudenza e altre fonti per informarsi su come sono stati risolti in precedenza casi simili, allo stesso modo sono stati sviluppati alcuni programmi che permettono

30 Nieva-Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 84.

31 *Cfr.* Art. 22, comma 1, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

di ricostruire i fatti basandosi su una pluralità di dati, sia scientifici sia giurisprudenziali, aiutando così il giudice nella valutazione dei fatti di causa rilevanti ai fini della decisione[32].

In questa prospettiva, come è stato pure segnalato in dottrina[33], tali applicativi, qualora venissero utilizzati dal giudice, rileverebbero come "strumenti integrativi di valutazione dei fatti di causa" ovvero come una sorta di "ausilio tecnico" di cui il giudice potrebbe avvalersi "negli stessi termini e con gli stessi limiti in cui può servirsi della tradizionale consulenza tecnica"[34].

Tale contributo potrebbe essere ancora più efficace in quelle cause nelle quali la ricostruzione e valutazione dei fatti risulti particolarmente semplice o ripetitiva oppure quando richieda l'applicazione di criteri predeterminati ad una grande mole di dati.

Si pensi, ad esempio, al calcolo dei danni patrimoniali derivanti da sinistri stradali[35], al calcolo dei danni alla salute nelle controversie risarcitorie mediante l'applicazione delle cd. tabelle di Milano[36], all'analisi della documentazione dei procedimenti presupposti e al calcolo dell'equo indennizzo dovuto nei casi di irragionevole durata del processo (nei procedimenti di cui alla cd. legge Pinto)[37], allo svolgimento di un'analisi documentale e contabile nell'ambito di operazioni bancarie o finanziarie[38], oppure, infine, alle ipotesi nelle quali la ricostruzione dei fatti avvenga mediante indizi che in precedenti casi hanno svolto un ruolo fondamentale per la ricostruzione di una determinata verità storica[39].

32 *Cfr.* ad esempio *Stevie*, un programma che ricostruisce storie coerenti basate su dati reali; *Alibi* che, in ambito penale, prevede le diverse spiegazioni che l'indagato potrebbe offrire in base al comportamento tenuto; *FastTrackAI* che riconosce automaticamente, mediante immagini, i componenti di un veicolo che sono stati danneggiati in seguito ad un incidente e calcola l'ammontare dei danni; *Kira Systems* o *Luminance*, programmi di elaborazione del linguaggio naturale che possono analizzare grandi quantità di documenti legali, individuare i dati pertinenti e organizzarli in modo da renderli facilmente accessibili, agevolando così le operazioni di *due diligence*; *Echo* e *Peirce-IGTT*, applicazioni che elaborano ipotesi e strategie di accusa e di difesa. Sul punto *cfr.* anche Nissan, E.: "Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement", *AI and society*, 32 (3), 2017, pp. 441 ss.

33 Carratta, A.: "Decisione robotica e valori del processo", *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 512.

34 Carratta, A.: *loc. ult. cit.*

35 V. *supra*, nota 31.

36 Sulla "obbligatoria" applicazione di tali tabelle ai fini della determinazione del danno *cfr. ex multis* Cass. 20 aprile 2017, n. 9950 e Cass. 17 gennaio 2018, n. 913. Sul punto, ed in generale su altre ipotesi di applicazione, v. i contributi di Luciani, M., Vincenti, E. e Covelli, M. R.: nel volume di Carleo A. (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2019, rispettivamente pp. 63 ss., 111 ss., 125 ss.

37 Carratta, A.: "Decisione robotica e valori del processo", cit., p. 512.

38 Come segnalava Lupoi, M.: "Giuscibernetica, informatica giuridica. Problema per il giurista", in *Raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, 1970, p. 31, quando parlava di decisioni a carattere quantitativo.

39 *Cfr.* sul punto Nieva-Fenoll, J.: "Intelligenza artificiale e processo", cit., p. 14 ss. In tema di utilizzo dell'IA ai fini dell'applicazione del principio del "più probabile che non", *cfr.* Patroni Griffi, F.: "La decisione robotica e il giudice amministrativo", in Carleo, A. (a cura di): *Decisione robotica*, Bologna, 2019, p. 171.

In tutti questi casi il sistema algoritmico fornirebbe in tempi rapidissimi al giudice degli elementi di valutazione paragonabili a quelli che potrebbero essergli forniti da un consulente nominato ai sensi degli artt. 191 ss. c.p.c.

Tuttavia, l'utilizzo di tali sistemi pone, al momento, una serie di problematiche legate, oltre ai limiti intrinseci di tali strumenti e al valore giuridico incerto che potrebbe essere riconosciuto ai risultati forniti dai sistemi algoritmici, alla compatibilità degli stessi con i principi, anche di rilevanza costituzionale, che informano l'intero processo civile.

In particolare, si ritiene che in siffatto contesto siano due i profili che andrebbero tenuti in considerazione.

Il primo profilo è senz'altro quello della garanzia del contraddittorio – sancito all'art. 101 c.p.c. – costituente uno dei principi cardine del processo civile e che si configura come presupposto e modalità di esercizio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e come attuazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Tale principio, che deve realizzarsi nella sua piena effettività anche durante l'espletamento dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio[40], viene qui inteso in una duplice, particolare, accezione: sia come diritto della parte ad esercitare le facoltà ad essa riconosciute dall'art. 194 c.p.c., prima fra tutte quella di intervenire alle operazioni mediante consulenti tecnici e presentare le proprie istanze e osservazioni; sia come diritto della parte ad accedere all'algoritmo al fine di comprenderne la logica ed il funzionamento.

Se si decide, infatti, di attribuire rilevanza giuridica ai risultati prodotti da un *software*, appare particolarmente importante capire come questo è stato programmato e come funziona, in modo da poter individuare eventuali errori che il suddetto *software* può contenere nel proprio codice e quindi produrre nei propri risultati.

Tale diritto di accesso dovrebbe essere garantito in tutti gli aspetti, proprio in quanto attuazione del principio del contraddittorio, permettendo alle parti di controllare sia i presupposti sui quali si basa l'analisi algoritmica (identità dei creatori dell'algoritmo; meccanismo decisionale adottato, inclusi i criteri di valutazione e decisione; *set* di dati con cui il sistema è stato "allenato"), sia la conformità dei risultati del processo automatizzato alle prescrizioni e agli obiettivi della legge[41].

40 Cass. 29 novembre 2005, n. 26040.

41 Il tema della necessaria trasparenza delle decisioni automatizzate è stato affrontato in numerose pronunce del giudice amministrativo, il quale, pur evidenziando i grandi vantaggi che l'utilizzo di tali sistemi apportano all'azione amministrativa, ha avuto modo di evidenziare che la conoscibilità dell'algoritmo debba essere assicurata in tutti i suoi aspetti. *Cfr.* sul punto Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 710 con nota di Della Torre. Per un'analisi compiuta della tematica v.

Tuttavia, al momento, il meccanismo di funzionamento dei sistemi algoritmici preclude "a monte" ogni effettiva possibilità di verificarne il funzionamento, e pertanto di assicurare una piena tutela del contraddittorio, tanto che parte della dottrina qualifica detti sistemi come delle vere e proprie scatole nere[42].

Ciò, essenzialmente, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché i principali sistemi algoritmici attualmente disponibili nel mercato sono proprietà di imprese private, e pertanto l'obbligo di ostensione del codice sorgente andrebbe inevitabilmente a collidere con i diritti di proprietà intellettuale spettanti alle stesse.

In secondo luogo, perché i sistemi algoritmici che utilizzano sistemi di *deep learning* o *machine learning*[43] si evolvono in maniera tale che la conoscenza iniziale del meccanismo di funzionamento potrebbe non essere sufficiente a spiegare il risultato finale[44].

In questo senso, non pare nemmeno possibile superare il problema dell'opacità dell'algoritmo permettendo un contraddittorio *a posteriori* sui risultati prodotti dal *software*.

Infatti, così come l'impossibilità delle parti di partecipare alle operazioni peritali determina la nullità della relativa perizia per violazione del diritto al contraddittorio, così l'impossibilità delle parti di "partecipare" all'algoritmo dovrebbe determinare la non utilizzabilità dei risultati da questo forniti.

Se infatti l'algoritmo si comporta come un perito che "deduce o fornisce gli elementi per dedurre per incarico del giudice"[45], per ammetterne l'utilizzo all'interno del processo si dovrebbe assicurare il contraddittorio, così come avviene

Pesce, G.: *Il* "giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l'algoritmo è opaco", *www.judicium.it*; Viola, L.: "L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte", *www.federalismi.it*.

42 *Cfr.* Mazzotti, M.: "Per una sociologia degli algoritmi", *Rass. it. soc.*, 2015, p. 465; Gabellini, E.: "Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 86 ss. Per una disamina delle *black boxes* che già esistono nel diritto e nella prassi *cfr.* Santosuosso, A.: "Intelligenza artificiale, conoscenze neuroscientifiche e decisioni del giudice", *Teoria e critica della regolazione sociale,* vol. 1, n. 22, 2021, p. 175 ss., il quale a p. 185 sottolinea come "non comprendiamo appieno il pensiero umano, ma accettiamo ancora i suoi errori". Critica la tesi secondo cui il problema potrebbe ritenersi superato affermando che, a volte, la definizione di scatola nera potrebbe trovare applicazione anche per alcune decisioni dei giudici, soprattutto quando influenzate da elementi emotivi o comunque non razionali, Donati, F.: "Intelligenza artificiale e giustizia", *Riv. assoc. it. cost.*, 2020, p. 420.

43 Sul punto *cfr.* Ashley, K. D.: *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 234 ss.

44 *Cfr.* sul punto Maldonado, L.: "Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale", *Diritto penale contemporaneo*, 1/2019, p. 408; De Minico, G.: "Internet: Rules and Anarchy. The test of Algorithms", in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo - Costituzionalismo in trasformazione*, vol. I, Consulta Online, 2020, p. 50 ss.

45 Si tratta delle parole con le quali Carnelutti esclude che la consulenza tecnica possa essere considerata un mezzo di prova (*cfr.* Carnelutti, F.: *La prova civile*, 1992, Milano, p. 82).

nel caso di consulenza tecnica, anche durante tutte le operazioni prodromiche alla stesura della relazione tecnica[46].

Il secondo profilo da tenere in considerazione si rinviene nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari sancito dall'art. 111, comma 6, Cost., il quale esige che la sentenza contenga la concisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto della decisione (artt. 132, 134 c.p.c.).

Tale principio appare coniugabile con l'utilizzo da parte del giudice di sistemi algoritmici soltanto nella misura in cui la decisione venga riservata al giudice, e questo non si limiti a richiamare, per giustificare la propria decisione in fatto, i risultati forniti dall'algoritmo[47].

A questo proposito è interessante richiamare il cd. caso Loomis[48], in cui i difensori dell'imputato avevano fatto ricorso alla Corte suprema del Wisconsin affermando che la Corte di grado inferiore avesse utilizzato il software Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) per valutare il rischio di recidiva del condannato[49].

Secondo i difensori di Loomis, dal momento che non era stato permesso loro di conoscere il funzionamento dell'algoritmo, l'utilizzo dello stesso aveva violato il diritto, costituzionalmente garantito, dell'imputato a conoscere le motivazioni della decisione.

In quel caso la Corte Suprema ha ritenuto rispettati i principi del giusto processo sulla base del rilievo che il giudice, nel pronunciare la propria sentenza (1) era rimasto libero nella valutazione da attribuire a tale risultato, e (2) non aveva

46 L'art. 194, comma 2, c.p.c., sancisce infatti il principio della paritaria partecipazione di tutte le parti alle operazioni peritali, personalmente o mediante i propri consulenti. In attuazione di tale principio il consulente tecnico è tenuto a comunicare alle parti giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni peritali. La mancanza di tale comunicazione implica infatti una lesione autoevidente delle potenzialità di difesa, valutata *ex ante* ed in via preventiva dal legislatore, dalla quale la Cassazione fa conseguire la nullità della consulenza che, se tempestivamente eccepita, non può essere nemmeno sanata dalla possibilità di riscontro o verifica "a posteriori" dell'elaborato del consulente. *Cfr.* sul punto, *ex multis* Cass. 18 novembre 2020, n. 26304; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3047.

47 Rodotà, S.: *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Bari, 2014, pp. 33 ss., il quale, nel ribadire l'importanza delle regole anche nel mondo dei trattamenti automatizzati, avverte come "il ricorso all'algoritmo non possa divenire una forma di deresponsabilizzazione dei soggetti che lo adoperano". *Cfr.* altresì Persico, L.: "Ancora su calcolatori elettronici, la "giurimetrica" e l'uniformità della giurisprudenza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1472, il quale esclude persino la possibilità, da un punto di vista morale, di una sentenza *per relationem*.

48 Carrer, S.: "Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin", *Giurisprudenza penale Web*, 2019, 4.

49 Sull'applicativo *Compas cfr.* Lagioia, F. e Sartor, G.: "Il sistema Compas; algoritmi, previsioni, iniquità", in Ruffolo, U. (a cura di): *XXVI lezioni di Diritto dell'intelligenza artificiale*, 2021, p. 226 ss., i quali segnalano come il suddetto sistema, così come altri applicativi in uso alla polizia del Regno Unito, sia portatore di pregiudizi a carattere razziale.

posto a fondamento della propria decisione soltanto il risultato algoritmico, bensì aveva utilizzato ulteriori elementi di prova[50].

Tale importante pronuncia, che rappresenta un punto di svolta nella giurisprudenza statunitense, ha raccolto i favori di quella parte della dottrina che afferma che i giudici possono sì utilizzare il risultato algoritmico, senza tuttavia fondare la propria decisione unicamente su di esso[51].

Riportando tale principio all'ambito processualcivilistico, si potrebbe affermare che l'obbligo di motivazione possa ritenersi assolto *per relationem* quando il giudice fondi il proprio convincimento sulle conclusioni di un consulente tecnico iscritto alle liste del Tribunale, ma non quando richiami *sic et simpliciter* le valutazioni fornitegli dalla macchina.

Rimanendo pur sempre nella prospettiva della valutazione giudiziaria, il ricorso a sistemi esperti di IA potrebbe essere di ausilio al giudice non tanto ai fini dell'apprezzamento tecnico "diretto" dei fatti di causa, quanto per valutare i risultati raggiunti dalla consulenza tecnica, e quindi l'attendibilità della stessa alla luce dello stato dell'avanzamento scientifico e delle osservazioni svolte dai consulenti di parte[52].

Un tale impiego della capacità computazionale delle macchine sarebbe possibile, secondo parte della dottrina, trasformando in linguaggio algoritmico i criteri elaborati dalla giurisprudenza (in particolar modo quella statunitense) per valutare l'operato del consulente e la qualità dell'elaborato depositato.

In particolare, l'utilizzo dei cd. criteri di Daubert[53] mediante strumenti di intelligenza artificiale potrebbe fornire al giudice elementi di valutazione ulteriori

50 Winsconsin Supreme Court, 13 luglio 2016, State *vs.* Loomis, case n. 2015AP157-CR. Si legge in motivazione che "Thus, the record reflects that the sentencing court considered the appropriate factors and was aware of the limitations associated with the use of the COMPAS risk assessment. Ultimately, although the circuit court mentioned the COMPAS risk assessment, it was not determinative in deciding whether Loomis should be incarcerated, the severity of the sentence or whether he could be supervised and effectively in the community".

51 Carratta, A.: "Decisione robotica e valori del processo", cit., p. 512

52 Nieva-Fenoll, J *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 86 ss.

53 Come è noto, i criteri di *Daubert* sono i criteri enunciati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), finalizzati ad accertare l'ammissibilità della *expert witness testimony* all'interno del processo. Sul punto *cfr.* Carlizzi, G.: *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 91, e Rivello, P. P.: "La prova scientifica", in Ubertis, G. e Voena, G. P. (diretto da): *Trattato di procedura penale*, XVIII, Milano, 2014, p. 79 s. In tema di applicabilità dei suddetti criteri all'ordinamento italiano *cfr.* Cass. pen., 13 dicembre 2010, n. 43786, con la quale la Suprema Corte non solo ha accolto i cd. criteri di *Daubert* ma in più aspetti li ha amplificati. Oltre ai requisiti della verificabilità, della falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore e della accettazione diffusa nella comunità degli esperti, la Cassazione ha infatti aggiunto i nuovi requisiti della affidabilità e dell'indipendenza del consulente, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra contrapposte tesi scientifiche. Sul punto *cfr.* Calò, L.: "Prova tecnico-scientifica e sindacato di legittimità: tra formule magiche ed arte del motivare bene", *Il Foro it.*, 2012, II, 77 ss.; Tonini, P.: "La cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi

rispetto alle osservazioni fornite consulenti di parte, eventualmente anche per saggiarne la bontà.

Si potrebbe così risolvere, mediante la tecnologia, il vecchio paradosso del cd. *peritus peritorum* in quanto la macchina andrebbe a sopperire alle carenze scientifiche dovute alla necessaria formazione giuridica del giudice.

Nonostante i suddetti criteri sembrino essere stati creati per elaborare un algoritmo su di essi, anche in questo caso non pare tuttavia possibile sostituire integralmente il giudice con la macchina. Infatti, l'intelligenza artificiale potrebbe assistere nella valutazione di alcuni di questi criteri, ma non sarebbe in grado di giudicare la correttezza dell'opinione resa dall'esperto, poiché tale valutazione richiede una comprensione approfondita della materia che solo un esperto potrebbe avere[54].

L'utilizzo dell'IA all'interno del processo non appare, al contrario, sollevare particolari problematiche quando avvenga all'interno, e non in alternativa, alla consulenza tecnica.

Ciò non solo perché strumenti di IA vengono già utilizzati (più o meno consapevolmente) dai consulenti tecnici durante le proprie operazioni, ma anche perché in questo modo verrebbero comunque garantiti sia l'effettività del contraddittorio, sia il rispetto dell'obbligo di motivazione.

In merito al primo profilo, infatti, l'effettività del contraddittorio verrebbe assicurata dalla presenza di consulenti tecnici nominati dalle parti i quali, essendo dotati di conoscenze specifiche in quella determinata materia, potrebbero facilmente contestare i risultati prodotti dalla macchina, ad esempio segnalando elementi non tenuti in considerazione dalla stessa oppure la non conformità del risultato con le evidenze scientifiche, oppure ancora contestarne il funzionamento[55].

I consulenti di parte potrebbero altresì chiedere al CTU di non utilizzare alcun sistema algoritmico, in ragione della specificità dell'incarico, oppure utilizzare

sulla verifica delle massime di esperienza", *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 1341 ss.; Bartoli, R.: "Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?", *Cass. pen.*, 2011, p. 1712 ss.

54 *Cfr.* Fabiani, E.: "Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile", cit., p. 66; Nieva-Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 87.

55 In tema di consulenza tecnica e diritto al contraddittorio *cfr.* Ansanelli, V.: "La consulenza tecnica d'ufficio", in Taruffo, M. (a cura di): *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1036 ss.; Lombardo, L.: "La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto", *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 35 ss.; Id., "Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile", *ivi*, 2002, p. 1083 ss.; Auletta, F.: *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, CEDAM, Padova, 2002, p. 284 ss.; Potetti, D.: "Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile", *Giur. merito*, 12010, p. 24 ss.

essi stessi *software* di intelligenza artificiale alternativi per muovere le proprie osservazioni al CTU circa l'attendibilità dei risultati forniti[56].

All'esito delle operazioni, il CTU potrebbe così depositare in cancelleria la propria relazione contenente la narrazione relativa alle indagini svolte (inclusi gli eventuali risultati prodotti dalla macchina), le osservazioni e le istanze delle parti (anche in relazione all'algoritmo), nonché le risposte ai quesiti formulati dal giudice con le relative spiegazioni e giustificazioni.

Un elaborato strutturato in questo modo risulterebbe altresì adeguato a "sorreggere" un'eventuale motivazione *per relationem* del giudice in quanto, nonostante l'accertamento dei fatti sia avvenuto anche mediante l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale, le ulteriori deduzioni svolte dal consulente a sostegno delle proprie conclusioni, eventualmente anche in risposta alle contestazioni mosse dalle parti, fornirebbero al giudice proprio quegli ulteriori elementi che la dottrina maggioritaria ritiene necessari ad assolvere l'obbligo motivazionale.

Infatti, qualora il CTU si affidasse esclusivamente alle valutazioni del *software* di IA senza esplicitare il percorso logico-argomentativo che ha condotto alle valutazioni e senza indicare gli altri elementi che ha utilizzato per giungere alle proprie conclusioni, la consulenza dovrebbe essere considerata insufficiente[57] ed il giudice, eventualmente su istanza delle parti, potrebbe esercitare i poteri ad esso attribuiti dagli artt. 196 e 197 c.p.c.

IV. CONCLUSIONI.

In conclusione, l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale all'interno del processo in generale e nell'ambito della consulenza tecnica in particolare potrebbe portare indubbi benefici, sia sul piano della qualità delle consulenze (e quindi delle sentenze), sia sul piano della velocità dei procedimenti.

56 Infatti, nel caso in cui dovessero ravvisare gravi indizi di malfunzionamento dell'algoritmo, le parti potrebbero altresì chiedere al giudice la nomina di un secondo consulente tecnico, ai sensi dell'art. 191, comma 2, c.p.c., per accertare, nel contraddittorio con i rispettivi consulenti, gli eventuali errori contenuti o prodotti dalla macchina. Il presupposto di una tale richiesta è rappresentato, naturalmente, dal fatto che i suddetti *software* siano "aperti" ed accessibili liberamente dalle parti o dal giudice. Da qui l'esigenza, segnalata in dottrina, di una progressiva sostituzione da parte della pubblica amministrazione dei propri *software* con applicativi ad accesso libero e *open data*. *Cfr.* su questo ultimo punto Marongiu, D.: "I dati aperti come strumenti di partecipazione al procedimento amministrativo", in Civitarese Matteucci, S. e Torchia, L. (a cura di): *La tecnificazione*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 77 ss.

57 In seguito alla riforma del codice di rito (l. 69/2009) è stato infatti modificato l'art. 195 c.p.c., che oggi prevede, al terzo comma, che il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica *valutazione* sulle stesse. Questa disposizione è evidentemente tesa ad agevolare la motivazione del giudice, che potrà in ogni caso allinearsi con una sintetica motivazione alle argomentazioni che il suo consulente abbia ritenuto di contrapporre alle osservazioni delle parti, le quali tuttavia dovrebbero *sempre* trovare una risposta.

Alcuni di questi strumenti sono già disponibili nel mercato e potrebbero già essere utilizzati dai CTU durante le proprie attività; altri, come nel caso trattato nel secondo paragrafo, non sono ancora disponibili ma potrebbero essere facilmente sviluppati; altri ancora, pur essendo immaginabili su un piano teorico, sembrano ancora lontani dal vedere la luce.

In tutti i casi analizzati appare tuttavia evidente che la cd. "quarta rivoluzione industriale"[58], con il suo impatto equivalente a quello di un "fatto sociale totale"[59], stia bussando alle porte della giustizia.

Innanzi ad un tale mutamento tecnologico e sociale ogni posizione aprioristicamente *luddista*[60] risulterebbe inutile e ingiustificata.

Al contrario, il ruolo che gli operatori del diritto sono chiamati a svolgere è quello di assicurare un ingresso ordinato delle nuove tecnologie all'interno del processo civile, presidiando la centralità della decisione umana ed il rispetto dei diritti e dei principi che informano il nostro ordinamento.

Si tratta, in altri termini, di percorrere la via della cd. intelligenza aumentata, in cui la tecnica viene posta a servizio dell'uomo e dei suoi obiettivi[61], e non quella di un'intelligenza artificiale totalizzante, in cui il giudizio viene epurato da ogni stortura cognitiva, ovvero dalla sua parte propriamente umana.

Muovendo da questa prospettiva di fondo, nei precedenti capitoli sono state messe in evidenza, senza alcuna pretesa di completezza, alcune delle possibili applicazioni dell'IA nell'ambito della consulenza tecnica.

58 Per un'analisi, attraverso una prospettiva filosofica, su come la cd. quarta rivoluzione industriale stia cambiando la società *cfr.* Floridi, L.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2017, p. 106, secondo cui "a partire dal lavoro rivoluzionario di Turing, l'informatica e le ICT hanno iniziato a esercitare un impatto sia estroverso sia introverso sulla nostra comprensione. E ci hanno dotato di conoscenze scientifiche senza precedenti sulla realtà naturale e artificiale, nonché della capacità di operare su tali realtà. […] Al pari delle tre precedenti, la quarta rivoluzione ha rimosso l'erroneo convincimento della nostra unicità e ci ha offerto gli strumenti concettuali per ripensare la nostra comprensione di noi stessi. […] siamo organismi informazionali (inforg), reciprocamente connessi e parte di un ambiente informazionale (l'infosfera), che condividiamo con altri agenti informazionali, naturali e artificiali, che processano informazioni in modo logico e autonomo".

59 *Cfr.* Mauss, M.: *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi, Torino, 2022, p. 134, il quale definisce "fatto sociale totale" ciò che "mette in moto […] la totalità della società e delle sue istituzioni". Il concetto viene richiamato, con riferimento alla *digital disruption*, in Garapon, A. e Lassègue, J.: *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 11.

60 Come noto, il luddismo è stato il movimento operaio inglese che nel XIX secolo reagì violentemente all'introduzione delle macchine nell'industria in quanto ritenute causa di disoccupazione e di bassi salari. Il movimento prende nome dall'operaio Ned Ludd, che nel 1779 avrebbe infranto un telaio come gesto di rivolta contro l'introduzione delle "macchine".

61 Per un'analisi filosofica sui rapporti tra uomo e tecnica e su come la tecnica, da strumento a nostra disposizione, sia diventata l'ambiente che ci circonda e che subordina le esigenze dell'uomo alle esigenze dell'apparato tecnico v. Galimberti, U.: *L'uomo nell'età della tecnica*, AlboVersorio, Milano, 2011.

L'analisi condotta ha dimostrato, nella quasi totalità dei casi d'uso analizzati, come l'introduzione dell'intelligenza artificiale nel circuito giuridico porterebbe sostanziali ed immediati benefici.

In particolare, si è visto come nell'ambito della consulenza tecnica la capacità computazionale resa disponibile dalle macchine potrebbe essere utilizzata in numerosi ambiti: per ottimizzare e velocizzare, sulla base di parametri oggettivi, la scelta del consulente più adeguato a ricoprire un determinato incarico; per garantire il rispetto del principio della turnazione e della trasparenza nell'attribuzione degli incarichi; per evitare, o quanto meno ridurre la possibilità, che nella scelta del consulente operino *bias* cognitivi discriminanti che lo stesso giudice potrebbe non riconoscere; per agevolare l'individuazione di consulenti dotati di specifiche competenze, sull'intero territorio nazionale, mediante il nuovo elenco nazionale dei consulenti tecnici; per elaborare grandi quantità di dati e informazioni in tempi molto ridotti, aumentando così l'efficienza del lavoro del consulente tecnico; per analizzare dati e informazioni provenienti da fonti diverse ed eterogenee, consentendo di ottenere una valutazione più completa e accurata dell'oggetto della consulenza; per creare modelli predittivi, che possano aiutare il consulente tecnico a prevedere l'evoluzione di determinate circostanze nel futuro; infine, per aiutare il giudice a valutare la scientificità e la correttezza delle consulenze depositate dagli esperti.

In tutti questi casi, tuttavia, è emerso come, nonostante gli straordinari progressi dell'intelligenza artificiale, sussistono ad oggi dei limiti strutturali della macchina e delle differenze innegabili con l'intelligenza umana, che rendono, quanto meno alla stregua dell'attuale progresso scientifico, insostituibile sia l'attività del consulente tecnico sia quella del giudice.

La prospettiva ritenuta corretta, quanto meno con specifico riferimento all'ambito della consulenza tecnica, potrebbe quindi essere quella di una cooperazione fra uomo (sia esso consulente o giudice) e macchina, in cui il primo si avvale della seconda non per farsi sostituire ma per potenziare e velocizzare le proprie attività[62].

In altre parole, si tratta di creare una giustizia al passo con l'evoluzione tecnologica e scientifica ma che, allo stesso tempo, continui ad essere riconosciuta come "giusta" dagli esseri umani[63].

62 Vincenti, E.: "Il "problema" del giudice robot", in Carleo, A. (a cura di): *Decisione robotica*, Bologna, 2019, p. 123 s. V. anche sul punto Fabiani, E.: "Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile", cit., p. 77.

63 *Cfr.* sul punto Garapon, A. e Lassègue, J.: .: *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., p. 113 s. ed in generale il IV capitolo.

BIBLIOGRAFIA

ANGWIN, J. et al.: "Machine Bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks", ù*ProPublica*, 23 maggio 2016.

ANSANELLI, V.: "Art. 191 c.p.c.", in TARUFFO, M.: *Istruzione probatoria*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Chiarloni S., Zanichelli, Bologna, 2014.

ANSANELLI, V.: "Intelligenza artificiale e processo, principi e strategie conoscitive nell'epoca della diffusione delle conoscenze", *Le Corti Fiorentine*, 2, 2019.

ANSANELLI, V.: "La consulenza tecnica d'ufficio", in TARUFFO, M. (a cura di): *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

ASHLEY, K. D.: *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

AULETTA, F.: *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, CEDAM, Padova, 2002.

BARTOLI, R.: "Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?", *Cass. pen.*, 2011.

BOVE, M.: *Lineamenti di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2020.

BRUNELLI, B.: "Il processo civile telematico che verrà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021.

CALÒ, L.: "Prova tecnico-scientifica e sindacato di legittimità: tra formule magiche ed arte del motivare bene", *Il Foro it.*, 2012, II.

CARLIZZI, G.: *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè, Milano, 2019.

CARNELUTTI, F.: *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992.

CARRATTA, A.: "Decisione robotica e valori del processo", *Riv. dir. proc.*, 2020.

CARRER, S.: "Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin", *Giurisprudenza penale Web*, 2019.

CIRILO, D. et al.: "Sex and gender differences and biases in artificial intelligence for biomedicine and healthcare", *Nj Digital Medicine*, 81, 2020.

De Minico, G.: *Internet: Rules and Anarchy. The test of Algorithms*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo - Costituzionalismo in trasformazione*, vol. I, Consulta Online, 2020.

De Santis, F., Montesano, L., Arieta, G.: *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, Giappichelli, Torino, 2019.

Donati, F.: "Intelligenza artificiale e giustizia", *Riv. assoc. it. cost.*, 2020.

Fabiani, E: "Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile", *Il giusto processo civile*, 2021.

Floridi, L.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

Franchi, G.: "Consulente tecnico, custode e altri ausiliari del giudice", in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973.

Gabellini, E.: "Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022.

Galimberti, U.: *L'uomo nell'età della tecnica*, AlboVersorio, Milano, 2011.

Garapon, A., Lassègue, J.: *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, il Mulino, Bologna, 2021.

Guicciardini, F.: *Ricordi politici e civili*, Longanesi, Milano, 1951.

Huber, P. W.: *Galileo's revenge. Junk science in the courtroom*, Basic Books, New York, 1993.

Irti, N.: "La filosofia di una generazione", *Contr. e impr.*, 2011.

Lagioia, F., Sartor, G.: "Il sistema Compas. algoritmi, previsioni, iniquità", in Ruffolo, U. (a cura di): *XXVI lezioni di Diritto dell'intelligenza artificiale*, 2021.

Landi, S.: *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011.

Lombardo, L.: "La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto", *Riv. dir. proc.*, 2007.

Lucatuorto, P. L.: *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, LED, Milano, 2009.

Luciani, M., Vincenti, E. e Covelli, M. R.: nel volume di Carleo, A. (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2019.

Lupoi, M.: "Giuscibernetica, informatica giuridica. Problema per il giurista", *Raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, 1970.

Maldonado, L.: "Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale", *Diritto penale contemporaneo*, 1/2019.

Marongiu, D.: "I dati aperti come strumenti di partecipazione al procedimento amministrativo", in Civitarese Matteucci, S., Torchia, L. (a cura di): *La tecnificazione*, Firenze University Press, Firenze, 2016.

Mauss, M.: *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi, Torino, 2022.

Mazzotti, M.: "Per una sociologia degli algoritmi", *Rass. it. soc.*, 2015.

Nieva-Fenoll, J.: *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, Torino, 2018.

Nissan, E.: "Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement", *AI and society*, 32 (3), 2017.

Obermeyer, Z. et al.: "Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations", *Science*, 366, 2019.

Persico, L.: "Ancora su calcolatori elettronici, la "giurimetrica" e l'uniformità della giurisprudenza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966.

Pesce, G.: "Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l'algoritmo è opaco", *www.judicium.it*.

Potetti, D.: "Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile", *Giur. merito*, 12010.

Proto Pisani, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2014,

Quijano-Sánchez, L., Liberatore, F., Camacho-Collados, J., Camacho-Collados, M.: "Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police", *Knoledge-Based Systems*, vol. 149, 2018.

Rivello, P. P.: "La prova scientifica", in Ubertis, G., Voena, G. P. (diretto da): *Trattato di procedura penale*, XVIII, Milano, 2014.

Rodotà, S.: *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Bari, 2014.

Santosuosso, A., Boscarato, C., Caroleo, F.: "Robot e diritto: una prima ricognizione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II.

Santosuosso, A., "Intelligenza artificiale, conoscenze neuroscientifiche e decisioni del giudice", *Teoria e critica della regolazione sociale,* vol. 1, n. 22, 2021.

Taruffo, M.: "Giudizio (teoria generale)", *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma.

Taruffo, M.: "Prova scientifica (dir. proc. civ.)", *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Giuffrè, Milano, 2008.

Tonini, P.: "La cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza", *Dir. pen. e proc.*, 2011.

Vincenti, E.: "Il "problema" del giudice robot", in Carleo, A. (a cura di): *Decisione robotica*, Bologna, 2019.

Viola, L.: "L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte", *www.federalismi.it.*

Zaccaria, G.: "La professionalità del consulente: una scelta del giudice", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2015.

COMUNITÀ ENERGETICHE E MODELLI GIURIDICI: L'IMPORTANZA DI UNA LETTURA EURO-UNITARIA*

ENERGY COMMUNITIES AND LEGAL MODELS: THE IMPORTANCE OF THE EURO-UNITARY APPROACH

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1222-1245

* Il saggio costituisce un deliverable (D.3.2) del progetto di ricerca UNICAM FAR ESCOP4Green – 'Enhancing Sustainable Consumption and Production for the Green transition' finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU, MUR – Fondo Promozione e Sviluppo – D.M. 737/2021.

Lucia RUGGERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de enero de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Il lavoro offre una lettura euro-unitaria delle comunità energetiche analizzando la più recente giurisprudenza europea ed italiana in materia di comunità energetiche. Le comunità energetiche, quale espressione del principio di sussidiarietà, favoriscono la partecipazione attiva dei cittadini nel processo di transizione ecologica e orientano, dunque, il mercato energetico in maniera sostenibile. In virtù della natura imprenditoriale della loro attività e delle finalità non lucrative da esse perseguite, risulta necessario il superamento della dicotomia profit- non- profit per l'individuazione di modelli negoziali che siano appropriati per il perseguimento di benefici sociali ed ambientali. Al riguardo una specifica analisi è dedicata all'uso di nuovi modelli quali la fondazione di partecipazione e all'individuazione di soluzioni giuridiche appropriate quando una comunità energetica sia costitutiva su iniziativa di enti pubblici.

PALABRAS CLAVE: Comunità dell'energia; non profit; contratto; diritto europeo dell'energia; transizione sostenibile.

ABSTRACT: *The essay adopts a Euro-unitary vision of the energy communities analysing the most recent European and Italian case-law in the field of energy communities. Energy communities, as an expression of the principle of subsidiarity, enhance the active participation of citizens in the process of ecological transition and thus guide the energy market in a sustainable way. By virtue of the entrepreneurial nature of their activities and the non-profit objectives that they pursue, it is necessary to overcome the dichotomy between profit and non-profit to identify negotiation models that are suitable for the pursuit of social and environmental benefits. In this regard, a specific analysis is dedicated to the use of new models such as the participatory foundation and to the identification of appropriate legal solutions when an energy community is constituted by the initiative of public entities.*

KEY WORDS: *Energy community; non profit; contract; European Energy Law; sustainable transition.*

SUMARIO.- I. COMUNITÀ ENERGETICHE QUALI SOGGETTI PROMOTORI DELLA TRANSIZIONE SOSTENIBILE. IMPORTANZA E NECESSITÀ DI UN APPROCCIO MULTILIVELLO.- II. COMUNITÀ ENERGETICHE E MODELLI NON PROFIT. LE NOVELLE ITALIANE DEL 2022 E DEL 2023.- III. L'ATTIVITÀ ECONOMICA E IL CARATTERE IMPRENDITORIALE DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE. IL PROBLEMA DELLA PARTECIPAZIONE DEI COMUNI AD ATTIVITÀ DI IMPRESA DI TIPO SOCIETARIO. LA FRUIBILITÀ DI MODELLI DI FONDAZIONE PARTECIPATIVA.- IV. GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SULLA NATURA DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE: CONFERMA DELLA NECESSITÀ DI UNA LETTURA EURO-UNITARIA DELL'ISTITUTO.- V. IL PRINCIPIO DELLA "PORTA APERTA" QUALE ESPRESSIONE DI NORME IMPERATIVE NELLA COMUNITÀ ENERGETICA DI MATRICE EURO-UNITARIA.- VI. LA PRODUZIONE DI ENERGIA RINNOVABILE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E NEL NUOVO QUADRO REGOLATORIO EUROPEO ADOTTATO CON LA DIRETTIVA RED III.- VII. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. COMUNITÀ ENERGETICHE QUALI SOGGETTI PROMOTORI DELLA TRANSIZIONE SOSTENIBILE. IMPORTANZA E NECESSITÀ DI UN APPROCCIO MULTILIVELLO.

Le comunità energetiche[1] sono soggetti giuridici[2] di derivazione comunitaria[3] che svolgendo attività di produzione, consumo e condivisione dell'energia favoriscono il raggiungimento di molteplici obiettivi quali la decentralizzazione del mercato[4] e la sua decarbonizzazione nel contesto di uno sviluppo economico improntato alla sostenibilità[5]. La loro configurazione come soggetti di diritto privato chiamati al raggiungimento di obiettivi di interesse generale le rende funzionali alla realizzazione del principio di sussidiarietà[6]; parallelamente, la loro

1 Sulle comunità energetiche v., tra gli altri, Cappelli, V.: "Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche", *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 381 ss.; Favilli, C.: "Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche", *Resp. civ. prev.*, 2023, n. 2, p. 385 e Meli, M.: "Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi", *Giur. it.*, 2023, p. 2761 ss.

2 Per un'analisi della soggettività delle comunità energetiche v. Balestra, L.: "Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici", *Giur. it.*, 2023, p. 2772 ss.

3 Le comunità energetiche nella forma di comunità energetiche rinnovabile sono state introdotte dall'all'art. 2, par. 2, n. 16) della Direttiva (UE) 2018/2001 dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (c.d. RED II). Le comunità energetiche dei cittadini sono previste dalla Direttiva (UE) 2019/944, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

4 Sul tema v. Capelli, V.: "Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1202 ss.

5 In argomento v. Ammannati, L.: "La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato", *Energia, ambiente, innovazione*, 2018, n. 2, p. 86 ss. e Del Prà, A.: "Sostenibilità e divieto di intese restrittive della concorrenza alla luce della recente normativa europea", *Nuove leggi civ. comm.*, p. 736 ss. Con specifico riguardo al ruolo delle comunità energetiche nel processo di transizione Roberts, J.: "What energy communities need from regulation", *European Energy Journal*, 2019, vol. 8, p. 13 ss., p. 14 ss.

6 In argomento v. Ruggeri, L.: "Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio Europeo", *Actual. jur. iberoam*, 2022, n. 16 bis, p. 3306 ss. e Zuccarino S., "Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione del contratto", *Ann. Sisdic*, 2022, p. 70 s.

• Lucia Ruggeri
Professoressa Ordinaria di Diritto Privato, Università di Camerino, E-Mail: lucia.ruggeri@unicam.it

caratteristica di enti con gestione condivisa, le rende strumentali ad un processo di democratizzazione[7] del mercato energetico sempre più incentrato sul ruolo attivo dei cittadini[8].

Nonostante il quadro regolatorio sia fortemente improntato alla promozione di comunità energetiche, proprio dal mondo giuridico provengono i maggiori ostacoli allo sviluppo di queste comunità[9]. Ancora scarsa risulta, infatti, la consapevolezza circa il ruolo che le fonti normative europee hanno sulle attività di impresa. Prevale l'idea di un mercato europeo impostato sulle tradizionali libertà economiche[10], mentre la lotta al cambiamento climatico, la pandemia, la crisi Ucraina[11] hanno inciso sulla politica europea[12] che in modo accentuato interviene sull'economia[13] con programmi di sostegno quali il Green Deal[14] e il Recovery Plan[15], modellando il mercato e orientandolo con strumenti importanti e innovativi. L'adozione di una tassonomia europea[16] delle fonti energetiche cui sono connessi i nuovi sistemi di finanziamento[17], la spinta verso un mercato sostenibile data da nuove normative

7 In argomento v. Favaro, T.: *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, Cedam, Padova, 2020, p. 119 ss.

8 In argomento v. Quarta, A.: "Il diritto dei consumatori ai tempi della 'peer economy'. Prestatori di servizi e 'prosumers': primi spunti", *Eur. dir. priv.*, 2017, n. 2, p. 667 ss. e Giobbi, M.: *Il consumatore energetico nel prisma del nuovo quadro regolatorio italo-eurounitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 77 ss.

9 In argomento v. Ruggeri, L.: "Legislative Policies and Jurisprudence on Climate Change: New Tools for Removing the Barriers to New Forms of Energy Consumption", in *Needs and Barriers of Prosumerism in the Energy Transition Era* (a cura di L. Ruggeri), Dykinson, Madrid, 2021, p. 98 ss. e Krug, M.; Di Nucci, M.R.; Schwarz, L.; Alonso, I.; Azevedo, I.; Bastiani, M.; Dyląg, A.; Laes, E.; Hinsch, A.; Klāvs, G. et al.: "Implementing European Union Provisions and Enabling Frameworks for Renewable Energy Communities in Nine Countries: Progress, Delays, and Gaps", *Sustainability*, 2023, vol. 15, p. 8861.

10 V., in tal senso, Perlingieri, P.: "Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità Economica Europea all'Unione Europea", in *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), IV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Rende, 2009, p. 7 ss.

11 L'impatto della guerra in Ucraina sulle politiche di sicurezza europee è delineato da De Luca, P.: "La risposta dell'Europa alla guerra in Ucraina", *Comparazione e diritto civile*, 2023, p. 223 ss.

12 Si legga al riguardo il testo della Comunicazione della Commissione, Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina (C/2022/1890), a fondamento della nuova Proposta di regolamento per migliorare l'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione, COM (2023), 148 def., c.d. RePowerEU.

13 In argomento v. Saluzzo, S.: "La corsa al sostegno della transizione energetica: verso una nuova politica industriale europea?", *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, p. 169 ss. e Passalacqua, M.: "Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato intervento dello Stato nell'economia", *Merc. conc. reg.*, 2021, n. 1, p. 61 ss.

14 Moliterni, A.: "Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente", *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, n. 1, p. 4 ss.

15 In argomento v. Ruggeri, L.: "Which Law for Transition? The Market and the Person in a prism of Sustainability", in *Making Production and ConsuptionSustainable. A Global Challenge for Legislative Policies* (a cura di L. Ruggeri e K. Zabrodina), SGEM Publisher, Wien, 2023, p. 37 ss.

16 In argomento v. Buonfrate, A.: "Ambiente, economia, società, governance: l'epoca delle grandi trasformazioni", in *Trattato breve dello sviluppo sostenibile* (a cura di A. Buonfrate e A. Auricchio), Cedam, Milano, 2023, p. 18. Sul tema v. anche Zuccarino, S.: "Il principio dello sviluppo sostenibile all'interno del framework europeo. Dal New Green Deal alla tassonomia delle attività sostenibili", in *Produzione e consumo sostenibili tra politiche legislative e prassi adattive* (a cura di L. Ruggeri e A.E. Caterini), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 58 ss.

17 In argomento v. Caterini, A.E.: "A Bottom-Up Financial Strategy for a Sustainable Society", *Italian L. J.*, 2023, p. 57 ss.

come la proposta di direttiva sulla *due diligence* di sostenibilità[18], sono fattori innovativi del mercato la cui conoscenza e considerazione risulta imprescindibile.

In questi ambiti connotati da un diritto orientato a favorire una trasformazione delle fonti di approvvigionamento energetico ogni modello di *business* e di investimento deve valutare debitamente il fattore normativo che, all'interno dell'Unione europea, è sempre bi-fasico. A un processo di elaborazione di un quadro regolatorio uniforme tale da ricomprendere l'intero mercato interno, segue sempre un processo domestico di implementazione delle norme europee[19]. La lunghezza e la tortuosità che spesso connota la fase di implementazione italiana rende necessaria una sistematica e costante valutazione dello scostamento temporale per individuare al meglio tempistiche e modalità di attuazione della transizione energetica. In questo senso la vicenda regolatoria delle comunità energetiche è esemplare: ancora oggi il quadro regolatorio interno è in via di definizione pur essendo passati sei anni dall'adozione della direttiva che ha disciplinato le comunità energetiche rinnovabili[20] e, mentre si attendono strumenti normativi ministeriali che chiariscano il sistema di incentivi utilizzabile, a livello europeo il quadro regolatorio è già in fase di mutamento. Il Consiglio e il Parlamento, infatti, hanno raggiunto un accordo per la riforma del mercato elettrico che mira a ridurre la dipendenza dei costi dell'energia elettrica dall'andamento dei prezzi dei combustibili fossili con l'introduzione di significative disposizioni che tutelano i consumatori[21]. Nel nuovo quadro regolatorio la condivisione dell'energia assurge a diritto fondamentale esercitabile attraverso molteplici modelli normativi e le comunità energetiche vedono confermata la loro importanza all'interno di un ampio ventaglio di strumenti di condivisione. Si sta, pertanto, verificando un importante mutamento dell'assetto del mercato energetico che deve essere conosciuto e valutato preventivamente per far sì che la comunità energetica una volta costituita possa operare nel medio periodo in modo attrattivo e competitivo.

18 In argomento, v. Di Sarli, M.: "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese: una risoluzione del Parlamento Europeo", *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2021, n. 9, p. 1555 ss.; Barcellona, E.: "La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism", *Rivista delle Società*, 2022, p. 1 ss. e Ballerini, G.: "Spunti problematici su sostenibilità, modifiche alla Costituzione italiana e Proposta di Direttiva europea sulla dovuta diligenza", *Studium iuris*, 2022, p. 999 ss.

19 Sulla trasformazione generata dalle politiche europee nel settore energetico v. Zillman, D.; Roggenkamp, M.; Paddock, L. e Godden, L.: "How echnological and legal innovation are transforming energy law", in *Innovation in energy law and technology: dynamic solutions for energy transitions* (a cura di D. Zillman, M. Roggenkamp, L. Paddock e L. Godden), Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1 ss.

20 Si fa riferimento alla Direttiva (UE) 2018/2001.

21 Si tratta della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2019/943 e 2019/942 e le direttive (UE) 2018/2001 e 2019/944 per migliorare l'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione COM(2023) 148 def. Per un commento alla proposta v. Donati, F.: "La proposta di riforma del mercato dell'energia elettrica dell'Unione europea", *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, p. 2 ss.

II. COMUNITÀ ENERGETICHE E MODELLI *NON PROFIT*. LE NOVELLE ITALIANE DEL 2022 E DEL 2023.

In questa prospettiva l'analisi delle comunità energetiche e del mercato in cui operano diventa paradigmatico anche per altri mercati oggetto di transizione: i fattori tecnologici e finanziari non sono le sole conoscenze e competenze necessarie, ma ad essi si aggiunge un'imprescindibile conoscenza e valutazione dell'evoluzione normativa.

Nel quadro regolatorio europeo la comunità energetica è connotata dall'assenza di uno scopo di lucro essendo vocata alla realizzazione di benefici ambientali, economici e sociali. Nel contesto domestico, pertanto, la costituzione di comunità energetiche pur essendosi subito prevalentemente orientata su modelli codicistici di tipo associativo, sicuramente richiederebbe una più attenta valutazione di ulteriori modelli giuridici quali quelli offerti dal Codice del Terzo settore[22].

Grazie ad una modifica introdotta nel 2023[23] tra le attività di interesse generale perseguibili dagli enti del Terzo settore è stata aggiunta anche "la produzione, l'accumulo e la condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199". La novella apportata ha come conseguenza che la produzione e il consumo di energia rinnovabile possano essere perseguiti dagli enti del Terzo settore, incluse le cooperative sociali, in via esclusiva o come attività principale in quanto attività che persegue "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" così come previsto dall'art. 5 del Codice del Terzo settore. Analoga modifica con il medesimo strumento normativo è stata apportata all'art. 2 del d.lg.112 del 2017 in materia di impresa sociale con l'importante conseguenza che l'impresa sociale qualificabile di diritto[24] come ente del Terzo settore può costituire un adeguato strumento per la costituzione di una comunità energetica.

Il mutamento del quadro regolatorio domestico assume ritmi intensi e richiede un costante monitoraggio del sistema ordinamentale che nel settore energetico è in continuo mutamento anche per favorire l'implementazione del PNNR. Con il Decreto PNNR Ter[25] e la successiva legge di conversione si apportano significative modifiche al d.lg. 199 del 2021 ampliando la tipologia di aree idonee all'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile[26] e individuando forme semplificate

22 Per una disamina degli enti del Terzo settore cfr. Fusaro, A.: *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2022, *passim*.

23 La modifica è stata operata dalla l. 26 luglio 2023, n. 95, in sede di conversione del d.l. 29 maggio 2023, n. 57, recante "Misure urgenti [...] per il settore energetico".

24 V. art. 1, comma 5 d.lg. 3 luglio 2017, n. 112.

25 Si tratta del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 convertito con modifiche dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

26 V. art. 20 d.lg. 199/2021 nel testo oggi vigente. L'idoneità dell'area non esclude che l'impianto sia sottoposto alle valutazioni ambientali di cui al Titolo III della Parte Seconda del d.lg. n. 152/2006, vale a dire alla verifica di assoggettabilità a Valutazione di Impatto Ambientale.

di idoneità[27], ma, ai fini del presente lavoro, la più significativa modifica è stata costituita dalla novella apportata all'art. 31 del d.lg. 199 del 2021 che ha aggiunto le associazioni tra gli enti che possono dar vita oppure partecipare ad una comunità energetica. L'inclusione delle associazioni costituisce un importante approdo legislativo che evidenzia la possibile coniugabilità dello scopo *non profit* di un ente privato con lo svolgimento di un'attività economica.

Si tratta di concetti che sono stati entrambi oggetto di ampio dibattito e su cui vale la pena soffermarsi. Il *non profit* è stato culturalmente a lungo scisso dal *profit* abbinando automaticamente lo svolgimento dell'attività di impresa a soggetti operanti con scopo di lucro[28]. La recente riforma dell'impresa sociale ha permesso, invece, di annoverare tra le attività degli enti non profit anche attività di impresa. In modo speculare la previsione di società benefit ha collegato anche a modelli *profit* il perseguimento di finalità di tipo sociale o ambientale o culturale che tradizionalmente venivano ritenute appannaggio di associazioni o fondazioni, vale a dire di enti non lucrativi[29].

La comunità energetica, pertanto, beneficia di un quadro regolatorio domestico favorevole all'adozione di questi modelli che garantiscono il perseguimento delle finalità non lucrative individuate dal legislatore europeo come tratto connotante la comunità energetica. Una volta chiarita la compatibilità tra modello associativo e attività di impresa[30], è importante evidenziare come le attività svolte dalla comunità energetica siano di carattere imprenditoriale.

27 V. art. 22-bis che qualifica come attività di manutenzione ordinaria come tale non sottoposta a autorizzazione "l'installazione, con qualunque modalità, di impianti fotovoltaici su terra e delle relative opere connesse e infrastrutture necessarie, ubicati nelle zone e nelle aree a destinazione industriale, artigianale e commerciale, nonché in discariche o lotti di discarica chiusi e ripristinati ovvero in cave o lotti o porzioni di cave non suscettibili di ulteriore sfruttamento". Significativamente è, comunque, mantenuto l'obbligo di comunicazione alla Soprintendenza in caso di impianto che ricade in zona sottoposta a vincolo paesaggistico con previsione di un termine di trenta giorni per l'adozione da parte di quest'ultima dell'eventuale provvedimento di diniego dell'autorizzazione.

28 Sul tema v. D'Ambrosio, M.: "Scopo ideale e lucratività: frammenti di una questione aperta", in AA.VV.: *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 255 ss.

29 Per una disamina del dibattito in atto circa l'uso della società benefit per costituire comunità energetiche v., in diverso senso, Meli, M.: "Le Comunità", cit., p. 2768 e Balestra, L.: "Proprietà", cit., p. 2779. Sul ruolo delle società benefit nella *green transition* v. Guarascio, C.: "GreenEssence. La sostenibilità come motore del cambiamento economico. Il caso delle benefit corporation in Italia", in *Cambiamenti globali e sostenibilità* (a cura di L. Montesanti), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 73 ss. Sui rapporti tra società benefit e scopo di lucro v. Marasà, G.: "Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit", *Orizzonti dir. comm*., 2017, p. 2 ss.; Zoppini, A.: "Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici", *Orizzonti dir. comm*., 2017, p. 5 s.; Codazzi, E.: "Scopo di lucro e di beneficio comune nel passaggio da società non benefit a società benefit", *Orizzonti dir. comm*., 2021, p. 1243 ss. e Rascio, G.A.: "L'oggetto delle società benefit", *Riv. dir. civ*., 2022, p. 462 ss.

30 In argomento v., per tutti, a Marasà, G.: *I contratti associativi a dodici anni dalla riforma del diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 23 ss.

Tale qualificazione è significativamente fondata sulla natura economica dell'attività di produzione, consumo e condivisione dell'energia[31] che rende la comunità energetica un soggetto che professionalmente[32] si inserisce nel mercato dell'energia favorendone la decentralizzazione e la decarbonizzazione.

Come ribadito da costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, formatasi in materia di aiuti di stato e tutela della concorrenza[33], qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato costituisce un'attività economica[34]. Conseguentemente la comunità energetica come soggetto giuridico preposto alla produzione, al consumo e alla condivisione[35] di energia prodotta e consumata è "impresa" in quanto entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento[36].

III. L'ATTIVITÀ ECONOMICA E IL CARATTERE IMPRENDITORIALE DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE. IL PROBLEMA DELLA PARTECIPAZIONE DEI COMUNI AD ATTIVITÀ DI IMPRESA DI TIPO SOCIETARIO. LA FRUIBILITA' DI MODELLI DI FONDAZIONE PARTECIPATIVA.

L'impatto della nozione euro-unitaria di impresa e di attività economica è rilevante anche in ordine alla scelta del modello statutario di comunità energetica.

31 La descrizione della CER in termini di attività economica svolta è agevolmente desumibile dall'art. 31, comma 2 lett. *b* del d.lg. 199 del 2021 per il quale "l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità secondo le modalità di cui alla lettera c), mentre l'energia eventualmente eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione".

32 Ciò emerge dal considerando 71 della RED II laddove il legislatore si preoccupa di garantire l'assetto concorrenziale del mercato valutando l'azione della comunità energetica come un'attività competitiva con gli altri operatori economici.

33 Trattasi di giurisprudenza che indaga la portata applicativa dell'art. 107, par. 1, TFUE. La promozione di benefici ambientali e sociali è stata oggetto di una ridefinizione dell'operare del principio di concorrenza anche in materia di accordi restrittivi della concorrenza. Sul punto per un esame delle Guidelines sulla cooperazione orizzontale tra imprese nella revisione operata a giugno del 2023 v. Del Prà, A.: "Sostenibilità", cit., p. 759 ss.

34 V., in tal senso, Corte giust., 27 giugno 2017, c. 74/16, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, EU:C:2017:496, punti 41 e 45 e Corte giust., 19 ottobre 2023, c. 325/22, TS, HI c. Ministar na zemedelieto, hranite i gorite, punto 29.

35 La condivisione dell'energia è "pari al minimo, in ciascun periodo orario, tra l'energia elettrica prodotta e immessa in rete dagli impianti a fonti rinnovabili e l'energia elettrica prelevata dall'insieme dei clienti finali associati situati nella stessa zona di mercato". Emerge, rispetto al quadro regolatorio transitorio, una differenza importante: l'incentivazione resta limitata alla condivisione all'interno della rete primaria di distribuzione, mentre la condivisione può abbracciare l'intera zona di mercato. Essendo frutto di una differenza tra valori la condivisione dell'energia si basa su calcoli aritmetici in cui tutta l'energia prodotta viene auto-consumata oppure condivisa. In argomento v. Meli, M.: "Le Comunità", cit., p. 2767 secondo la quale "la condivisione di energia (lo sharing) può realizzarsi solo ed esclusivamente attraverso la forma della vendita, che dovrà riguardare tutta l'energia prodotta, non potendosi altrimenti procedere al computo della differenza, rispetto a quella prelevata. Per conseguenza, non vi sarà mai un'ipotesi (se non puramente virtuale) di energia eccedentaria rispetto all'autoconsumo o alla condivisione, che potrà in quanto tale divenire oggetto di vendita: tutta l'energia prodotta (anche quella eccedentaria rispetto all'autoconsumo e alla condivisione) sarà nei fatti già stata collocata sul mercato, nei modi attualmente possibili".

36 Così art. 2, comma 1, lett. *q* del d.lg. n. 199/2021.

Ogni soggetto che promuove o partecipa alla costituzione di una comunità energetica è comunque chiamato a rispettare la disciplina che governa la sua attività giuridica negoziale. In altri termini, le finalità innovative e le peculiari caratteristiche che connotano la configurazione organizzativa, decentrata e partecipativa di ogni comunità energetica di per sé non giustificano deroghe o disapplicazioni di norme interne specificamente dedicate al soggetto aderente[37].

Si pensi al caso recentemente esaminato dalla Corte dei Conti di un Comune toscano che si è fatto promotore della costituzione di una comunità energetica rinnovabile (CER) in forma di società consortile a responsabilità limitata. La Corte dei Conti, chiamata a rendere un parere[38] sulla delibera comunale di costituzione della CER[39], evidenzia che il Comune costituendo la CER diventa parte di un soggetto giuridico che in forma societaria sviluppa un'attività economica. In ragione del carattere economico dell'attività svolta, il Comune è tenuto a dimostrare la necessarietà dello svolgimento di questa attività in forma societaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali[40], così come previsto dall'art. 4 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSPP). La produzione di energia da fonti rinnovabili costituisce finalità perseguibile dall'amministrazione pubblica attraverso la costituzione o la partecipazione a società[41], ma il TUSPP nella sua attuale recente riformulazione richiede una motivazione adeguata e stringente circa la necessità di utilizzare lo strumento societario, motivazione che nel caso di specie la Corte dei Conti toscana ha reputato insufficiente.

Il *favor* per lo sviluppo di comunità energetiche e la qualificazione dell'attività di produzione e condivisione dell'energia come attività di interesse pubblico[42], non eliminano, pertanto, la necessità di evitare che le amministrazioni pubbliche utilizzino modelli gestionali di tipo societario esponendosi a rischio di bilancio. Come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale[43], il controllo sulla creazione

37 In tal senso v. Corte conti, Sezione di controllo per la regione Friuli-Venezia Giulia, 23 maggio 2023, Deliberazione FVG/ 52 /2023/PASP con riferimento a una delibera comunale di adesione ad una CER che aveva la forma giuridica di una società cooperativa di tipo Benefit.

38 Sulla natura del parere v. i chiarimenti resi dalla Corte dei Conti a Sezioni riunite in sede di controllo nella deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22.

39 La delibera del Comune toscano è stata oggetto di esame da parte della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, Deliberazione n. 77/2023/PASP, il 30 marzo 2023. La deliberazione è consultabile al seguente indirizzo https://www.corteconti.it/Download?id=0102140a-416b-4011-af67-f332785f94f7.

40 Sulle modalità e sui limiti che i Comuni incontrano nella promozione di comunità energetiche v. Cuocolo, L.: "Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità", in AA.VV.: *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi* (a cura di L. Cuocolo, P.P. Giampellegrini e O. Granato), Egea Editore, Milano, 2023, p. 45 ss. e Granato, O.: "Il partenariato pubblico privato nelle CER", *ibidem*, p. 63 ss.

41 V., al riguardo, l'art. 4 comma 7 d.lg. n. 175/2016, e per le società degli enti locali che svolgono attività elettriche il d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235.

42 Con giurisprudenza costante il Consiglio di Stato considera la produzione di energia rinnovabile come attività di interesse pubblico. Così, Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201; Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2983 e Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2022, n. 2242.

43 V. Corte cost., 4 aprile 2022, n. 86.

di società da parte di pubbliche amministrazioni è anche necessario per far sì che attraverso l'intervento pubblico in società private non sia falsata la concorrenza[44]. Sul punto è anche intervenuta una riforma che a partire dal 2022[45] rende necessario trasmettere le delibere di costituzione di società all'Autorità garante della concorrenza e del mercato affinché eserciti il potere ad essa attribuito dall'art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Il problema è che una CER promossa da Comune o altra pubblica amministrazione in forma societaria richiede una rigorosa valutazione e motivazione circa la "necessarietà" di adottare quel modello.

Pur trattandosi di parere non vincolante, nel caso di specie, di fronte alla difficoltà di fornire una motivazione adeguata sulla scelta del modello societario, il Comune toscano ha preferito optare per un diverso modello rappresentato dalla fondazione partecipativa[46] nell'intento di coniugare la struttura "aperta" della CER con una responsabilità limitata per il Comune che vi aderisce. Optare per la fondazione di tipo codicistico non avrebbe permesso di garantire tutela al diritto dei membri della comunità di entrare e uscire a proprio piacimento sulla base del principio della "porta aperta" previsto dalla normativa. L'opzione per il modello della fondazione partecipativa discende dalla necessità di rispettare il principio della "porta aperta" che essendo di fonte europea e assumendo un connotato di imperatività non può che essere preso in considerazione e rispettato[47]. La fondazione di partecipazione, poi, grazie alla sua componente associativa, ben si attaglia alla comunità energetica perché permette a una pluralità di soggetti di partecipare, consente appropriate forme di gestione attiva da parte dei suoi componenti e permette che nel tempo il patrimonio possa anche essere consolidato e accresciuto[48].

La molteplicità dei modelli utilizzabili e compatibili con la non lucratività[49] oggetto di sostegno da parte dell'Unione europea richiede di individuare soluzioni giuridiche appropriate fondate su letture sistematiche dell'ordinamento e sul

44 Su questo rischio v. Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251.

45 V. art. 11, comma 1, lett. *a*, l. n. 118 del 2022 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza) che modifica l'art. 5 del d.lg. n. 175 del 2016.

46 La fondazione di tipo partecipativo è normata dal Codice del Terzo settore negli artt. 23 ss. In argomento cfr. Maltoni, M.: "La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità", www.fondazionenotariato.it.

47 In argomento v., *infra*, par. IV.

48 Sulle caratteristiche della fondazione di partecipazione come strumento di attuazione della c.d. sussidiarietà orizzontale che permette una amministrazione condivisa v. Corte conti, 19 ottobre 2020, n. 130/2020/PAR.

49 Uno dei modelli utilizzabili è l'impresa di comunità che pur non essendo stato tipizzato dal legislatore nazionale presenta caratteristiche tali da renderlo molto funzionale alla realizzazione di una comunità energetica. Sul punto v. Meli, M.: "Le Comunità", cit., p. 2769 ss.

superamento della tradizionale dicotomia pubblico-privato[50]. Per riuscire a fare questa analisi occorrono competenze giuridiche elevate che riescano a individuare le differenti fonti normative che entrano in gioco nel caso concreto e riescano a costruire statuti e regolamenti che possano garantire il permanere nel tempo della comunità costituita, allenate a lavorare con quadri regolatori in continua evoluzione e, pertanto, oggetto di costante verifica. Si tratta di una presa di coscienza culturale cui deve conseguire una precisa condotta comportamentale.

Al riguardo non può non richiamarsi quanto indicato dalla Corte costituzionale italiana[51] in materia di mutamento delle norme dedicate agli incentivi per la produzione di energia rinnovabile. La Corte fa salva la costituzionalità di norme che cambiano il sistema incentivante facendo presente che la modifica del regime di incentivi non è stata imprevedibile né può dirsi improvvisa. Per la Corte un operatore economico deve operare prudentemente e con accortezza tenendo in debito conto la possibile evoluzione legislativa in materia di regimi di sostegno che nel quadro europeo sono sempre caratterizzati dalla temporaneità, dalla mutevolezza e che sono espressione di un potere discrezionale degli Stati[52].

IV. GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SULLA NATURA DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE: CONFERMA DELLA NECESSITÀ DI UNA LETTURA EURO-UNITARIA DELL'ISTITUTO.

Leggere il diritto domestico sulle configurazioni di autoconsumo alla luce del diritto europeo costituisce una necessità imposta dalla Costituzione che all'art. 117 delinea una sovranità legislativa informata al diritto dell'Unione europea

50 Sul tema, fra gli altri, v. Vecchio, G.: *Le istituzioni della sussidiarietà. Oltre la distinzione tra pubblico e privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 13 ss. e Zabrodina, K.: "Il rapporto tra pubblico e privato nella rinnovata formula legislativa dell'art. 55 c.t.s.: verso il recupero dell'attività amministrativa per «accordi»?", *Rass. dir. civ.*, p. 636 ss.

51 Si fa riferimento a Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16 che ha considerato compatibile con Costituzione il mutamento del regime di sostegno alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici. In argomento v. anche Corte giust., 1 marzo 2022, c. 306/19, c. 512/19, c. 595/19 e da c. 608/20 a c. 611/20, Milis Energy SpA, Go Sun Srl, Malby Energy 4 Srl, Fototre Srl, Interporto di Trieste SpA, Soelia SpA, Cosilt, Consorzio per lo sviluppo economico locale di Tolmezzo c. Ministero dello Sviluppo economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA, ECLI:EU:C:2022:164.

52 I regimi di sostegno non costituiscono un obbligo per gli Stati membri che godono di un potere discrezionale quanto alle misure ritenute appropriate per raggiungere gli obiettivi nazionali generali anche a carattere obbligatorio. Gli Stati membri sono liberi di adottare, modificare o sopprimere regimi di sostegno. Per questo la Corte di Giustizia ha affermato la libertà degli Stati membri di modificare e anche sopprimere eventuali regimi di sostegno da essi stessi adottati pur nel rispetto del perseguimento degli obiettivi generali cui lo Stato si è impegnato. V. Corte giust., 15 aprile 2021, c. 798/18 e c. 799/18, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a. c. Ministero dello Sviluppo Economico e Gestore dei servizi energetici (GSE) Spa, EU:C:2021:280, punto 28. Il potere discrezionale di mutamento della normativa deve comunque essere esercitato nel rispetto del principio della certezza del diritto e del principio di tutela del legittimo affidamento. Così Corte giust., 11 luglio 2019, c. 180/18, c. 286/18 e c. 287/18, Agrenergy e Fusignano Due c. Ministero dello Sviluppo Economico, EU:C:2019:605, punto 28.

e conforme ai principi internazionali[53]. Al riguardo utile sembra l'esame di una recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 48 del 2023[54], che ha avuto per oggetto la legge dedicata dalla Regione Abruzzo alle comunità energetiche rinnovabili.

Oggetto della decisione è una legge regionale adottata per incentivare CER costituite sulla base dell'art. 42-bis del d.l. n. 162 del 2019[55] che nelle more del completo recepimento della direttiva 2018/2001, permetteva la realizzazione di CER. Successivamente, il d.lg. n. 199 del 2021 ha provveduto a dare piena e stabile attuazione alla direttiva[56], ma, in attesa dell'adozione dei provvedimenti ministeriali di attuazione, alcune regioni, tra cui l'Abruzzo, hanno legiferato in materia avvalendosi della normativa provvisoria e introducendo meccanismi di finanziamento.

La Corte costituzionale è stata chiamata dal Governo a stabilire fino a che punto le norme contenute nella legge regionale abruzzese potessero essere ritenute compatibili con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dai principi fondamentali nella materia concorrente (art. 117, comma 3 cost.) della produzione, del trasporto e della distribuzione nazionale dell'energia. La Corte respinge per difetto di motivazione tutte le questioni di legittimità poste dal Governo stabilendo che non contrasta con la Costituzione la previsione regionale che abilita le CER a stipulare accordi con ARERA e con i gestori della rete di distribuzione "al fine di ottimizzare la gestione e l'utilizzo delle reti di energia".

La Regione Abruzzo ha infatti accordato alle CER regionali la facoltà di collaborare con ARERA e con i gestori una facoltà che secondo il Governo sarebbe stata incompatibile con la funzione regolatoria assegnata ad ARERA, e avrebbe interferito con le funzioni di quest'ultima e dei gestori della rete, come disciplinate dalla legge statale. Secondo la Corte, invece, la facoltà di collaborare con ARERA e con i gestori non si pone in contrasto con la legge statale in quanto questi soggetti sono dotati di una loro autonomia che possono esercitare senza che legge abruzzese imponga alcun obbligo non previsto da legge dello stato. Per questo viene fatto salvo dalla incostituzionalità l'art. 3, comma 3, lett. *b* della legge abruzzese il quale prevede che le CER possano stipulare accordi e convenzioni

53 Per un'ampia disamina della legalità costituzionale come aperta alle fonti europee e internazionali v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, II, Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 107 ss.

54 Si tratta di Corte cost., 23 marzo 2023, n. 48. Per un commento v. Castelli, A.: "CER e disciplina regionale: la Corte costituzionale traccia i limiti", *Ambiente & Sviluppo*, 2023, p. 675 ss.

55 Si tratta del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 recante "Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica (c.d. Milleproroghe)", convertito con l. 28 febbraio 2020, n. 8.

56 Si tratta del d.lg. 8 novembre 2021, n. 199 recante "Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2.018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili".

con ARERA e i gestori della rete di distribuzione al fine di ottimizzare la gestione e l'utilizzo delle reti di energia, anche attraverso la realizzazione di *smart-grid*, nonché l'accesso non discriminatorio ai mercati dell'energia. Con questa pronuncia si rafforza la possibilità di utilizzare strumenti privatistici per il perseguimento di interessi generali. L'adozione di un protocollo di intesa da parte della Regione Abruzzo che potesse essere usato come modello di cooperazione tra CER regionali e ARERA e gestori costituisce un esempio di modelli di partenariato[57] che costituiscono una via importante per realizzare comunità energetiche o per permettere alle stesse di operare nel tempo. Se si legge la recente proposta di direttiva sulla riforma del mercato dell'energia elettrica che la Commissione europea sta discutendo si evidenzia un cambio di passo sul tema dell'autonomia privata nel mercato dell'energia elettrica. In questa proposta di regolamento, infatti, si introduce il diritto fondamentale di ogni cittadino, impresa o ente di "condividere l'energia"[58] e si stabilisce che la condivisione dell'energia può avvenire con contratti di diritto privato i cui modelli e i cui contenuti possono essere plasmati dagli interessati senza imposizioni legislative. Si conferma pertanto l'importanza dell'autonomia privata per delineare al meglio le forme di condivisione dell'energia più appropriate per le esigenze dei territori.

V. IL PRINCIPIO DELLA "PORTA APERTA" QUALE ESPRESSIONE DI NORME IMPERATIVE NELLA COMUNITA' ENERGETICA DI MATRICE EURO-UNITARIA.

La decisione della Corte costituzionale da un lato riconosce la bontà di approcci regionali che favoriscono la nascita di comunità energetiche, dall'altro, però, impone che ogni forma di sostegno sia conforme al diritto euro-unitario nel rispetto dell'assetto delle fonti legislative delineato dall'art. 117 cost. e conseguentemente rileva la incostituzionalità dell'art. 9, comma 1, lett. *b*, della l. reg. Abruzzo n. 8 del 2022 laddove si prevede che la Giunta regionale, con apposito disciplinare, definisce, sentita la competente commissione consiliare, "i requisiti dei soggetti che possono partecipare alle CER e le modalità di gestione delle fonti energetiche all'interno delle comunità e di distribuzione dell'energia prodotta senza finalità di lucro" con un rinvio a "un successivo atto di rango non legislativo, la definizione dei requisiti dal cui possesso dipende l'operatività delle comunità energetiche rinnovabili". Il Governo denuncia che questa previsione di

57 L'uso di partenariati all'interno del mercato energetico è specificamente analizzato da Lombardi, R.: *Energie rinnovabili e diritto privato. Strumenti negoziali e tutela dell'ambiente verso la nuova transizione energetica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 155 ss.

58 In base all'art. 15-bis della proposta di regolamento i clienti attivi (famiglie, piccole e medie imprese o enti pubblici) "hanno il diritto di condividere tra loro le energie rinnovabili sulla base di accordi privati o tramite un soggetto giuridico". Nello scenario in corso di definizione l'autonomia privata diventa la chiave di volta per favorire la condivisione dell'energia in modo tale che, a seconda delle circostanze concrete e degli interessi dei clienti attivi, si possa operare con scambi diretti di energia o attraverso la costituzione di soggetti a ciò preposti quali, appunto, le comunità energetiche.

legge si porrebbe in contrasto con l'art. 31, comma 2 del d.lg. n. 199 del 2021, che definisce specificamente i requisiti dei soggetti che possono partecipare alla CER. Su questo profilo la questione promossa in riferimento all'art. 117, comma 3 cost., è fondata. L'art. 31 del d.lg. n. 199 del 2021 detta, al comma 1, i requisiti che i clienti finali devono possedere per poter organizzarsi in CER, e, al comma 2, le condizioni nel rispetto delle quali devono operare le CER. Tali requisiti e tali condizioni sono improntati al principio, espresso dalla direttiva 2018/2001, della massima apertura delle CER. In questo senso si esprimono: l'art. 2, par. 2, n. 16, lett. *a*, della direttiva citata, secondo cui la CER "si basa sulla partecipazione aperta e volontaria"; l'art. 22, par. 1, ai sensi del quale "[g]li Stati membri assicurano che i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile, [...] senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione a una comunità di energia rinnovabile [...]"; e l'art. 22, par. 4, lett. *f*, che richiede agli Stati membri di fornire "un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile"[59], che garantisca, tra l'altro, che "la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili"[60].

In questo contesto, il rispetto della legalità c.d. comunitaria induce la Corte a delineare un principio fondamentale della materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", finalizzato a garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale la più ampia possibilità di partecipare a una CER, in attuazione di quanto disposto dal legislatore europeo. La disposizione regionale impugnata contrasta con tale principio fondamentale, affidando alla Regione il compito di definire i requisiti per poter partecipare a una CER, laddove essi sono invece già esaustivamente definiti dalla legge statale. Né vale a escludere il vizio di illegittimità costituzionale il carattere non immediatamente lesivo della norma regionale, che non stabilisce essa stessa requisiti diversi da quelli stabiliti dal menzionato d.lg. n. 199 del 2021, bensì fa rinvio ad un successivo atto della Giunta regionale. La violazione si concreta infatti già nel momento in cui la Regione si appropria di una disciplina che, a tutela della massima apertura delle CER, deve invece essere uniforme su tutto il territorio nazionale. È evidente che tale principio connota non solo le CER, ma anche le CEC e che ogni forma di agevolazione e sostegno adottata a qualunque livello può essere operata soltanto nel rispetto di questi principi determinandosi altrimenti una violazione della carta costituzionale e una possibile violazione della legalità comunitaria. Il tema è davvero complesso

59 Per un'analisi della normativa in esame v. Cocco, A.: "The Role of Energy Communities in the Energy Transition", *Italian L. J.*, 2022, p. 509 ss.

60 La comunità energetica costituisce un tassello della transizione giusta attenta a favorire il superamento di disuguaglianze e a evitare discriminazioni nell'accesso all'energia. In argomento v. Pepe L.M.: "Exploring the Possibility of Energy Justice in Italy", *Italian L. J.*, 2022, p. 192 ss. In argomento v., anche, Giobbi, M. e Ruggeri, L.: "Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale", *Actual. jur. iberoam.*, p. 340 ss.

e ci induce a non sottovalutare mai nella concreta adozione di forme collettive di condivisione dell'energia il rischio "infrazione comunitaria".

Il quadro di sostegno e di agevolazione sia esso nazionale o locale deve pertanto conformarsi al quadro regolatorio europeo che soltanto transitoriamente consente deroghe al regime degli aiuti di stato con una logica conseguente sanzione per forme di incentivazione e sostegno che non abbiano condotto alla realizzazione del progetto sottoposto a finanziamento e aiuto. L'attenzione, quindi, inevitabilmente deve essere concentrata non tanto e solo su costituzione della comunità energetica, quanto sull'adozione di meccanismi statutari che ne permettano una durata congrua per il regime di sostegno ottenuto. Per questo la Corte costituzionale fa salvo il sistema sanzionatorio della Regione Abruzzo che aveva previsto controlli per almeno un triennio sull'effettiva operatività delle CER regionali sostenute.

VI. LA PRODUZIONE DI ENERGIA RINNOVABILE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E NEL NUOVO QUADRO REGOLATORIO EUROPEO ADOTTATO CON LA DIRETTIVA RED III.

Il fattore giuridico non può essere trascurato pena perdite di tempo e di investimento. A questo proposito utile sembra il richiamo di una recente sentenza resa dalla Corte costituzionale in un procedimento promosso dalla Presidenza del Consiglio contro la Regione Sicilia[61]. La Corte costituzionale chiamata a esaminare la compatibilità con il quadro regolatorio nazionale della legge regionale della Sicilia che prevedeva l'installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, al di fuori dei centri storici (art. 3, comma 1, lett. *a*, l. Regione Sicilia n. 16 del 2016), mentre l'art. 6, comma 1, lett. *e-quater*, t.u. edilizia ha limitato tale possibilità ai soli pannelli solari e fotovoltaici a servizio degli edifici. La legge regionale permette la realizzazione di "sistemi per la produzione e l'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili a servizio degli edifici, da realizzare all'interno della zona A di cui al decreto ministeriale n. 1444 del 1968 e nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico, che non comportino pregiudizio alla tutela del contesto storico, ambientale e naturale, in relazione alle linee guida impartite dall'Assessore regionale per i beni culturali e l'identità siciliana" (art. 3, comma 2, lett. *p*). Il rinvio alle linee guida è oggetto di censura da parte della Presidenza del Consiglio perché derogherebbe agli artt. 21 e 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. La possibilità di autocertificare con la CILA tali opere cozzerebbe con le previsioni nazionali che, al riguardo, richiederebbero specifiche autorizzazioni. In generale, la normativa regionale individuerebbe come parametro di valutazione non più la "disciplina d'uso contenuta nei provvedimenti di vincolo e nel piano paesaggistico,

61 Corte cost., 9 maggio 2023, n. 90.

come invece imposto dagli artt. 135, 140, 141-bis e 143 del Codice dei beni culturali e del paesaggio", ma Linee Guida i cui contenuti potrebbero non essere conformi alla normativa nazionale.

La Corte costituzionale, anche in questo caso, fornisce una lettura di massimo favore per l'adozione di forme di produzione e consumo da energia rinnovabile escludendo che le disposizioni della legge regionale siano incostituzionali. Il d.l. 8 novembre 2021, n. 199, che attua la direttiva 2018/2001 stabilisce un regime autorizzatorio speciale per la realizzazione degli interventi e, all'Allegato II prevede un regime semplificato per l'installazione di "collettori solari termici", cioè di pannelli solari collocati sui tetti degli edifici. Secondo la Corte la legge regionale siciliana è conforme alla regolamentazione nazionale perché adotta la semplificazione purché i pannelli solari e fotovoltaici non alterino la volumetria complessiva e l'aspetto esteriore degli edifici. Con questa decisione la Corte costituzionale opera una lettura del quadro regolatorio attenta a bilanciare la salvaguardia del paesaggio con la promozione della transizione energetica. La decisione ben si inserisce nel nuovo quadro regolatorio europeo introdotto dalla direttiva RED III con la quale si introduce una semplificazione dei permessi per la realizzazione di impianti produttivi di energia rinnovabile[62]. Come si evince dal considerando 20 della direttiva "la complessità e l'eccessiva lunghezza delle procedure di rilascio delle autorizzazioni costituisce un ostacolo alla diffusione dell'energia rinnovabile che, invece, gode di un'ampia accettazione pubblica". La direttiva favorisce la qualificazione di ogni impianto produttivo come "d'interesse pubblico prevalente e d'interesse per la salute e la sicurezza pubblica". Essa introduce una sorta di "inversione della prova" prevedendo che solo se vi sono prove evidenti che l'installazione di impianti produttivi abbiano significativi effetti negativi sull'ambiente in alcun modo mitigabili, si potrà bloccare il progetto che punta alla realizzazione di una produzione energetica da rinnovabili. In questo modo la semplificazione del rilascio di autorizzazioni trova nella classificazione delle attività di produzione dell'energia rinnovabile un solido fondamento con applicazione di strumenti di approvazione della pratica che puntano ad una riduzione temporale significativa. Il tema trattato dalla Corte costituzionale, pertanto, trascende i confini nazionali e si dischiude ad una più ampia valutazione operata sulla base del diritto euro-unitario. Per favorire la transizione energetica, infatti, la direttiva RED III prevede l'elaborazione di una sorta di "*sandbox*" regolamentare costituita dalla individuazione di zone di accelerazione per le energie rinnovabili (art. 15 *quater* della direttiva) ove si attenuano i vincoli procedurali e si operano strumenti di controllo dell'impatto ambientale diversi da quelli tradizionali. Ecco quindi che l'interpretazione della legge regionale offerta dalla Corte costituzionale si colloca

62 Si tratta della Direttiva (UE) 2023/2413 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023 che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, il regolamento (UE) 2018/1999 e la direttiva n. 98/70/CE per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio.

in una più ampia opera riformatrice europea che, dopo il *Green Deal*, determina un rafforzamento della protezione della produzione di energia rinnovabile.

VII. RILIEVI CONCLUSIVI.

L'implementazione della normativa europea dedicata alle comunità energetiche ha accresciuto la consapevolezza dell'utilità di uno studio che adotti una metodologia ermeneutica sistematica che tenga in adeguato conto l'approccio regolatorio complesso e multilivello[63], operando un continuo raffronto[64] tra normativa e giurisprudenza europea e normativa e giurisprudenza domestica[65]. Le comunità energetiche, strumentali alla transizione energetica, richiedono, invero, una lettura delle norme nazionali ad esse dedicate alla luce delle regole e dei principi definiti dall'Unione europea[66] che, in materia, costituisce la vera guida promotrice della transizione in atto[67]. Senza questa valutazione sistematica ogni norma domestica non può essere debitamente applicata[68] con conseguente rischio di violazione di principi europei vincolanti lo stesso legislatore[69]. Al riguardo, risulta paradigmatica la vicenda dell'approvazione da parte della Commissione europea del decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica in materia di incentivi alla diffusione di forme di autoconsumo di energia da fonti rinnovabili[70]. L'iter del

63 Sull'interpretazione condotta dai giudici in un'ottica di fonti operanti a diversi livelli v. Rolli, R.: *Il diritto privato nella società 4.0*, Cedam, Padova, 2021, p. 5 ss.

64 In argomento v., fra gli altri, Lipari, N.: "Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto", *Jus Civile*, 2016, p. 1153 ss. e Vettori, G.: "La giurisprudenza come fonte del diritto privato", *Pers. merc.*, 2017, p. 137 ss.

65 Il ruolo della giurisprudenza nella realizzazione di una cultura giuridica attenta a coniugare la dimensione nazionale con quella dell'Unione europea e del Consiglio di Europa è fondamentale. Il principio di leale collaborazione tra gli organismi preposti all'amministrazione della giustizia ne rappresenta un momento fondamentale determinando processi di osmosi tra ordinamento europeo e ordinamento domestico. In argomento, v. Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 9 ss. La necessità di rispettare il diritto comunitario determina importanti conseguenze sui giudici nazionali che hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme europee "disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale". Così con giurisprudenza costante si pronuncia la Corte di Giustizia. V. Corte giust., 9 marzo 1978, c. 106/77, Simmenthal, EU:C:1978:49, punti 17, 21 e 24; Corte giust., 6 marzo 2018, c. 52/16 e c. 113/16, SEGRO e Horváth, EU:C:2018:157, punto 46 e Corte giust., Grande Sezione, 4 dicembre 2018, c. 378/17The Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána, EU:C:2018:979, punto 35.

66 In argomento v. Ruggeri, L.: "Consumatore", cit., p. 3306 ss.

67 In argomento Di Cerbo, L.: "Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune", *Giur. it.*, 2023, p. 2769 ss.

68 In argomento v. Napolitano, G.: "La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano", *Federalismi*, 2012, p. 13 ss.

69 Il rispetto delle norme dell'Unione europea è un obbligo per i giudici, ma anche per le Autorità regolatorie del mercato al punto che il giudice o l'autorità, ma anche un organismo che svolge la funzione di risolvere le controversie del mercato energetico in una controversia tra privati non può invocare la tutela del legittimo affidamento per applicare una norma di diritto nazionale contraria ai principi generali stabiliti da una direttiva UE. Sul punto v. le conclusioni dell'Avvocato generale Evgeni Tanchev del 22 maggio 2019, c. 236/18, GRDF SA c. Eni Gas & Power France SA, Direct énergie, Commission de régulation de l'énergie, Procureur général près la cour d'appel de Paris.

70 Per un approfondimento v. https://www.mase.gov.it/comunicati/energia-libera-di-bruxelles-allincentivo-le-comunita-energetiche-rinnovabili.

provvedimento è stato connotato da un delicato dialogo tra Governo italiano e Commissione europea snodatosi per mesi alla ricerca di una compatibilità degli incentivi in tariffa e dei contributi a fondo perduto con il divieto di aiuti di Stato[71] e, più in generale, con il principio di concorrenza. In un contesto quale quello delle energie rinnovabili l'individuazione dello statuto normativo della comunità non può che beneficiare di soluzioni conformi al diritto europeo. In questo senso preziosa è l'opera svolta dalle corti domestiche nello sviluppo di soluzioni giurisprudenziali che orientino quanti desiderano costituire comunità energetiche. L'ancor basso numero di comunità energetiche attive[72] nonostante gli ingenti finanziamenti pubblici e privati, testimonia quanto sia importante il ruolo della legge: soltanto sviluppando letture unitarie e sistematiche delle fonti normative che a vario livello governano le comunità energetiche si potranno elaborare soluzioni giuridiche appropriate che possano supportare la transizione energetica in modo adeguato.

71 La nozione di aiuto di Stato e la sua compatibilità con il principio di concorrenza in materia di energia è stata al centro di una controversia che ha visto contrapposta l'Austria, ostile alla concessione di aiuti di stato per impianti di energia nucleare e la Commissione europea. Per una approfondita disamina del concetto di aiuto di stato quale emerge dalla giurisprudenza della Corte in tale ambito v. Conclusioni dell'Avvocato generale Gerard Hogan, 7 maggio 2020, c. 594/18 P, Repubblica d'Austria c. Commissione europea.

72 In base ai dati resi noti a giugno 2023 dall'Osservatorio ENEA sulle CER le comunità energetiche attive sul territorio italiano sono soltanto 17 a fronte di 37 gruppi di autoconsumo collettivo (ad es. condomini o centri commerciali). Per approfondimenti v. https://www.media.enea.it/comunicati-e-news/archivio-anni/anno-2023/energia-da-enea-un-osservatorio-per-promuovere-le-comunita-energetiche-rinnovabili.html#nota1. Il rapporto Legambiente del 2022 censisce 41 comunità energetiche. Il rapporto è consultabile al seguente link: https://www.legambiente.it/comunicati-stampa/legambiente-presenta-comunita-rinnovabili-2022/.

BIBLIOGRAFIA

Ammannati, L.: "La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato", *Energia, ambiente, innovazione*, 2018, n. 2, p. 86 ss.

Balestra, L.: "Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici", *Giur. it.*, 2023, p. 2772 ss.

Ballerini, G.: "Spunti problematici su sostenibilità, modifiche alla Costituzione italiana e Proposta di Direttiva europea sulla dovuta diligenza", *Studium iuris*, 2022, p. 999 ss.

Barcellona, E.: "La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism", *Rivista delle Società*, 2022, p. 1 ss.

Buonfrate, A.: "Ambiente, economia, società, governance: l'epoca delle grandi trasformazioni", in *Trattato breve dello sviluppo sostenibile* (a cura di A. Buonfrate e A. Auricchio), Cedam, Milano, 2023, p. 18.

Capelli, V.: "Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1202 ss.

Cappelli, V.: "Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche", *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 381 ss.

Castelli, A.: "CER e disciplina regionale: la Corte costituzionale traccia i limiti", *Ambiente & Sviluppo*, 2023, p. 675 ss.

Caterini, A.E.: "A Bottom-Up Financial Strategy for a Sustainable Society", *Italian L. J.*, 2023, p. 57 ss.

Cocco, A.: "The Role of Energy Communities in the Energy Transition", *Italian L. J.*, 2022, p. 509 ss.

Codazzi, E.: "Scopo di lucro e di beneficio comune nel passaggio da società non benefit a società benefit", *Orizzonti dir. comm.*, 2021, p. 1243 ss.

Cuocolo, L.: "Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità", in AA.VV.: *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili*

applicativi (a cura di L. Cuocolo, P.P. Giampellegrini e O. Granato), Egea Editore, Milano, 2023, p. 45 ss.

D'Ambrosio, M.: "Scopo ideale e lucratività: frammenti di una questione aperta", in AA.VV.: *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 255 ss.

De Luca, P.: "La risposta dell'Europa alla guerra in Ucraina", *Comparazione e diritto civile*, 2023, p. 223 ss.

Del Prà, A.: "Sostenibilità e divieto di intese restrittive della concorrenza alla luce della recente normativa europea", *Nuove leggi civ. comm.*, p. 736 ss.

Di Cerbo, L.: "Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune", *Giur. it.*, 2023, p. 2769 ss.

Di Sarli, M.: "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese: una risoluzione del Parlamento Europeo", *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2021, n. 9, p. 1555 ss.

Donati, F.: "La proposta di riforma del mercato dell'energia elettrica dell'Unione europea", *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, p. 2 ss.

Favaro, T.: *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, Cedam, Padova, 2020, p. 119 ss.

Favilli, C.: "Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche", *Resp. civ. prev.*, 2023, n. 2, p. 385

Fusaro, A.: *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2022

Giobbi, M. e Ruggeri, L.: "Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale", *Actualidad jurídica iberoamericana*, p. 340 ss.

Giobbi, M.: *Il consumatore energetico nel prisma del nuovo quadro regolatorio italo-eurounitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021

Granato, O.: "Il partenariato pubblico privato nelle CER", in AA. VV.: *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi* (a cura di L. Cuocolo, P.P. Giampellegrini e O. Granato), Egea Editore, Milano, 2023, p. 63 ss.

Guarascio, C.: "GreenEssence. La sostenibilità come motore del cambiamento economico. Il caso delle benefit corporation in Italia", in *Cambiamenti globali e*

sostenibilità (a cura di L. Montesanti), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 73 ss.

Krug, M.; Di Nucci, M.R.; Schwarz, L.; Alonso, I.; Azevedo, I.; Bastiani, M.; Dyląg, A.; Laes, E.; Hinsch, A.; Klāvs, G. et al.: "Implementing European Union Provisions and Enabling Frameworks for Renewable Energy Communities in Nine Countries: Progress, Delays, and Gaps", *Sustainability*, 2023, vol. 15, p. 8861

Lipari, N.: "Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto", *Jus Civile*, 2016, p. 1153 ss.

Lombardi, R.: *Energie rinnovabili e diritto privato. Strumenti negoziali e tutela dell'ambiente verso la nuova transizione energetica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 155 ss.

Maltoni, M.: "La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità", www.fondazionenotariato.it

Marasà, G.: "Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit", *Orizzonti dir. comm.*, 2017, p. 2 ss.

Marasà, G.: *I contratti associativi a dodici anni dalla riforma del diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2015

Meli, M.: "Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi", *Giur. it.*, 2023, p. 2761 ss.

Moliterni, A.: "Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente", *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, n. 1, p. 4 ss.

Napolitano, G.: "La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano", *Federalismi*, 2012, p. 13 ss.

Passalacqua, M.: "Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato intervento dello Stato nell'economia", *Merc. conc. reg.*, 2021, n. 1, p. 61 ss.

Pepe L.M.: "Exploring the Possibility of Energy Justice in Italy", *Italian L. J.*, 2022, p. 192 ss.

Perlingieri, P.: "Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità Economica Europea all'Unione Europea", in *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), IV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Rende, 2009, p. 7 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, II, Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020

PERLINGIERI, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008

QUARTA, A.: "Il diritto dei consumatori ai tempi della 'peer economy'. Prestatori di servizi e 'prosumers': primi spunti", *Eur. dir. priv.*, 2017, n. 2, p. 667 ss.

RASCIO, G.A.: "L'oggetto delle società benefit", *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 462 ss.

ROBERTS, J.: "What energy communities need from regulation", *European Energy Journal*, 2019, vol. 8, p. 13 ss., p. 14 ss.

ROLLI, R.: *Il diritto privato nella società 4.0*, Cedam, Padova, 2021

RUGGERI, L.: "Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio Europeo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, n. 16 bis, p. 3306 ss.

RUGGERI, L.: "Legislative Policies and Jurisprudence on Climate Change: New Tools for Removing the Barriers to New Forms of Energy Consumption", in *Needs and Barriers of Prosumerism in the Energy Transition Era* (a cura di L. RUGGERI), Dykinson, Madrid, 2021, p. 98 ss.

RUGGERI, L.: "Which Law for Transition? The Market and the Person in a prism of Sustainability", in *Making Production and Consumption Sustainable. A Global Challenge for Legislative Policies* (a cura di L. RUGGERI e K. ZABRODINA), SGEM Publisher, Wien, 2023, p. 37 ss.

SALUZZO, S.: "La corsa al sostegno della transizione energetica: verso una nuova politica industriale europea?", *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, p. 169 ss.

VECCHIO, G.: *Le istituzioni della sussidiarietà. Oltre la distinzione tra pubblico e privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022

VETTORI, G.: "La giurisprudenza come fonte del diritto privato", *Pers. merc.*, 2017, p. 137 ss.

ZABRODINA, K.: "Il rapporto tra pubblico e privato nella rinnovata formula legislativa dell'art. 55 c.t.s.: verso il recupero dell'attività amministrativa per «accordi»?", *Rass. dir. civ.*, p. 636 ss.

Zillman, D.; Roggenkamp, M.; Paddock, L. e Godden, L.: "How echnological and legal innovation are transforming energy law", in *Innovation in energy law and technology: dynamic solutions for energy transitions* (a cura di D. Zillman, M. Roggenkamp, L. Paddock e L. Godden), Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1 ss.

Zoppini, A.: "Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici", *Orizzonti dir. comm.*, 2017, p. 5 s.

Zuccarino S., "Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione del contratto", *Ann. Sisdic*, 2022, p. 70 s.

Zuccarino, S.: "Il principio dello sviluppo sostenibile all'interno del framework europeo. Dal New Green Deal alla tassonomia delle attività sostenibili", in *Produzione e consumo sostenibili tra politiche legislative e prassi adattive* (a cura di L. Ruggeri e A.E. Caterini), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 58 ss.

MIGRAZIONI AMBIENTALI E ORDINAMENTO NAZIONALE. QUALI STRUMENTI DI TUTELA?

ENVIRONMENTAL MIGRATION AND NATIONAL LAW. WHICH INSTRUMENTS OF PROTECTION?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1246-1287

Ruggero
PICONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Il saggio mira ad indagare le forme di tutela giuridica, specialmente di matrice nazionale, di cui possono fruire coloro i quali siano costretti ad abbandonare il proprio Stato di origine per motivi legati al fattore ambientale. In assenza di una normativa esplicitamente riferita a tale categoria di migranti, l'elaborato si prefigge l'obiettivo di vagliare la possibilità di interpretare estensivamente le disposizioni esistenti e rilevanti sul tema, offrendo un'interessante prospettiva sull'operatività del principio di "non-refoulement" in materia.

PALABRAS CLAVE: Migrazioni ambientali; cambiamento climatico; vulnerabilità; rimedi nazionali; principio di non-refoulement.

ABSTRACT: *The paper aims at investigating the forms of legal protection, especially of national matrix, that can be enjoyed by those who are forced to leave their Country of origin because of reasons strictly connected to environmental factors. In the absence of explicit provisions regarding this specific category of migrants, the essay sets the objective of considering the possibility of extensively interpreting the existing and relevant dispositions, offering as well an interesting perspective regarding the operativity of the non-refoulement principle on the matter.*

KEY WORDS: *Environmental migrations; climate change; vulnerability; national remedies; principle of non-refoulement.*

SUMARIO.- I. CENNI INTRODUTTIVI.- 1. Premesse terminologiche.- 2. La teoria del "social paradigm" e il necessario approccio relativistico.- II. NORMATIVA VIGENTE E TIPOLOGIE DI TUTELA.- III. PROTEZIONE TEMPORANEA.- IV. PROTEZIONE COMPLEMENTARE.- 1. Il permesso di soggiorno per calamità.- 2. Il permesso per protezione speciale e il principio di non–refoulement.- 3. Principio di non respingimento e divieto di trattamenti inumani o degradanti.- A) (segue): possibili scenari di tutela - la teoria della causa predominante.- B) (segue): possibili scenari di tutela - la teoria dell'approccio sui generis.- V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. CENNI INTRODUTTIVI.

Quando ci si accinge ad analizzare un tema delicato e sempre più attuale[1] come quello dello status giuridico dei migranti ambientali, occorre non cadere nell'errore di assumere un approccio di tipo atomistico, che non consideri cioè l'insieme dei fattori e delle contingenze che possono assumere rilevanza in concreto. Ciò è in prima battuta imposto da una lettura evolutiva delle categorie giuridiche, che permette di adattare il diritto positivizzato (magari anche in tempi non recenti) alla realtà, al presente. Il giurista non è (e non può essere), specialmente al giorno d'oggi, un automa[2] che si limita a esternare la volontà di un legislatore in alcuni casi ormai defunto. E quanto detto è tanto più vero se si considera, da un lato, che nemmeno la più generale delle disposizioni potrebbe essere in grado di ricomprendere all'interno del suo astratto spettro applicativo, *sic et simpliciter*, ogni fattispecie che potenzialmente potrebbe rientrarvi in concreto attraverso un apporto critico offerto dall'operatore del diritto; dall'altro, che i problemi di un tempo non sono gli stessi di quelli di oggi: essi impongono la ricerca di nuove soluzioni.

1 Già nel 2015, in una comunicazione ufficiale, la Commissione europea evidenziava come il cambiamento climatico dovesse essere ritenuto una causa diretta, al pari di guerre e povertà, della migrazione (cfr. Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 3.5.2015 COM(2015) 240. L'attualità del fenomeno è resa ancora più evidente dalle previsioni (non confortanti) offerte da diversi studiosi in relazione alla possibile incidenza delle migrazioni ambientali entro il 2050. In questa cornice temporale, infatti, si afferma che i cambiamenti climatici potrebbero indurre tra i 200 e i 250 milioni di soggetti a migrare: cfr. Wyman, K.M.: "Responses to climate migration", *Harvard environmental law review,* 2013, num. 37, pp. 168 ss. Per ulteriori previsioni offerte da organismi differenti, quali l'UNEP, l'UNHCR e l'OHCHR, si veda Perrini, F.: "Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di cassazione", *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, num. 2, p. 358. Peraltro, non ci si può esimere dal dare conto di quegli studi che mettono in luce la difficoltà di formulare delle supposizioni effettivamente attendibili; difficoltà che deriverebbe da una molteplicità di fattori: da un lato, l'incertezza "scientifica" circa l'impatto oggettivo del cambiamento climatico (White, G.: *Climate change and migration: security and borders in a warming world*, Oxford University Press, 2011, p. 138); dall'altro, l'ignoranza con riguardo alla capacità dei diversi contesti sociali di adattarsi a tali cambiamenti climatici (Naser, M. M.: "Climate Change, Environmental Degradation, and Migration: A Complex Nexus", *36 William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 2012, num. 36, pp. 755 ss.).

2 Esemplificativo, in tal senso, è l'insegnamento, con riferimento al potere giudiziario, di Montesquieu, C.L.: *De l'Esprit des lois,* L. XI c. VI, pp. 396-397.

• Ruggero Picone
Dottorando di ricerca in Diritto Privato, Università Lumsa (Italia). E-mail: r.picone@lumsa.it

In presenza di un quadro normativo ancora non rispondente alle esigenze recentemente emerse – come quella di protezione dei migranti "ambientali" -, un ruolo di primo piano potrebbe essere in tal senso ricoperto dagli studiosi del diritto, i quali, pur dovendosi muovere nell'ambito del sentiero tracciato dalla legge[3], sono chiamati a interrogarsi circa la configurabilità di espedienti che possano quanto meno tamponare questo difetto nelle more dell'elaborazione di una risposta di sistema più organica. Per altro verso e in seconda battuta, una lettura estensiva del diritto vigente, attenta ai bisogni che via via affiorano in una società sempre più interconnessa e fluida, è imposta, prima ancora che dall'ordinamento Europeo e internazionale[4], dalla Costituzione italiana stessa, laddove al suo art. 2 è sancito il principio di solidarietà, che pone quale fulcro del sistema ordinamentale l'uomo in quanto persona[5]. L'importanza di considerare la dignità di quest'ultima quale stella polare nell'interpretazione della legislazione vigente permette, in un'ottica teleologica, di superare una serie di ostacoli apparentemente insormontabili[6]. Nel presente contributo, sarà proprio la valutazione circa la possibilità di interpretare estensivamente alcune norme, tanto di diritto nazionale quanto di diritto europeo e internazionale, a rappresentare il file rouge che auspicabilmente condurrà a una risposta (ma certamente non definitiva) all'interrogativo circa le forme di tutela (e gli eventuali relativi presupposti applicativi) di cui possono fruire in Italia coloro i quali scappano dai propri Paesi nativi per ragioni legate alla degradazione climatica.

1. Premesse Terminologiche.

Le difficoltà nell'affrontare questo tema sono anzitutto dettate dalla mancanza di una definizione univoca e condivisa per qualificare quella sotto-tipologia di migranti[7] che si sposta oltre i confini del proprio Stato per ragioni legate al "fattore ambientale". La locuzione appena adoperata non risulta casuale; al contrario, per la genericità che la connota, essa si presta a ricomprendere al suo interno una pluralità di situazioni distinte, ciascuna delle quali richiede un diverso studio e una diversa soluzione. Senza pretese di esaustività, ai fini del presente contributo

3 Con tale espressione si fa riferimento a un concetto ampio di fonte normativa, comprensivo tanto di strumenti nazionali quanto europei e internazionali.

4 Il cui imprescindibile contributo, peraltro, è mirabilmente sottolineato da Ruggeri, A.: "Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà", *Diritto, immigrazione. e cittadinanza.,* 2019, num. 2, p. 4.

5 L'importanza della dignità umana all'interno del sistema ordinamentale impone di riconoscere "ad ogni norma costituzionale sui diritti di libertà, e quindi anche all'art. 2 Cost., la possibilità di essere assoggettata alla più ampia interpretazione estensiva"; così, Baldassarre, A.: "Diritti inviolabili", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica*, XI, Treccani, Roma, 1989.

6 Sul tema, tra i vari contributi, si veda Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972. L'importanza del principio di dignità è ribadita da Ruggeri, A.: "Cittadini, immigrati e migranti", cit., 4..

7 Con riferimento alla "scomposizione" del più ampio termine "human mobility", si veda Garlick, M., Michal, I.: "Human mobility, rights and international protection: responding to the climate crisis", *Forced Migration Review*, 2022, vol. 69, p. 61.

appare opportuno circoscrivere l'ambito di indagine, concentrandosi su due principali chiavi di lettura[8].

Per un verso, occorre analizzare la componente "soggettiva" di tale forma di migrazione, ossia quello che potrebbe definirsi il margine di scelta degli individui: si tratta di una decisione che, seppur veicolata dal deterioramento ambientale, resta nella sfera di discrezionalità e libertà dei singoli? Oppure dovrebbe considerarsi una scelta "imposta" da condizioni di vita talmente avverse da non permettere di condurre un'esistenza dignitosa nei Paesi di origine?

Per altro verso, ma strettamente collegato alla prima questione, si colloca l'esame delle cause (oggettive) che conducono all'insorgere di situazioni di vita insostenibili. L'analisi di tali ragioni, infatti, permette di proiettarsi in un'ottica rimediale, vagliando le possibili risposte a ciascun fattore di rischio.

Con riferimento al primo profilo, dirimenti appaiono le considerazioni di parte della dottrina[9] che, muovendo da una lettura sostanziale del tema, pone l'accento sulla effettiva impossibilità per i migranti ambientali di rimanere nel proprio Paese di origine senza rischi per la propria sopravvivenza dignitosa. La necessità che determinerebbe la migrazione, in questi casi, deriverebbe da una concreta privazione dei diritti fondamentali di un determinato gruppo di persone e la soluzione, unita all'incapacità del sistema ordinamentale di sua provenienza di farvi fronte, non potrebbe essere altra che quella di chiedere asilo in una diversa nazione.

Con riguardo, invece, alle cause collegate al fattore ambientale che possono indurre alla migrazione, esse si sogliono suddividere in molteplici sotto-categorie[10]. In questo contributo si lasceranno volutamente da parte talune di queste, convogliando piuttosto l'attenzione del lettore sulle sole ipotesi di sudden-onset

8 Per una classificazione delle diverse sfaccettature del fenomeno migratorio legato a fattori ambientali, cfr. Stojanov, R.: "Environmental factors of migration", in AA.VV.: *Development, Environment and Migration. Analysis of Linkages and Consequences* (a cura di R. Stojanovic, J. Novask), Palacky University, Olomouc, 2008, pp. 133-138 (come richiamato da Castiglione, M.: *La problematica ricostruzione di un regime di protezione internazionale per i migranti ambientali*, Tesi di dottorato di ricerca, Università di Pisa, 2018, pp. 8-9).

9 Betts, A.: "State fragility, refugee status and "survival migration", *Forced Migration Review*, 2013, vol. 43, pp. 2-6; Pan, E.: "Reimagining the climate migration paradigm: bridging conceptual barriers to climate migration responses", *Environmental Law*, 2020, vol. 50, p. 1185; Giacomelli, E.: *Panicocene. Narrazioni su cambiamenti climatici, regimi di mobilità e migrazioni ambientali*, FrancoAngeli, Milano, 2023, pp. 7-8.

10 Ci si riferisce ai "sudden-onset natural hazard" (calamità naturali improvvise come cicloni, terremoti ecc); slow-onset environmental degradation (ossia fenomeni in cui vi è un lento ma progressivo deterioramento dell'ambiente, come l'aumento delle temperature, la desertificazione di certe aree geografiche, la perdita di biodiversità ecc.; cfr. van der Geest, K., Van den Berg, R.: "Slow-onset events: a review of the evidence from the IPCC Special Reports on Land, Oceans and Cryosphere", *Current Opinion in Environmental Sustainability 2021*, 2021 num. 50, pp. 109–120, *www.sciencedirect.com)*; progetti di sviluppo territoriale che comportano cambiamenti nell'ambiente; ipotesi di disastri infrastrutturali o industriali; conseguenze ambientali dovute a conflitti (cfr. Kalin, W.: "Conceptualising Climate-Induced Displacement", in AA.VV.: *Climate change and displacement: multidisciplinary perspectives* (a cura di J. McAdam), Hart Publishing, 2010, pp. 81 ss.).

natural hazard e di slow-onset environmental degradation. Ipotesi che, a parer di chi scrive, non sembrano rappresentare necessariamente due alternative opposte e inconciliabili. Diversi studi recentemente condotti mirano infatti a dimostrare come i secondi (gli slow-onset events) ben possono contribuire alla causazione dei primi (i sudden-onset events)[11]. Tale aspetto, che potrebbe apparire secondario, costituisce un importantissimo punto di partenza per qualsivoglia successiva considerazione in tema di migrazioni ambientali e, soprattutto, in tema di riconoscimento di una qualche forma di protezione per gli appartenenti a questa categoria. Se si ammette, infatti, che il cambiamento climatico di origine antropica, estrinsecantesi nella slow-onset environmental degradation, può rappresentare la causa di catastrofi naturali improvvise come terremoti, tsunami e cicloni, si potrebbe tentare di ricomprendere nell'alveo dei beneficiari di tutele (tanto nazionali quanto sovranazionali) anche chi da quest'ultimo tipo di calamità fugge[12]. Per comprendere appieno tale ultimo passaggio, sembra opportuno svolgere un'ulteriore premessa terminologica. Con la locuzione "migranti ambientali" si suole descrivere una categoria ampia di soggetti, al cui interno si possono distinguere anche i migranti climatici, ossia quei soggetti che si allontanano dal Paese in cui sono stanziati a causa delle condizioni di vita insostenibili dovute, appunto, ai cambiamenti climatici[13]. Ammettere, attraverso un'analisi statistica

11 Per ulteriori studi sul punto si veda, nel prosieguo del presente scritto, la nt. 106.

12 Sul punto si veda *infra*, par. 4.2.

13 Ma non si ha unanimità di vedute circa il lessico più corretto da utilizzare per riferirsi a tali soggetti. La nomenclatura utilizzata varia dalla più generica, come "migranti ambientali, migranti ecologici" (o "ecomigranti", si veda Wood, W.B.: "Ecomigration: Linkages between Environmental Change and Migration", in AA.VV.: *Global Refugees. Problems and Solutions* (a cura di A. Zolberg, P.M. Benda Berghahn), Berghahn, New York, 2001, pp. 42 ss) e "migranti climatici" (Zetter, R.: "Mutamento ambientale e spostamento di popolazioni: i nuovi rifugiati?", in *Focus sulle migrazioni. Tre convegni del Gruppo GUE/NGL*, 2015, Milano, pp. 81 ss) a quella connotata da una maggiore "colorazione emergenziale", come "rifugiati climatici" (Myers, N. *Esodo ambientale. Popoli in fuga da terre difficili*, Edizioni Ambiente, 1999, p. 18), "rifugiati ambientali" (Nespor, S.: "I rifugiati ambientali", *Federalismi.it*, 21 febbraio 2007), "migranti forzati dell'ambiente", "ecoprofughi" (Calzolaio, V.: *Ecoprofughi. Migrazioni forzate di ieri, di oggi, di domani*, NDA Press, 2010). Occorre, poi, tenere presente l'importante distinzione tra migranti e sfollati ambientali (cfr. "Migration, Environment, and Climate Change: Evidence for Policy (MECLEP): Glossary", IOM, 2014, p 13). Per quanto attiene alle definizioni, è da attribuire a Lester Brown l'ideazione del termine "rifugiato ambientale" (Brown, McGrath, Stokes, *Worldwatch Paper 5, Twenty-two Dimension of the Population Problem*, Worldwatch Institute, Washington DC, 1976). Banini, N.: *Rifugiati ambientali. I cambiamenti climatici come causa delle migrazioni*, Tesi di Dottorato di Ricerca, Università Luiss, 2020, pp. 37-38, sottolinea come queste riflessioni fossero anche in parte veicolate dalla diffusione, in quel periodo, degli scritti neomalthusiani, il cui oggetto principale consisteva nel mettere in luce lo stretto rapporto (inversamente proporzionale) tra sovrappopolazione e qualità di vita: al crescere della prima diminuirebbe la seconda. Tuttavia, sarà con il prof. El-Hinnawi, E.: "Environmental refugees", in AA.VV.: *Environmental Refugees*, UNEP, Nairobi, 1985, p. 4 che si avrà una prima definizione di "rifugiati climatici", da intendersi come "gli individui costretti a lasciare il loro habitat tradizionale, in via temporanea o definitiva, a causa di un grave sconvolgimento ambientale che ha messo in pericolo la loro esistenza e/o ha gravemente influito sulla qualità della vita". Lo scetticismo di alcuni autori nei confronti dell'utilizzo di espressioni qualificate come "atecniche" - quali "rifugiati" ambientali - può evincersi in Lanni, A.: *Esistono i "rifugiati climatici"?* in UNHCR. Ad avviso di chi scrive sarebbe forse opportuno, prima ancora di interrogarsi sulla più adeguata etichetta per descrivere chi fugge dal fenomeno del cambiamento climatico, chiedersi se tale fenomeno sia correttamente definito. In questo senso, il giornale "The Guardian" ha suggerito di sostituire l'espressione "climate change" con "climate emergency" o "climate crisis" (Zeldin-O'Neill, S.: "It's a crisis, not a change": the six Guardian language changes on climate matters", 16 ottobre 2019). Effettivamente, qualificare con parole quali "emergenza" o "crisi" la situazione climatica attuale permetterebbe un utilizzo più ampio del termine "rifugiati". C'è poi chi evidenzia un ulteriore profilo problematico collegato alla locuzione "rifugiato climatico": la difficoltà di individuare nei cambiamenti climatici l'unica ragione che conduce alla scelta di

dei dati in possesso della comunità internazionale, che l'aumento in concreto di calamità naturali in certe zone del globo può eziologicamente dipendere dal cambiamento climatico dovuto all'azione dell'uomo significa, in altri termini, dividere (almeno in concreto) la categoria dei migranti ambientali in soltanto due macro-tipi: migranti per ragioni climatiche[14] e migranti per ragioni "politiche"[15]. I due piani non sarebbero così del tutto distinti, derivando entrambi dalle scelte e dall'azione dell'uomo, seppur comportando conseguenze ed effetti parzialmente differenti tra loro.

2. La teoria del "social paradigm" e il necessario approccio relativistico.

Alla luce della cornice fin qui delineata, appare chiaro che la "variabile umana" assume due importanti ruoli all'interno del fenomeno migratorio originato da ragioni climatiche: uno a monte e uno a valle. Da un lato, ci si riferisce alle cause delle migrazioni (come ad esempio l'aumento della temperatura o lo sfruttamento incondizionato delle risorse naturali)[16]; dall'altro, si ha riguardo alle conseguenze del cambiamento climatico, che appaiono acquisire una diversa incidenza sulle popolazioni[17] – ma anche fra gruppi diversi di una stessa popolazione – a seconda sia della specifica conformazione del territorio in cui tali genti risiedono sia delle scelte politiche da ciascuno Stato adottate per far fronte al problema[18].

Con riferimento al primo aspetto non è più dubitabile che l'attività umana, estrinsecatasi in un progresso insostenibile che ha avuto il suo avvio a partire dalla prima rivoluzione industriale[19], abbia contribuito – per non dire "causato" – all'esacerbarsi delle problematiche ambientali legate al clima. Non a caso, la rilevanza dell'impatto dell'attività dell'uomo sul Pianeta ha condotto alla coniazione

migrare (Quagliarotti, D. A.L.: "Processo di desertificazione e profughi ambientali nei paesi del bacino del Mediterraneo", in *CNR Ismed*, 2011. In tema, infine, appare interessante il contributo di Piguet, E.: "Climate change and forced migration", *New Issues in Refugees Resaerch*, 2008, num. 153.

14 Categoria idonea a comprendere al suo interno, sempre a seguito di un giudizio condotto in concreto sulla base delle circostanze del caso, sia i "sudden-onset events" che gli "slow-onset events".

15 In quest'ultima categoria rientrerebbero, al di là di coloro i quali sarebbero costretti a fuggire dal proprio territorio per disastri legati all'opera umana (come ad esempio in caso di compromissione dell'ambiente dovuta alla produzione di scorie radioattive all'esito di attività industriale espressamente consentita dalle autorità competenti), anche i soggetti che non riescono più a vivere nell'area in cui sono stanziati per via di scelte governative, come ad esempio quella di deviare un fiume o di erigere una diga.

16 Quagliarotti, D. A.L.: "Processo di desertificazione", cit., p. 74, identifica la pressione umana sulle risorse quale "l'elemento che maggiormente incide sul processo di desertificazione".

17 Con riguardo alla più circoscritta ipotesi di disastri ambientali cd. "sudden-onset natural hazard", O'Keefe, P., Westgate, K., Wisner, B.: "Taking the naturalness out of natural disasters", *Nature*, 1976, vol. 260.

18 Sul punto, l' Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate change 2007: Impacts, adaptation and vulnerability*, cit., 187, ha affermato che "The socio-economic impacts of droughts may arise from the interaction between natural conditions and human factors, such as changes in land use and land cover, water demand and use. Excessive water withdrawals can exacerbate the impact of drought".

19 Per un approfondito studio sull'origine del cambiamento climatico antropogenico, ricollegato alla rivoluzione industriale intervenuta nel XIX secolo, può consultarsi: Abram, N. J., McGregor, H. V., Tierney, J. E. (*et al*): "Early onset industrial-era warming across the oceans and continents", *Nature*, 2016, vol. 536, pp. 411-418.

del termine "antropocene"[20], proprio per descrivere la nuova era geologica contrassegnata dal ruolo che in essa riveste il genere umano. Con riguardo, invece, al secondo profilo, diversi studi testimoniano come il cambiamento climatico assuma una connotazione e una portata differenti a seconda dell'ambiente su cui esso incide[21]. D'altronde è la stessa storia di alcune civiltà del passato a testimoniare l'impossibilità di considerare i fenomeni climatici come equivalenti in ogni parte del globo, avendo gli stessi rivestito un ruolo da protagonisti talvolta nello sviluppo, talaltra nella definitiva decadenza, di intere civiltà [22].

Se, però, eventi siffatti erano da considerarsi fisiologici in relazione alle epoche passate, oggi vanno reputati quali sintomi patologici dell'attività umana. A riprova di ciò si collocano i dati raccolti dalla comunità scientifica. L'attività umana di tipo industriale[23], secondo alcuni studi, "avrebbe causato circa 1,0° C di riscaldamento globale sopra i livelli preindustriali, con un probabile intervallo da 0,8°C a 1,2°C"[24]. È dunque inequivocabile che "l'influenza umana abbia riscaldato l'atmosfera, gli oceani e le terre, favorendo dei cambiamenti più rapidi che hanno interessato queste componenti"[25]. Allo stesso modo, come detto, è innegabile che, almeno in prima battuta, le conseguenze scaturenti sul clima per via dell'attività umana

20 Il termine è per la prima volta utilizzato all'inizio degli anni '80 del secolo scorso da F. Stoermer. Esso tuttavia troverà formale riconoscimento quasi un ventennio dopo: Crutzen, P. J., Stoermer, E. F.: "The 'Anthropocene'", *IGBP Newsletter*, 2000, vol. 41.

21 Tra tutti, si sottolinea nuovamente Abram, N. J., McGregor, H. V., Tierney, J. E. (*et al*): "Early onset industrial-era warming", cit., richiamato da Regione e ambiente, Rivista di informazione e di aggiornamento, "Il riscaldamento globale è iniziato con la rivoluzione industriale.

22 Ad esempio, si pensi alla "piccola" (se paragonata alle precedenti, come quella che interessò il globo durante il Neoproterozoico – cfr. Bussolati, M.: "La Terra palla di neve", *Focus.it*, 8 gennaio 2003) età glaciale che si abbatté sull'Europa tra il XV e il XIX secolo, che comportò "un disastro per tutti, ma non per gli olandesi del XVII secolo, che capirono come trarne profitto", ossia smettendo di coltivare il grano – eccessivamente sensibile all'abbassamento delle temperature – e concentrandosi sul foraggio per i bovini"(Saragosa, A.: "Così i cambiamenti climatici hanno cambiato anche la storia", *Ilvenerdì*, 13 maggio 2022; Manning, S. W., Kocik, C., Lorentzen, B., Sparks, J. P. "Severe multi-year drought coincident with Hittite collapse around 1198-1196 bc", *Nature*, 2023, Vol. 614, pp. 719 ss. Sulla medesima vicenda, Ricci, L.: "Quando il cambiamento climatico cancella la storia", *IlSole24ore*, 10/02/2023).

23 Trattasi del principale, ma non esclusivo, fattore causale-consequenziale del cambiamento climatico, idoneo ad avere effetti negativi su tutte le altre componenti ambientali. A tal proposito, si veda: Grover, V.I.: "Impact of Climate Change on the Water Cycle", in AA.VV.: *Managing Water Resources under Climate Uncertainty. Springer Water* (a cura di S. Shrestha, A. Anal P. Salam, M. van der Valk), Springer, 2014.

24 Hoegh-Guldberg, O., Jacob, D., Taylor, M. (*et al.*): "Impatti di 1,5°C di riscaldamento globale sui sistemi naturali e umani", in AA.VV.: *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1.5°C above Pre- Industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change* (a cura di V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H. O. Portner *et al.*), IPCC, Ginevra, pp. 175 ss. Si veda altresì Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate change 2021: The Physical Science Basis*, in AA.VV.: *Working Group I, Contribution to the sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (a cura di V. Masson-Delmotte, P. Zhai *et al.*), IPCC, Svizzera, 2021, p. 4.

25 Allarmanti appaiono anche le considerazioni in tema di riscaldamento globale – "Each of the last four decades has been successively warmer than any decade that preceded it since 1850. Global surface temperature in the first two decades of the 21st century (2001–2020) was 0.99 [0.84 to 1.10] °C higher than 1850–1900.9 Global surface temperature was 1.09 [0.95 to 1.20] °C higher in 2011–2020 than 1850–1900, with larger increases over land (1.59 [1.34 to 1.83] °C) than over the ocean (0.88 [0.68 to 1.01] °C). The estimated increase in global surface temperature since AR5 is principally due to further warming since 2003–2012 (+0.19 [0.16 to 0.22] °C)" – e di scioglimento dei ghiacciai – "Human influence is very likely the main driver of the global retreat of glaciers since the 1990s and the decrease in Arctic sea ice area between 1979–1988 and 2010–2019".

non sono le stesse in ogni parte del globo; ciò ha come ulteriore corollario logico l'impossibilità di ritenere che ciascuna popolazione risenta allo stesso modo di queste "esternalità negative". Al contrario, un assessment in tal senso non potrebbe non tenere in considerazione una moltitudine di fattori, dalla conformazione ambientale dell'area in cui i popoli risiedono al grado di progresso e "benessere" da questi raggiunto. Ecco perché l'approccio a questa così delicata tematica non può che essere relativo: uno stesso fattore può incidere in maniera differente a seconda del punto di vista che si predilige[26]. Ad assumere rilevanza ai fini della mobilità umana, pertanto, non è il cambiamento climatico in sé, bensì gli effetti – diversificati – che esso provoca sui territori. Ancor più nello specifico, a veicolare i fenomeni migratori è principalmente il grado di vulnerabilità degli Stati e delle popolazioni colpiti. Tale assunto si pone alla base del cd. social paradigm[27], una teoria che considera gli eventi climatici come fenomeno sociale[28]. In particolare, secondo questa linea di pensiero, a caratterizzare l'incidenza, più o meno negativa, del cambiamento climatico sugli Stati del mondo sarebbero proprio le scelte politiche da questi effettuate, tanto in termini di prevenzione quanto di neutralizzazione di possibili pericoli legati all'ambiente[29].

In quest'ottica, l'affacciarsi di una siffatta teoria opera una cesura con la precedente tesi, cd. dell'hazard paradigm, in base alla quale nessun ruolo sarebbe da attribuire all'attività dell'uomo nella causazione di disastri naturali; questi, infatti, costituirebbero il frutto della sola forza della natura. In altri termini, tale ultima ricostruzione tende a tralasciare o sottovalutare i fattori socioeconomici, politici e culturali che possono influenzare le decisioni migratorie e i processi di adattamento delle comunità alle sfide ambientali. Essa omette di tenere in considerazione la complessità degli elementi che contribuiscono alle migrazioni forzate legate al cambiamento climatico, come la povertà, la mancanza di accesso alle risorse, la marginalizzazione sociale e politica, il sistema sanitario di ciascun territorio e le dinamiche geopolitiche: aspetti, questi, che contribuiscono a delineare il grado di

26 Per fare un esempio estremo e paradossale ma che renda esaustivamente l'idea, si pensi a cosa accadrebbe se domani le temperature globali aumentassero di 10°C in tutto il globo. In Norvegia, dove la temperatura media è di 6,4°C, un simile aumento la condurrebbe a riportare una temperatura leggermente inferiore a quella media che si registra attualmente a Palermo, in Sicilia. Al contrario, in India, dove il clima già oscilla dai 32°C ai 40°C, si raggiungerebbero picchi di 50°C, con tutte le relative conseguenze in termini di vita animale, vegetale nonché umana.

27 Scott, M.: "Finding agency in adversity: Applying the refugee convention in the context of disasters and climate change", *Refugee Survey Quarterly*, 2016, vol. 35, pp. 26–57.

28 "Sono l'esposizione delle persone a eventi ambientali e la loro vulnerabilità i concetti chiave per determinare l'effetto reale di un evento che può variare su scala temporale e spaziale e dipendere da fattori di natura economica, sociale, geografica, demografica, culturale, istituzionale, politica e ambientale": Così Castiglione, M.: "La problematica ricostruzione", cit., pp. 34 ss.

29 Esemplificativa ai fini dell'effettiva comprensione del concetto risulta l'analisi di Ramirez, I. J., Briones, F.: "Understanding the El Niño Costero of 2017: the definition problem and challenges of climate forecasting and disaster responses", *International Journal Disaster Risk Science*, 2017, num. 8, pp. 489-492, il quale afferma come "there are a number of factors that influence the responses of governments and other stakeholders including perception of risk, *the credibility of forecasters*, *the ability of a government to engage in disaster preparedness*, and *the ability of a government to communicate to its citizens the risk involved*".

"vulnerabilità" di un determinato Paese e conseguentemente la sua resilienza nei confronti di eventi naturali avversi[30].

II. NORMATIVA VIGENTE E TIPOLOGIE DI TUTELA.

Rispetto alla rapidità con cui gli effetti del cambiamento climatico sono insorti (e continuano ad insorgere), la risposta, sociale e giuridica, appare più lenta e non in grado di tenerne il passo.

Ciò è principalmente dovuto a una molteplicità di fattori che rendono assai difficile disciplinare compiutamente il fenomeno delle migrazioni ambientali e climatiche.

Anzitutto, la questione dei rifugiati ambientali solleva complessi rilievi in merito alla giurisdizione e alla sovranità degli Stati. I Governi sono riluttanti tanto a riconoscere il problema dei rifugiati ambientali come una questione internazionale quanto ad assumersi la responsabilità di proteggere questi soggetti, poiché ciò potrebbe comportare una maggiore pressione sui loro sistemi sociali ed economici[31].

Inoltre, la creazione di una categoria giuridica specifica per i rifugiati ambientali rischia di causare un carico di lavoro aggiuntivo anche per i Tribunali e le agenzie governative, che sarebbero chiamati a valutare le richieste di asilo sulla base di nuovi criteri e di una definizione giuridica indeterminata e non ancora universalmente consolidata né condivisa.

Infine, un simile riconoscimento potrebbe anche sollevare questioni in tema di discriminazione e parità di trattamento: la categoria dei rifugiati climatici rischierebbe infatti di essere considerata come separata e distinta rispetto ad altre categorie

30 Con riferimento alla correlazione tra cambiamento climatico globale, vulnerabilità territoriale e migrazioni, si veda, tra gli altri: Grecequet, M., DeWaard, J., Hellman, J.J., Abel, G. J.: "Climate vulnerability and human migration in global perspective", *Sustainability*, 2017, num. 9, pp. 720 ss. Sul rapporto tra capacità di adattamento ai cambiamenti climatici e migrazione, è possibile altresì consultare McLeman, R. A., Hunter, L.M.: "Migration in the context of vulnerability and adaptation to climate change: insights from analogues", *Wiley Interdisciplinary Review Climate Change*, 2010, num. 1, pp. 450 ss. Infine, con riguardo al rapporto tra cambiamenti climatici e resilienza dei sistemi sanitari, Malik, S. M., Awan, H., Khan, N.: "Mapping vulnerability to climate change and its repercussions on human health in Pakistan", *Globalization and health*, 2012, num. 8, pp. 1 ss.; Ridde, V., Benmarhnia, T., Bonnet, E. *et al.*: "Climate change, migration and health systems resilience: Need for interdisciplinary research", *Taylor & Francis F1000Research*, 2022, num. 8 (sottolineando come i "climate migrants impact health systems and how their ability to respond and adapt to their needs and patterns. To date, the resilience of health systems in the context of climate change has barely been explored) "; si veda anche Ford, J. D., Berrang-Ford, L., King, M. *et al.*: "Vulnerability of Aboriginal health systems in Canada to climate change", *Global Environmental Change*, 2010, vol. 20, pp. 668 ss; Ferragina, E., Quagliarotti, D. A. L.: "Flux Migratores et Environment: Les migrants de l'environnement en Méditerranée", *Revue Tiers Monde*, 2014, vol. 218, p. 187. Riassuntiva delle posizioni sin qui esposte è Stevanato, A.: "I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?", *Corti supreme e salute*, 2023, num. 2, p. 6.

31 Sul punto, si veda la nota precedente, ove è posta in evidenza tale difficoltà in relazione ai sistemi sanitari dei Paesi che offrono accoglienza.

di richiedenti asilo. Occorrerebbe tracciare allora una sorta di identikit del tipo "rifugiato climatico" che sia universalmente accolto – aspetto, questo, reso ancor più complesso, come in precedenza evidenziato, dalla difficoltà nell'individuare delle cause standard che possono giustificare la richiesta di protezione per ragioni legate al fattore ambientale. Allo stesso tempo, peraltro, il mancato riconoscimento della specificità della situazione dei rifugiati ambientali può a sua volta condurre ad una discriminazione indiretta, con il rischio di lasciare tali individui in una condizione di precarietà e senza una effettiva protezione giuridica.

In questa cornice poco confortante, occorre interrogarsi sui vigenti strumenti giuridici, sia nazionali sia sovranazionali, che assumono (e che potrebbero assumere) un ruolo dirimente al fine della configurazione di una tutela effettiva anche per questi soggetti.

Muovendo dai primi e avendo riguardo alla disciplina italiana sul tema, occorre dar conto dell'evoluzione normativa che si è recentemente verificata e che è sfociata, da ultimo, nel decreto legge n. 20 del 2023[32]. File rouge delle modifiche legislative che ci si accinge a descrivere è l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nel regolamentare tanto l'ingresso quanto il soggiorno degli stranieri nella Penisola; discrezionalità riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, seppur con alcune precisazioni[33]. Sottile è lo spazio che già di per sè separa la discrezionalità dall'arbitrio; ancor meno marcato esso risulta quando, nell'ambito di un arco di tempo non poi così lungo[34], le politiche su una determinata materia – quale, nel caso in oggetto, l'immigrazione – promosse dai governi che si succedono appaiono tra loro antitetiche[35].

La normativa italiana concernente la condizione giuridica dello straniero non appartenente all'Unione Europea, basata sull'art. 10 comma 3 della Costituzione, ha trovato una disciplina organica all'interno del d. lgs. 286/1998. Diverse sono state le disposizioni che, successivamente, hanno interessato profili specifici della materia, modificandola o integrandola. Ad oggi è possibile suddividere le forme di

32 Convertito nella legge n. 50 del 5 maggio 2023. Si tratta del cd. decreto "Cutro", così denominato (anche) per via della tragedia verificatasi poco tempo prima (il 26 febbraio 2023) proprio a Cutro (Calabria), in occasione della quale 94 migranti sono venuti a mancare a causa del naufragio della barca sulla quale tentavano di raggiungere le coste italiane.

33 Tale "libertà", infatti, "incontra, tuttavia, i limiti segnati dai precetti costituzionali e, per essere in armonia con l'art. 3 Cost., occorre che sia conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza". Tra le altre, C. cost., 2 luglio 2012, n. 172, p.to 7.1 in diritto. Si vedano anche C. cost., 17 maggio 2006, n. 206, p.to 4 in diritto; C. cost., 23 giugno 1994, n. 62, p.to 3 in diritto, tutte consultabili al sito *www.cortecostituzionale.it*.

34 Al di là della disciplina sul tema antecedente al 2018 – di cui si darà presto conto – ci si sta riferendo nello specifico all'intervallo 2018-2023, nel quale si sono succeduti ben tre tra decreti legislativi e decreti legge – questi ultimi non scevri da critiche, in particolare sull'effettiva sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza per la loro emanazione. Sul punto, vedasi Atto Senato n. 591 – XIX legislatura, seduta 21 marzo 2023, I Commissione (Affari Costituzionali).

35 In merito alla disciplina antecedente al 2018, parla di ampliamento della generale nozione di diritto di asilo nell'ordinamento italiano Ghersi, R. F.: "Il diritto di asilo in Italia e in Europa", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, num. 4, pp. 917 ss.

tutela dello straniero in quattro tipologie, corrispondenti ad altrettante ipotesi di protezione.

Tra queste, la prima "si riferisce allo status di rifugiato descritto dalla convenzione richiamata (cd. di Ginevra[36]), da cui trae origine, che si riferisce alle persone perseguitate o che abbiano il fondato timore della persecuzione nel loro paese, per le ragioni ivi indicate"[37].

In grado di offrire, almeno "sulla carta", maggiore tutela per via dei requisiti meno stringenti che la connotano è la seconda forma di protezione, cd. "sussidiaria". Essa può essere riconosciuta nei casi in cui sia dimostrato, da parte del richiedente, un danno grave (anche solo potenziale) ai propri diritti umani; danno che ben può scaturire – ed è questo l'elemento differenziale rispetto al primo strumento descritto – da situazioni diverse rispetto a quelle espressamente tipizzate nella Convenzione di Ginevra[38].

Il terzo strumento in materia è rappresentato dalla protezione cd. "complementare", introdotta con il d.l. 113/2018, che ha sostituito la precedente protezione umanitaria contemplata dall'art. 19 del d.lgs. 286/1998[39].

La protezione temporanea, infine, chiude il cerchio delle tutele per gli stranieri. Si tratta di un istituto nato ormai più di venti anni fa con la direttiva 2001/55/CE del Consiglio dell'Unione Europea ma effettivamente attivato per la prima volta lo scorso 4 marzo 2022, con decisione n. 2022/382 dello stesso organo. Tale decisione è stata poi applicata sul territorio nazionale dal Governo italiano attraverso l'emanazione di un DPCM il 28 marzo 2022[40].

36 UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, UNTS, 1951, vol. 189.

37 Ghersi, R. F.: "Il diritto di asilo", cit., p. 917. Dalla lettura e interpretazione dell'art. 1°, n.2, par. 1 della predetta Convenzione, al fine di considerarlo "rifugiato", il richiedente protezione internazionale deve provare la sussistenza dei presupposti ivi previsti, tra i quali figurano l'essere vittima di una persecuzione (o il fondato motivo di subirla in caso di rimpatrio) e l'impossibilità per il proprio Paese di origine di garantire allo stesso un'adeguata tutela. Inoltre, tale persecuzione deve essere perpetrata "for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular group or political opinion". La previsione di requisiti specifici e stringenti rende difficoltoso – ma, forse, non impossibile – applicare tale forma di protezione ai migranti ambientali. Si veda, sul punto, Castiglione, M.: "La problematica ricostruzione", cit., pp. 48 ss.

38 Sul tema si veda Gestri, M.: "La protezione internazionale", in AA.VV.: *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni* (a cura di A. M. Calamia, M. Gestri, M. Di Filippo *et al.*), Cedam, Vicenza, 2021, pp. 97ss. Anche l'origine di tale forma di protezione può essere ricercata nell'ordinamento internazionale, ed in particolare dapprima nell'art. 19 della Carta di Nizza e, successivamente, all'interno del Trattato di Lisbona, come espressamente previsto dall'art. 6 dello stesso. Quest'ultimo recita "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

39 Sul punto si veda *infra*, nt. 75.

40 G.U. n. 89 del 15 aprile 2022.

III. PROTEZIONE TEMPORANEA.

Effettuata, seppur sommariamente, una ricognizione dei mezzi a disposizione degli stranieri per ottenere una forma di protezione in Italia, occorre adesso interrogarsi su quale tra questi possa estendersi anche ai migranti per ragioni ambientali o climatiche.

Muovendo dall'istituto da ultimo menzionato, ad una prima analisi esso, almeno in astratto, pare applicabile a questi fini. Si tratta di uno strumento inizialmente concepito per permettere anche agli Stati che non avevano sottoscritto la Convenzione di Ginevra di offrire un aiuto concreto a chi scappasse dai "risks and rigors of nations torn by armed conflict"[41]. Una corrispondente disposizione, peraltro, è rinvenibile anche all'interno del Testo Unico sull'Immigrazione (TUI); all'art. 20 – rubricato "misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali" – è disciplinata una forma di protezione temporanea, attivabile con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, nei casi in cui vi siano rilevanti esigenze umanitarie, connesse, tra i vari motivi, anche a disastri naturali. A livello eurounitario, i presupposti che devono sussistere per attivare il meccanismo della protezione temporanea non risultano chiari, complice anche una formulazione a tratti oscura del testo normativo, caratterizzata da un'intrinseca vaghezza più o meno voluta dal legislatore europeo[42]. Probabilmente è stato proprio il difetto di parametri univoci a costituire la principale ragione del mancato utilizzo dello strumento in esame, almeno fino allo scorso anno[43]. L'esplosione del conflitto armato tra Russia

41 Fitzpatrick, J.: "Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime", *American Journal of International Law*, 2000, vol. 94, p. 283. L'autore, in particolare, si riferisce agli ingenti flussi migratori che interessarono l'area geografica del sud est asiatico durante la fine degli anni '70 dello scorso secolo. La Convenzione di Ginevra non disciplina specificamente tale problema, "thus creating a significant protection gap. Temporary protection is therefore designed to remove the obstacles created by this protection gap and to deal with the challenges created by mass influxes". Così, Türközü, D.: "Two sides of the same coin: temporary protection as a practical but unsettled concept", *Die Fnedens-Warte*, 2017-2019, vol. 92, p. 232. Sull'evoluzione della protezione temporanea, *ivi*, 225, ove è specificato come tale strumento risalga al 1936, "when both France and Britain granted temporary refuge, for the duration of the conflict, to those who escaped from the Spanish Civil War".

42 L'art. 2 della direttiva 2001/55/CE, nel definire i termini e le espressioni rilevanti per la tematica, alla lett. a) inquadra la protezione temporanea come "la procedura di carattere eccezionale che garantisce, nei casi di *afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio* di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia anche il rischio che il *sistema d'asilo non possa far fronte* a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone di cui trattasi e degli altri richiedenti protezione" (enfasi aggiunta).

43 All'indomani dell'adozione della direttiva 2001/55/CE, diversi studiosi avevano espresso il proprio plauso per il raggiungimento di un simile traguardo, affermando che la stessa "achieves important success" per via del fatto che "for the first time, a legal instrument establishes "*the binding legal obligation of temporary asylum* through an exceptional scheme initiated by EC institutions and based on fair burden-sharing associated with such asylum" (Hidalgo, N. A.: "The concept of 'Mass Influx of Discplaced Persons' in the European Directive establishing the Temporary Protection System", *European Journal of migration and law*, 2005, num. 7, p. 437). Tuttavia, come già precisato, sebbene in astratto si tratti di uno strumento dotato di un enorme potenziale per far fronte a ingenti flussi migratori, esso non ha trovato alcuna applicazione fino al 2022 (cfr. Genç, H. D., Öner, N. A. S.: "Why not activated? The Temporary Protection Directive and the mystery of temporary protection in the European Union", *International Journal of Political Science & Urban Studies*, 2019, vol. 3, p. 2).

e Ucraina, infatti, ha spinto il Consiglio dell'Unione[44] a fare ricorso per la prima volta alla protezione offerta dalla direttiva 2001/55/CE[45], non soltanto per via del numero di esuli già registrato a pochi giorni dallo scoppio della guerra[46], ma soprattutto in prospettiva di probabili ingenti flussi migratori nei mesi successivi[47].

L'attivazione di tale strumento ruota intorno a due elementi principali, tra loro in stretta connessione, "that need to be fulfilled to trigger the Directive": da un lato quello di mass influx e, dall'altro, che tale flusso massiccio di persone sia "related to a specific group of "displaced persons"[48]. Tali aspetti, in astratto, potrebbero ben configurarsi anche nel caso di migrazioni ambientali e/o climatiche. La normativa in esame, infatti, non tipizza – quale condizione necessaria ai fini dell'adozione della protezione temporanea – alcuna causa specifica determinante la migrazione, limitandosi all'esemplificazione di due sole ipotesi, certamente non omnicomprensive[49]; questa, pertanto, potrebbe trovare origine anche in eventi avversi legati al fattore ambientale. Ciò che in ultima analisi rileva è che tali eventi comportino uno spostamento di un imponente numero di persone accomunate dalla provenienza "da un paese determinato o da una zona geografica determinata"[50]. Come già anticipato[51], è il primo di tali presupposti a creare i maggiori dubbi ai fini dell'applicazione della protezione temporanea[52]. Ciò perché la Direttiva 2001/55/CE non fornisce alcun criterio che permetta di qualificare in

Con riguardo ai possibili vantaggi dell'applicazione della direttiva, si veda Thym, D.: "Temporary protection for Ukrainians: the unexpected renaissance of 'free choice'", *eumigrationlawblog.eu*.

44 Per un approfondimento della normativa UE, specialmente con riguardo al meccanismo di attivazione della protezione temporanea, cfr. Scissa, C.: "La protezione temporanea per le persone in fuga dall'Ucraina in Ue e in Italia: alcuni profili critici", *Questione Giustizia,* 2022, num. 1, p. 80. Si veda, ancor prima, l'art. 5, Dir. 2001/55/CE.

45 Ineli-Ciger, M.: "Protection Gaps and Temporary Protection", in AA.VV.: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (a cura di R. Wolfrum), Brill Nijhoff, 2016, p. 428.

46 Albertari, G., Principe, E.: "The relevance of perceptions over temporariness of emergency and crafted 'Migrant' identities in the European response to migration originating from conflict situations. The case of Ukraine", *Peace Human Rights Government*, 2023, num. 7, p. 46.

47 Si veda, a tal proposito, Thym, D.: "Temporary protection", cit.

48 Gluns, D., Wessels, J.: "Waste of paper or useful tool? The potential of the Temporary Protection Directive in the current refugee crisis", *Refugee Survey Quarterly,* 2017, vol. 36, p. 62.

49 L'art. 2, lett c), della direttiva definisce "sfollate", "in particolare: i) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; ii) le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni". Cfr. *infra,* nt. 58.

50 Art. 2, lett. d) Dir. 2001/55/CE. Sull'aspetto concernente la provenienza da una determinata area geografica vi è una minore divergenza di vedute in dottrina. Ad esempio, condivisa risulta l'opinione in base alla quale un "cumulative influx" da diverse aree geografiche non dovrebbe essere ricompreso all'interno dello spettro applicativo della Direttiva sulla protezione temporanea (tra gli altri, si veda direttamente Commission of the European Communities, "Proposal for a Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof", COM(2000) 303 final, Brussels, 24.5.2000, p. 14.). Più in generale, il cd. "group-based approach" per la valutazione delle richieste di protezione è dall'UNHCR considerato il più adatto al fine di evitare il blocco dei sistemi di asilo nazionali (ExCom, *The Scope of International Protection in Mass Influx*, EC/195/SCP/CRp 3, par. 12) nonché la reale essenza dello stesso (sul punto, Türközü, D.: "Two sides", cit., p. 224).

51 Vedi nota 46.

52 "The central question concerning the applicability of the Directive is whether a given situation amounts to a "mass influx". Così, Gluns, D., Wessels, J., "Waste of paper", cit., p. 62.

maniera certa e univoca uno spostamento di persone come massivo[53], rimettendo tale determinazione più a valutazioni di opportunità politica che a parametri di tipo oggettivo[54]. Non manca, peraltro, chi in dottrina sottolinea come, più che un punto di debolezza, la vaghezza del termine – intesa quale "flessibilità" dello stesso – possa costituire la sua stessa forza, permettendo di adattarlo a situazioni tra loro differenti[55]. Ad esempio, il non aver specificato se il flusso migratorio debba essere fin dall'inizio massivo oppure possa gradualmente acquisire i caratteri dell'ingenza permette, se condivisa la seconda alternativa, di estendere la tutela anche a persone che fuggono da situazioni che non determinano un repentino esodo di massa (come un evento bellico) ma un progressivo abbandono di specifiche aree geografiche (ad esempio per ragioni legate al clima divenuto eccessivamente avverso per potervi condurre una vita dignitosa)[56].

D'altronde, è la stessa interpretazione dell'art. 2, lett. c) Dir. 2001/55 a far propendere per un allargamento della portata dello strumento, laddove (i "le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica" e (ii "le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni"[57] rappresentano soltanto due ipotesi, come detto *supra* non idonee a ricomprendere l'intero novero di coloro i quali possano essere considerati "sfollati"[58]. L'accento, al contrario, va posto – in un'ottica di tutela della persona – sulla parte della disposizione che considera sfollate le persone in relazione alle quali "il rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel paese stesso". Traslando

53 La lett. d) dell'art. 2 della Direttiva definisce quale afflusso massiccio "l'arrivo nella Comunità di un numero considerevole di sfollati". Alcuni autori, riconoscendo che l'espressione in oggetto "is without doubt an open concept", ritengono comunque che nel decidere sulla sua sussistenza il Consiglio dell'Unione Europea sia tenuto a compiere una "systematic and teleological interpretation", prendendo in considerazione anche gli art. 2, lett. a) e d) e 5, comma 4, della Direttiva (Hidalgo, N. A.: "The concept of 'Mass Influx", cit., p. 438 ss).

54 Genç, H. D., Öner, N. A. S.: "Why not activated?", cit., p. 9, definiscono tale valutazione come una "thorny political task". Sulla rilevanza del fattore politico nel processo decisionale circa l'attivazione della protezione temporanea si è anche espressa la Commissione Europea (Cfr. European Commission (2016a), *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Towards a Reform of the Common European Asylum System and Enhancing Legal Venues to Europe*. COM (2016), p. 197).

55 Hidalgo, N. A.: "The Eternal Question: What Does "Mass Influx" Really Mean? Reflections After the First Activation of the Temporary Protection Directive 2001/55", in AA.VV.: *EU responses to the large-scale refugee displacement from Ukraine* (a cura di S. Carrera, M. Ineli-Ciger), European University Institute (EUI), Fiesole, 2023, p. 90.

56 Tra l'altro, il flusso migratorio non deve nemmeno essere iniziato, essendo sufficiente che "it is seen to be a possibility in the near future" (Hidalgo, N. A.: "The Eternal Question", cit., p. 88), come testimonia l'utilizzo, nell'art. a lett. a) del termine "imminent" per descriverlo (Hidalgo, N. A.: "The concept of 'Mass Influx", cit., p. 442).

57 Art. 2, lett c) Dir. 2001/55/CE.

58 A riprova di ciò, all'interno dell'art. 2, lett. c) Dir. 2001/55/CE, le due ipotesi menzionate sono introdotte dall'espressione "in particolare", la quale, se per un verso testimonia la volontà del legislatore di contemplare tali evenienze tra quelle meritevoli di tutela, per altro verso non implica che altre situazioni, in concreto degne di protezione, siano automaticamente escluse dalla portata della disposizione predetta. Un ragionamento analogo incentrato sul termine "in particolare" – ma con riferimento ai presupposti per l'attivazione della protezione di cui all'art. 2, lett. a) – è svolto da Hidalgo, N. A.: "The Eternal Question", cit., p. 91.

le considerazioni sin qui svolte sulla protezione temporanea alle ipotesi in cui la migrazione origini da fattori ambientali, occorrerà dunque verificare in concreto se è o meno possibile rimpatriare in condizioni sicure e stabili coloro i quali lamentino stati di vita disumani nel proprio Paese di origine per via di disastri naturali o degli effetti del cambiamento climatico[59].

Nel caso di risposta negativa, pertanto, la protezione temporanea prevista dalla direttiva 2001/55/CE potrebbe essere attivata – sempreché vi sia quel consenso politico cui si accennava poco sopra; anzi, essa potrebbe assurgere, in futuro, a strumento utile per far fronte a questo tipo di situazioni, atteso che paiono condivisibili – oltre che ormai attuali – le previsioni offerte in dottrina circa l'incremento in futuro di tali movimenti di massa[60].

IV. PROTEZIONE COMPLEMENTARE.

La protezione complementare – in passato meglio conosciuta dapprima come protezione *umanitaria*[61] e, poi, come protezione *speciale* – è stata oggetto, durante lo scorso lustro, di numerose operazioni di "chirurgia legislativa"[62] che ne hanno ridisegnato – o, in alcuni casi, del tutto cancellato, attraverso interventi normativi asseritamente urgenti[63] – il perimetro applicativo, sollevando al contempo non poche questioni in merito alla disciplina applicabile *ratione temporis* alle

59 Si vedano sul tema le contrapposte posizioni sul tema di Kerber, K., "The temporary protection Directive", *European Journal of Migration Law*, 2002, num. 4, p. 196 e di Skordas, A.: "The Temporary Protection Directive", art. 2, MN, 19; Peers, S., Moreno-Lax, V., Garlick, M. *et al.* (a cura di), *EU Immigration and Asytum Law*, p. 573, rispettivamente, il primo, contrario e i secondi favorevoli all'inclusione, nella portata della Direttiva, anche di coloro i quali fuggano da disastri naturali. Fitzpatrick, J.: "Temporary protection of refugees", cit., p. 294, il quale, già nel 2000, interpretando la proposta di bozza della Commissione europea per una azione comune concernente la protezione temporanea (vedi *supra*, nt. 50), annoverava tra i possibili beneficiari di tale strumento anche "persons fleeing severe natural disasters that deprive them of access to physical safety within their state of origin", anche se dava atto che l'eventuale "inclusion of natural disasters might prove controversial, as it distances TP from the refugee law paradigm". Ad avviso di chi scrive, il "paradigma" che regge la protezione deve essere necessariamente incentrato sulla persona umana, spostando l'attenzione dalle cause del pericolo per tali soggetti al pericolo stesso, da valutare in concreto. È infatti soltanto in questo modo che può superarsi il rischio di discriminazioni irragionevoli tra individui parimenti bisognosi di tutela (valgano le considerazioni svolte sul punto *supra*, pag. 11).

60 Cfr. le previsioni contenute nel Report of the Secretary-General, *In safety and dignity: addressing large movements of refugees and migrants*, A/70/59, 21 april 2016, p. 8.

61 Anche se, come acutamente osservato da Travaglino, G.: "La protezione umanitaria tra passato e futuro", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2022, num. 1, p. 102, "soltanto nel 2017 troverà testuale cittadinanza normativa il sintagma 'protezione umanitaria' per qualificare un istituto cui si era fatto ventennale riferimento". Peraltro, osserva Benvenuti, M. "Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2019, num. 1, p. 6, che "precedenti riferimenti a non meglio identificate 'altre forme di protezione umanitaria' erano contenute nall'art. 1-sexies, co. 1, della legge Martelli, come introdotto dall'art. 32, co.1, lett. b), della legge Bossi-Fini, e nell'art. 6, co. 1, d.l. n. 119/2014, conv. con mod. nella l. n. 146/2014".

62 Espressione utilizzata da Stevanato, A.: "I migranti ambientali", cit., p. 14.

63 Si veda, in senso critico, Benvenuti, M. "Il dito e la luna, cit., p. 1. Ugualmente perplessa sul punto appare Di Florio, A.: "Dalla protezione umanitaria alla protezione complementare: cos'è cambiato?" in *Questione giustizia*, 24/03/2023. Non sorpresa della scelta di tale strumento è invece Corsi, C.: "Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo", in *Forum Quaderni costituzionali*, 2021, num. 1, p. 69, che rinvia al proprio scritto: "L'incessante disciplina "emergenziale" dell'immigrazione e dell'asilo", in AA.VV.: *Immigrazione, protezione internazionale e misure*

domande volte al suo riconoscimento[64]. Introdotto per la prima volta nel sistema ordinamentale con la legge cd. Turco-Napolitano[65], "il permesso di soggiorno per motivi umanitari ha caratterizzato l'ordinamento giuridico italiano in materia di immigrazione e asilo per oltre venticinque anni"[66]. Ciò in quanto esso, espressione di una delle forme di attuazione dell'asilo costituzionale ex art. 10 Cost. insieme allo status di rifugiato e alla protezione sussidiaria[67], ha rappresentato uno strumento di chiusura[68] del sistema di tutela dello straniero in grado di offrire, per via della sua flessibilità e della sua formulazione ampia e indefinita[69], una protezione adeguata

penali. Commento al decreto legge n. 130/2020 (a cura di M. Giovannetti, N. Zorzella), Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

64 Con riferimento al D.l. n.113/2018 (cd. Decreto Salvini, convertito dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132,), Canzian, N.: "La non retroattività dell'abrogazione della protezione umanitaria", *Osservatorio costituzionale*, 2020, num. 2, p. 395 ss. L'autore menziona le tre sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (nn. 29459, 29460 e 29461 del 24 settembre 2019) con le quali è stata esclusa la retroattività del decreto-legge menzionato. Il massimo Consesso non ha infatti condiviso la tesi della protezione umanitaria quale *fattispecie a formazione progressiva* (propugnata nelle ordinanze di rimessione alle Sezioni Unite da Cass. Civ., sez. I, ord. 3 maggio 2019 nn. 11749, 11750 e 11751). Cfr. Zorzella, N.: "La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2022. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2021, num. 2, p. 136.

65 L. 6 marzo 1998, n. 40. La protezione umanitaria, poi, è trasfusa nel T.U. Immigrazione d.lgs. 286/98. In realtà, "già il d.l. n. 416/89 ([…] cd. legge Martelli), in occasione della riforma attuata dalla legge 388/93 (di ratifica dell'Accordo di Schengen)" prevedeva "[…] l'esistenza di seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali dello Stato italiano (art. 4, commi 12-bis e 12-ter)". A tal proposito si vedano, rispettivamente, Zorzella, N.: "La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano", *Diritto, immigrazione e cittadinanza,* 2018, num. 1, p. 7 e Id: "La nuova protezione speciale", cit., pp. 130-131.

66 Scissa, C.: "La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi", *Forum quaderni cosituzionali.*, 2021, num. 1, p. 138.

67 In tema, la giurisprudenza è stata copiosa. Cfr. C. di cassazione, Sez. I, 23 febbraio 2018 n. 4455 (si veda l'interessante commento di Favilli, C.: "La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018", *Questione giustizia*, 14 marzo 2018); Cass. civ., Sez. I, ord. 29 novembre 2013 n. 26887; Cass. civ., Sez. I, ord. 26 giugno 2012 n. 10686. Per una prospettiva dottrinale, Corsi, C.: "Il decreto legge n. 130/2020", cit., p. 100, e Lepore, M. L., Fanizzi, F.: "La protezione umanitaria ancora al vaglio delle Sezioni Unite", *Questione giust*izia, 17 maggio 2021, che rispettivamente ritengono come la protezione umanitaria rappresentasse "una delle tre gambe" e "uno dei tre pilastri" dell'attuazione dell'art. 10, terzo comma della Costituzione. Similmente si esprime Acierno, M.: "La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani", *Questione giustizia,* 2018, num. 2, p. 100, che, richiamando Cass. civ., Sez. VI, ord. 4 agosto 2016 n. 16362, ritiene che la protezione umanitaria "unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria chiuda il cerchio delle forme di tutela del diritto d'asilo costituzionale, escludendo che vi siano margini ulteriori di applicazione diretta dell'art. 10, terzo comma, cost.". Peraltro, Castronuovo, E., "Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018", *Diritto, immigrazione e cittadinanza,* 2018, num. 3, p. 2, sottolinea che "l'ambito di applicazione del permesso umanitario rispetto agli altri due istituti (leggasi rifugio politico e protezione sussidiaria) si distingueva per la residualità, sancita dall'art. 32, co. 3, d.lgs 25/2008, e per l'atipicità dei presupposti, che costituivano un catalogo aperto". In termini di residualità dell'istituto rispetto ai due menzionati, cfr. in giurisprudenza Cass. civ., sez. un., ord. 19 maggio 2009 n. 11535; Cass. civ., sez. VI., ord. 18 febbraio 2011 n. 4130; Cass. civ., Sez. VI, ord. 18 febbraio 2011 n. 4139. Con riferimento, invece, al carattere dell'atipicità, si vedano Cass. civ., Sez. VI, sent. dep. 27 novembre 2013 n. 26566; Cass. civ., Sez. VI, ord. 7 luglio 2014 n. 15466.

68 In questo senso, Travaglino, G.: "La protezione umanitaria", cit., p. 100; si veda anche Lepore, M. L., Fanizzi, F.: "La protezione umanitaria", cit.: "[…]la protezione umanitaria è stata definita in dottrina come istituto di chiusura dell'intero sistema di tutele dello straniero".

69 Dà atto di ciò Candela, S.: "Le condizioni di vulnerabilità ambientale tra i "seri motivi di carattere umanitario" in relazione al permesso di soggiorno: prospettive giuridiche della figura dell'eco-migrante (nota a Tribunale di L'Aquila, Ordinanza del 18 febbraio 2018, n. R.G. 1522/17)", *Amministrativamente*, 2019, num. 2, p. 238.
236, nt. 10. Anche la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che i seri motivi di carattere umanitario, che fungevano da presupposto per l'attivazione della protezione di cui si discute, "non vengono tipizzati o predeterminati, neppure in via esemplificativa, dal legislatore, cosicché costituiscono un catalogo aperto"

anche a coloro i quali "si trovassero in situazioni non riconducibili alle protezioni cd. maggiori"[70]. Quanto detto traspare con forte vigore dalle statistiche condotte su tale istituto che, sebbene testimonino una sua iniziale arrancata[71], ribadiscono come la protezione umanitaria, nel secondo decennio del secondo millennio, abbia costituito la principale forma di tutela per gli stranieri giunti in Italia[72].

Il suo ruolo da protagonista, peraltro, ha rappresentato (forse) anche la ragione della sua scomparsa, intervenuta con il decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (cd. "Decreto Salvini") proprio perché asseritamente contraddittoria[73] rispetto alla stessa *ratio* che aveva portato alla sua introduzione[74]; *ratio* che, secondo la dottrina, sarebbe risieduta nella tutela dello "straniero (o l'apolide) che si trovi in una condizione di vulnerabilità, vale a dire che sia portatore di un'esigenza qualificabile come umanitaria, afferente cioè alla tutela dei diritti umani fondamentali sanciti dalla Costituzione e dal diritto internazionale"[75]. In realtà, a giustificare l'abrogazione della protezione umanitaria vi sarebbe l'ulteriore "premessa (del tutto falsa) che la stessa costituisse una "anomalia solo italiana"»[76]. Così, infatti, non può dirsi, atteso che "va ricordato, al riguardo, che tale protezione è prevista in 20 dei 28 Paesi

(Cass. civ., n. 26566/2013, cit). e che "le situazioni di vulnerabilità che possono dar luogo alla richiesta di rilascio di un permesso per motivi umanitari […] costituiscono un catalogo aperto non necessariamente fondato sul fumus persecutionis o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica […]" (Cass. civ. n. 15466/2014). Sull' inopportunità di predeterminare i seri motivi umanitari che possono giustificare l'adozione di tale protezione si veda C. Cost., sent. 7 ottobre 1999, n. 381.

70 Si esprime così Di Florio, A.: "Dalla protezione umanitaria alla protezione complementare", cit.

71 Ne dà atto Carbone, A.: "La nuova protezione speciale dello straniero ai sensi del d.l. 130/2020: eredità della vecchia protezione umanitaria?", 2 novembre 2020. Secondo l'autrice, le ragioni di una siffatta "scarsissima applicazione pratica dell'istituto" possono essere rinvenute nell'assenza di una delimitazione alla nozione di "carattere umanitario" contenuta nell'art. 5, comma 6 TUI. Di diverso (per non dire *opposto*) avviso è, invece, Canzian, N.: "La non retroattività dell'abrogazione", cit., p. 394, secondo il quale, da un lato, era proprio l'*ampiezza della fattispecie* a rendere questo istituto "statisticamente più frequente" e, dall'altro, per via delle mutate "circostanze di fatto (fra cui la scarsità di canali di ingresso regolare, nonché l'assenza da lungo di tempo di meccanismi di regolarizzazione)".

72 Carbone, A.: "La nuova protezione speciale", cit., il quale riporta come "in poco meno di un ulteriore decennio, la protezione umanitaria registrò una poderosa inversione nel trend di utilizzo, raggiungendo nel 2015 il 28,5% della totalità dei permessi riconosciuti in Italia". Il riconoscimento della protezione umanitaria "oscilla, negli ultimi anni, tra il 24% e il 21%, a parte il picco del 54% del 2012" (Zorzella, N.: "La protezione umanitaria nel sistema", cit., 20).

73 D.d.l. del 4 ottobre 2018, n. 840, 3: "essendo stata introdotta nell'ordinamento interno quale forma di protezione complementare e residuale – da utilizzare in ipotesi di eccezionale e temporanea gravità – rappresenta, di fatto, il beneficio maggiormente riconosciuto nel sistema nazionale".

74 In particolare, si legge nel testo del D.d.l. *supra* citato (vedi nota 71) che "L'ampio ricorso a tale forma di tutela si fonda principalmente su una definizione legislativa dell'istituto dai contorni incerti, che lascia ampi margini ad una interpretazione estensiva in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario per il quale l'istituto è stato introdotto nell'ordinamento".

75 Castronuovo, E.: "Il permesso di soggiorno per motivi umanitari", cit., 3, che richiama C. cost., sent. dep. 22 ottobre 1999 n. 388. Sulla necessità che la protezione umanitaria prevista dagli stati membri risponda ad "una ratio diversa [rispetto a quella connotante la tutela offerta a livello Unionale] così da non confondersi con quelle armonizzate dal diritto dell'Unione", si veda Caggiano, G.: "La protezione umanitaria fra limiti tecnici e giuridici all'espulsione e integrazione socio-familiare degli stranieri irregolari", in AA.VV.: *Diritto internazionale e valori umani* (a cura di A. Di Blase, G. Bartolini, M. Sossai), Romatre-press, Roma, 2019, p. 100.

76 G. Travaglino, *La protezione umanitaria*, cit., p. 120. Si veda anche la nt. 60 del contributo appena citato, recante una panoramica di quegli Stati Europei che "sembra innegabile si pongano nella medesima prospettiva".

dell'Unione europea – ora 19 su 27, dopo l'uscita della Gran Bretagna –, pur sulla base di presupposti diversi da Paese a Paese"[77].

Al di là delle ragioni prescelte – anche non condivisibili – e delle tecniche adoperate – parimenti opinabili[78]– che hanno condotto all'espunzione della protezione umanitaria da quelle che sono le forme di tutela per gli stranieri oggi riconosciute in Italia, giova dar atto del fatto che la protezione complementare è radicalmente mutata a seguito delle modifiche del 2018, non solo nel *nomen iuris* (non più definita umanitaria ma "speciale"[79]), ma anche nel suo effettivo contenuto. La novella menzionata, si potrebbe dire, ha costituito uno spartiacque[80] tra due approcci alla questione delle migrazioni completamente diversi tra loro: il precedente, maggiormente attento alla salvaguardia della persona e il successivo, più incline alla tutela del territorio dello Stato italiano.

Non sono mancate, peraltro, ulteriori modificazioni alla materia in oggetto, dapprima con il D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 (convertito, con modificazioni, nella

77 Rossi, E.: "Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020", *Forum Quaderni costituzionali,* 2021, vol. 1, p. 76 (nt. 3).

78 Tra le "autorevoli perplessità" che ha sollevato il D.L. n. 113/2018 non può non menzionarsi "l'irrituale missiva inviata dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei ministri lo stesso 4.10.2018", nella quale il Capo dello Stato, a seguito dell'intervenuta "pretermissione dal tessuto normativo di ogni riferimento […] agli obblighi costituzionali o internazionali di riferimento", in precedenza contenuti nell'art. 5, co. 6 del Testo Unico Immigrazione e all'art. 13, co.1, d.p.r. n. 395/1999, ha precisato che "restano *fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato*, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia". Si veda, a tal proposito, l'indirizzo *goo.gl/hq9Hs5*, 1, nonché Benvenuti, M.: "Il dito e la luna", cit., p. 15. Con riferimento a tale omissione operata dal "lunghissimo e labirintico" art. 1 del decreto Salvini, Travaglino, G.: "La protezione umanitaria", cit., p. 122 si esprime in termini di "palese analfabetismo costituzionale".
Ad avviso dello scrivente, peraltro, la comunicazione del Presidente della Repubblica, più che avere avuto una funzione giuridica "in senso stretto", ha costituito un'importante presa di posizione in ossequio alle funzioni allo stesso riconosciute quale garante della Costituzione. Infatti, come sottolineato in dottrina, "qualora il dl 113/2018 escludesse il rilascio del permesso di soggiorno per motivi "risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano", la sua incostituzionalità parrebbe risultante per tabulas" (Così anche Padula, C.: "Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?", *Questione giustizia*, 21 novembre 2018). Si veda, altresì, Mangano, F. "L'interpetazione dei giudici nella disciplina dei permessi di soggiorno per motivi umanitari", *Questione giustizia*, 19 dicembre 2019); in giurisprudenza, ccfr. C. Cost., sent. 20 giugno 2019, n. 194 e i richiami giurisprudenziali ivi indicati.

79 Xhanari, E., Spandrio, T.: "Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018", *dirittifondamentali*, 2018, num. 2, p. 2: mentre in passato, in presenza di gravi motivi di carattere umanitario – nel caso in cui le Commissioni territoriali non avessero ravvisato la sussistenza dei requisiti richiesti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria – era possibile trasmettere gli atti al Questore affinchè questi valutasse di rilasciare il permesso di soggiorno per motivi umanitari, oggi l'art. 32, d.lgs 25/2018 prevede che se le Commissioni predette "non riconoscono la protezione internazionale (status di rifugiato e protezione sussidiaria) possono trasmettere gli atti al Questore per il rilascio di un nuovo tipo di permesso di soggiorno ("per protezione speciale") se nello Stato di destinazione lo straniero rischia di essere 'oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali' ovvero se rischia di essere sottoposto a tortura".

80 In questo senso si condivide l'opinione di Rossi, E. "Il diritto d'asilo tra costituzione e normativa di attuazione", in AA.VV.: *Diritti oltre la frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione* (a cura di F. Biondi Dal Monte, E. Rossi), Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 183, secondo la quale vi sia un *prima* e un *dopo* D.l. 113/2018.

L. 18 dicembre 2020, n. 173) e, ancor più recentemente, con il D.L. 10 marzo 2023, n. 20 (convertito, anch'esso con modificazioni, nella L. 5 maggio 2023, n. 50)[81].

Tra le principali modifiche apportate dagli interventi menzionati alla disciplina *de qua* – delle quali, peraltro, non potrà darsi contezza *in toto* e, pertanto, si rimanda interamente ai diversi contributi sin qui richiamati nelle note – occorre citare quegli aspetti che hanno avuto una diretta incidenza sulla possibilità di riconoscere una tutela ai cd. migranti contemporanei[82].

1. Il permesso di soggiorno per calamità.

Tra questi, certamente appare degno di nota l'*iter* che ha riguardato l'art. 5, co. 6 TUI – espressione tangibile, anche se non unica[83], della protezione umanitaria in Italia[84]. Tale disposizione, *ante* 2018, "consentiva il rilascio del permesso di soggiorno, espressamente denominato dal 2004 per *protezione umanitaria*" qualora ciò fosse stato imposto da obblighi costituzionali o internazionali o in conseguenza di serie ragioni di carattere umanitario[85]. Come anticipato *supra*, tale formulazione "dai contorni incerti"[86] ha spinto il legislatore, nel 2018, ad espungerla dal predetto articolo, sollevando non poche perplessità al riguardo[87].

In sostituzione, pertanto, della clausola aperta di cui all'art. 5, co. 6 TUI, veniva introdotto un sistema rigido, incentrato sulla previsione di specifici permessi di soggiorno tra i quali[88], per quanto attiene ai fini del presente scritto, vanno

81 Si veda *supra*, nt. 32.

82 Così Famiglietti, G.: "Il richiedente protezione davanti ai suoi "giudici", Giappichelli, Torino, 2021, p. 6, intendendo riferirsi, con l'espressione richiamata, ai migranti ambientali.

83 All'interno del Titolo II del Testo Unico Immigrazione, il Capo III reca "Disposizioni di carattere umanitario". Si veda *sub* nt. 103.

84 Come ben riporta Tomatis, A.: "Cambiamenti climatici e migrazioni: prospettive di tutela a livello internazionale, europeo e italiano", Tesi di Laurea, Università degli Studi di Firenze,2020, pp. 133-134.

85 Sul carattere di tale forma di protezione, vedi *supra*, nt. 69.

86 D.D.L. 840/2018, cit.

87 Valga quanto già anticipato *supra*, nt. 78. A tal proposito, si veda anche Zorzella, N.: "La nuova protezione speciale", cit., p. 135.

88 Si tratta, oltre a quello per calamità, dei permessi per "motivi di protezione sociale" (art. 18 TUI); per le "vittime di violenza domestica" (art. 18 *bis* TUI); per ipotesi di "particolare sfruttamento lavorativo" (art. 22, co. 12 *quater* TUI); per "cure mediche" (art. 19, co. 2, lett. d *bis* TUI); per motivi di "particolare valore civile" (art. 42 *bis* TUI); per "protezione speciale" (ex art. 32, co. 3 D. Lgs 28 gennaio 2008, n. 25 – cd. decreto procedure). Peraltro, Benvenuti, M.: "Il dito e la luna", cit., p. 20, evidenzia come i primi 3 permessi menzionati "preesistono al decreto Salvini e sono innovati solamente sotto alcuni aspetti, a partire dalla dicitura *casi speciali*".

menzionati quello per protezione speciale, ex art. 32 co. 3 D. Lgs. 25/2008[89], e quello per calamità, ex art. 20 *bis* TUI[90].

Quest'ultimo si distingue dall'art. 20 TUI poco *supra* menzionato non tanto sotto un profilo di disciplina sostanziale – essendo entrambi i permessi concepiti per rispondere a situazioni emergenziali, tra le quali ben possono rientrare anche ipotesi legate al fattore ambientale – quanto da un punto di vista procedurale e soggettivo: infatti, la protezione temporanea, per un verso, concerne situazioni collettive[91] e, per altro verso, "intesta direttamente al Governo – sub specie del Presidente del Consiglio dei ministri, d'intesa i Ministri interessati"[92] la funzione di adottare le misure necessarie per far fronte a eventuali esigenze umanitarie[93].

Con l'art. 20, peraltro, molto condivide[94], dal momento che, prima della sua introduzione, era a quest'ultima disposizione che veniva affidata esplicitamente la regolamentazione della protezione per disastri naturali (sempre nel caso di massicci flussi migratori). In realtà, anche l'art. 5, co. 6 TUI aveva col tempo acquisito un ruolo rilevante in materia per via della sua formulazione aperta che permetteva di ricomprendere al suo interno le più varie situazioni soggettive di vulnerabilità[95]. In questo senso, esemplificativa risulta la giurisprudenza che, durante la vigenza della protezione umanitaria, ha più volte ricondotto tali condizioni ambientali di vulnerabilità all'interno dello spettro applicativo degli articoli 32, comma 5, D. lgs.

89 Il quale spettava allo straniero a cui non fosse stata riconosciuta la protezione internazionale ma che, allo stesso tempo, non potesse essere espulso verso uno Stato in cui verosimilmente sarebbe stato oggetto di persecuzione. Il permesso veniva rilasciato dal Questore – previa trasmissione degli atti da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale – e aveva una durata di un anno, rinnovabile. Esso inoltre consentiva di svolgere attività lavorativa ma non era convertibile in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

90 Invero, l'attenzione mostrata dal potere legislativo verso l'introduzione di una protezione per cause ambientali affonda le sue radici ben più nel passato e, segnatamente, a partire dal 30 maggio 1996 con la proposta avanzata dall'On. Vasco Giannotti, nella quale l'asilo umanitario era riconosciuto anche a chi non potesse far ritorno nel proprio Paese d'origine per via, tra l'altro, di "eventi naturali". Tale intenzione è poi riemersa dapprima l'anno seguente – con il d.d.l. del 19 febbraio 1997 presentato alla Camera dei Deputati dal Presidente del Consiglio dei ministri *pro tempore*, con il quale si contemplava la possibilità di adottare misure straordinarie di accoglienza per esigenze umanitarie legate anche ai *disastri naturali* – e, poi, qualche mese dopo ancora – con il d.d.l. del 13 maggio 1997 presentato al Senato dal Ministro dell'Interno e dal Ministro degli Affari Esteri *pro tempore*, che si esprimeva in termini simili.

91 Cass. civ., Sez. un., 13 gennaio 2009, n. 13393, p.to 3 cons. in dir.; Cass. civ., sez. I, sent. dep. 17 febbraio 2011 n. 3898, p.to 5 in dir.

92 Benvenuti, M. "Il dito e la luna", cit., p. 28.

93 Al contrario, l'art. 20 *bis*, co. 1, affida il rilascio del permesso di calamità al questore. A tal proposito, cfr. Xhanari, E., Spandrio, T.: "Brevi considerazioni", cit., p. 2. Le due norme, inoltre, si distinguono anche sotto il profilo della *durata* dell'eventuale protezione accordata. Il permesso di cui a quest'ultima norma, a seguito del D.l. Salvini, garantiva una protezione per sei mesi, rinnovabili di altrettanti sei mesi qualora fossero persistite le condizioni di eccezionale calamità; al contrario, l'art. 20 TUI affidava la decisione circa la durata del relativo permesso alle valutazioni del Governo.

94 A partire dalla clausola contenuta nell'*incipit* dell'art. 20 *bis*, "fermo quanto previsto dall'art. 20", che testimonia il legame tra le due disposizioni menzionate.

95 Scissa, C.: "La protezione per calamità", cit., p. 141. Tra le sentenze che depongono in questo senso, Trib. Milano, ord. 16 settembre 2015, N. RG. 8727/2015; Trib. di Salerno, I sez. civ., ord. 16 agosto 2018; Trib. L'aquila, sent. 16 febbraio 2017 n. 1522 (per un commento a tale ultima ordinanza si veda S. Candela, *Le condizioni di vulnerabilità ambientale,* cit.).

25/2008 e 5, coma 6, D. lgs. 296/1998[96]. Il ruolo di tale ultima norma, nonostante vi sia stato chi, in dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore del Decreto Salvini abbia prospettato la possibilità di un "ampliamento della protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri"[97], è drasticamente mutato – nel senso di una notevole riduzione dei riconoscimenti di protezione speciale – a seguito della novella del 2018[98]. Certamente, non può negarsi che l'introduzione di un permesso di soggiorno espressamente previsto per situazioni di calamità testimoni la presa di coscienza del legislatore circa la necessità di offrire una tutela concreta a chi da questi eventi fugga. Allo stesso modo, però, non può tacersi il fatto che la formulazione dell'art. 20 *bis*, per come è stata elaborata, rischiava di restringere eccessivamente l'ambito di applicazione di una norma che, invece, avrebbe potuto costituire una valvola importante all'interno del meccanismo di asilo italiano[99]. Con il menzionato D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 era parso che il legislatore avesse preso contezza di tali criticità e volesse ampliare il raggio protettivo della norma in esame. In questo senso, le parole "contingenti ed eccezionali", riferite alle calamità ritenute rilevanti ai fini del rilascio del relativo permesso, erano sostituite dal più generico termine "gravi". Così facendo, l'art. 20 *bis* poteva essere utilizzato anche "in una condizione di calamità duratura (anziché contingente) e normale (anziché eccezionale)[100]. Ben potevano, allora, ricomprendersi nel suo spettro applicativo ipotesi di richiedenti protezione in fuga da condizioni di *grave* deterioramento ambientale, anche legate agli effetti (lenti e "normali") del cambiamento climatico[101].

96 Oltre alle sentenze riportate *supra* (con particolare riferimento a quelle di cui alla nota precedente), meritano menzione anche Cass. civ., Sez I, 20 marzo 2019 n. 7832 e Cass. civ, Sez. I, 4 febbraio 2020 n. 2563. A riprova di ciò, fra i criteri per il rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie che la Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo aveva formulato nella circolare n. 3716 del 30 luglio 2015 – mutuandoli dalla prassi emersa tanto in sede amministrativa che giudiziaria – vi era anche la verificazione di gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza.

97 Benvenuti, M.: "Il dito e la luna", cit., p. 21.

98 Sarebbero infatti precipitati "i tassi di accoglimento della protezione speciale ai minimi storici (1% nel 2019 e 2% nel 2020, a fronte del 25% nel 2017 e 21% nel 2018 per la protezione umanitaria)". Così Zorzella, N.: "La nuova protezione speciale", cit., p. 134.

99 Gli aggettivi "contingenti ed eccezionali", che precedono il termine calamità, invero, rischiano di impedire ad altri eventi, parimenti devastanti, di essere considerati idonei a fungere da base fattuale per il riconoscimento della protezione di cui all'art. 20 *bis* (ad esempio gli eventi a lenta insorgenza che trovano la loro eziologica origine nel fenomeno del cambiamento climatico).

100 Così si è espresso Rossi, E.: "Novità in tema di permessi", cit., p. 84, valutando "senz'altro positivamente" la novella *de qua*. Ciò in quanto il permesso per calamità, in caso di permanenza delle condizioni che avevano giustificato inizialmente il suo rilascio, poteva essere rinnovato per più di una volta (mentre così non era previsto dal D.L. Salvini) e, soprattutto, poteva essere convertito in permesso per motivi di lavoro (al contrario della disciplina *ante* riforma, che specificava esplicitamente come esso non potesse "essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro)". Per rifarsi alla definizione di protezione offerta da Neri, L.: "Si fa presto a dire speciale", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2022, num. 3, p. 127, "Per essere definita tale, d'altra parte, la protezione (di qualsiasi natura essa sia) […] significa sì, in primo luogo, non consegnare al persecutore o al torturatore, ma deve significare anche garantire alla persona che si vuole protetta dignità e sicurezza, consentendole l'accesso ai più fondamentali diritti".

101 Scissa, C.: "La protezione per calamità", cit., p. 145.

Non vi è però stato sufficiente tempo per verificare se effettivamente una simile sostituzione lessicale potesse aprire gli ampi spiragli appena descritti[102], in quanto recentemente il Governo ha nuovamente modificato l'art. 20 *bis*, attraverso l'ormai usuale utilizzo di un decreto legge che "ci riporta indietro di quattro anni"[103]. In sostanza, viene riproposta la stessa disciplina introdotta nel 2018, compresi gli aggettivi "contingente ed eccezionale" in sostituzione di "gravi". Con il D.l. 20/2023 e le modifiche ad esso apportate in sede di conversione[104], pertanto, sembrerebbe che "l'operatività del permesso per calamità, peraltro nemmeno convertibile in altro titolo di soggiorno, sarà notevolmente ridotta"[105].

In realtà, potrebbero forse ricavarsi da quanto detto *supra*[106] conclusioni parzialmente divergenti da quelle di parte della dottrina appena esposte. Se, infatti, è vero che i cd. sudden-onset natural hazards possono essere originati dal cambiamento climatico, un peggioramento in questo senso ben potrebbe condurre all'emersione, con maggiore frequenza, di tali fenomeni. Pertanto, anche se formalmente prevista per eventi contingenti ed eccezionali, la protezione ex art. 20 *bis* potrebbe trovare una più ampia applicazione in futuro qualora la degenerazione del clima dovesse ulteriormente aggravarsi, diventando *sostanzialmente* una tutela di carattere più "ordinario"[107].

2. Il permesso per protezione speciale e il principio di non-refoulement.

La disciplina italiana sul tema, come anticipato, non si esaurisce nel permesso di soggiorno per calamità, ma contempla anche un ulteriore strumento che potrebbe

102 Anche se parte della dottrina rimaneva comunque scettica nei confronti di una simile evenienza, prospettando che, sebbene tale permesso ben potesse "essere rilasciato ai migranti ambientali soprattutto per emergenze in qualche modo transitorie o risolvibili", esso lo era "forse meno per quelle strutturali". Così Bonetti, P.: "La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa", *Rivista trimestrale di diritto penale ambientale*, 2021, num. 2, p. 62.

103 Stevanato, A.: "I migranti ambientali", cit., pp. 18-19.

104 Oltre alla già menzionata reintroduzione dei requisiti della "contingenza" e della "eccezionalità" dei fenomeni calamitosi, il cd. Decreto Cutro ha anche escluso la convertibilità del permesso ex art. 20 *bis* in uno per motivi di lavoro, nonché ha impedito l'eventuale rinnovabilità dello stesso oltre gli unici 6 mesi ammessi.

105 *Ivi*, 19.

106 Vedi p.to 1.1, nt. 11. Per ulteriori approfondimenti in merito alla relazione che sussiste tra cambiamento climatico e cd. *sudden-onset natural hazard*, si vedano, con riferimento ad esempio al rapporto tra clima e superficie terrestre, tra la sterminata letteratura scientifica sul punto, Bragato, P. L.: "Evidence of the climate control of strong seismicity in the Italian Apennines through groundwater recharge", *Frontier in Earth Sciences*, 2022, num. 10; Steffen, R., Steffen, H., Weiss, R. *et al.*: "Early Holocene Greenland-ice mass loss likely triggered earthquakes and tsunami", *Earth and Planetary Science Letters*, 2020, vol. 546. Più in generale, cfr. McGuire, B.: *Waking the Giant: How a changing climate triggers earthquakes, tsunamis, and volcanoes,* OUP Oxford, 2013, che già dal 2013 evidenziava il rapporto tra cambiamento climatico e terremoti, tsunami e eruzioni vulcaniche. Con riferimento, invece, all'incidenza del cambiamento climatico sulla generazione di fenomeni quali i cicloni, si veda Guglielmo, V., "Così il riscaldamento globale rende sempre più intense le tempeste tropicali", *LaRepubblica,* 22 novembre 2022 e i riferimenti ivi riportati; Kossin, J.P., Knapp, K. R., Olander, T. L. *et al.*: "Global increase in major tropical cyclone exceedance probability over the past four decades", *Earth and Planetary Science Letters*, 2020, vol. 117.

107 Aumentando nella frequenza gli eventi eccezionali di carattere ambientale a causa del deterioramento climatico, la tutela sarebbe formalmente offerta per far fronte ai primi ma discenderebbe sostanzialmente dal secondo.

rivelarsi di notevole utilità nell'offrire protezione ai migranti ambientali. Si tratta del permesso per protezione speciale[108], previsto dall'art. 32 co. 3 D. Lgs. 25/2008. Tale norma trova applicazione nei casi in cui, pur non ricorrendo i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, si sia in presenza di una delle situazioni di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19 D.Lgs. 286/1998, ossia, come osservato in dottrina[109], in quattro specifiche ipotesi[110].

108 "Il nuovo permesso di soggiorno per protezione speciale ex art. 19 T.U.I. colma una lacuna strutturale della vecchia normativa, posto che il vecchio art. 19 T.U.I. non prevedeva direttamente uno strumento di regolarizzazione per lo straniero che ricadeva nei relativi casi di divieto di rimpatrio" (si esprime così Conti, G.: "La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020", *federalismi.it*, 2020, vol. 35, p. 3).

109 Bonetti, P.: "La protezione speciale dello straniero", cit., p. 67.

110 Segnatamente, i) qualora vi sia il rischio che lo straniero, se espulso o respinto o estradato, possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali; ii) qualora il medesimo rischio derivi dalla possibilità che lo straniero, se allontanato, possa subire torture o essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti, valutando altresì se nello Stato di destinazione si verificano gravi e sistematiche violazioni di diritti umani; iii) qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art. 5 co. 6 D.Lgs. 286 1998, ovvero obblighi costituzionali o internazionali, idonei a impedire il rifiuto o la revoca di un permesso di soggiorno; iv) qualora vi sia la possibilità che l'allontanamento comporti una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dello straniero – ipotesi, quest'ultima, rimossa a seguito delle modifiche introdotte con l. 50/2023. Tale ultima disposizione rappresentava la trasposizione "in una norma giuridica [del] l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità che, anche in attuazione dei principi costituzionali (articoli 2, 3 e 10, comma 3, Cost.) e internazionali (articoli 2 e 8 Cedu), aveva valorizzato, nel corso degli anni, il diritto al rispetto della vita privata e familiare" (Così, Stevanato, A.: "I migranti ambientali, cit., p. 13). A livello sovranazionale, invero, diverse sono state le pronunce che hanno dato risalto alla "vita privata" sviluppata dall'individuo sul territorio "ospitante" ai fini del riconoscimento di una forma di tutela contro un suo allontanamento dallo stesso. La Corte europea dei diritti umani, intendendo la "vita privata" come il complesso delle relazioni – di natura personale, sociale, economica, culturale ecc. – che un individuo ha creato e consolidato in un determinato territorio, "dimostra di voler tutelare il complesso di legami creati dalla persona nel paese ospite valutando se l'eventuale interferenza prodotta da una misura di allontanamento sia compatibile con i requisiti contemplati dall'art. 8, par. 2 CEDU" (così, Di Filippo, M.: "L'allontanamento dell'individuo straniero", in AA.VV.: *Lineamenti*, cit., p. 264). Tra le varie sentenze in materia, vale la pena menzionare anzitutto C. Edu, 18 ottobre 2006, Üner c. Paesi Bassi, ric. n. 46410/99, § 54-60 (nella quale la Corte ha stabilito dei criteri generali in merito alla compatibilità tra espulsione dello straniero e rispetto dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato, con particolare riferimento ai casi di espulsione disposti per condanne penali); C. Edu, 23 ottobre 2018, Levakovic c. Danimarca, ric. n. 7841/14, § 45 (nella quale si dà conto del fatto che, ai fini del rispetto dell'art. 8 CEDU, la decisione concernente l'espulsione di quei soggetti che hanno trascorso legalmente la maggior parte della loro infanzia e adolescenza nel Paese ospitante deve essere sorretta da ragioni particolarmente serie); C. Edu, 8 marzo 2021, M.M. c. Svizzera, ric. n. 59006/18, § 54 (in tema di valutazione del rispetto del requisito della proporzionalità dell'ordine di espulsione rispetto all'art. 8); C. Edu, 26 febbraio 1992, Beldjoudi c. Francia, ric. n. 12083/86 (nell'ambito della quale il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 8 Cedu per via di un ordine di allontanamento disposto nei suoi confronti senza che si tenesse conto del fatto che fosse sposato già da più di nove anni con una donna francese); C. Edu, 21 ottobre 1997, Boujlifa c. Francia, ric. n. 25404/94; C Edu, 13 ottobre 2016, B.A.C. c. Grecia, ric. n. 11981/15, § 36-46 (in tema di garanzia dell'esame delle richieste di asilo in tempi ragionevoli). Anche se, come anticipato, la norma è stata espunta dall'art. 19 TUI, non sembra potersi escludere tuttora un eventuale riconoscimento da parte della Corte Edu di una violazione dell'art. 8 in quei casi in cui lo straniero venga espulso ma, in concreto, una simile misura appaia irragionevole o sproporzionata, anche alla luce dei criteri di compatibilità espressi nella sentenza C. Edu, 18 ottobre 2006, Üner c. Paesi Bassi, cit. (C. Edu, 23 giugno 2008, Maslov c. Austria, ric. n. 1638/03, § 70). D'altronde, si era già pervenuti a conclusioni sovrapponibili con la sentenza "Medrano" (Corte di Cass., sez. I penale, 12 maggio 1993, n. 2194), con la quale il supremo Consesso aveva annullato la decisione circa l'esecuzione, nei confronti del sig. Medrano (condannato per un reato in materia di sostanze stupefacenti), della misura di sicurezza dell'espulsione dallo Stato italiano, in considerazione del fatto che non era stato verificato in concreto se lo straniero da espellere avesse legami familiari stabili sul territorio nazionale, né se sussistesse il requisito della proporzionalità tra il danno inferto alle suddette relazioni familiari e la gravità del reato commesso (si veda, sul punto, Surace, A. "Il rispetto della vita familiare alla luce dell'art. 8 della Convenzione europea," *Adir – l'altro diritto*, 2006). A prescindere, dunque, da un'espressa previsione normativa – come quella che era contenuta nell'art. 19, co. 1.1 TUI – resta ben possibile a chi ritenga leso il proprio diritto *ex* art. 8 Cedu, nelle sue più ampie e variegate sfaccettature, di agire in giudizio per ottenere tutela.

Tralasciando intenzionalmente alcune di queste – vuoi perché difficilmente applicabili alla categoria in esame, vuoi perché un loro puntuale approfondimento non potrebbe essere svolto in questa sede per ovvie ragioni –, ai fini della valutazione circa il riconoscimento del permesso da ultimo menzionato anche ai "migranti ambientali" sarà preso in esame l'art. 19, co. 1.1 nella parte in cui pone in capo agli Stati il divieto di respingimento di coloro i quali, da un eventuale rimpatrio, potrebbero subire trattamenti inumani o degradanti.

3. Principio di non respingimento e divieto di trattamenti inumani o degradanti.

A tal riguardo, importanti insegnamenti possono essere tratti dalla nota decisione Ioane Teitiota v. New Zealand, adottata dal Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani il 7 gennaio 2020[111].

Il pregio di tale pronuncia[112] risiede in almeno tre aspetti: conferma l'esistenza di un rapporto diretto tra pericolo di degradazione ambientale e migrazioni forzate; riafferma che le violazioni degli articoli 6 e 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici[113] causate dal cambiamento climatico possono comportare l'attivazione dell'obbligo di non-refoulement in capo agli Stati riceventi i migranti "ambientali"[114]; di conseguenza, configura la possibilità per questi ultimi di beneficiare della protezione complementare prevista dalla normativa internazionale in materia di diritti umani[115].

Il caso ha riguardato un cittadino delle isole Kiribati, situate nell'oceano Pacifico centrale, il quale, dopo che la sua richiesta di protezione internazionale avanzata dinanzi alle Corti Neo-Zelandesi veniva rigettata in tutti i gradi di giudizio, decideva di adire il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani[116]. In particolare, nonostante il Tribunale neozelandese non avesse escluso la possibilità che "environmental degradation could *create pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction*"[117], quest'ultimo concludeva che non vi fosse un

111 Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, Ioane Teitiota v New Zealand, 7 gennaio 2020.

112 Che in dottrina è stata definita una "landmark determination" (McAdam, J. "Protecting people displaced by the impacts of climate change: the UN human rights committee and the principle of non refoulement", *American Journal of International Law*, 2020, vol. 114, p. 709).

113 Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, Ris. 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966.

114 Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, Ioane Teitiota v New Zealand, cit., par. 9.11.

115 Scissa, C.: "The principle of non-refoulement and environmental migration: a legal analysis of regional protection instruments", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2022, num. 3, p. 7.

116 In particolare, lamentava che "by removing him to Kiribati, New Zealand violated his right to life under the Covenant. Sea level rise in Kiribati has resulted in the scarcity of habitable space, which has in turn caused violent land disputes that endanger the author's life, and environmental degradation, including saltwater contamination of the freshwater supply".

117 Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, Ioane Teitiota v New Zealand, cit., par. 2.2.

rischio sostanziale che i diritti tutelati dagli articoli 6 e 7 del Patto[118] potessero essere violati a seguito del rimpatrio del signor Teitiota[119]. Alle stesse conclusioni perverrà anche il Comitato delle Nazioni Unite, ritenendo che la doglianza del ricorrente "did not properly assess the risk inherent in his removal".

Al di là dell'esito che ha avuto il caso menzionato – in relazione al quale si rimanda ad altri contributi per un più puntuale approfondimento della vicenda[120] –, ci si concentrerà adesso sulla più generale questione circa la possibilità che il principio di non refoulement possa costituire un efficace strumento di tutela per quei migranti il cui rimpatrio non appaia sicuro per via delle disastrose condizioni ambientali in cui versa il loro Paese di origine. Tale principio, come noto, vieta il respingimento, l'espulsione e l'estradizione dello straniero verso territori in cui la sua vita o la sua libertà possano essere in pericolo ovvero ove rischi di essere sottoposto a tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti[121]. Esso, dunque, opera su due "fronti" differenti[122], entrambi strettamente collegati al rispetto dei diritti umani. Infatti, in un'ottica teleologica che considera la tutela della persona umana quale stella polare della legislazione in materia, il divieto di refoulement è stato consacrato, "in funzione ancillare rispetto al divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti"[123], all'interno di diversi trattati internazionali sui diritti umani e riconosciuto come immanente – anche se non espressamente contemplato – in altri[124].

118 L'art. 6 del Patto tutela il diritto alla vita; l'art. 7, che invece assume rilevanza sin da subito per il presente scritto, dispone che "Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico".

119 Par. 2.9 della decisione.

120 Si veda, ad esempio, Sommario, E.: "When climate change and human rights meet: a brief comment on the UN Human Rights Committee's Teitiota Decision", *Questions of international law*, 2021, vol. 77, pp. 51 ss; Castiglione, M.: "La decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso Teitiota c. Nuova Zelanda. Dal divieto di respingimento dei migranti ambientali al riconoscimento della categoria dei rifugiati ambientali?", *Adim Blog*, 2020.

121 Nell'ambito della sterminata letteratura che ha interessato il principio di *non*-refoulement, preme segnalare Caskey, C.: "Non-Refoulement and Environmental Degradation: Examining the Entry Points and Improving Access to Protection", *Global migration research papers series*, 2020, vol. 26, p.1 ss.; Giuffrè, M.: "Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019", *Questione giustizia,* 2020, num. 1, pp. 190 ss.; Keshen, S., Lazickas, S.: "Non-refoulement: a human rights perspective on environmental migration from small island developing states", *Journal of International Aff*airs, 2022, vol. 74, pp. 21 ss.

122 Per un verso, "funge da *surrogato* del diritto d'asilo costituzionale, prevenendo forme di persecuzione legate a caratteristiche personali dello straniero protetto"; per altro verso, con riferimento ai diritti dell'uomo, "serve a prevenire un danno irreparabile alla vita, alle libertà primarie e all'integrità fisica dello straniero in quanto tale, ed è, quindi, strumentale alla tutela effettiva e diffusa di un nocciolo duro di diritti umani inviolabili, riconosciuti a livello internazionale": così, testualmente, Savino, M., Vitiello, D.: "Non respingimento", in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri* (a cura di C. Panzera, A. Rauti), Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 469.

123 *Ivi*, 474. Ci si riferisce ad Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, Ris. 39/46 del 10 dicembre 1984 (art. 3, §1); Organizzazione degli Stati Americani, *Convenzione americana sui diritti umani*, 22 novembre 1969 (art. 22 §8).

124 Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, cit. (art. 7); Consiglio D'Europa, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, 4 novembre 1950.

In realtà, per comprendere l'effettiva ampiezza del divieto, occorre vagliare la portata che ad esso è stata riconosciuta dalle Corti sovranazionali e, più in particolare, per ciò che concerne il presente scritto, l'interpretazione che di esso ne ha offerto la Corte Europea dei Diritti Umani.

I giudici di Strasburgo, a partire dalla sentenza Soering c. Regno Unito[125], giungono a ricavare una funzione preventiva del divieto di respingimento proprio dal divieto di tortura e maltrattamenti, "del quale mira a rafforzare l'effettività attraverso le frontiere[126]". Ciò in quanto, per non incorrere nella violazione dell'art. 3 Cedu, gli Stati sono tenuti al rispetto tanto di obblighi negativi – che intimano l'astensione da comportamenti attivi – quanto di obblighi positivi, che impongono loro, più in generale, di proteggere lo straniero dai pericoli scaturenti dalla sua possibile esposizione agli eventi negativi dedotti nella disposizione menzionata, anche ad opera di terzi[127]. Sulla possibilità di annoverare, tra questi pericoli, anche quelli riconducibili agli effetti del cambiamento climatico e alla degradazione ambientale, peraltro, non vi è uniformità di vedute e, anzi, la tematica pare essere governata da un generale scetticismo.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte Edu, è possibile ricavare tre principali approcci nei confronti del divieto di respingimento, utilizzati a seconda della tipologia di pericoli in cui lo straniero sarebbe potuto incorrere se rimpatriato.

Il primo è il caso in cui lo Stato di destinazione possa infliggere all'individuo un danno diretto ed intenzionale, come nella menzionata causa Soering c. Regno Unito[128]. In tale ipotesi, il divieto di allontanamento posto in capo agli Stati è assoluto. Sebbene autorevole dottrina ritenga che debba considerarsi "unlikely that this category of cases will assist claimants resisting expulsion in the context of a climate change-related natural disaster"[129], in realtà potrebbe osservarsi che,

125 C. Edu, 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito, ric. n. 14038/88, nell'ambito della quale la Corte riteneva "contraria all'art. 3 l'estradizione da uno Stato parte della CEDU (il Regno Unito) di un cittadino tedesco accusato di un reato punito nello Stato terzo richiedente (gli Stati Uniti) con la pena di morte. L'estradizione avrebbe, invero, esposto il ricorrente al rischio di permanenza prolungata nel c.d. "corridoio della morte", condizione qualificata come trattamento inumano e degradante" (Savino, M., Vitiello, D.: "Non respingimento", cit., p. 477).

126 *Ibidem*.

127 In questo senso, dunque, gli stati non possono trasferire lo straniero fuori dalla propria giurisdizione e verso altri Paesi che pongono in essere i comportamenti vietati dall'art. 3 della Convenzione, senza peraltro che rilevi se si tratti di atti di tortura o di trattamenti inumani o degradanti (cfr. C. Edu, 10 aprile 2012, Babar Hamad e altri c. Regno Unito, § 171-172; C. Edu, 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, ric. n. 37201/06). In tema di obblighi positivi e, in particolare, in merito alla loro capacità "di offrire una prevenzione e, in caso di violazione, una repressione del comportamento vietato ai sensi dell'art. 3", si veda Gori, A.: "Articolo 3 Cedu – Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti", *ADIR-L'altro diritto*, 2015.

128 Ma le statuizioni contenute in tale pronuncia sono state in seguito ulteriormente rafforzate, ad esempio con le sentenze C. Edu, 15 novembre 1996, Chahal c. Regno Unito, ric. n. 22414/93 e C. Edu, 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, cit.

129 Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement: what scope for resisting expulsion under articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?", *International Journal of Refugee Law*, 2014, vol. 26, pp. 411 ss.

quantomeno nelle (poche) ipotesi in cui si accertasse che a seguito del disastro ambientale il Paese di origine dello straniero stia intervenendo per soccorrere una determinata parte del territorio lasciando deliberatamente sprovviste di aiuto le restanti zone (dalle quali lo straniero/ricorrente proviene), un margine per l'applicazione dell'art. 3 Cedu – e forse, ancor prima, per la configurazione dello status di rifugiato[130] – sembra poter residuare[131].

Il secondo approccio ha interessato le ipotesi in cui lo Stato ove verrebbe eventualmente rimpatriato il soggetto non possa essere considerato responsabile della causazione del pericolo per quest'ultimo, dal momento che i fattori di rischio sarebbero da ravvisarsi in eventi puramente ed esclusivamente naturali. In presenza di siffatte ipotesi, l'operatività del divieto di respingimento, secondo la Corte, è subordinata al ricorrere di requisiti più stringenti, quali l'eccezionalità della situazione e la sussistenza di "compelling humanitarian considerations"[132]. È facile comprendere, dunque, che, anche se in astratto un ricorso finalizzato ad ottenere l'applicazione del principio di *non refoulement* per ragioni legate ai disastri ambientali potrebbe trovare accoglimento, in concreto "the circumstances would have to be very exceptional, involving extreme deprivation without relief"[133].

Infine, il terzo approccio[134] è stato adoperato nei casi in cui la responsabilità della crisi umanitaria che affligge lo Stato di rimpatrio sia da imputare – in maniera predominante – a soggetti statali (o non statali), come accertato nell'ambito del

130 Qualora le condotte dello Stato di provenienza del soggetto ammontassero a una "persecuzione" per come intesa dalla Convenzione di Ginevra.

131 Diversi infatti sarebbero i diritti umani che potenzialmente potrebbero venir lesi dal rimpatrio, tra cui il diritto alla non discriminazione, il diritto alla vita privata, il diritto all'abitazione.

132 C. Edu, 2 maggio 1997, D. c. United Kingdom, ric. n. 30240/96, par. 54: "However, in the very exceptional circumstances of this case and given the compelling humanitarian considerations at stake, it must be concluded that the implementation of the decision to remove the applicant would be a violation of Article 3". La soglia di rilevanza definita nella sentenza menzionata è stata nuovamente utilizzata dalla Corte nella sentenza C. Edu, 27 maggio 2008, N. c. Regno Unito, ric. n. 26565/05, par. 42. In tale pronuncia, peraltro, nell'ambito delle opinioni dissenzienti dei giudici Tulkens, Bonello and Spielmann, viene contestata la posizione della Corte (par. 44) in base alla quale "the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights", dal momento che così facendo si ignorerebbe – o quantomeno si porrebbe in secondo piano – "the social dimension of the integrated approach adopted by the Court" in altri casi sottoposti al suo giudizio (C. Edu, 9 ottobre 1979, Airey c. Irlanda, ric. n. 6289/73; C. Edu, 23 giugno 2015, Sidabras et al. c. Lituania, ric. n. 50421/08 e 56213/08). In quest'ottica, la violazione dell'art. 3 Cedu da parte di uno Stato membro potrebbe verificarsi anche nelle ipotesi in cui all'allontanamento dello straniero consegua un danno per lo stesso ai propri diritti socio-economici piuttosto che civili e politici.

133 Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement", cit., p. 412. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha assunto un approccio sovrapponibile a quello descritto, ritenendo che, sebbene non possa negarsi una connessione tra i divieti di cui all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (corrispondente, nel contenuto, all'art. 3 della Cedu) e la dignità umana di cui all'art. 1 della Carta, per potersi configurare una violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti occorrerà superare una soglia di gravità particolarmente alta, ravvisabile "in a situation of extreme material poverty that does not allow him [lo straniero] to meet his most basic needs […] that […] puts him in a state of degradation incompatible with human dignity". In questo senso, C. Giust. UE, 19 marzo 2019, Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland, C-163/17, par. 92, disponibile all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0163*.

134 Cd. "predominate cause".

giudizio Sufi & Elmi c. Regno Unito[135]. Infatti, anche se nel caso menzionato l'evento che contribuisce a cagionare il degrado ambientale (segnatamente la siccità) è di tipo naturale, non può negarsi che la crisi "is predominantly due to the direct and indirect actions of the parties to the conflict"[136]. Mutando dunque, rispetto al secondo approccio citato, l'origine del danno (non più esclusivamente naturale ma in parte da imputare ad agenti, statali e non), è parimenti necessario che muti, abbassandosi, la soglia di gravità del pericolo richiesta affinchè il divieto di non refoulement operi, cosicchè "the 'very exceptional' threshold test should not be applied"[137]. In simili circostanze, la valutazione circa la possibile violazione dell'art. 3 Cedu dovrebbe fondarsi sull'analisi di alcuni fattori, al verificarsi dei quali[138] il rimpatrio risulterebbe precluso[139].

La Corte, comunque, si affretta a specificare che nel caso in esame, se le terribili condizioni del Paese destinatario del rimpatrio (Somalia) fossero state riconducibili esclusivamente a fenomeni naturali, il test elaborato in N. c. Regno unito[140] sarebbe stato più corretto da adoperare. Sebbene sia stata messa in discussione la bontà di una simile conclusione[141], ad avviso dello scrivente potrebbe già offrirsi una risposta a tali dubbi, muovendo proprio dalla giurisprudenza menzionata e, in particolare, dalla sentenza D. c. Regno Unito. In tale pronuncia la Corte, in considerazione dell'importanza fondamentale dell'Art. 3 Cedu, si riserva una sufficiente flessibilità nell'estendere l'applicazione della menzionata disposizione anche ad altri contesti, financo quelli in cui non risulti possibile ricondurre la fonte del rischio – nè direttamente né indirettamente – alla responsabilità delle autorità pubbliche di quel Paese[142].

135 C. Edu, 28 giugno 2011, Sufi & Elmi c. Regno Unito, ric. n. 8319/07, che applica i principi contenuti in C. Edu, 21 gennaio 2001, *M.S.S. c. Belgio*, ric. n. 30696/09, par. 252-263.

136 *Ivi*, par. 282.

137 Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement", cit., p. 413. Si potrebbe dunque affermare che tale modello recepisca alcune peculiarità proprie degli altri due approcci, identificandosi come una soluzione di "compromesso" fra gli stessi.

138 Anche se non appare chiaro se, ai fini dell'applicazione di tale diversa soglia di gravità in giudizio, sia necessario che tali elementi coesistano o sia sufficiente che il ricorrente sia in grado, alternativamente, di "point to a risk of ill-treatment on return, or whether return to circumstances where she is unable to cater for her basic needs and there is no prospect of her situation improving within a reasonable time frame would suffice" (*Ivi*, 414).

139 C. Edu, 28 giugno 2011, Sufi & Elmi c. Regno Unito, cit., § 283: i) l'impossibilità del ricorrente di provvedere ai propri bisogni di vita essenziali, quali il cibo, l'igiene e l'alloggio; ii) la vulnerabilità del soggetto ai maltrattamenti; iii) la prospettiva che la situazione di pericolo non migliorerà in un lasso di tempo ragionevole.

140 Vedi *supra*, nt. 143.

141 Parisciani, E.: "Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Sufi e Elmi", 25 gennaio 2013: "tale affermazione non può che suscitare dubbi. Condizioni di vita insostenibili sarebbero da considerarsi meno *inumane* e *degradanti* perché provocate da eventi naturali e non da mano d'uomo? Questa domanda diventa certamente un nodo gordiano nel momento in cui i cosiddetti *rifugiati climatici* stanno diventando una vera e propria emergenza".

142 C. Edu, 2 maggio 1997, D. c. United Kingdom, cit., § 49.

A) segue): possibili scenari di tutela – la teoria della causa predominante.

In ogni caso, se il ricorrente riesce a dimostrare in giudizio il coinvolgimento dello/degli Stato/i nella causazione dell'evento pericoloso, l'applicazione del terzo approccio da parte della Corte risulta più agevole. Dimostrazione che, peraltro, nel caso di disastri ambientali, non risulta affatto facile: ricondurre eziologicamente la verificazione di eventi ambientali disastrosi al cambiamento climatico di origine antropica costituisce uno degli ostacoli più complicati da aggirare, come già anticipato in questo scritto e come testimoniato anche nell'ambito del dilagante contenzioso climatico[143]. Ciò però non significa che un simile onere probatorio sia impossibile da raggiungere.

In particolare, al fine di ottenere l'applicazione del terzo approccio da parte della Corte – con una conseguente più bassa soglia di gravità del pericolo necessaria per permettere al divieto di non refoulement di entrare in gioco anche per i migranti ambientali – occorrerebbe seguire un preciso *iter,* che potrebbe così riassumersi: *i)* dimostrare che gli Stati del mondo (o quantomeno alcuni di essi[144]) emettono ogni anno nell'atmosfera una copiosa quantità di gas-serra; *ii)* dimostrare che tali emissioni antropogeniche influiscono negativamente sul cambiamento climatico; *iii)* dimostrare che il cambiamento climatico così verificatosi (tanto nella forma dei sudden-onset natural events quanto degli slow-onset events) costituisce la "causa predominante" del pericolo che impedisce il rimpatrio ex art. 3 Cedu.

In tal modo, pertanto, dalla fonte indiretta e predominante del pericolo (le emissioni dei gas-serra da parte degli Stati) deriverebbe la condizione ostativa al rimpatrio (ossia il deterioramento ambientale nel Paese verso il quale dovrebbe essere indirizzato lo straniero), rispettandosi così i criteri necessari per l'adozione del terzo approccio descritto[145].

Con riferimento al primo e al secondo aspetto, strettamente collegati tra loro, una siffatta dimostrazione non sembra eccessivamente complicata per il ricorrente. Basterebbe infatti menzionare il sesto rapporto di valutazione sul cambiamento climatico dell'IPCC[146] per appurare come la comunità scientifica mondiale

143 Sul punto, vedasi, tra gli altri, Giordano, A.: "Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, num. 6, pp. 763 ss; Guarna Assanti, E.: "Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda", *Federalismi.it*, 2021, vol. 17, pp. 66 ss; Del Corona, L.: "Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla lice della recente sentenza del Tribunal Administratif de Paris sull' «affaire du siécle»", *Rivista Gruppo di Pisa*, 2021, num. 1, pp. 327 ss.

144 Vedi *infra*, nt. 154.

145 Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement", cit., p. 420: "In light of the precedent set by the Court in Sufi & Elmi, the Type 3 qualifying test requires: i) Direct and indirect actions of state and/or non-state actors ii) Which are seen as being the predominate cause of a humanitarian crisis".

146 Pare opportuno rammentare che i rapporti dell'IPCC vengono approvati, in sessione plenaria, con la partecipazione dei Governi di 195 (attualmente) Stati del mondo.

uniformemente ritenga che l'attività umana – e, segnatamente, l'emissione di gas serra – abbia inequivocabilmente causato il cambiamento climatico[147].

Qualche problema in più potrebbe porsi in relazione alla dimostrazione del terzo passaggio, ossia accertare che dal cambiamento climatico deriva la causa predominante del pericolo, cioè gli eventi naturali disastrosi che innescherebbero l'operatività del divieto di respingimento. In realtà, oltre agli studi sul tema di cui si è già dato conto[148], deve darsi atto dello sviluppo di un differente metodo scientifico[149] che mira ad analizzare quali sarebbero state le probabilità di verificazione di un determinato evento/disastro nel caso in cui non vi fosse stato il cambiamento climatico antropico[150]. La conclusione su cui sembra si converga è quella in base alla quale, in assenza del surriscaldamento globale, "many recent events would have occurred in a different way – or would not have occurred at all"[151].

B) (segue): possibili scenari di tutela – la teoria dell'approccio sui generis[152].

Oltre alla ricostruzione sin qui offerta, il principio di non refoulement a tutela dei migranti ambientali potrebbe entrare in gioco anche attraverso un differente meccanismo; un meccanismo fondato su di un'equa e bilanciata ripartizione delle

147 IPCC, *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, a cura di H. Lee e J. Romero, IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, pp. 6 ss.

148 Vedi *supra*, nt. 106.

149 Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement", cit., p. 422, richiama lo studio sulla straordinaria ondata di calore che nel 2011 colpì il Texas e l'Oklahoma condotto da Hansen, J., Sato, M., Ruedy, R.: "Perception of Climate Change, Proceedings of the National Academy of Sciences", 29 marzo 2012.

150 In realtà, per chi ha familiarità con il diritto penale, simili riflessioni non dovrebbero apparire poi così tanto innovative; al contrario, sembrano riecheggiare il ragionamento che ha sorretto la motivazione di una tra le più importanti sentenze che le Sezioni Unite penali sono state chiamate a redigere. Ci si riferisce alla notissima sentenza "Franzese" (Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese). In base a tale pronuncia, infatti, il criterio di accertamento del nesso causale non può essere basato soltanto sulle leggi dotate di un coefficiente di probabilità vicino alla certezza, ma a tal fine possono assumere rilevanza dirimente anche "generalizzazioni causali sorrette da gradi di probabilità anche molto inferiori, quando le stesse risultino attagliarsi al caso concreto in virtù dell'esclusione dell'interferenza di decorsi causali alternativi". In questo senso, assume rilievo la cd. probabilità logica, la quale "individua la probabilità della ricorrenza della legge statistica nel caso concreto". Così, nel caso del cambiamento climatico, potrebbe ritenersi che sono le emissioni antropogeniche ad aver comportato un così repentino e considerevole riscaldamento globale proprio perché i "decorsi causali alternativi" testimoniano che il clima globale, in assenza dell'attività umana, sarebbe ancora influenzato da fattori naturali come le variazioni dell'orbita terrestre, le eruzioni vulcaniche, le oscillazioni oceaniche e altre forze naturali, le quali, seppur avrebbero contribuito a rendere le temperature terrestri "dinamiche" nel tempo, non avrebbero di certo portato la quantità di CO2 presente in atmosfera al doppio rispetto ai minimi degli ultimi 700 mila anni (410-415 parti per milione rispetto a 200-180 parti per milione). Si legge in un recente studio effettuato dall'Università di Padova che "eliminando i cambiamenti intervenuti in tutti i fattori naturali noti, i cambiamenti del clima non sarebbero stati significativamente diversi da quelli che si sono verificati. In particolare non sarebbe stato alterato l'aumento della temperatura, soprattutto nei tre ultimi decenni. Al contrario, eliminando i fattori antropici e, in particolare, le emissioni antropiche di gas serra i cambiamenti del clima non si sarebbero verificati. La temperatura non sarebbe significativamente aumentata. Soprattutto negli ultimi due decenni" (Greco, P., Massariolo, A.: "I modelli di previsione del clima", 18 luglio 2019).

151 World Meteorological Organization (WMO), *The Global Climate 2001-2010: A Decade of Weather Extremes – Summary Report*, 3 luglio 2013, disponibile all'indirizzo *<http://library.wmo.int/pmb_ged/wmo_1119_en.pdf>*.

152 Lo definisce così Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement", cit., p. 419 ss.

responsabilità di coloro che hanno contribuito (e contribuiscono tutt'ora) al peggioramento del clima globale. Tale tesi prende le mosse da un assunto di fondo: non tutte le nazioni del mondo hanno inciso in egual misura sul cambiamento climatico in atto[153]. Anzi, sono proprio gli Stati più sviluppati – quelli, tra l'altro, verso i quali i migranti ambientali fuggono – ad aver le maggiori responsabilità al riguardo[154]. Una simile circostanza potrebbe allora porsi alla base di una nuova interpretazione della Corte Edu, – appunto *sui generis* – distinta da quelle caratterizzanti i tre approcci sopra delineati. Un'interpretazione che abbassi la soglia dei requisiti richiesti affinchè il divieto di refoulement in capo a questo gruppo di Stati operi anche a tutela dei migranti ambientali; e ciò proprio in virtù di un'obbligazione (certamente morale ma anche giuridica, in funzione riparatoria) gravante sui primi nei confronti dei secondi per i danni indiretti causati al clima e, di riflesso, all'ambiente di provenienza di questi ultimi. A riprova della bontà di una siffatta ricostruzione soccorre lo stesso ragionamento svolto dalla Corte nel caso N contro Regno Unito, ma "turned on its head in this connection"[155]; al § 44 la Corte dà per sottointesa all'interno della Convenzione la ricerca di un giusto bilanciamento tra gli interessi generali perseguiti dalla comunità e il rispetto dei diritti fondamentali dei singoli. In virtù di tale ponderazione potrebbe allora argomentarsi che, nella determinazione della soglia di operatività del divieto di refoulement, dovrebbe tenersi conto del contributo dello Stato ospitante all' esacerbarsi della condizione climatica mondiale e dei conseguenti danni causati nei Paesi di provenienza dei migranti ambientali. Attraverso tale consapevolezza, infatti, apparirebbe equo, giusto, rendere meno stringenti i requisiti per il funzionamento del divieto di respingimento nei confronti di quest'ultima categoria di soggetti da parte quantomeno di quegli Stati indicati nel II Allegato alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici.

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Le riflessioni sin qui svolte permettono di comprendere come il quadro concernente la tutela giuridica dei migranti ambientali risulti non ancora precisamente definito, tanto nei suoi contorni quanto nel suo effettivo contenuto. Peraltro, i tentativi di estendere – nell'attesa di una formulazione di una normativa

153 Non essendo possibile soffermarsi oltre su tale ampio tema, ci si limiterà a rimandare all'interessante contributo di Weijers, D., Eng, D., Das, R.: "Sharing the responsibility of dealing with climate change: interpreting the principle of common but differentiated responsibilities", in AA.VV.: *Public Policy – Why ethics matters* (a cura di J. Boston, A. Bradstock, D. Eng), Anu Press, 2011, p. 141, che si interroga sui vari principi (polluter pays; beneficiary pays; ability to pay principle) potenzialmente in grado di offrire spunti validi per l'implementazione di politiche giuste e favorevoli in tema.

154 Tra questi certamente rientrano gli Stati indicati nel secondo allegato alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1992, fra i quali vi è anche l'Italia. In particolare, nel terzo considerando della Convenzione si trova la conferma che "the largest share of historical and current global emissions of greenhouse gases has originated in developed countries".

155 Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement", cit., p. 420.

più dettagliata – anche a questi soggetti le forme di protezione previste per i migranti "classici" non sembrano poi così pretestuosi.

Per un verso, l'operatività dell'istituto della protezione temporanea anche nei confronti di tale categoria – al ricorrere dei requisiti necessari per la sua attivazione (cfr *supra*, par. III) – non sembra astrattamente preclusa e, anzi, potrebbe costituire una risposta efficace, quantomeno nel "breve" periodo, per le esigenze di tali individui. Per altro verso, la protezione complementare, in particolare nella forma tanto del permesso per calamità quanto di quello per protezione speciale, può rappresentare un mezzo in grado di offrire una tutela sufficiente anche ai migranti ambientali. Più precisamente quello per ultimo menzionato, arricchito dai principi sviluppati a livello eurounitario, appare essere lo strumento che meglio si attaglia a interpretazioni idonee a ricomprendere nel suo spettro applicativo anche coloro che fuggano da situazioni ambientali insostenibili.

Affinchè simili scenari si verifichino, un ruolo di primo piano deve essere ancora una volta rivestito dalla giurisprudenza, tanto nazionale quanto sovranazionale (in quest'ultimo caso con particolare riguardo alla definizione e portata dei concetti di cui all'art. 3 Cedu – vedi *supra,* par. IV.3). Questa è chiamata ad analizzare in maniera approfondita e attenta le situazioni ambientali concrete, i correlati pericoli che i richiedenti protezione lamentano verificarsi nel proprio Paese di origine nonché il grado di vulnerabilità di tali luoghi e persone (cfr *supra*, par. I.2)[156], così da garantire la forma di tutela più giusta per le esigenze prospettate dal migrante, in un'ottica di massima tutela della persona umana e dei suoi diritti inviolabili. In fin dei conti, è questo il fine ultimo e "sottinteso" che il diritto ha (anche se, in alcuni casi, purtroppo occorre usare il condizionale e dire "dovrebbe avere").

156 Cfr. Brambilla, A.: "Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?", *Diritto, immigrazione e citadinanza,* 2017, num. 2, p. 26: "Solo una piena ed adeguata indagine sul contesto di provenienza del migrante, anche attraverso una raccolta attenta delle informazioni relative ai Paesi d'origine, e un'analisi puntuale delle ragioni per cui lo stesso è stato costretto ad abbandonare il proprio Paese, esercitando in modo corretto il dovere di cooperazione istruttoria, possono consentire di riconoscere il carattere forzato di una migrazione e di concedere alla persona la giusta protezione".

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Climate change and displacement: multidisciplinary perspectives* (a cura di J. McAdam), Hart Publishing, 2010.

AA.VV.: *Development, Environment and Migration. Analysis of Linkages and Consequences* (a cura di R. Stojanovic, J. Novask), Palacky University, Olomouc, 2008.

AA.VV.: *Diritti oltre la frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione* (a cura di F. Biondi Dal Monte, E. Rossi), Pisa University Press, Pisa, 2020.

AA.VV.: *Diritto internazionale e valori umani* (a cura di A. Di Blase, G. Bartolini, M. Sossai), Romatre-press, Roma, 2019.

AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri* (a cura di C. Panzera, A. Rauti), Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

AA.VV.: *Environmental Refugees*, UNEP, Nairobi, 1985.

AA.VV.: *EU responses to the large-scale refugee displacement from Ukraine* (a cura di S. Carrera, M. Ineli-Ciger), European University Institute (EUI), Fiesole, 2023.

AA.VV.: *Global Refugees. Problems and Solutions* (a cura di A. Zolberg, P.M. Benda Berghahn), Berghahn, New York, 2001.

AA.VV.: *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1.5°C above Pre- Industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change* (a cura di V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H. O. Portner *et al.*), IPCC, Ginevra.

AA.VV.: *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020* (a cura di M. Giovannetti, N. Zorzella), Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

AA.VV.: *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni* (a cura di A. M. Calamia, M. Gestri, M. Di Filippo *et al.*), Cedam, Vicenza, 2021.

AA.VV.: *Managing Water Resources under Climate Uncertainty. Springer Water* (a cura di S. Shrestha, A. Anal P. Salam, M. van der Valk), Springer, 2014.

AA.VV.: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (a cura di R. Wolfrum), Brill Nijhoff, 2016.

AA.VV.: *Public Policy – Why ethics matters* (a cura di J. Boston, A. Bradstock, D. Eng), Anu Press, 2011.

AA.VV.: *Working Group I, Contribution to the sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (a cura di V. Masson-Delmotte, P. Zhai *et al.*), IPCC, Svizzera, 2021.

Abram, N. J., McGregor, H. V., Tierney, J. E. (*et al*): "Early onset industrial-era warming across the oceans and continents", *Nature*, 2016, vol. 536.

Acierno, M.: "La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani", *Questione giustizia,* 2018, num. 2.

Albertari, G., Principe, E.: "The relevance of perceptions over temporariness of emergency and crafted 'Migrant' identities in the European response to migration originating from conflict situations. The case of Ukraine", *Peace Human Rights Government*, 2023, num. 7.

Baldassarre, A.: "Diritti inviolabili", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica*, XI, Treccani, Roma, 1989.

Banini, N.: *Rifugiati ambientali. I cambiamenti climatici come causa delle migrazioni*, Tesi di Dottorato di Ricerca, Università Luiss, 2020.

Benvenuti, M. "Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2019, num. 1.

Betts, A.: "State fragility, refugee status and "survival migration", *Forced Migration Review*, 2013, vol. 43.

Bonetti, P.: "La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa", *Rivista trimestrale di diritto penale ambientale*, 2021, num. 2.

Bragato, P. L.: "Evidence of the climate control of strong seismicity in the Italian Apennines through groundwater recharge", *Frontier in Earth Sciences*, 2022, num. 10.

Brambilla, A.: "Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?", *Diritto, immigrazione* e *citadinanza,* 2017, num. 2.

Brown, McGrath, Stokes, *Worldwatch Paper 5, Twenty-two Dimension of the Population Problem*, Worldwatch Institute, Washington DC, 1976.

Bussolati, M.: "La Terra palla di neve", *Focus.it*, 8 gennaio 2003.

Calzolaio, V.: *Ecoprofughi. Migrazioni forzate di ieri, di oggi, di domani*, NDA Press, 2010.

Candela, S.: "Le condizioni di vulnerabilità ambientale tra i «seri motivi di carattere umanitario» in relazione al permesso di soggiorno: prospettive giuridiche della figura dell'eco-migrante (nota a Tribunale di L'Aquila, Ordinanza del 18 febbraio 2018, n. R.G. 1522/17)", *Amministrativamente*, 2019, num. 2.

Canzian, N.: "La non retroattività dell'abrogazione della protezione umanitaria", *Osservatorio costituzionale*, 2020, num. 2.

Carbone, A.: "La nuova protezione speciale dello straniero ai sensi del d.l. 130/2020: eredità della vecchia protezione umanitaria?", 2 novembre 2020.

Caskey, C.: "Non-Refoulement and Environmental Degradation: Examining the Entry Points and Improving Access to Protection", *Global migration research papers series*, 2020, vol. 26.

Castiglione, M.: "La decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso Teitiota c. Nuova Zelanda. Dal divieto di respingimento dei migranti ambientali al riconoscimento della categoria dei rifugiati ambientali?", *Adim Blog*, 2020.

Castiglione, M.: *La problematica ricostruzione di un regime di protezione internazionale per i migranti ambientali*, Tesi di dottorato di ricerca, Università di Pisa, 2018.

Castronuovo, E., "Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018", *Diritto, immigrazione* e *cittadinanza,* 2018, num. 3.

Conti, G.: "La protezione umanitaria e il nuovo Sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020", *federalismi.it*, 2020, vol. 35.

Corsi, C.: "Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo", in *Forum Quaderni costituzionali,* 2021, num. 1.

Crutzen, P. J., Stoermer, E. F.: "The 'Anthropocene'", *IGBP Newsletter*, 2000, vol. 41.

Del Corona, L.: "Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla lice della recente sentenza del Tribunal Administratif de Paris sull' «affaire du siécle»", *Rivista Gruppo di Pisa*, 2021, num. 1

Di Florio, A.: "Dalla protezione umanitaria alla protezione complementare: cos'è cambiato?" in *Questione giustizia*, 24/03/2023.

Famiglietti, G.: "Il richiedente protezione davanti ai suoi "giudici", Giappichelli, Torino, 2021.

Favilli, C.: "La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018", *Questione giustizia*, 14 marzo 2018.

Ferragina, E., Quagliarotti, D. A. L.: "Flux Migratores et Environment: Les migrants de l'environnement en Méditerranée", *Revue Tiers Monde*, 2014, vol. 218.

Fitzpatrick, J.: "Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime", *American Journal of International Law*, 2000, vol. 94.

Ford, J. D., Berrang-Ford, L., King, M. *et al*.: "Vulnerability of Aboriginal health systems in Canada to climate change", *Global Environmental Change*, 2010, vol. 20.

Garlick, M., Michal, I.: "Human mobility, rights and international protection: responding to the climate crisis", *Forced Migration Review*, 2022, vol. 69.

Genç, H. D., Öner, N. A. S.: "Why not activated? The Temporary Protection Directive and the mystery of temporary protection in the European Union", *International Journal of Political Science & Urban Studies,* 2019, vol. 3.

Ghersi, R. F.: "Il diritto di asilo in Italia e in Europa", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, num. 4.

Giacomelli, E.: *Panicocene. Narrazioni su cambiamenti climatici, regimi di mobilità e migrazioni ambientali*, FrancoAngeli, Milano, 2023.

Giordano, A.: "Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, num. 6.

Gluns, D., Wessels, J.: "Waste of paper or useful tool? The potential of the Temporary Protection Directive in the current refugee crisis", *Refugee Survey Quarterly,* 2017, vol. 36.

Gori, A.: "Articolo 3 Cedu – Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti", *ADIR-L'altro diritto*, 2015.

Grecequet, M., DeWaard, J., Hellman, J.J., Abel, G. J.: "Climate vulnerability and human migration in global perspective", *Sustainability*, 2017, num. 9.

Greco, P., Massariolo, A.: "I modelli di previsione del clima", 18 luglio 2019.

Guarna Assanti, E.: "Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda", *Federalismi.it*, 2021, vol. 17.

Guglielmo, V., "Così il riscaldamento globale rende sempre più intense le tempeste tropicali", *LaRepubblica,* 22 novembre 2022.

Hansen, J., Sato, M., Ruedy, R.: "Perception of Climate Change, Proceedings of the National Academy of Sciences", 29 marzo 2012.

Hidalgo, N. A.: "The concept of 'Mass Influx of Discplaced Persons' in the European Directive establishing the Temporary Protection System", *European Journal of migration and law*, 2005, num. 7.

Kerber, K., "The temporary protection Directive", *European Journal of Migration Law*, 2002, num. 4.

Keshen, S., Lazickas, S.: "Non-refoulement: a human rights perspective on environmental migration from small island developing states", *Journal of International Affairs*, 2022, vol. 74.

Kossin, J.P., Knapp, K. R., Olander, T. L. *et al.*: "Global increase in major tropical cyclone exceedance probability over the past four decades", *Earth and Planetary Science Letters*, 2020, vol. 117.

Lanni, A.: *Esistono i "rifugiati climatici"?* in UNHCR.

Lepore, M. L., Fanizzi, F.: "La protezione umanitaria ancora al vaglio delle Sezioni Unite", *Questione giustizia*, 17 maggio 2021.

Malik, S. M., Awan, H., Khan, N.: "Mapping vulnerability to climate change and its repercussions on human health in Pakistan", *Globalization and health*, 2012, num. 8.

Mangano, F. "L'interpetazione dei giudici nella disciplina dei permessi di soggiorno per motivi umanitari", *Questione giustizia*, 19 dicembre 2019.

Manning, S. W., Kocik, C., Lorentzen, B., Sparks, J. P. "Severe multi-year drought coincident with Hittite collapse around 1198-1196 bc", *Nature*, 2023, Vol. 614.

McAdam, J. "Protecting people displaced by the impacts of climate change: the UN human rights committee and the principle of non refoulement", *American Journal of International Law*, 2020, vol. 114.

McGuire, B.: *Waking the Giant: How a changing climate triggers earthquakes, tsunamis, and volcanoes,* OUP Oxford, 2013.

McLeman, R. A., Hunter, L.M.: "Migration in the context of vulnerability and adaptation to climate change: insights from analogues", *Wiley Interdisciplinary Review Climate Change*, 2010, num. 1.

Montesquieu, C.L.: *De l'Esprit des lois,* L. XI c. VI.

Myers, N. *Esodo ambientale. Popoli in fuga da terre difficili*, Edizioni Ambiente, 1999.

Naser, M. M.: "Climate Change, Environmental Degradation, and Migration: A Complex Nexus", *36 William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 2012, num. 36.

Neri, L.: "Si fa presto a dire speciale", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2022, num. 3.

Nespor, S.: "I rifugiati ambientali", *Federalismi.it*, 21 febbraio 2007.

O'Keefe, P., Westgate, K., Wisner, B.: "Taking the naturalness out of natural disasters", *Nature*, 1976, vol. 260.

Padula, C.: "Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?", *Questione giustizia*, 21 novembre 2018.

Pan, E.: "Reimagining the climate migration paradigm: bridging conceptual barriers to climate migration responses", *Environmental Law*, 2020, vol. 50.

Parisciani, E.: "Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Sufi e Elmi", 25 gennaio 2013.

Peers, S., Moreno-Lax, V., Garlick, M. *et al.* (a cura di), *EU Immigration and Asytum Law.*

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972.

Perrini, F.: "Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di cassazione", *Ordine internazionale* e *diritti umani*, 2021, num. 2.

Piguet, E.: "Climate change and forced migration", *New Issues in Refugees Resaerch*, 2008, num. 153.

Quagliarotti, D. A.L.: "Processo di desertificazione e profughi ambientali nei paesi del bacino del Mediterraneo", in *CNR Ismed*, 2011.

Ramirez, I. J., Briones, F.: "Understanding the El Niño Costero of 2017: the definition problem and challenges of climate forecasting and disaster responses", *International Journal Disaster Risk Science*, 2017, num. 8.

Ricci, L.: "Quando il cambiamento climatico cancella la storia", *IlSole24ore*, 10/02/2023.

Ridde, V., Benmarhnia, T., Bonnet, E. *et al.*: "Climate change, migration and health systems resilience: Need for interdisciplinary research", *Taylor & Francis F1000Research*, 2022, num. 8.

Rossi, E.: "Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020", *Forum Quaderni costituzionali,* 2021, vol. 1.

Ruggeri, A.: "Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà", *Diritto, immigrazione. e cittadinanza.,* 2019, num. 2.

Saragosa, A.: "Così i cambiamenti climatici hanno cambiato anche la storia", *Ilvenerdì*, 13 maggio 2022.

Scissa, C.: "La protezione temporanea per le persone in fuga dall'Ucraina in Ue e in Italia: alcuni profili critici", *Questione Giustizia,* 2022, num. 1.

Scissa, C.: "La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi", *Forum quaderni cosituzionali.*, 2021, num. 1.

Scissa, C.: "The principle of non-refoulement and environmental migration: a legal analysis of regional protection instruments", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2022, num. 3.

Scott, M.: "Finding agency in adversity: Applying the refugee convention in the context of disasters and climate change", *Refugee Survey Quarterly*, 2016, vol. 35.

Scott, M.: "Natural disasters, climate change and non-refoulement: what scope for resisting expulsion under articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?", *International Journal of Refugee Law*, 2014, vol. 26.

Skordas, A.: "The Temporary Protection Directive", art. 2, MN.

Sommario, E.: "When climate change and human rights meet: a brief comment on the UN Human Rights Committee's Teitiota Decision", *Questions of international law*, 2021, vol. 77.

Steffen, R., Steffen, H., Weiss, R. *et al.*: "Early Holocene Greenland-ice mass loss likely triggered earthquakes and tsunami", *Earth and Planetary Science Letters*, 2020, vol. 546.

Stevanato, A.: "I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?", *Corti supreme e salute*, 2023, num. 2.

Surace, A. "Il rispetto della vita familiare alla luce dell'art. 8 della Convenzione europea," *Adir – l'altro diritto*, 2006.

Thym, D.: "Temporary protection for Ukrainians: the unexpected renaissance of 'free choice'", *eumigrationlawblog.eu.*

Tomatis, A.: "Cambiamenti climatici e migrazioni: prospettive di tutela a livello internazionale, europeo e italiano", Tesi di Laurea, Università degli Studi di Firenze, 2020.

Travaglino, G.: "La protezione umanitaria tra passato e futuro", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2022, num. 1.

Türközü, D.: "Two sides of the same coin: temporary protection as a practical but unsettled concept", *Die Fnedens-Warte*, 2017-2019, vol. 92.

van der Geest, K., Van den Berg, R.: "Slow-onset events: a review of the evidence from the IPCC Special Reports on Land, Oceans and Cryosphere", *Current Opinion in Environmental Sustainability 2021*, 2021 num. 50.

White, G.: *Climate change and migration: security and borders in a warming world*, Oxford University Press, 2011.

Wyman, K.M.: "Responses to climate migration", *Harvard environmental law review,* 2013, num. 37.

Xhanari, E., Spandrio, T.: "Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018", *dirittifondamentali*, 2018, num. 2.

Zeldin-O'Neill, S.: "It's a crisis, not a change": the six Guardian language changes on climate matters", 16 ottobre 2019.

Zetter, R.: "Mutamento ambientale e spostamento di popolazioni: i nuovi rifugiati?", in *Focus sulle migrazioni. Tre convegni del Gruppo GUE/NGL*, 2015, Milano.

Zorzella, N.: "La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2022. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative", *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2021, num. 2.

Zorzella, N.: "La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano", *Diritto, immigrazione e cittadinanza,* 2018, num. 1.

LA PROTECCION REFORZADA DEL TRABAJADOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS NÓMADAS DIGITALES*

ENHANCED WORKER PROTECTION IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: SPECIAL REFERENCE TO DIGITAL NOMADS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1288-1319

* Trabajo realizado en el marco de Proyecto de Investigación I+D+I: «Hacia una transición digital centrada en la persona en la Unión Europea»; esta publicación es parte del proyecto TED2021-129307A-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea "NextGenerationEU"/PRTR.

Rosa LAPIEDRA ALCAMÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La globalización y la digitalización unidas a la crisis sanitaria han marcado el mercado laboral actual. Tal es así, que se está cambiando la forma de trabajar a nivel mundial. Podemos afirmar que se ha se ha consolidado el teletrabajo internacional como forma de organización laboral que se desarrolla mediante el uso de las nuevas tecnologías. Además, constituye una modalidad de trabajo que aporta enormes beneficios tanto al trabajador como al empresario. Qué duda cabe que la libertad de circulación de servicios, empresas, capitales, personas y mercancías como principios rectores más importantes en el ámbito de la Unión Europea han provocado un incremento cuantitativo de las relaciones laborales transfronterizas, lo que inevitablemente implica un aumento de los conflictos en materia laboral. Conflictos en los que se da una circunstancia muy especial dado que interviene el trabajador como parte débil de la relación que merece una especial protección. Protección que se ha ido reforzando de forma progresiva por parte del legislador europeo, tanto desde la perspectiva procesal, como desde la perspectiva del derecho aplicable a las relaciones laborales transfronterizas.

PALABRAS CLAVE: Relaciones laborales transfronterizas; competencia judicial internacional en materia laboral; régimen jurídico aplicable en materia laboral; eficacia universal parcial; protección reforzada del trabajador; nómadas digitales; teletrabajo internacional.

ABSTRACT: *Globalisation and digitalisation combined with the health crisis have shaped the current labour market. So much so that the way of working around the world is changing. We can say that international teleworking has been consolidated as a form of work organisation that is developed through the use of new technologies. It is also a form of work that brings enormous benefits to both the worker and the employer. There is no doubt that freedom of movement of services, companies, capitals, people and goods as the most important guiding principles in the European Union have led to a quantitative increase in cross-border labor relations, which inevitably implies an increase in labor disputes. Conflicts in which there is a very special circumstance given that the worker intervenes as a weak part of the relationship that deserves special protection. Protection that has been progressively reinforced by the European legislator, both from the procedural perspective, and from the perspective of the law applicable to cross-border labor relations.*

KEY WORDS: *Cross-border labour relations; international labour jurisdiction; applicable labour law; partial universal effectiveness; enhanced worker protection; digital nomads, international teleworking.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA COMPETENCIAL EN MATERIA LABORAL: EL REGLAMENTO 1215/2012. 1. Introducción.- 2. La sumisión expresa y tácita: Requisitos de validez del acuerdo de sumisión.- 3. La interacción entre la "Sección 5" y la "Sección 2" del Reglamento en materia laboral: algunas cuestiones procesales.- A) Carencias tuitivas en los litigios relativos a explotación de sucursales, agencias o establecimientos del art. 7.5.- B) El foro de pluralidad de demandados del art. 8.1.- 4. Los foros especiales de protección en materia laboral.- A) Los foros de ataque del trabajador.- B) El foro de ataque del empresario.- III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO: EL REGLAMENTO 593/2008.- 1. La autonomía de la voluntad conflictual.- A) Límites impuestos a la autonomía de la voluntad.- 2. La ley aplicable a falta de elección.- A) Ley del lugar donde el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo.- B) Ley del lugar del establecimiento de contratación.- C) La cláusula de escape.- IV. LA PROBLEMÁTICA DE LOS NÓMADAS DIGITALES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- 1. El crecimiento del teletrabajo internacional.- 2. Problemas del teletrabajo transnacional desde la óptica del Derecho internacional privado.- A) Determinación de la competencia judicial internacional al teletrabajo transfronterizo.- B. Determinación de la ley aplicable al teletrabajo transfronterizo.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Nos encontramos en un periodo de globalización generalizado en el que es crucial resaltar el impacto que las nuevas tecnologías han tenido el ámbito empresarial. Esta situación ha abierto las puertas de las empresas a la innovación y se aventuren en nuevos mercados internacionales, siendo, en muchos casos, la única salida efectiva de la crisis. Este fenómeno ha tenido repercusiones directas en el panorama laboral a nivel mundial. Tal es así, que se ha consolidado el teletrabajo internacional gracias a las nuevas tecnologías.

Esta circunstancia ha permitido a las empresas innovar e introducirse en nuevos mercados internacionales, que en muchos casos ha resultado ser la única vía eficaz de salida de la crisis, lo que, sin duda, ha tenido una incidencia directa en el mercado laboral internacional. Junto a ello, es importante tener presente que uno de los principios fundamentales en el ámbito europeo es la libre circulación de servicios, empresas, capitales, personas y mercancías. En consecuencia, y a efectos de lo que aquí nos concierne, una de las cuatro libertades de que disfrutan los ciudadanos europeos es la libre circulación de los trabajadores, que incluye el derecho del trabajador a desplazarse, a fijar la residencia en otro Estado miembro, así como el derecho a trabajar en cualquier país dentro de la Unión Europea y a recibir el mismo trato que los nacionales de ese Estado. Este mismo derecho también se hace extensible a las empresas, en cuanto que se les reconoce una libertad de establecimiento en el territorio Bruselas. No nos debe sorprender que todo ello haya provocado directamente un incremento notable en el número de

• Rosa Lapiedra Alcamí
Profesora Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Valencia.
Correo electrónico: Rosa.Lapiedra@uv.es

relaciones laborales transfronterizas donde existe algún elemento de extranjería. Ya sea por el lugar donde el trabajador desempeña su trabajo, ya sea por la nacionalidad o el domicilio del trabajador o de la empresa que lo contrató. Esta situación provoca inevitablemente un aumento considerable de los conflictos internacionales en materia laboral. Conflictos en los que se da una circunstancia muy especial dado que interviene el trabajador como parte débil de la relación por lo que se le ha de brindar una especial protección. Protección que se ha ido reforzando de forma progresiva por parte del legislador europeo, tanto desde la perspectiva procesal, como desde la perspectiva del derecho aplicable a las relaciones laborales transfronterizas, como veremos.

En la primera parte de este trabajo se abordará el modelo competencial del Reglamento en materia laboral contenido en el Reglamento 1215/2012[1] conocido comúnmente como el Reglamento Bruselas I bis, en adelante, RBIbis. Estamos ante el instrumento normativo clave en materia contractual para la determinación de la competencia judicial internacional que ha previsto un régimen especial de competencia judicial internacional para este tipo de conflictos en atención al trabajador como parte débil de la relación. En efecto, se dedica la "Sección 2ª" del Capítulo II a las obligaciones contractuales con carácter general, mientras que se introduce en la "Sección 5ª" del mismo capítulo unas reglas especiales de competencia judicial internacional para los contratos individuales de trabajo.

La segunda parte de este trabajo se centrará en el régimen jurídico aplicable previsto en el Reglamento 593/2008[2], conocido comúnmente como Roma I, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales que ofrece una solución conflictual para la concreción del Derecho aplicable al contrato individual de trabajo. La determinación del "ius" en materia laboral goza de un régimen especial por las características propias que presenta y se inspira y articula en la protección del trabajador como parte más débil en el contrato. Este instrumento combina los elementos de protección con la autonomía de la voluntad conflictual que permite a las partes la libertad de elegir la Ley aplicable al contrato. Para ello, establece un estándar mínimo de protección del trabajador que limita la elección de la Ley, como veremos.

Finalmente, en la tercera y última parte se abordarán los problemas de Derecho internacional privado derivados del teletrabajo internacional, con especial referencia a los nómadas digitales, ponderando la viabilidad de aplicar los Reglamentos europeos existentes a esta nueva realidad.

1 Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

2 Reglamento (UE) núm. 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

II. EL SISTEMA COMPETENCIAL EN MATERIA LABORAL: EL REGLAMENTO 1215/2012.

1. Introducción.

El Reglamento *Bruselas I bis* contiene en la *Sección 5* del Capítulo II bajo la rúbrica "competencia en materia de contratos individuales de trabajo" normas específicas de competencia judicial internacional para el contrato individual de trabajo que constituyen lo que puede denominarse como fueros especiales de protección (arts. 20-23).

Es de señalar que la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo se rige exclusivamente por esta *Sección 5ª*, sin perjuicio de alguna interacción que se produce con carácter excepcional con el régimen general de contratación contenido en la Sección 2ª. Tal es el caso, en primer lugar, de las explotaciones de agencias, sucursales u otro establecimiento del art. 7.5 -Sección 2ª- y, en segundo lugar, el supuesto relativo a la pluralidad de demandados[3]. Supuestos que abordaremos a lo largo de este trabajo.

El modelo competencial laboral del Reglamento *Bruselas I bis* ofrece una regulación especial de protección. No obstante, es de señalar que estos foros especiales de protección no están previstos únicamente para los trabajadores[4], sino que el Reglamento prevé asimismo otros foros especiales de protección, también en el Capítulo II, a favor del asegurado[5] (la Sección 3, arts. 10 a 16) y del consumidor[6] (la Sección 4, arts. 17 a 19). Si bien, como es lógico, en este trabajo nos centraremos únicamente en los foros recogidos en materia laboral.

En definitiva, los foros de competencia judicial en materia laboral previstos en la *Sección 5* del Reglamento Bruselas I bis se estructuran del siguiente modo y, además, de forma jerarquizada:

1. En primer lugar, y con carácter preferente, los acuerdos de sumisión expresa o tácita de las partes, previstos en el art. 23 RBIbis.

2. Y, a falta de acuerdo entre las partes, se recurrirá a los foros especiales de protección en materia laboral contenidos en los arts. 21 y 22 RBIbis.

2. La sumisión expresa y tácita: requisitos de validez del acuerdo de sumisión.

Los arts. 20 a 23 -Sección 5ª- plasman los foros de protección que escapan del modelo general de competencia judicial internacional -Sección 2ª- dada la presencia

3 Art. 8.1 del Reglamento 1215/2012.

4 Art. 23 del Reglamento 1215/2012.

5 Art. 15 del Reglamento 1215/2012.

6 Art. 19 del Reglamento 1215/2012.

de una parte débil que merece una especial protección. Este sistema pretende equilibrar la asimetría de las relaciones entre el trabajador y el empresario bajo la finalidad tuitiva del "favor laboratoris" reforzando la situación del trabajador en sede de competencia judicial internacional[7]. A tal fin, y como se verá, limita por un lado, la autonomía de la voluntad en el plano procesal y, por otro, reduce los foros de ataque del empresario con el objetivo claro de proteger a la parte más débil de la relación -el trabajador-[8].

Tal y como se ha adelantado, los foros de competencia judicial internacional de los arts. 20 a 23 se encuentran jerarquizados. De ahí que, con carácter preferente frente al resto de foros competenciales y de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 RBIbis resultarán competentes los tribunales del Estado miembro a que las partes se hayan sometido, ya sea de forma expresa o tácita[9]. Esto es, como primera opción, cabe la posibilidad de que ante un conflicto en materia laboral la competencia de los tribunales de un Estado miembro se articule bajo el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el plano procesal. Ahora bien, debe señalarse que existe una enorme diferencia en cuanto a la posibilidad de sumisión de las partes para los contratos en general prevista en el art. 25 -sección 2ª- del Reglamento, donde existe una absoluta libertad de elegir los tribunales de cualquier Estado miembro sin ningún tipo de restricción.

Por el contrario, en el caso de los conflictos en materia laboral, esta libertad de las partes se encuentra muy limitada, a tenor de lo dispuesto en el art. 23. Esta limitación obedece a la presencia de una parte débil en la relación contractual que merece una especial protección. Esta posibilidad que ofrece el art. 23 de someterse expresa o tácitamente puede ser utilizada tanto por el empresario como por el trabajador[10], a diferencia del resto de foros especiales subsidiarios que difieren dependiendo de quién sea el actor, el trabajador o el empresario.

Ahora bien, el legislador europeo siguiendo con el espíritu protector del Reglamento y consciente del desequilibrio existente entre el empresario y el trabajador introduce una cláusula de salvaguarda en el art. 26.2 RBIbis para el

7 *Vid.* Zabalo Escudero, E., "La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo", *REDI*, vol. 38, núm. 2, 1986, pp. 620 y ss. Reig Fabado, I: "La competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo en el Reglamento *Bruselas I bis*", en AA.VV.: *La internacionalización de las relaciones laborales* (dir. E. Lopez Terrada), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 34 y ss.

8 *Vid.* Esplugues Mota, C. y Palao Moreno G.: *"Section 5. Jurisdiction over individual contracts of employment (Articles* 20-23)", en AA.VV.: *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation* (eds. U. Magnus and P. Mankowski), Ed. Otto Schmidt, Colonia, 2023, p. 527.

9 El art. 23 del Reglamento 1215/2012 dispone: "Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección". Ello implica, *sensu contrario,* que, si los acuerdos cumplen los puntos 1 o 2, *prevalecerán* sobre el resto de fueros competenciales.

10 STS 24 abril 2000, Rec. 3341/1999.

caso de sumisión tácita por parte del empresario. En efecto, cuando estemos ante la posibilidad de un acuerdo de sumisión tácita siendo el trabajador la parte demandada, el órgano jurisdiccional ante el que se le haya presentado la demanda que *a priori* no resulta competente, -salvo que el trabajador lo acepte- deberá, antes de asumir la competencia, advertir al trabajador de la posibilidad de impugnación de que dispone para el caso de no estar de acuerdo, así como de las consecuencias desde la óptica procesal que implicaría la comparecencia o incomparecencia del mismo en el proceso. De nuevo advertimos el afán tuitivo del Reglamento en aras a la protección del trabajador.

La validez de un acuerdo de sumisión, ya sea expreso o tácito, en el marco de un contrato individual de trabajo va a depender de que cumpla las condiciones expresamente previstas en el art. 23, a saber, que tales acuerdos "1) sean posteriores al nacimiento del litigio o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección". Estos requisitos son de carácter alternativo y no cumulativo, puesto que el legislador utiliza la conjunción disyuntiva "o". De ahí que, bastará con el cumplimiento de uno de ellos para que estemos ante un acuerdo válido y prevalente frente al resto de foros. El incumplimiento de alguna de estas dos condiciones implica la nulidad del acuerdo y, en consecuencia, operarían los foros especiales de protección de los arts. 20 y 21 Reglamento Bruselas I bis. Así lo afirma, asimismo, el art. 25.4 que deja sin efecto expresamente los acuerdos que resulten contrarios a los requisitos establecidos en el art. 23 RBIbis. En definitiva, únicamente prevalecerán frente al resto de foros de competencia de la "Sección 5ª" aquellos acuerdos que respeten, al menos, una de estas dos condiciones.

a) Por lo que respecta al primero de los requisitos, "acuerdos posteriores al nacimiento del litigio", obviamente, refiere a los acuerdos expresos, ya que cuando estamos ante un supuesto de sumisión tácita, por definición, la demanda se interpone una vez ha surgido el conflicto.

Resulta necesario explicar qué se entiende por acuerdo posterior al nacimiento del litigio. Bajo estas circunstancias, se presume que el trabajador no está forzado a aceptar un acuerdo de sumisión expreso que figure en su contrato de trabajo. Tal es así, que los Tribunales españoles en más de una ocasión han considerado nulas cláusulas de sumisión expresa en favor de tribunales extranjeros por haber sido pactadas en el mismo contrato[11]. La expresión utilizada "posterior al nacimiento del litigio" debe ser interpretada en un sentido amplio, no correspondiéndose con el inicio del proceso judicial. Así, desde el momento en el que exista una diferencia manifiesta entre las partes sobre algún aspecto del contrato será válido el acuerdo de sumisión expresa.

11 Vid, por todas, SSTS 24 abril 2000, Rec. 3341/1999 o 12 junio 2003, Rec. 4231/2002.

b) Por lo que respecta al segundo de los requisitos "que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección", debe señalarse que tendrán validez los acuerdos de sumisión si, con independencia de que se hayan acordado antes o después del nacimiento del litigio, amplían las posibilidades de defensa del trabajador previstas en los fueros especiales de los arts. 21 y 22[12]. Esto es, le permite litigar ante tribunales de países distintos a los previstos por las normas. De entrada, tal y como se ha visto, los acuerdos de sumisión anteriores al nacimiento del litigio serían nulos. No obstante, el trabajador podrá hacerlos valer en el caso de que le permita demandar ante Tribunales distintos de los previstos en los foros especiales de competencia[13]. Esta posibilidad exige que el trabajador valore, *a priori*, los fueros especiales para ponderar si el acuerdo amplía o no sus posibilidades.

3. La interacción entre la "Sección 5ª" y la "Sección 2ª" del Reglamento en materia laboral.

En este apartado del trabajo trataremos dos cuestiones que plantean problemas en la práctica. En primer lugar, se abordarán determinadas carencias tuitivas que se detectan en algunos conflictos de carácter laboral contenidos en el régimen general de la "Sección 2ª". En segundo lugar, se hará referencia a la polémica admisión del foro de pluralidad de demandados en materia laboral que es precisamente donde el legislador europeo ha enmendado la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE- actuando de correctivo.

A) Carencias tuitivas en los litigios relativos a explotación de sucursales, agencias o establecimientos del art. 7.5

Nos encontramos ante una cuestión controvertida que ha suscitado numerosos problemas en la práctica y que obliga a reinterpretar este modelo desde la óptica internacional privatista. En concreto, haremos referencia a algunas carencias tuitivas que existen en algunos conflictos de carácter laboral. Dichas carencias se plantean en relación con los litigios relativos a la explotación de sucursal agencia o establecimiento cuando afectan a un contrato individual de trabajo. En efecto, el art. 20.1 RBIbis dispone expresamente que la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo se determinará de conformidad con lo dispuesto en la "Sección 5ª". Sección dedicada exclusivamente a regular la competencia judicial internacional en los conflictos derivados del contrato individual de trabajo. Y, paradójicamente a continuación, el art. 20.2 extrae de esta sección especial algunos conflictos concretos referidos asimismo a materia laboral

12 *Vid.* la STJUE 19 julio 2012 en el asunto *Mahamdia* C-154/11.

13 *Vid.* Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, cit., esp. p. 1153. STJUE 19 julio 2012, Caso *Mahamdia,* C-154/2011.

que los remite a lo dispuesto en los arts. 7.5 y 8.1 de la Sección 2. Recuérdese que la Sección 2ª regula la competencia judicial internacional para las obligaciones contractuales en general. De ahí que, en algunos casos se produce una interacción entre ambas secciones del Reglamento Bruselas I bis.

Estos preceptos, se refieren a distintos supuestos: en primer lugar, el art. 7.5 hace referencia a los litigios de explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento[14]. Y, en segundo término, el art. 8.1 afecta a la pluralidad de demandados en el marco de un litigio en materia laboral cuando los demandados son varios empresarios[15].

A efectos prácticos, esta remisión expresa de la regulación de la competencia judicial internacional para los litigios derivados de explotación de agencias, sucursales o establecimientos en materia laboral al art. 7.5 -Sección 2ª- del Reglamento significa que los criterios de sumisión expresa o tácita de los arts. 25 y 26 del Reglamento operarían sin ningún tipo de limitación para este tipo de conflictos, pese a la presencia de una parte débil. Esta situación resulta altamente criticable porque en este supuesto en concreto deja desprotegido al trabajador. Es por ello que consideramos que en la práctica deberían exigirse igualmente las condiciones o limitaciones impuestas por el art. 23 respecto de los acuerdos de sumisión expresa y tácita para este tipo de contratos cuando afecten a un trabajador[16]. Esto es, que la validez de los acuerdos de sumisión dependa de que sean pactados con posterioridad al nacimiento del litigio o que amplíen las posibilidades de defensa del trabajador.

B) El foro de pluralidad de demandados del art. 8.1.

Ya se ha visto como el art. 20.1 RBIbis extrae de la sección especial 5ª algunos conflictos concretos referidos asimismo a materia laboral, entre ellos, el litisconsorcio pasivo necesario que lo remite a lo dispuesto en el art. 8.1 -Sección 2ª-. Es por ello que, a continuación, se hará referencia a la polémica admisión del foro de pluralidad de demandados del -art. 8.1- en materia laboral que además se incorpora ex novo en el Reglamento Bruselas I bis.

En definitiva, el legislador viene a contradecir la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE- por cuanto que con anterioridad el Tribunal europeo había interpretado restrictivamente la operatividad del juego del foro de pluralidad de demandados afirmando que no podía aplicarse a un litigio

14 Art. 7.5 del Reglamento 1215/2012.

15 Espiniella Menéndez, A.: *La relación laboral internacional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 468.

16 Reig Fabado, I.: "La competencia judicial", cit. pp. 34 y 35.

derivado del contrato de trabajo[17]. Es de señalar, que no es la primera vez que el legislador enmienda la posición del TJUE actuando de correctivo.

Bajo este supuesto de pluralidad de demandados del art. 8.1, un empresario domiciliado en la Unión Europea puede ser demandado, si hay varios demandados, ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos siempre que las demandas estén tan estrechamente vinculadas entre sí que, en aras a una buena administración de justicia, se aconseje tramitarlas conjuntamente[18]. Esta posibilidad resulta muy beneficiosa para el trabajador que suele utilizar este criterio cuando se trata de grupos de empresas. Esto le permite demandar al empresario en el territorio Bruselas en relación con la matriz y con la empresa filial. Qué duda cabe que también en este caso se observa este afán tuitivo del legislador reforzando la posición del trabajador.

En consecuencia, lo que en definitiva está haciendo el legislador europeo es añadir otra herramienta procesal más en favor del trabajador que es precisamente el litisconsorcio pasivo necesario cuando el empresario es demandado. Posibilidad que era negada con anterioridad como se ha visto. De nuevo esto pone de manifiesto la evolución progresiva del afán tuitivo que ha proyectado el legislador en el modelo competencial en materia laboral.

4. Los foros especiales de protección en materia laboral.

A falta de dicho acuerdo de sumisión expresa o tácita, o ante la nulidad del mismo, debe acudirse a los foros especiales de competencia previstos en los arts. 21 y 22 Reglamento *Bruselas I bis*. Estos foros de ataque van a variar dependiendo de que la demanda haya sido interpuesta por el empresario[19] o, por el contrario, por el trabajador[20]. Tal es así, que amplía las posibilidades de defensa del trabajador, mientras que limita las del empresario cuando actúa como demandante. Este trato diferenciado atiende de nuevo a razones de protección de la parte más débil, esto es, trata de equilibrar la asimetría relacional que caracteriza a este tipo de contratos. Es de señalar que este trato de favor es común al resto de foros de protección del Reglamento en materia de contrato de seguro[21] y de consumidores[22].

En consecuencia, cuando es el trabajador el que interpone la demanda contra el empresario dispone de varios foros procesales o de ataque, según lo establecido

17 *Vid.* la SJUE 22 mayo 2008 en el asunto *Glaxosmithkline* C-462/06.

18 Art. 8.1 *in fine* del Reglamento 1215/2012.

19 Art. 22 del Reglamento 1215/2012.

20 Art. 21 del Reglamento 1215/2012.

21 Arts. 11 a 14 del Reglamento 1215/2012.

22 Art. 18 del Reglamento 1215/2012.

en el art. 21 Reglamento *Bruselas I bis* frente a un único foro disponible para el empresario del art. 22. En concreto, se prevén unos foros de competencia que actúan con carácter alternativo, si bien además también prevén otro foro que puede actuar con carácter subsidiario, como veremos a continuación.

A) Los foros de ataque del trabajador.

Pasaremos a determinar en aquellos casos en que es el trabajador el que interpone la demanda las opciones de ataque de que dispone. Así, en primer término, el trabajador podrá acudir ante los tribunales del país del domicilio del empresario (art. 21.1.a). Este es el tradicional foro procesal que se admite de forma generalizada en todos los sistemas por entender que es el foro natural de las partes en cuanto que beneficia tanto al demandante como al demandado. Sin duda, este foro dota de mayor seguridad jurídica a ambas partes y ofrece mejores posibilidades de defensa de la parte demandada y mayor seguridad de cumplimiento de la sentencia para el demandante.

Con el objeto de determinar la competencia judicial internacional atendiendo a este foro competencial laboral cuando el trabajador es el demandante y el empresario el demandado debemos tener en cuenta lo previsto en el art. 20.2[23] del Reglamento. En este sentido, se considera domiciliado en un Estado miembro al empresario que aun estando domiciliado en un tercer Estado fuera de la Unión Europea posee una agencia, sucursal o establecimiento en el territorio Bruselas. En consecuencia, y a efectos de poderlo demandar se entenderá que para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento el empresario tiene su domicilio en dicho Estado. De nuevo el 20.2 aplica un correctivo para el art. 7.5 en beneficio del trabajador por cuanto que en este tipo de litigios considera domiciliado en un Estado miembro al empresario aun cuando no estándolo posee una agencia, sucursal o establecimiento en el territorio Bruselas, "de ahí que realiza una consideración extensiva del domicilio del empresario por lo que el trabajador lo podrá demandar indistintamente en el Estado miembro donde radique cualquiera de ellas"[24].

En segundo lugar, con carácter alternativo, e incluso en el supuesto de que el empresario no esté domiciliado en un Estado miembro (art. 21.2), el trabajador puede presentar la demanda ante Tribunales del Estado miembro en el que el

23 El art. 20.2 del Reglamento *Bruselas I bis* dispone que "cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro".

24 Reig Fabado, I.: "La competencia judicial", cit., p. 38.

trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o lo hubiera desarrollado en último lugar[25] (art. 21.1.b.i).

Ahora bien, en aquellos supuestos en que el trabajador no desarrolla su trabajo en un único Estado, con carácter subsidiario podrá demandar al empresario ante el juez del país donde se encuentre el establecimiento que lo contrató (art. 21.1.b.ii), Y todo ello con independencia de que el empresario esté domiciliado en la Unión Europea o no (art. 21.2).

B) El foro de ataque del empresario.

Para el supuesto en que sea el empresario el que presenta la demanda contra el trabajador, únicamente puede dirigirse ante los órganos jurisdiccionales del lugar de domicilio del trabajador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.1[26]. El empresario se encuentra ante esta limitación procesal y cuenta con un solo foro de ataque en aras a la protección del trabajador como parte más débil.

Si bien, estas limitaciones de la "Sección 5" del Reglamento Bruselas I bis no impiden que el empresario pueda presentar una demanda reconvencional de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.2 del Reglamento[27].

III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO: EL REGLAMENTO 593/2008.

El Reglamento 593/2008 conocido comúnmente como el Reglamento *Roma I* constituye el complemento indispensable del Reglamento Bruselas I bis. Ello es así por cuanto que éste último determina la jurisdicción competente en conflictos derivados de obligaciones y contratos, mientras que el Reglamento Roma I concreta la ley aplicable respecto de las mismas materias.

El Reglamento prevé normas de conflicto para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones y contratos en general en los arts. 3 y 4. Sin embargo, estas reglas se aplican solo parcialmente en el caso del contrato individual de trabajo internacional, por cuanto que recoge una regla específica para esta figura contractual. La razón que justifica la existencia de una regla especial radica en que en este tipo de relaciones jurídicas interviene una parte débil, como es el trabajador, de ahí que requiera de una especial protección. Así, la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo internacional se recoge en el art. 8 del Reglamento Roma I, en adelante RRI.

25 *Vid.* al respecto, Espiniella Menéndez, A.: *La relación laboral internacional, cit.,* p. 482.

26 El art. 22.1 del Reglamento *Bruselas I bis* dispone: "Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio".

27 Reig Fabado, I.: "La competencia judicial", cit., p. 46.

1. La autonomía de la voluntad conflictual.

En este sentido, el art. 8 Roma I, en adelante, RRI constituye una norma de conflicto especializada y materialmente orientada. Esta norma tiene por objeto, por un lado, impedir que el empresario "imponga de facto una elección del ley al trabajador" y por otro, intentar que el contrato se regule por la ley del país donde el trabajador lleva a cabo la prestación[28], como veremos, por cuanto que determina la ley aplicable a un contrato en particular, como es el de trabajo internacional. Se trata de una norma de conflicto que contiene varios puntos de conexión ordenados jerárquicamente. Por lo que no resulta posible pasar de una conexión a la siguiente salvo que falle la anterior. Para concretar la ley aplicable, pese a que hay una parte débil en la relación, la norma permite como primera conexión la autonomía de la voluntad conflictual aunque limitada, como veremos. Así, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.2, "El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes …". Esta libertad de elección se podrá ejercer de acuerdo con las condiciones previstas en el art. 3 RRI que es la norma de conflicto reguladora de los contratos en general. Así, este último precepto concreta la forma en que las partes van a poder ejercer esta libertad de elección. Las partes pueden elegir la ley rectora del contrato individual de trabajo de forma tanto expresa como tácita. Asimismo, se permite el fraccionamiento del contrato, esto es, que cada parte del contrato se rija por una ley distinta. Y, además, se puede modificar la ley elegida en cualquier momento por acuerdo de las partes. Además, éstas sólo podrán elegir una ley estatal excluyendo la "Lex mercatoria" como única ley reguladora del contrato. Si bien, nada impide su aplicación por vía de la autonomía de la voluntad material -art. 1255 CC-.

A) Límites impuestos a la autonomía de la voluntad.

La posibilidad que ofrece el legislador de pactar la ley reguladora del contrato individual de trabajo no se reconoce en términos absolutos, sino que presenta algunas restricciones. En efecto, y a diferencia del régimen general de los contratos donde las partes gozan de una libertad casi absoluta, en este caso se prevé una autonomía de la voluntad conflictual limitada. Esta barrera impuesta por el legislador tiene por objeto precisamente salvaguardar los intereses de la parte más débil en la relación -el trabajador- respondiendo al afán tuitivo del legislador. Qué duda cabe que el establecimiento de una libertad muy amplia a la hora de elegir el derecho aplicable en materia laboral podría llevar a un comportamiento abusivo por parte del empleador[29].

28 Carrascosa González, J.: "El contrato internacional de trabajo y la ley del país de ejecución de la prestación laboral en el Derecho internacional privado de la Unión Europea", *Revista Jurídica & Trabajo,* n.2, junio 2023, p. 63.

29 Palao Moreno, G.: "La comunidad europea", cit., p. 49; Zabalo Escudero, Mª E., "La Convención CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el contrato de trabajo", *Revista de Instituciones Europeas*,

En el ejercicio de esta autonomía de la voluntad conflictual, es posible que las partes elijan -o más bien el empresario imponga al trabajador- una ley distinta de la que *a priori* resulta de aplicación. Nos referimos a la Ley que se habría aplicado a falta de elección, a saber, la ley del lugar donde el trabajador realice habitualmente su trabajo -art. 8.2 RRI-. La validez de esta elección va a depender de que el ordenamiento llamado a regular el contrato individual de trabajo respete los derechos laborales contenidos en las normas imperativas de la ley objetivamente aplicable a falta de elección. Esta posibilidad que ofrece el legislador europeo de que las partes pacten la ley reguladora del contrato podría llevar en la práctica a que varios trabajadores dentro de la misma empresa tuvieran condiciones laborales distintas por el hecho de que sus contratos se rijan por ordenamientos jurídicos distintos[30].

En la práctica esto significa que, de entrada, se otorga libertad a las partes para que puedan elegir la ley reguladora de su contrato o, más bien, para que el empresario imponga la ley reguladora. Si bien, lo que se hace es limitar posteriormente su aplicación en caso de que dicha elección perjudique los intereses del trabajador.

No obstante, el hecho de que el legislador europeo trate de proteger a la parte más débil, no significa en ningún caso que el Reglamento determine como ley aplicable la más beneficiosa para el trabajador[31]. En realidad, esta protección que brinda el legislador consiste en evitar que los empresarios, generalmente mejor asesorados, impongan a los trabajadores una normativa que los someta a condiciones laborales inferiores de las que en principio les corresponderían. Sin embargo, nada impide que la ley elegida por las partes prevea condiciones laborales distintas -no inferiores- de las previstas en el ordenamiento jurídico objetivamente aplicable a falta de elección.

Para finalizar, debe señalarse que en términos generales la elección de la ley reguladora por las partes en un contrato individual de trabajo internacional presenta algunas ventajas. Por un lado, dotará de mayor seguridad jurídica a la relación ya que las partes conocerán de antemano la normativa reguladora. Y, por otro lado, supondrá la aplicación de un ordenamiento jurídico previsible, conocido para las partes y, en la mayoría de las ocasiones, vinculado con la relación[32].

1983, p. 535.

30 Carrascosa González, J.: "Contratación laboral", cit., pp. 1160-1161.

31 *Vid. Supra*, p. 1156.

32 Carrascosa González, J.: "Contratación laboral", cit., p. 1160.

2. La ley aplicable a falta de elección.

A) Ley del lugar donde el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo.

A falta de elección o cuando el acuerdo resulte nulo, la norma de conflicto en sus apartados 2 y 3 prevé puntos de conexión subsidiarios, esto es, los criterios objetivos aplicables a falta de elección para poder concretar la ley reguladora del contrato individual de trabajo. De ahí que habrá que seguir el orden de prelación previsto expresamente por el legislador. En concreto, cuando no se haya pactado la ley reguladora resultará de aplicación, como criterio principal, la ley del país en que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo "Lex loci laboris".

Con el objeto de concretar el lugar de prestación habitual del trabajo deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias que rodean a la relación laboral transfronteriza. A tal efecto, varios son los criterios que a juicio del Tribunal deben ser valorados, si bien todos están relacionados con el cumplimiento de las obligaciones principales, a saber, "el lugar donde recibe las instrucciones de su trabajo, donde organiza su trabajo, donde radican las herramientas para su trabajo, el lugar donde el trabajador regresa una vez finalizadas sus labores y, en algunos casos, donde pasa la mayor parte de su tiempo"[33]. En definitiva, el legislador pretende localizar la ley más vinculada con el contrato individual de trabajo internacional y para ello debe atender tanto a criterios sustanciales como temporales. Si bien ya se ha visto que dependiendo del tipo de trabajo el criterio temporal se convierte en subsidiario[34].

Como hemos apuntado con anterioridad, en la práctica puede ocurrir que el trabajador tenga movilidad geográfica y preste sus servicios en diferentes Estados. Llegados a este punto debe diferenciarse el "desplazamiento" del "traslado". En el caso del desplazamiento por ser temporal "deja intacto el lugar habitual de trabajo debido a su corta duración"[35] a diferencia de un traslado que implica un cambio de lugar de prestación habitual de trabajo. Es por ello que, estos continuos desplazamientos del trabajador per se no tienen porqué modificar el lugar donde se entiende que desempeña habitualmente su trabajo puesto que son de corta duración y, además, la voluntad del trabajador es retornar a su lugar de origen[36].

33 Sentencia TJUE 15 marzo 2011, en el asunto "*Heiko Koelzsch v. État du grand- Duché de Luxembourg*", C-29/10; Carrascosa González, J.: "Contratación laboral", cit., p. 1162.

34 Fotinopoulou Basurko, O.: "La movilidad internacional de trabajadores: Novedades normativas y jurisprudenciales en materia de contratos de trabajo plurilocalizados", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* n. 122, p. 121.

35 Palao Moreno, G.: "La Comunidad europea y el contrato individual de trabajo internacional: aspectos de jurisdicción competente y de ley aplicable", *Revista Seqüencia,* n. 52, jul. 2006, p. 48.

36 Palao Moreno, G: "La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal" en *Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social, Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 553.

De ahí que se aplicará igualmente la ley del país donde el trabajador desarrolle su principal actividad de forma habitual, esto es, donde realice la mayor parte de su trabajo, sin que afecte en absoluto al régimen jurídico aplicable los desplazamientos ocasionales que el trabajador pueda realizar en el desempeño de su trabajo. Así lo dispone expresamente el apartado 2 *in fine* del art. 8, "No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país".

Sin embargo, la solución de la "lex loci laboris" también ha sido objeto de duras críticas por varias razones, por un lado, porque potencia el traslado de las empresas a países donde los costes de producción son mucho más baratos y donde el nivel de protección de los trabajadores es muy bajo favoreciendo la explotación de los trabajadores[37].

B) Ley del lugar del establecimiento de contratación.

En el supuesto de que no resulte posible concretar el lugar donde el trabajador desarrolla habitualmente su trabajo, siguiendo los criterios establecidos para su concreción en el epígrafe anterior, y tampoco tenga un país de referencia a nivel laboral debemos recurrir al punto de conexión subsidiario previsto en el apartado 3 en cuyo caso "(…) el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador". En definitiva, habrá que aplicar la ley del país donde radique la oficina, sucursal, filial o delegación donde se le realizó la entrevista y se le contrató puede que también sea donde se publicó la oferta de trabajo. El TJUE precisa que dicho lugar se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva[38]

No es necesario que dicha sede de la empresa tenga personalidad jurídica[39], bastará con tal de que dicho establecimiento goce de una estructura estable[40]. En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del texto institucional en el sentido del art. 8, apartado 3, letra b), del RRI.

C) La cláusula de escape.

El art. 8.4 RRI recoge la denominada "cláusula de escape" que sistemáticamente figura en el último párrafo de la norma de conflicto. Cláusula que ha planteado problemas de interpretación en la práctica, de ahí que resulte necesario concretar

37 Carrascosa González, J.: "El contrato internacional de trabajo cit.", pp. 69-70.

38 STJUE 15 diciembre 2011, en el asunto *"Jan Voogsgeerd y Navimer SA",* C-384/10.

39 STJUE 15 diciembre 2011, en el asunto *"Jan Voogsgeerd y Navimer SA",* C-384/10.

40 Carrascosa González, J.: "Contratación laboral", cit., p. 1166;

los supuestos en que se aplica. La norma dispone como sigue: "Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país" -art. 8.4 RRI-. Varias son las cuestiones que se plantean en torno a esta cláusula.

En primer lugar, se trata de determinar cuál es la relación existente entre esta cláusula y el resto de puntos de conexión del precepto[41]. Esto es, por un lado, si estamos ante una "conexión de cierre" o una "cláusula de excepción" de la regla general contenida en los apartados anteriores -art. 8.2 y 3 RRI-. Y, por otro lado, como afecta la cláusula de escape a la libertad de elección prevista en el apartado 1º del art. 8. En segundo lugar, se cuestiona si cabe la posibilidad de tener en cuenta consideraciones materiales a la hora de aplicar la cláusula de escape del art. 8.4 RRI. Y, en tercer lugar, resulta necesario concretar los criterios esenciales para determinar la ley más estrechamente vinculada.

Respecto de la primera de las dudas que surgen, si entendemos que estamos ante una "conexión de cierre", ello supondrá en la práctica que se aplicará con carácter subsidiario, de modo que el recurso a este último criterio quedará limitado a aquellas situaciones en que fallen las conexiones anteriores -apartados 2 y 3 del art. 8 RRI-. Esto es, o bien no existe un lugar habitual de trabajo o bien el contrato se firmó en presencia de un delegado de empresa en un país en que ésta carece de cualquier establecimiento o delegación estable[42].

Por el contrario, podemos optar por calificarla como una "cláusula de excepción" o como una conexión que está en igualdad de condiciones al resto. Conviene aclarar, que cuando hablamos de cláusula de excepción la denominamos así por entender que se aplica como excepción a la regla general contenida en los apartados 2 y 3 del Reglamento. En consecuencia, no supone que se aplicará con carácter excepcional o restrictivo, esto es, sólo cuando fallen las conexiones que le preceden. El juez debería aplicarla siempre que a la vista de las circunstancias que rodean a la relación laboral, el contrato presente de forma indiscutible los vínculos más estrechos con un país distinto del indicado por los apartados 2 y 3 de la norma. De modo que, de concurrir las circunstancias previstas en la cláusula de escape se aplicaría con carácter preferente frente al resto de conexiones. Ahora bien, una aplicación generalizada también puede dar lugar a una falta de seguridad jurídica e imprevisibilidad de soluciones[43]. En consecuencia, únicamente deberá

41 Paradela Areán, P.: "Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos (Comentario a la STJ de 12 de septiembre de 2013", *Unión Europea*, publicación de Deloitte, Kluwer, pp. 35 y 36.

42 Carrascosa González, J.: "Contratación laboral", cit., p. 1166.

43 Palao Moreno, G.: La `nueva´ regulación", cit., p. 438; Fotinopoulou Basurko, O.: "La movilidad internacional", cit., p. 129.

aplicarse cuando realmente la ley presente vínculos claramente más estrechos con la relación jurídica[44]. De hecho, este parece ser el espíritu de la norma, tanto en atención tanto a su tenor literal como a la Jurisprudencia del TJUE. Precisamente, el Tribunal europeo en la Sentencia de 12 de septiembre de 2013 aborda esta cuestión cerrando el círculo interpretativo al respecto y dejando claro que debe aplicarse la ley más conectada con la relación descartando el carácter subsidiario de la cláusula de escape del art. 8.4 RRI.

Queda por resolver la relación existente entre la conexión del art. 8.4 RRI y la libertad de elección. La cláusula de escape que excepciona la solución general prevista en los apartados 2 y 3 del art. 8 RRI no afecta, en absoluto, a la libertad de elección prevista en el apartado 1º que queda intacta. De este modo, cuando las partes hayan elegido la ley reguladora de su contrato laboral, si ésta cumple las condiciones previstas en el art. 3 RRI, anteriormente mencionadas para considerarse una elección válida, primará frente al resto de conexiones, incluso, frente a la cláusula de escape. Y, todo ello, recordemos, con independencia de que la ley elegida esté más o menos vinculada con la relación, en atención a la eficacia *erga omnes* del instrumento europeo.

De forma muy sucinta los hechos que dieron lugar a la mencionada Sentencia son los siguientes, se trataba de una trabajadora de nacionalidad alemana y residente en Alemania que había estado contratada por la empresa también alemana Anton Schlecker para prestar sus servicios, primero en Alemania y más tarde en Países Bajos donde estuvo trabajando para la empresa alemana durante más de doce años de forma ininterrumpida. Con posterioridad, la empresa alemana decide unilateralmente modificar el lugar de prestación de sus servicios. Tras esta decisión, la trabajadora interpone una demanda ante los tribunales neerlandeses solicitando la anulación del contrato y, además, una indemnización por daños y perjuicios.

El Tribunal neerlandés planteó una cuestión prejudicial al TJUE para saber si en este caso, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 del Convenio de Roma de 1980, debía aplicarse la ley del lugar de prestación habitual de su trabajo, lo que implicaría aplicar la ley neerlandesa que había sido su lugar habitual de trabajo durante doce años de forma continuada. O, por el contrario, debía aplicarse la ley alemana por cuanto que se trataba de un contrato celebrado por una empresa alemana con una trabajadora alemana en Alemania para prestar sus servicios primero en Alemania y luego en Países Bajos. El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que, aunque el trabajador haya desempeñado habitualmente su trabajo en un país determinado puede descartar la aplicación de la ley de ese país en favor de otra distinta si resulta que el contrato está más estrechamente

44 Orejudo Prieto De Los Mozos, P.: Nota a la STJCE 6 oct. 2009, *REDI*, 2009-II, p. 521.

vinculado con otro país. Y, el tribunal entiende que de las circunstancias del caso se deduce que el contrato está más estrechamente vinculado con Alemania.

En consecuencia, debemos entender que la cláusula de escape no es una cláusula de cierre del sistema que actúa en defecto de los puntos de conexión anteriores, sino que puede aplicarse con carácter preferente al resto de conexiones si se da la circunstancia, como en este caso, que el contrato está más estrechamente vinculado con una ley distinta de la que en principio resultaba objetivamente aplicable.

Desde un punto de vista práctico, lo cierto es que el TJUE en el "asunto Schlecker" termina aplicando la solución contenida en nuestro art. 1.4 ET a través de la "cláusula de escape" prevista en el art. 8.4 del Reglamento Roma I. En efecto, -en base a una aplicación analógica del precepto-, en el caso objeto de análisis, "trabajador(a) (alemana) contratada en (Alemania) al servicio de una empresa (alemana) en el extranjero" en estas circunstancias el Tribunal concluye que el contrato está más estrechamente vinculado con el ordenamiento jurídico alemán.

La segunda cuestión que aborda el Tribunal europeo en esta Sentencia, hace referencia a la posibilidad de tener en cuenta consideraciones materiales a la hora de aplicar la cláusula de escape del art. 8.4. Esto es, si con el objeto de proteger al trabajador, el juez a la hora de elegir la ley más conectada con el contrato de trabajo en virtud del art. 8.4 ha de tender a la aplicación de la ley que le resulte más favorable a sus intereses. El Tribunal ha manifestado claramente que se debe aplicar la ley más vinculada con la relación jurídica laboral, totalmente al margen de la que resulte más ventajosa para el trabajador. De hecho, en el "caso Schlecker" esta situación revestía un especial interés por cuanto que la ley neerlandesa, que era donde la trabajadora desempeñaba habitualmente su trabajo, establecía un nivel de protección superior para la trabajadora. Sin embargo, el Tribunal finalmente llega a la conclusión de que debe aplicarse la ley alemana por estar más estrechamente vinculada al contrato laboral pese a que, en ese caso concreto, le resultaba menos beneficiosa[45].

Sin embargo, esta tendencia del Tribunal de Justicia de la Unión parece que no había sido la seguida por todos los tribunales de los Estados miembros. De hecho, algunas resoluciones anteriores dictadas sobre la materia por tribunales españoles, franceses o también los neerlandeses habían utilizado la cláusula de escape como mecanismo de protección para el trabajador y habían aprovechado esa vía para aplicarle la ley más favorable[46]. Afortunadamente, tras esta Sentencia del TJUE se

45 Paradela Areán, P.: "Quince años de aplicación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *AEDIPR*, T. VIII, 2008, p. 477.

46 Paradela Areán, P.: "Ley aplicable al", cit., p. 38.

pone fin a una aplicación e interpretación diferente del art. 8.4 RRI por parte de algunos tribunales de los Estados miembros.

Finalmente, quedaría por abordar cuáles son las circunstancias que rodean al caso concreto y que permiten determinar cuál es la ley más estrechamente vinculada con la relación laboral. El TJUE también aporta luz al respecto en la sentencia dictada en el "asunto Schlecker". El elemento determinante a juicio del tribunal no será tanto el número de conexiones que presente la relación jurídica con un determinado país, sino la relevancia de las conexiones existentes desde la perspectiva de su naturaleza laboral. Es por ello que priman conexiones tales como, el país en que el trabajador esté afiliado a la Seguridad Social, país en el que paga sus impuestos respecto de sus rendimientos del trabajo, etc. Sin embargo, elementos como la nacionalidad o residencia habitual de la parte o lugar de celebración del contrato quedan, a juicio del Tribunal europeo, relegadas a un segundo plano a la hora de concretar la ley más estrechamente vinculada[47].

Esta solución contrasta con la tendencia mantenida por algunos tribunales españoles con anterioridad a este pronunciamiento, y que, además, había sido criticada por la doctrina[48]. En efecto, a la hora de determinar la ley más estrechamente vinculada consideraban como elementos determinantes tanto la residencia, como la nacionalidad de las partes, lugar de pago, etc[49].

En definitiva, parece que la finalidad última de la cláusula de escape radica en actuar de instrumento localizador[50], en el sentido de determinar la aplicación del ordenamiento jurídico mejor situado o más conectado con la relación laboral internacional. Junto a ello, esta cláusula permite, asimismo, flexibilizar la solución contenida en el art. 8 RRI atendiendo a las circunstancias del caso concreto[51].

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LOS NÓMADAS DIGITALES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1. El crecimiento del teletrabajo internacional.

La irrupción del COVID-19 en nuestras vidas unida a las restricciones en materia de movilidad han tenido numerosas consecuencias también en materia laboral, entre ellas, debe destacarse el enorme crecimiento del teletrabajo

47 STJUE 12 septiembre 2013, en el asunto *"Anton Schlecker v. Melitta Josefa Boedeker"*, C-64/12.

48 Requejo Isidro, M.: "Ley aplicable a la relación contractual: STSJ Canarias, de 24 de noviembre de 2004", *REDI*, 2005-I, pp. 416 y ss; Gardeñes Santiago, M.: "Ley aplicable al contrato de trabajo de los empleados de la administración española en el exterior y prueba del derecho extranjero", *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 911.

49 Paradela Areán, P.: "Ley aplicable al", cit., p. 39; STSJ Canarias, de 7 de marzo de 2005.

50 Paradela Areán, P.: "Ley aplicable al", cit., p. 40.

51 Palao Moreno, G.: "La comunidad europea", cit., p. 52.

internacional. El teletrabajo es una forma de organización laboral que se desarrolla mediante el uso de las tecnologías de la comunicación y de la información. Es de señalar que, durante la pandemia constituyó una modalidad de trabajo altamente eficaz para atenuar las consecuencias sociales, económicas y de empleo originadas por la crisis sanitaria. La figura del teletrabajo, como es bien sabido no es de nueva creación, pero si es cierto que se reactiva y adquiere especial relevancia durante la pandemia.

La prestación de servicios en régimen de teletrabajo gracias a las nuevas tecnologías resurgió con gran fuerza durante el periodo de pandemia como única vía de salida de la profunda crisis ocasionada en casi todos los sectores. Junto a ello, cabe mencionar que la incertidumbre generada por el COVID-19 en todo el mundo provocó que muchos trabajadores desplazados retornaran a sus países de origen por motivos personales o familiares desempeñando exactamente el mismo trabajo, pero de forma remota desde otro país. Esta circunstancia contribuyó, asimismo, a fomentar el teletrabajo internacional.

Esta modalidad de trabajo a distancia que surgió en un marco temporal muy particular y excepcional ha conseguido consolidarse hoy en día en muchos sectores del mercado laboral como una herramienta de gran utilidad y atractiva, no solo para los trabajadores, en cuanto que les aporta una gran flexibilidad, sino también para los empresarios, como veremos a continuación.

Efectivamente, bajo esta modalidad de trabajo virtual, el trabajador podrá conciliar la vida familiar y laboral, por cuanto que podrá desempeñar sus funciones desde cualquier país, sin necesidad de tener que desplazar su domicilio al Estado donde radica la sede de la sociedad. Desde la óptica del empresario, le permite captar y retener talento, puesto que hay profesionales que no están dispuestos a trasladarse a y fijar su residencia en el país donde el empresario tiene su domicilio social[52]. De ahí que esta opción de trabajo a distancia, pueda llevarse a cabo, tanto a solicitud del trabajador como a instancia del empresario.

Dentro de la modalidad del teletrabajo internacional se encuentran "los nómadas digitales" que se caracterizan por no tener un lugar fijo de residencia, sino que van cambiando constantemente de país y, por ende, de lugar desde donde prestan sus servicios. Este modelo de trabajo les confiere una gran libertad geográfica ya que les permite desempeñar su trabajo desde cualquier parte del mundo, con la única condición de disponer de conexión a internet.

52 Garicano, A. y De Armiño Rodríguez, J.A.: "Retos legales del teletrabajo internacional", *Documentación Laboral*, n. 124, 2021, p. 101.

2. Problemas que plantea el teletrabajo internacional desde la óptica del derecho internacional privado.

El trabajo virtual presenta ventajas importantes como se ha visto, si bien no está exenta de inconvenientes, como veremos a continuación. Qué duda cabe que cuando el teletrabajo se desarrolla en el ámbito transnacional, se plantean cuestiones a resolver desde la óptica del Derecho internacional privado. De un lado, resulta necesario determinar la jurisdicción competente y, de otro, la legislación aplicable a este tipo de relaciones laborales transfronterizas.

La problemática existente deriva fundamentalmente de la inexistencia de una normativa específica ajustada a las especiales peculiaridades de esta modalidad laboral. En consecuencia, a falta de una regulación específica, debemos acudir a las normas de competencia judicial internacional y ley aplicable existentes que resuelven los problemas derivados de las relaciones laborales transfronterizas con carácter general. Sin embargo, como veremos, no siempre resulta fácil, adaptar unas normas que no están concebidas para regular relaciones jurídicas donde hay una disparidad absoluta entre el lugar de prestación del trabajo y el lugar donde radica la empresa a la que se presta el servicio[53].

En efecto, a la hora de determinar, tanto la competencia judicial internacional, como la ley aplicable a este tipo de contratos internacionales los criterios existentes no siempre se ajustan a estas situaciones tan particulares provocando situaciones injustas y no deseadas por el legislador. Veamos las dificultades que surgen en la adaptación de los foros de competencia y puntos de conexión existentes en la concreción de la jurisdicción competente y en la determinación de la ley aplicable.

A) Determinación de la competencia judicial internacional al teletrabajo transfronterizo.

Para la determinación de la competencia judicial internacional desde la perspectiva de los Tribunales de los Estados miembros de la UE, debemos acudir al Reglamento 1215/2012, en adelante, RBIbis. Como ya se ha visto, los foros de ataque difieren según quien sea la parte demandante, el empresario o el trabajador. Es por ello que en este apartado nos centraremos fundamentalmente en su aplicación a los supuestos de teletrabajo internacional y nómadas digitales.

Bajo la hipótesis de que el demandante sea el empresario, únicamente podrá interponer la demanda en virtud del art. 22 RBIbis ante los tribunales del domicilio del trabajador, con el objeto de proteger al trabajador como parte débil. La

53 Palao Moreno, G.: "Teletrabajo internacional: dificultades que suscita la determinación de la jurisdicción competente", en AA.VV.: *Teletrabajo y Derecho internacional privado* (dir. A. Ortega Giménez), Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 205; Garicano, A. y De Armiño Rodríguez, J.A.: "Retos legales del teletrabajo", cit., p. 106.

adaptación de este foro de competencia a los conflictos derivados del teletrabajo internacional no va a plantear inconvenientes.

Sin embargo, la adaptación de este foro al caso de los nómadas digitales, que se caracterizan por cambiar constantemente de país sin tener un domicilio fijo, resulta bastante complejo. De ahí la necesidad de que el TJUE fije los criterios e indicios a tener en cuenta con el objeto de poder concretar donde se entiende domiciliado un nómada digital.

En el supuesto de que sea el trabajador la parte demandante, de conformidad con el art. 21, podrá interponer la demanda, como primera alternativa, ante los tribunales del domicilio del empresario -art. 21.1.a) RBIbis-. Recordemos que este foro de ataque está a disposición del trabajador aun cuando el empresario esté domiciliado en un tercer Estado[54]. Si bien lo cierto es que el foro del domicilio del empresario no se presenta como la alternativa más favorable para proteger los intereses del teletrabajador, ni tampoco la económicamente más rentable, sobre todo en aquellas situaciones en que el trabajador preste sus servicios en un país tercero[55].

Alternativamente, podrá interponer la demanda ante los tribunales del lugar donde el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo -art. 21.1.b.i RBIbis-. Este foro de competencia es el que, sin duda, mejor garantiza una protección adecuada a la parte más débil[56]. La adaptación de este foro de competencia a los conflictos derivados del teletrabajo internacional no va a plantear inconvenientes. Sobre todo, en el supuesto en que sea el trabajador quien solicite al empresario pasar a la modalidad de teletrabajo desde el país de su domicilio o cualquier otro siempre que se instale allí definitivamente prestando sus servicios de forma habitual desde un único país. Además, en la mayoría de los casos el lugar de prestación del trabajo coincidirá, asimismo, con la residencia habitual o el domicilio[57]. En el supuesto de que el teletrabajo se realizara desde un tercer Estado, obviamente, este foro no podría operar.

Finalmente, en aquellos supuestos en que no se pueda identificar el país donde desempeñe habitualmente su trabajo o, cuando el trabajo se desarrolle en un

54 *Vid.* supra en apartado A. *Vid.* asimismo, art 21.2 RBIbis.

55 Palao Moreno, G.: "Teletrabajo internacional: dificultades", cit., p. 196; Martín-Pozuelo López, A.: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea, competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 24-32.

56 *Vid.* Iriarte Ángel, J.L.: "La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, p. 480. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4385.

57 Palao Moreno, G.: "Teletrabajo internacional: dificultades", cit., p. 198; Espiniella Menéndez, A.: *La relación laboral internacional, cit.,* p. 155.

tercer Estado, se podrá interponer subsidiariamente ante el tribunal de país donde radique el establecimiento que lo contrató art. 21.1.b.ii RBIbis-.

El problema se plantea, de nuevo, con los nómadas digitales, ya que la concreción del lugar donde realizan habitualmente su trabajo resulta muy difícil, por no decir imposible de determinar, al no estar establecidos en ningún lugar con carácter fijo desde el que desempeñan el trabajo. Además, en este caso, el lugar donde se encuentren en cada momento carece de cualquier conexión con el trabajador y, asimismo, pueden estar teletrabajando en terceros Estados. Es por ello que, teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodean a esta situación, resulta necesario identificar cuál es el lugar real de prestación habitual de los servicios[58], sobre todo, en tanto que se erige como el foro de competencia que ofrece mayor protección al teletrabajador.

En efecto, la finalidad del foro de competencia del lugar donde el trabajador desempeña su trabajo este criterio es proteger al trabajador como parte débil de la relación. De ahí que, en caso de no poder concretarlo, no va a resultar nada fácil encontrar un equilibrio entre la aplicación de las normas europeas existentes y que el trabajador pueda beneficiarse de la protección reforzada que la normativa europea le brinda._

Existe numerosa jurisprudencia del TJUE que ha interpretado cuál es el lugar donde se realiza el trabajo[59]. Sin embargo, no resulta fácil adaptar estos criterios a la situación de los nómadas digitales. De ahí que sería deseable y del todo conveniente que el TJUE interpretara donde se entiende que los nómadas digitales desempeñan habitualmente su trabajo. Y, junto a ello, se aboga por introducir modificaciones en la normativa existente para adaptarla a los problemas que se plantean en la práctica del teletrabajo internacional.

En el caso de los nómadas digitales resulta muy complicado aportar una solución general y válida para todos los supuestos. De ahí que lo más apropiado será resolver caso por caso en atención a las circunstancias que rodean al caso concreto. Si, tras valorar todas estas circunstancias, no resulta posible determinar el lugar donde el nómada digital esté más vinculado laboralmente, una opción podría ser el domicilio del empresario como foro de ataque para el trabajador. De hecho, este foro constituye una de las opciones alternativas que ofrece el legislador europeo en el art. 21.1.a) RBIbis. Además, se ha valorado la posibilidad de entender que los nómadas digitales desarrollan su actividad en la sede

58 Zhoujie M. Z.: "La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda", *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social,* núm. 165/2022, p. 200; Sanguinetti Raymond, W.: "Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004, pp. 69-70. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402951

59 *Vid.* Iriarte Ángel, J.L.: "La precisión del lugar", cit., p. 483.

empresarial por motivos tecnológicos[60]. No obstante, somos conscientes de que esta alternativa no está exenta de inconvenientes. En primer lugar, porque no constituye un foro de protección para el trabajador. En segundo lugar, desde el punto económico puede resultarle bastante gravoso si está teletrabajando en un tercer Estado. No obstante, al menos, dotará de mayor seguridad jurídica a las partes. Junto a ello, no olvidemos que todos los jueces de los Estados miembros aplicarán el Reglamento Roma I, en consecuencia, desde la óptica del derecho aplicable quedarán protegidos los derechos del trabajador con independencia del país en el que se litigue. Si bien, debemos tener en cuenta, en caso de tener que aplicar derecho extranjero, la problemática relativa a la aplicación judicial del derecho extranjero[61].

B) Determinación de la ley aplicable al teletrabajo transfronterizo.

A continuación, abordaremos la ley aplicable al teletrabajo internacional y, a tal efecto, resulta necesario referirse al RRomaI. Su aplicación deviene obligatoria para todos los Tribunales de los Estados miembros al tratarse de un instrumento normativo que goza de eficacia universal. Resulta necesario valorar la idoneidad de los puntos de conexión existentes en la normativa europea a los supuestos de teletrabajo internacional. Teniendo en cuenta que ya se han analizado anteriormente en este mismo trabajo todos los puntos de conexión, ahora nos centraremos únicamente en aquellos criterios de conexión que plantean problemas desde la perspectiva del teletrabajo transnacional.

El art. 8.2 del Reglamento Roma I determina como punto de conexión preferente, a falta de elección de las partes de conformidad con el art. 8.1, el lugar de prestación habitual del trabajo. En aquellas situaciones en que el trabajador haya solicitado teletrabajar desde el país de su domicilio no planteará mayores problemas su determinación. Atendiendo, en todo caso, a los criterios e indicios de interpretación aportados por el TJUE[62]. En este caso, la ley del lugar donde el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo se aplicará aunque sea la de un tercer Estado en virtud de la eficacia universal de este instrumento normativo[63]. El mayor problema se plantea respecto de los nómadas digitales por la dificultad, como se ha visto, de concretar el lugar donde desempeña su trabajo. No obstante, de conformidad con el art. 8.3 RRI, cuando no pueda determinarse este lugar, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país

60 Palao Moreno, G.: "Teletrabajo internacional: dificultades", cit., p. 196.

61 Juárez Pérez, P.: "La ley aplicable al contrato de trabajo internacional: La proscripción del `espigueo normativo´ (STSJ de Madrid 10 de marzo 2020)", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* marzo 2021, vol. 13, n.1, pp. 936-937.

62 Para un análisis de los diferentes indicios aportados por el TJUE *vid.* Iriarte Ángel, J.L.: "La precisión del lugar", cit., pp. 484-496.

63 Art. 2 Reglamento Roma I.

donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador, entendiendo por éste el establecimiento que procedió a contratar al trabajador, no donde el trabajador desempeña su actividad[64]. La concreción de este lugar no siempre resulta sencilla, por ejemplo, cuando la captación se ha producido por medios telemáticos[65]. Sin embargo, este lugar probablemente carece de cualquier vinculación con el trabajador, de ahí que termine aplicándose una ley totalmente desvinculada de la relación jurídica. Finalmente, al art. 8.4 RRI dispone que, "si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 ó 3, se aplicará la ley de ese otro país". En definitiva, esta cláusula de excepción tiene por objeto la aplicación de la ley realmente conectada a la relación jurídica. Esta cláusula se aplicará en aquellos supuestos en que la aplicación literal del art. 8 RRI no designe la ley realmente conectada al caso. De ahí que esta cláusula de excepción se aplicará para "garantizar la previsibilidad de las soluciones legales y potenciar la seguridad jurídica"[66]. En el caso de los nómadas digitales quizá esta ley más conectada podría ser la del lugar donde vaya a desarrollar su actividad por motivos tecnológicos, esto es, en la sede empresarial, dada su especial situación de itinerancia.

Es de señalar que, la aplicación estricta de los puntos de conexión previstos en el RRoma I al teletrabajo internacional puede dar lugar a situaciones indeseadas, incoherentes e incluso perjudiciales, tanto para el trabajador como para el empresario. Veamos cuáles son las situaciones que se pueden generar. Por un lado, si el teletrabajo se realiza a instancia del trabajador y resulta de aplicación la ley del lugar donde éste desempeña su trabajo, se estará dejando en manos del trabajador la elección de la ley reguladora del contrato de teletrabajo, lo que nos llevaría a la posibilidad del fenómeno del "Law shopping"[67] al poder instalarse el trabajador en un país donde la legislación le resulte mucho más beneficiosa.

Por otro lado, en el supuesto que el teletrabajo se realice a instancia del empresario aumenta el riesgo del "dumping social"[68]. En efecto, esta posibilidad permitiría a las empresas la realización de prácticas abusivas a través de la contratación de trabajadores para que desempeñen remotamente su trabajo desde países donde la legislación laboral es más laxa y menos garantista[69]. Además,

64 Carrascosa González, J.: "El contrato internacional de trabajo", cit., pp. 74-75.

65 Para concretar este lugar y las dificultades que presenta *Vid.* Carrascosa González, J.: "El contrato internacional de trabajo", cit., pp. 75-76.

66 Carrascosa González, J.: "El contrato internacional de trabajo", cit., pp. 76-79.

67 Garicano, A. y De Armiño Rodríguez, J.A.: "Retos legales del teletrabajo", cit., p. 106.

68 *Vid.* el "Informe sobre el dumping social en la Unión Europea (2015/2255(INI))", Ponente: Guillaume B., *Comisión de Empleo y Asuntos Sociales*, 2016, p. 9; Zhoujie, M. Z.: "La problemática del teletrabajo", cit., pp. 189-193.

69 Garicano, A. y De Armiño Rodríguez, J.A.: "Retos legales del teletrabajo", cit., p. 108.

y a mayor abundamiento, en este caso se aplicará una ley que carece de cualquier conexión con el trabajador.

De nuevo se suscitan problemas a la hora de la concreción del lugar de prestación habitual del trabajo. De ahí que habrá que atender a las circunstancias que concurran en cada caso concreto para identificar el indicio que más se ajuste. Qué duda cabe que resulta necesario fijar criterios e indicios que permitan identificar el lugar real de prestación del trabajo atendiendo a las especiales circunstancias del teletrabajo transnacional en general y de los nómadas digitales en particular[70], siempre que no resulte perjudicial para el trabajador como se ha visto, de ahí la necesidad de resolver caso por caso.

VI. CONCLUSIONES.

1. La globalización y la digitalización unidas a la crisis sanitaria han marcado el mercado laboral actual. Tal es así, que se está cambiando la forma de trabajar a nivel mundial. Podemos afirmar que se ha se ha consolidado el teletrabajo internacional como forma de organización laboral que se desarrolla mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Además, constituye una modalidad de trabajo que aporta enormes beneficios tanto al trabajador como al empresario. En efecto, al trabajador le permite conciliar la vida laboral y familiar y al empresario le permite captar y retener talento. De ahí que se haya convertido en una modalidad de trabajo muy demandada en la actualidad a nivel mundial.

2. Por lo que se refiere a las cuestiones de Derecho internacional privado derivadas de los conflictos laborales internacionales, es de señalar que el modelo Bruselas presenta un sistema de competencia judicial internacional en materia laboral que a lo largo de sus reformas ha ido progresivamente reforzando el objetivo tuitivo de la protección del trabajador como parte más débil en las acciones judiciales derivadas del contrato individual de trabajo. Si bien, pese a este afán proteccionista del legislador europeo se han detectado algunas carencias tuitivas que afectan a algunos conflictos de carácter laboral contenidos en el régimen general de la Sección 2ª. Y, en segundo lugar, llama la atención la polémica admisión del foro de pluralidad de demandados en materia laboral que es precisamente donde el legislador europeo ha enmendado la posición del TJUE actuando de correctivo.

3. Desde la perspectiva del marco legal aplicable, el contrato individual de trabajo se configura como un reto que pondera un conflicto de intereses de

70 Sellas i Benvingut, R.: "Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2000, p. 1133.

máximo interés a nivel jurídico. Y ello porque valora dos grandes principios, la autonomía de la voluntad conflictual y la necesaria protección del trabajador como parte más débil del contrato. La Unión Europea, consciente de esta situación, ha previsto un sistema de determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales -ius- que prevé una normativa especial en materia laboral en el Reglamento Roma I.

El Reglamento Roma I, en atención al afán tuitivo que inspira al legislador en esta materia prevé una autonomía de la voluntad conflictual limitada estableciendo un régimen especial para el contrato individual de trabajo. En definitiva, el sistema conflictual del Reglamento Roma I para el contrato individual de trabajo, con sus luces y sombras, se configura como un régimen que trata de equilibrar la asimetría jurídica de las relaciones laborales protegiendo al trabajador y evitando que el empresario pueda ejercer una posición abusiva en la elección de Ley para el contrato. Sin embargo, esta normativa no se responde adecuadamente a las necesidades derivadas del teletrabajo internacional.

4. Los conflictos laborales derivados del teletrabajo internacional plantean nuevos retos, tanto para el legislador europeo como para los aplicadores del derecho. Qué duda cabe que la normativa existente no está pensada para supuestos de deslocalización entre el lugar de prestación del trabajo y el lugar donde radica el establecimiento del empresario. Es por ello que resulta necesario ponderar la idoneidad de la aplicación literal de las normas de Derecho internacional privado existentes a las situaciones de teletrabajo internacional, ya que una aplicación estricta de las mismas puede llevar a situaciones de desprotección del trabajador como parte débil de la relación. Sin duda, este resultado sería totalmente contrario al espíritu de las normas europeas que tratan cada vez más de reforzar la protección de los trabajadores.

Las relaciones laborales transfronterizas en régimen de teletrabajo y los nómadas digitales plantean en la práctica numerosos problemas desde la óptica del Derecho internacional privado. Estos problemas derivan, precisamente, de la falta de adecuación de la normativa existente a esta nueva realidad. Es por ello que resulta necesario, por un lado, que el TJUE aporte criterios interpretativos de las normas existentes para adaptarlos a estas situaciones. Y, de otro lado, se aboga por introducir modificaciones en la normativa existente para adaptarla a esta nueva situación. Piénsese que los instrumentos normativos europeos existentes, a saber, el Reglamento Bruselas I bis en materia de CJInal y el R Roma I en materia de ley aplicable no están pensados para supuestos en que se presten los servicios en régimen de teletrabajo desde un país distinto al que van dirigidos tales servicios.

En definitiva, el "loci laboris" es el criterio preferente utilizado, tanto por la norma de conflicto del Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable, como

por la norma de competencia del Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia judicial internacional en caso de conflicto. Ello es así por ser, "a priori" el que mejor protege los intereses del trabajador, de ahí la conveniencia de que el TJUE defina los criterios que permiten concretar este "loci laboris" en los supuestos del teletrabajo internacional y, sobre todo, para los nómadas digitales con el objeto de que exista un criterio uniforme de interpretación y aplicación en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, no debemos olvidar la necesidad de resolver caso por caso, por los peligros que entraña la aplicación de este criterio en la deslocalización de las empresas en aras a la protección de los derechos de los trabajadores, tal y como se ha visto.

BIBLIOGRAFIA

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho internacional privado, Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Carrascosa González, J.: "El contrato internacional de trabajo y la ley del país de ejecución de la prestación laboral en el Derecho internacional privado de la Unión Europea", *Revista Jurídica & Trabajo,* núm. 2, junio 2023, pp. 61-88.

Carrascosa González, J.: "Contratación laboral internacional", en AA.VV.: *Derecho del comercio internacional*, Colex, 2012, pp. 1157-1298.

Espiniella Menéndez, A.: *La relación laboral internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Esplugues Mota, C. y Palao Moreno *G.: "Section 5. Jurisdiction over individual contracts of employment (Articles* 20-23)", en AA.VV.: *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation* (eds. U. Magnus and P. Mankowski), Ed. Otto Schmidt, Colonia, 2023, pp 537-557.

Fotinopoulou Basurko, O.: "La movilidad internacional de trabajadores: Novedades normativas y jurisprudenciales en materia de contratos de trabajo plurilocalizados", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 122, pp. 109-126.

Gardeñes Santiago, M.: "Ley aplicable al contrato de trabajo de los empleados de la administración española en el exterior y prueba del derecho extranjero", *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 911.

Garicano, A. y De Drmiño Rodríguez, J.A.: "Retos legales del teletrabajo internacional", *Documentación Laboral*, n. 124, 2021, pp. 99-120.

Iriarte Ángel, J.L.: "La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 477-496.

Juárez pérez, P.: "La ley aplicable al contrato de trabajo internacional: La proscripción del *espigueo normativo* (STSJ de Madrid 10 de marzo 2020)", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* marzo 2021, vol. 13, n.1, pp. 931-938.

Martín-Pozuelo López, A.: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea, competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Orejudo Prieto De Los Mozos, P.: "Nota a la STJCE 6 oct. 2009", *REDI*, 2009-II, p. 521.

Palao Moreno, G.: "La Comunidad europea y el contrato individual de trabajo internacional: aspectos de jurisdicción competente y de ley aplicable", *Revista Seqüencia,* núm. 52, jul. 2006, pp. 35-54.

Palao Moreno, G.: "La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal", en *Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social, Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 521-582.

Palao Moreno, G.: "La *nueva* regulación europea en materia de ley aplicable al contrato individual de trabajo: el artículo 8 del Reglamento Roma I", en AA.VV.: *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Ed. Universitat de València, Valencia, 2010, pp. 429-440.

Palao Moreno, G.: "Teletrabajo internacional: dificultades que suscita la determinación de la jurisdicción competente", en AA.VV.: *Teletrabajo y Derecho internacional privado* (dir. A. Ortega Giménez), Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2023, pp. 183-206.

Paradela Areán, A.: "Quince años de aplicación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *AEDIPR*, T. VIII, 2008, pp. 469-480.

Paradela Areán, A.: "Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos (Comentario a la STJ de 12 de septiembre de 2013", *Ley Unión Europea*, 2014, Kluwer, pp. 35-46.

Reig Fabado, I: "La competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo en el Reglamento *Bruselas I bis*", en AA.VV.: *La internacionalización de las relaciones laborales* (dir. E. Lopez Terrada), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-52.

Requejo Isidro, M.: "Ley aplicable a la relación contractual: STSJ Canarias, de 24 de noviembre de 2004", *REDI,* 2005-I, pp. 416 y ss.

Sanguinetti Raymond, W.: "Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004, pp. 62 y ss

Sellas I Benvingut, R.: "Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas*

del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2000, pp. 1121-1134.

Zabalo Escudero, E.: "La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo", *REDI*, vol. 38, núm. 2, 1986, pp. 620 y ss.

Zabalo Escudero, E.: "La Convención CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el contrato de trabajo", *Revista de Instituciones Europeas*, 1983, pp. 535 y ss.

Zhoujie M. Z.: "La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda", *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social,* núm. 165/2022, pp. 183-213.Principio del formulario

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS*

STRUCTURAL PRINCIPLES OF THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1322-1341

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "Inteligencia artificial, Justicia y Derecho: ¿irrupción o disrupción tecnológica en el proceso penal?" (PID2020-119324GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Período de ejecución 2021-2023.

Moisés BARRIO ANDRÉS

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El RGPD se ha convertido en el modelo global de privacidad. Ello es así por dos razones. En primer lugar, por los criterios de aplicación territorial que establece su artículo 3. En segundo lugar, por las imprescindibles transferencias internacionales de datos, lo cual implica que se tenga que aplicar el RGPD. Dada su influencia planetaria, resulta de utilidad esbozar unos supraprincipios que han de inspirar la aplicación e interpretación del RGPD, y que también sintetizan el espíritu, sentido y finalidad de esta norma jurídica, a lo cual se destina este trabajo. Se acuñan así seis supraprincipios: legitimidad, proporcionalidad, empoderamiento, transparencia, responsabilidad proactiva y seguridad, que desarrollaremos en las próximas páginas.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos; reglamento general de protección de datos; RGPD; legitimidad; proporcionalidad; empoderamiento; transparencia; responsabilidad proactiva; seguridad.

ABSTRACT: *The GDPR has become the global model for privacy. There are two reasons for this. Firstly, because of the territorial application criteria established in Article 3. Secondly, due to the essential international transfers of data, which implies that the GDPR must be applied. Given its global influence, it is useful to outline some supra-principles that should inspire the application and interpretation of the GDPR, and that also summarize the spirit, meaning and purpose of this regulation, which is the purpose of this paper. Six supra-principles are thus coined: legitimacy, proportionality, empowerment, transparency, accountability and security, which we will address in the following pages.*

KEY WORDS: *Data protection; general data protection regulation; GDPR; legitimacy, proportionality; empowerment; transparency; accountability; security.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS SUPRAPRINCIPIOS O PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL RGPD.- 1. Legitimidad.- 2. Proporcionalidad.- 3. Empoderamiento.- 4. Transparencia.- 5. Responsabilidad proactiva.- 6. Seguridad.- III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El tratamiento de datos personales ha sido objeto de atención universal tras la adopción del 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, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[1].

EL RGPD comparte los principios y objetivos de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, a la que ha sucedido, pero instituye un conjunto mucho más detallado y actualizado de reglas[2] que además son directamente aplicables en todos los Estados miembros de la Unión.

Pocas normas jurídicas de la Unión Europea han atraído una atención ciudadana y mundial similar. El RGPD es probablemente el exponente más significativo del denominado "efecto Bruselas", dado que, según la tesis de la profesora BRADFORD[3], la Unión Europea con sus normas jurídicas "acaba influyendo más a nivel mundial que Estados Unidos con su poder militar o China con sus proyectos en el extranjero". En este caso, el RGPD ha trascendido con creces las fronteras del Espacio Económico Europeo y se ha convertido en un estándar internacional *de facto*, con más de 160 países del mundo con su legislación inspirada en nuestro reglamento europeo.

Tras cinco años de aplicación del RGPD, podemos subrayar que esta norma del Derecho de la Unión Europea ha consolidado un marco jurídico estable y

1 Sobre el mismo, puede verse López Calvo, J. (coord.): *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Madrid, Bosch-Wolters Kluwer, 2019; Rallo Lombarte, A. (dir.): *Tratado de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; o Domínguez Álvarez, J.L.: *Tratado de protección de datos personales*, A Coruña, Colex, 2023.

2 Barrio Andrés, M.: *Manual de Derecho Digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 2.ª edición, capítulos 11 y 12.

3 Bradford, A.: *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Nueva York, Oxford University Press, 2020, pág. 1.

• Rosa Lapiedra Alcamí
Letrado del Consejo de Estado. Profesor de Derecho digital y Director del Diploma de Alta Especialización en Legal Tech y transformación digital (DAELT) de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2877-5890. Correo electrónico: moises.barrio@consejo-estado.es

seguro para el tratamiento de datos personales. Y ha hecho eficaces en la práctica al menos dos de sus propósitos nucleares. El primero, ha generalizado una cultura de protección de datos tanto entre los responsables del tratamiento como entre los ciudadanos en el contexto del mercado digital europeo. El segundo, está asegurando que los tratamientos de datos de cualquier naturaleza respeten el derecho fundamental a la protección de datos, lo que a la postre entronca con el sistema europeo iusfundamental[4] de libertades, derechos y garantías.

Asimismo, el RGPD se ha convertido en el modelo global de privacidad. Ello es así por dos razones. En primer lugar, por los criterios de aplicación territorial que establece su artículo 3. En segundo lugar, por las imprescindibles transferencias internacionales de datos, lo cual implica que se tenga que aplicar el RGPD, con lo cual la implantación de esta norma es prácticamente universal.

Dada su influencia planetaria, resulta de utilidad esbozar unos supraprincipios que han de inspirar la aplicación e interpretación del RGPD, y que también sintetizan el espíritu, sentido y finalidad de esta norma, a lo cual destinaremos el próximo epígrafe.

II. LOS SUPRAPRINCIPIOS O PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL RGPD.

Entendemos por tales las ideas directrices del RGPD que inspiran, orientan, relacionan y estructuran sus distintos elementos y normas jurídicas.

Sentado lo anterior, el objetivo de este artículo es destilar los 173 considerandos y 99 artículos del RGPD en seis supraprincipios o principios estructurales que ayuden en el conocimiento, comprensión, aplicación e interpretación de este reglamento europeo. Se proponen así seis supraprincipios:[5] legitimidad, proporcionalidad, empoderamiento, transparencia, responsabilidad proactiva y seguridad, que desarrollaremos en las próximas páginas.

A pesar de la importancia de la intimidad y el tratamiento de datos personales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre esta materia resulta todavía limitada. Ahora bien, y dada la continuidad de los principios, la jurisprudencia relativa a la derogada Directiva 95/46/CE sigue siendo relevante y trasladable aquí.

4 García Roca, J. y Santaolalla, P. (coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, 4.ª edición, capítulo I.

5 El artículo 5 del RGPD, titulado "Principios relativos al tratamiento", prescribe siete principios generales que se incorporan a su articulado. Estos principios no resumen el RGPD ni tienen la misma importancia.

1. Legitimidad.

Los debates sobre la intimidad y la privacidad tienen ya una cierta antigüedad[6], y el derecho a la intimidad desempeña un papel cardinal tanto en la democracia como en la autonomía individual, donde debe alcanzarse un equilibrio entre la esfera individual y la colectiva; ambas son necesarias para desarrollar la democracia y el libre desarrollo individual.

El derecho a la intimidad, incluido la protección de los datos personales, está consagrado al máximo nivel[7] en el Derecho de la Unión Europea como derecho fundamental, es decir, a nivel de derecho primario[8], junto con otras libertades democráticas como la libertad de pensamiento y expresión. El considerando 4 del RGPD subraya que "el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad".

En este marco, el derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 8 CDFUE y art. 18.4 CE) –derecho autónomo incluido dentro del derecho a la intimidad– no sólo protege los datos íntimos, sino todos los datos personales, afecten o no a la intimidad de las personas, incluidos los datos públicos, ya que lo que es objeto de protección por este derecho es el poder de disposición que tiene una persona sobre todos sus datos.

Estos derechos pueden ser analizados y estudiados desde una perspectiva sociopolítica, psicológica, histórica e incluso evolutiva. Y es importante tener en cuenta que el Derecho no puede explicar en su totalidad los mismos, ya que nuestra disciplina refleja las decisiones de política legislativa adoptadas por el legislador de la Unión Europea. Este hecho no hace en absoluto que la norma jurídica sea superflua o carezca de relevancia, especialmente si se tiene en cuenta el riesgo de multas según el RGPD alcanza hasta 20.000.000 de euros o el 4 % del volumen de negocios total anual en todo el mundo (la cifra que sea más alta).

La normativa sobre protección de datos es una materia compleja, no tanto por la falta de claridad de las disposiciones aplicables, sino más bien porque es imprescindible una compleja ponderación de intereses. Como se desprende del propio considerando 4 del RGPD: "El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación

6 Warren, S.D. y Brandeis, L.D.: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 1890, Vol. 4, Núm. 5, , pp. 193-220; Westin, A.F.: *Privacy and Freedom*, Londres, The Bodley Head, 1970, capítulo I.

7 Castillejo Manzanares, R.: "Nuevas tecnologías y prueba en el proceso penal. Especial incidencia en Inteligencia Artificial", *Derecho Digital e Innovación*, 2022, Núm. 11; y Matia Portilla, F.J. (coord.): *De la intimidad a la vida privada y familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 60-63.

8 Véanse los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), así como el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad".

Los datos personales pueden tratarse con fines legítimos específicos y explícitos. Los datos recogidos no podrán ser tratados posteriormente de manera incompatible con los fines para los que fueron recogidos (art. 5, apdo. 1, letra b) RGPD).

La legitimidad puede describirse como el principio estructural que incluye el requisito general de tratamiento leal y lícito (art. 5, apdo. 1, letra a) RGPD). Cuando las empresas utilizan datos personales que están protegidos como derecho fundamental, son ellas las que deben garantizar que el tratamiento es legítimo. El derecho a la protección de datos, y en último término la salvaguardia de la privacidad, exige que las excepciones y limitaciones sólo se apliquen en la medida estrictamente necesaria[9], y que las excepciones se interpreten de forma restrictiva[10].

Las empresas no son "propietarias" de los datos personales, ni están autorizadas *per se* a tratarlos[11]. Sin embargo, sí están autorizadas –con las limitaciones y requisitos establecidos en el RGPD– a conculcar la esfera de intimidad de los ciudadanos.

Una de las características definitorias de los análisis de *big data* de nuestro tiempo es que se basan en probabilidades y, como tales, resultan imprecisos[12]. El principio de exactitud de los datos (art. 5, apdo. 1, letra d) RGPD) tiene una importancia significativa, ya que exige que los datos personales sean "exactos y, si fuera necesario, actualizados". El responsable del tratamiento debe adoptar "todas las medidas razonables" para suprimir o rectificar los datos personales inexactos. En este sentido, deben tenerse en cuenta los fines para los que se tratan los datos. La jurisprudencia del TJUE no ha establecido hasta qué punto el uso de datos probabilísticos es conforme con el principio de exactitud.

Además de servir a una finalidad legítima, los datos personales deben tratarse de forma leal y ampararse en una base jurídica de legitimación para dicho tratamiento, tal y como se expondrá seguidamente en el próximo principio estructural.

9 Sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 7 de noviembre de 2013, *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI)*, (C-473/12, ECLI:EU:C:2013:715), apdo. 39.

10 STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Ryneš*, (C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428), apdo. 29.

11 Barrio Andrés, M.: *Internet de las Cosas*, Madrid, Reus, 2022, 3.ª edición, pp. 106 y ss.

12 Barrio Andrés, M.: "Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2022, Núm. 100.

2. Proporcionalidad.

Debido a las múltiples formas que puede adoptar el tratamiento de datos, el principio estructural de legitimidad va acompañado de un principio de proporcionalidad que permea todo el RGPD. Este principio es visible en las frecuentes referencias a lo que es "necesario", "adecuado", "apropiado", "compatible", "razonable", etc.

La legitimidad del tratamiento depende de la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como de los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas. Las normas del RGPD pretenden lograr un equilibrio adecuado entre la protección de los derechos del interesado y los intereses legítimos de los responsables del tratamiento, terceros y el interés de la ciudadanía. Así como cumplir con las obligaciones legales de registro y conservación de datos. Por ejemplo, la controvertida videovigilancia puede ser lícita por motivos de seguridad, pero ilícita con fines de marketing.

Según los principios generales establecidos en el artículo 5 del RGPD, los datos personales deben limitarse a lo estrictamente necesario ("minimización de datos") y no deben conservarse más tiempo del necesario ("limitación del plazo de conservación"). En este contexto, la necesidad está relacionada con los fines para los que se tratan los datos personales, como se ha explicado anteriormente en el principio estructural de legitimidad.

El principio de la "limitación de la finalidad", positivizado en el señalado artículo 5.1.b) del RGPD, establece que los datos personales no pueden tratarse "ulteriormente de manera incompatible" con los fines para los que se recogieron (art. 6.4. RGPD), lo que también refleja una manifestación del principio estructural de la proporcionalidad.

El tratamiento de datos personales debe basarse en el consentimiento del interesado[13] o en cualquier otra base legítima establecida por el RGPD. De este modo, debe existir una base legítima para cada finalidad del tratamiento de datos personales.

El consentimiento requiere "una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado" que signifique su acuerdo con el tratamiento (art. 4.1.11 RGPD). La solicitud de consentimiento debe presentarse de tal forma "que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo" (art. 7 RGPD). No obstante, y pesar del consentimiento, el tratamiento de datos personales sigue estando restringido

13 Sobre su alcance, *vid*. la Sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms Inc.*, (C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537), apdo. 151.

por los principios del tratamiento lícito (art. 5 RGPD), que incluyen la legitimidad y la proporcionalidad.

Ahora bien, los datos personales pueden tratarse sin consentimiento si es necesario, entre otros supuestos, para la ejecución de un contrato o el cumplimiento de una obligación legal. En conjunto, estas bases de legitimación justifican el tratamiento necesario para la entrega de productos y el cumplimiento de obligaciones fiscales y contables.

El tratamiento también es lícito sin consentimiento cuando supera el juicio de ponderación *(balancing test),* que hasta cierto punto puede utilizarse para justificar el tratamiento con fines comerciales. Este juicio de ponderación[14] permite al responsable del tratamiento tratar los datos personales cuando el tratamiento es necesario para fines legítimos, a menos que prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado (art. 6.1.f) RGPD). Y debe subrayarse que el concepto de "necesidad"[15] posee su propio significado autónomo en el Derecho de la Unión y debe interpretarse de manera que refleje los objetivos de la legislación sobre protección de datos.

Como se expone más adelante en el principio estructural de empoderamiento, el consentimiento y el juicio de proporcionalidad comparten la desventaja de que el interesado puede o bien retirar el consentimiento o, en el segundo caso, oponerse al tratamiento. En caso de oposición, el responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones. En cambio, el interesado no puede oponerse si el tratamiento es realmente necesario para la ejecución de un contrato.

De este modo, a menos que el tratamiento sea realmente necesario para la ejecución de un contrato con el interesado o que el impacto sobre la intimidad del interesado sea limitado, lo más seguro es obtener su consentimiento. Sin embargo, cuando el tratamiento es realmente necesario para la ejecución de un contrato, el consentimiento no es la base legítima adecuada[16].

14 Casas Baamonde, M.E.: "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe", *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, 2004, Núm. 1, , pp. 141-156.

15 STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Huber*, (C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724), apdo. 52.

16 Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD): *Directrices 2/2019 sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apdo. 1, letra b), del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados*, pág. 7.

Cuando se traten datos personales sensibles, o categorías especiales de datos personales[17], con carácter general debe obtenerse el consentimiento (art. 9.2.a) RGPD).

La proporcionalidad también desempeña un papel nuclear en relación con las obligaciones generales del responsable del tratamiento de datos, que se abordan más adelante en el principio estructural de responsabilidad proactiva. Al determinar la responsabilidad del responsable del tratamiento (arts. 24 y 25 RGPD), deben tenerse en cuenta "la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas". Para la aplicación de determinadas medidas, también deben tenerse en cuenta "el estado de la técnica" y "el coste de su aplicación" (arts. 25 y 32 RGPD).

Como se desarrolla más adelante en el principio estructural de seguridad, las medidas técnicas y organizativas deben ser "apropiadas" (art. 5, apdo. 1, letra f) RGPD), y en el contexto de la rectificación y supresión (tratada en el próximo principio estructural relativo al empoderamiento), deben tenerse en cuenta "la tecnología disponible y el coste de su aplicación", así como "el esfuerzo desproporcionado".

Como principio general, del apartado 1 del artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se desprende que las limitaciones a las libertades establecidas en la Carta deben ser necesarias y responder realmente (i) a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o (ii) a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás.

De este modo, el principio estructural de proporcionalidad implicaría que el tratamiento de datos personales no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos. En este sentido, la utilización de medios menos intrusivos[18] con la intimidad también debe tenerse muy en cuenta. Así lo expresa el propio RGPD cuando exige "garantías adecuadas", que pueden incluir la pseudonimización (separación entre la identidad y los datos que se tratan).

3. Empoderamiento.

La responsabilidad individual y el derecho a la autodeterminación son conceptos centrales en la teoría jurídica, así como en la legislación de protección

17 Véase el artículo 9 del RGPD. Se trata 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, 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 la orientación sexual de una persona física.

18 STJUE de 9 de noviembre de 2010, Gran Sala, *Volker und Markus Schecke*, (asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662).

de los consumidores, cuyo marco regulador tiene por objeto facultar al ciudadano para que actúe de acuerdo con sus preferencias.

A pesar del empoderamiento, el interesado no tiene un control absoluto sobre qué datos se tratan sobre él y quién los trata. Aquí nos centramos principalmente en los derechos del interesado, que están estrechamente relacionados con la transparencia, de la que nos ocuparemos más adelante.

El consentimiento es uno de los ejemplos más claros del empoderamiento. Además de ser específico e informado, el consentimiento debe darse libremente y constituir una manifestación inequívoca de la voluntad del interesado que signifique su acuerdo con el tratamiento de datos personales (art. 4.1.11 RGPD). El consentimiento reclama tanto transparencia como una clara acción afirmativa que impide que "el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción" constituyan auténtico[19] consentimiento.

Y el requisito de libremente otorgado requiere una elección auténticamente libre, lo que no es el caso si el interesado "no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno" (cdo. 42 RGPD). Del mismo modo, en el apartado 4 del artículo 7 del RGPD se establece que debe tenerse "en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato".

Además de las situaciones en las que se requiere el consentimiento, el interesado puede ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición, manifestar su voluntad de no ser objeto de decisiones individuales automatizadas e incluso solicitar la portabilidad de sus datos. Los dos primeros derechos están además consagrados en la CDFUE (art. 8.2).

El derecho de acceso supone que el interesado tiene derecho a obtener confirmación sobre si se están tratando o no datos personales que le conciernen[20]. Si se están tratando datos personales que le conciernen, el interesado tiene derecho a acceder a los datos personales, así como a la información sobre los

19 Cdo. 32 RGPD y STJUE de 1 de octubre de 2019, *Planet49*, (C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801).

20 La STJUE de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF)*, (C-487/21, ECLI:EU:C:2023:369) ha precisado el contenido de este derecho, indicando que "el derecho a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos personales objeto de tratamiento implica que se entregue al interesado una reproducción auténtica e inteligible de todos esos datos. Este derecho incluye el de obtener copia de extractos de documentos, o incluso de documentos enteros, o de extractos de bases de datos, que contengan, entre otros, dichos datos, si la entrega de tal copia es indispensable para permitir al interesado ejercer efectivamente los derechos que le confiere ese Reglamento. Debe subrayarse asimismo la necesidad de que se tengan en cuenta, a este respecto, los derechos y libertades de los terceros".

fines, las categorías, el periodo previsto de conservación y demás información detallada en el artículo 15 del RGPD.

El derecho a obtener la rectificación de los datos personales inexactos sin dilaciones indebidas se reconoce en el artículo 16 del RGPD y está en consonancia con el principio de exactitud, mencionado anteriormente en el principio estructural de legitimidad.

El denominado "derecho al olvido" del artículo 17 del RGPD implica que el interesado puede solicitar la supresión incluso de los datos exactos sin dilaciones indebidas. Sin embargo, este derecho está limitado a determinados motivos o presupuestos habilitantes, como que los datos ya no sean necesarios para el fin perseguido o que se haya retirado el consentimiento (y no exista ninguna otra base de legitimación para el tratamiento). El responsable del tratamiento puede anonimizar los datos para atender la solicitud.

Como ya se ha mencionado en el principio estructural de proporcionalidad, el interesado puede retirar su consentimiento en cualquier momento (art. 7, apdo. 3 RGPD).

Cuando el interés legítimo o el cumplimiento de una misión realizada en interés público constituya la base legítima del tratamiento, el interesado tendrá derecho a oponerse al tratamiento (art. 21.1 RGPD). El responsable del tratamiento debe acatar la decisión, a menos que "acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones".

Cuando los datos personales se traten con fines de mercadotecnia directa, el interesado podrá oponerse en cualquier momento a dicha mercadotecnia. El uso de *cookies* y del correo electrónico con fines comerciales está regulado en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), reformada en 2009, y normalmente se requiere el consentimiento. Las *cookies* pueden almacenarse y accederse sin consentimiento[21] cuando "el almacenamiento técnico o el acceso sean estrictamente necesarios" para permitir "el uso de un servicio específico solicitado específicamente por el abonado o usuario".

21 Considerando 66 de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

Otros derechos del interesado incluyen el derecho a la portabilidad de los datos (art. 20 RGPD) y el derecho a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles[22] (art. 22 RGPD).

4. Transparencia.

La transparencia es un principio estructural[23] del Derecho de la Unión Europea, y el tratamiento transparente de los datos personales es un requisito previo para la rendición de cuentas ante las autoridades, así como para el empoderamiento del interesado. Y este principio estructural está estrechamente relacionado con la legitimidad y la proporcionalidad.

La transparencia afecta asimismo de forma muy relevante a la obtención del consentimiento, que debe ser específico e informado. Además, la solicitud de consentimiento debe presentarse de manera que se distinga claramente de otras cuestiones, como las condiciones contractuales (art. 7, apdo. 2 RGPD).

Los artículos 13 y 14 del RGPD contienen requisitos de información exhaustivos para informar al interesado sobre la identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento, los fines y las categorías de los datos personales tratados y los derechos del interesado, así como otra información necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto al interesado. Cuando el responsable del tratamiento invoque el interés legítimo como base de legitimación para el tratamiento, el interesado deberá ser informado de los intereses legítimos perseguidos.

En el marco de la toma de "decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles"[24] (art. 22 RGPD), la transparencia[25] implica proporcionar al interesado "información significativa sobre la lógica implicada", así como "la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado" (art. 14.2.g) RGPD). A mi juicio, esta obligación podría servir de inspiración para garantizar la transparencia general en el contexto de los modelos empresariales basados en datos[26]. El señalado artículo 22 del RGPD, aplicable tanto al sector

22 STJUE de 7 de diciembre de 2023, *SCHUFA Holding (Scoring)*, (C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957).

23 Ortega Giménez, A. (dir.): *Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pág. 220; o Bermúdez Sánchez, J. y Marcos Fernández, A. (coords.): *Transparencia, lobbies y protección de datos*, Pamplona, Aranzadi, 2020; pág. 104 y ss., así como pp. 381-382.

24 Jiménez-Castellanos Ballesteros, I.: "Decisiones automatizadas y transparencia administrativa. Nuevos retos para los derechos fundamentales", *Revista española de la transparencia*, 2023, Núm. 16, pp. 191-215.

25 Véase la STJUE de 1 de octubre de 2019, *Planet49*, (C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801), cuyo apartado 74 establece: "una información clara y completa debe permitir al usuario determinar fácilmente las consecuencias de cualquier consentimiento que pueda dar y garantizar que dicho consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa. Debe ser claramente comprensible y suficientemente detallada para que el usuario pueda comprender el funcionamiento de las cookies empleadas".

26 Barrio Andrés, M.: "Modelos de negocio basados en datos, publicidad programática, inteligencia artificial y regulación: algunas reflexiones", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2022, Núm. 36.

público[27] como al privado, contiene una prohibición general de adopción de decisiones totalmente automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre las personas físicas o que les afecten significativamente de un modo similar, prohibición que solo puede ser exceptuada en las circunstancias del apartado 2 (ser necesaria para la celebración o ejecución de un contrato; está autorizada por el Derecho de la Unión o del Estado miembro respectivo y se establezcan "medidas adecuadas[28] para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado"; o se basa en el consentimiento del interesado).

Una reciente[29] sentencia del TJUE establece que el concepto de decisión automatizada que afecta al interesado del señalado artículo 22 del RGPD debe interpretarse en sentido amplio. Por eso, el Tribunal de Justicia ha destacado que la prohibición y restricciones específicas que establece esta norma pretenden hacer frente a los riesgos específicos que las decisiones automatizadas generan en relación con potenciales efectos discriminatorios en las personas físicas (apdo. 59). En concreto, esa interpretación amplia se considera imprescindible para evitar lagunas jurídicas en situaciones en las que están implicados varios actores, como es habitual, por ejemplo, cuando la herramienta de IA se utiliza por el prestador de un servicio para generar cierta información o valoración y comunicarla a quien posteriormente toma la decisión de contratar o no con el interesado. La nueva sentencia aclara que no solo esa última decisión puede quedar dentro del ámbito de aplicación del artículo 22 del RGPD, sino también la valoración previa en la que se basa.

Por su parte, el derecho del interesado a oponerse al tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa o basado en el interés legítimo debe hacerse constar explícitamente a más tardar en la primera comunicación con el interesado (art. 21.4 RGPD). Del mismo modo, antes de otorgar su consentimiento, el interesado debe ser informado de su derecho a retirarlo en cualquier momento (art. 7.3 RGPD).

La información facilitada al interesado debe presentarse por escrito o por otros medios (como una comunicación de voz), incluso por medios electrónicos, y

27 En España, las principales normas que establecen un régimen jurídico específico de la actuación administrativa automatizada y de la inteligencia artificial (IA) son los arts. 41 y 42 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Regulan la llamada "actuación administrativa automatizada". Es conveniente precisar que no toda actuación administrativa automatizada utiliza inteligencia artificial. Pero cualquier sistema de IA sí utiliza procesos automatizados, al menos en alguna fase.

28 El considerando 71 del RGPD incluye entre tales medidas "la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión", medidas que tienen un paralelismo con garantías básicas del procedimiento administrativo como son el derecho de audiencia, el deber de investigación minuciosa del asunto y el deber de motivación que forman parte del derecho fundamental a una buena administración del artículo 41 de la CDFUE.

29 STJUE de 7 de diciembre de 2023, *SCHUFA Holding (Scoring)*, (C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957).

en "forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo" (art. 12.1 RGPD).

El RGPD no exige expresamente que el responsable del tratamiento publique una política de privacidad en su sitio web, pero a menudo es una forma eficaz de informar al interesado –por ejemplo, mediante un enlace o hipervínculo, o una información por capas[30]– y también de organizar el registro de actividades de tratamiento que se examina más adelante en el próximo apartado relativo a la responsabilidad proactiva.

5. Responsabilidad proactiva.

Una parte significativa de las normas sustantivas del RGPD proceden de la precitada Directiva sobre protección de datos de 1995[31], sustituida como quedó apuntado por el RGPD. Sin embargo, un cambio significativo en el modelo de cumplimiento es la adopción de un sistema de responsabilidad proactiva que enuncia el artículo 5.2 del RGPD: "[e]l responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)".

Este principio se reitera en el artículo 24 del RGPD, según el cual el responsable del tratamiento debe aplicar "medidas técnicas y organizativas apropiadas" para garantizar y poder demostrar que el tratamiento se realiza de conformidad con el RGPD.

Estas medidas deben mantenerse actualizadas y, como se ha comentado anteriormente en el principio estructural de la proporcionalidad, deben tener en consideración la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento. Los riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas también deben tenerse en cuenta. La aplicación de estas medidas debe incluir cuando sean proporcionadas en relación con las actividades de tratamiento "la aplicación, por parte del responsable del tratamiento, de las oportunas políticas de protección de datos" (art. 24.2 RGPD).

En relación con el consentimiento, se exige que el responsable del tratamiento pueda demostrar que el interesado ha consentido el tratamiento (art. 7.1 RGPD).

30 Para dar cumplimiento a este derecho, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) recomienda que esta información se suministre por capas o niveles de manera que se facilite al usuario una información básica en un primer nivel, de forma resumida, en el mismo momento y en el mismo medio en que se recojan los datos personales. Y, por otra parte, se le remita el resto de las informaciones detalladas en un medio más adecuado para su presentación, compresión y, si se desea, archivo.

31 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 respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Una de las medidas más concretas de la responsabilidad proactiva es el requisito de mantener un registro de las actividades de tratamiento (art. 30 RGPD). El registro debe hacerse por escrito, incluso en formato electrónico, y debe contener (a) el nombre y los datos de contacto del responsable del tratamiento, (b) los fines (nótese que está en plural) del tratamiento, (c) una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales, (d) las categorías de destinatarios a los que pueden revelarse los datos personales y (e) las posibles transferencias de datos personales a terceros países (es decir, fuera de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo). Cuando sea posible, el registro también deberá incluir (f) los plazos previstos para la supresión de las distintas categorías de datos y (g) una descripción general de las medidas de seguridad técnicas y organizativas aplicables a cada actividad de tratamiento[32].

El registro de las actividades de tratamiento debe estar a disposición de la autoridad de control, pero no hay obligación expresa de publicarlo, por ejemplo en forma de política de privacidad, aunque a nuestro juicio dicha publicación puede ampararse en el principio estructural de transparencia. No obstante, en la práctica, el registro de actividades de tratamiento no suele ser publicado debido a que se trata de un documento muy dinámico y que sufre un sinfín de actualizaciones.

Antes del tratamiento de datos personales que pueda entrañar un "alto riesgo" para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento debe llevar a cabo una evaluación del impacto sobre la protección de datos (EIPD o PIA, por sus siglas en inglés) del tratamiento previsto (art. 35 RGPD). Esta evaluación es necesaria, entre otros supuestos, en el caso de una "evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar".

Si la evaluación indica que el tratamiento entrañaría un alto riesgo en ausencia de medidas adoptadas por el responsable del tratamiento para mitigar el riesgo, el responsable del tratamiento deberá consultar a la autoridad de control antes del tratamiento (art. 36 RGPD).

En determinadas situaciones, el responsable del tratamiento está obligado a designar un delegado de protección de datos[33], incluso en los casos en que "las actividades principales [...] consistan en operaciones de tratamiento que, en

32 Las organizaciones con menos de 250 empleados solo deben mantener registros de las actividades de tratamiento para los tipos de tratamiento mencionados en las letras a) a c).

33 Plaza Penadés, J.: "El delegado de protección de datos o DPO (Data Protection Officer)", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, Núm. 42, pp. 19-21.

razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala" (art. 37 RGPD).

Estos requisitos también pueden considerarse ejemplos de proporcionalidad, tal como se ha comentado anteriormente.

El cumplimiento se ve reforzado por el requisito de protección de datos desde el diseño y por defecto (art. 25 RGPD). El responsable del tratamiento debe aplicar "medidas técnicas y organizativas apropiadas" para (i) garantizar el cumplimiento, (ii) integrar las salvaguardias necesarias y (iii) garantizar que sólo se tratan por defecto los datos personales necesarios. Esta disposición es nueva en el RGPD y corrobora todos los principios estructurales acuñados en este estudio.

6. Seguridad.

La seguridad de los datos personales es de vital importancia para evitar el riesgo, por ejemplo, de destrucción accidental o ilícita, pérdida, alteración, divulgación no autorizada o acceso a los datos personales transmitidos, almacenados o tratados de otro modo.

En muchos casos, la amenaza real[34] en el contexto de los datos personales no es la explotación por parte del responsable del tratamiento, sino más bien la falta de medidas de seguridad que da lugar a violaciones de los datos y a su posterior aprovechamiento por parte de terceros, incluidos, por ejemplo, empleados y subcontratistas o cibercriminales. Así, la minimización de datos y la limitación del almacenamiento, tratadas anteriormente en el principio estructural de proporcionalidad, así como la anonimización y la seudonimización, son medios para cumplir el principio de seguridad.

El responsable del tratamiento de datos debe aplicar "medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo" (art. 32 RGPD). Deben tenerse en cuenta "el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas", tal y como se ha tratado anteriormente en el principio estructural de proporcionalidad.

Las medidas de seguridad deben incluir, como mínimo (art. 32.1 RGPD):

- la seudonimización y el cifrado de datos personales;

34 Segura Serrano, A.: *El desafío de la Ciberseguridad Global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 24 y ss.

- la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento;

- la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico;

- un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

El responsable del tratamiento de datos debe tomar medidas para garantizar que cualquier persona física que actúe bajo la autoridad del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento, y que tenga acceso a datos personales, no los trate salvo siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento (art. 32.4 RGPD).

En caso de una "violación de la seguridad de los datos personales"[35], el responsable del tratamiento debe notificarlo sin demora injustificada a la autoridad de control (art. 33 RGPD) y a los interesados (art. 34 RGPD). En consonancia con el principio estructural de proporcionalidad, estos últimos sólo deben ser informados cuando sea probable que la violación de los datos personales suponga "un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas".

III. CONCLUSIONES.

Según ha quedado expuesto, los contenidos del RGPD pueden sistematizarse en seis grandes principios estructurales:

- Legitimidad. La intimidad y la protección de datos son un derecho democrático fundamental, y para afectar legalmente el derecho de los interesados a su intimidad el responsable del tratamiento debe perseguir un fin legítimo, teniendo en cuenta los intereses legítimos de los interesados, de terceros y del público, así como las obligaciones legales aplicables. Y todo ello de manera justa y ponderada.

- Proporcionalidad. La protección de los datos personales –incluidas las obligaciones del responsable del tratamiento y la necesidad de consentimiento– está en relación con la finalidad legítima perseguida, así como con el impacto sobre el derecho a la intimidad del interesado, incluidos la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento.

35 Troncoso Reigada, A.: "Del principio de seguridad de los datos al derecho a la seguridad digital", *Economía Industrial*, 2018, Núm. 410, pp. 127-151.

- Empoderamiento. El interesado gobierna en gran medida qué datos que le conciernen pueden tratarse legalmente, mediante su consentimiento y los derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición.

- Transparencia. Para estar empoderado, el interesado debe tener información sobre el responsable del tratamiento y el tratamiento efectuado. También tiene que poder comprender sus derechos y las implicaciones del tratamiento.

- Responsabilidad proactiva. El responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que cumple el RGPD, por ejemplo manteniendo un registro de las actividades de tratamiento, realizando evaluaciones de impacto de la protección de datos y garantizando la protección de datos desde el diseño y por defecto.

- Seguridad. Cuando se confíen datos personales al responsable del tratamiento, deben aplicarse medidas técnicas y organizativas adecuadas para protegerlos contra el tratamiento no autorizado o ilícito, así como contra la pérdida, destrucción o daño accidentales.

Así las cosas, estos supraprincipios que hemos acuñado, muchos de rango constitucional europeo, integran el ordenamiento jurídico europeo y de los Estados miembros, están dotados de la superioridad normativa que implica su anclaje en el Derecho de la Unión Europea y cumplen una función de auxilio en el conocimiento, comprensión, aplicación e interpretación de este reglamento europeo.

BIBLIOGRAFÍA

Barrio Andrés, M.: "Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2022, Núm. 100.

Barrio Andrés, M.: "La reforma de la LOPDGDD por la Ley 11/2023, de 8 de mayo", *Revista La Ley Privacidad*, 2023, Núm. 16.

Barrio Andrés, M.: "Modelos de negocio basados en datos, publicidad programática, inteligencia artificial y regulación: algunas reflexiones", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2022, Núm. 36.

Barrio Andrés, M.: *Internet de las Cosas*, Madrid, Reus, 2022, 3.ª edición.

Barrio Andrés, M.: *Manual de Derecho Digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 2.ª edición.

Bermúdez Sánchez, J. y Marcos Fernández, A. (coords.): *Transparencia, lobbies y protección de datos*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Bradford, A.: *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Nueva York, Oxford University Press, 2020.

Casas Baamonde, M.E.: "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe", *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, 2004, Núm. 1.

Castillejo Manzanares, R.: "Nuevas tecnologías y prueba en el proceso penal. Especial incidencia en Inteligencia Artificial", *Derecho Digital e Innovación*, 2022, Núm. 11.

Domínguez Álvarez, J.L.: *Tratado de protección de datos personales*, A Coruña, Colex, 2023.

Gamero Casado, E. (dir.), *Inteligencia artificial en el sector público. Retos, límites y medios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

García Roca, J. y Santaolalla, P. (coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, 4.ª edición.

Jiménez-Castellanos Ballesteros, I.: "Decisiones automatizadas y transparencia administrativa. Nuevos retos para los derechos fundamentales", *Revista española de la transparencia*, 2023, Núm. 16.

López Calvo, J. (coord.): *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Madrid, Bosch-Wolters Kluwer, 2019.

Matia Portilla, F.J. (coord.): *De la intimidad a la vida privada y familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Ortega Giménez, A. (dir.): *Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Plaza Penadés, J.: "El delegado de protección de datos o DPO (Data Protection Officer)", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, Núm. 42.

Rallo Lombarte, A. (dir.): *Tratado de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Segura Serrano, A.: *El desafío de la Ciberseguridad Global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Troncoso Reigada, A.: "Del principio de seguridad de los datos al derecho a la seguridad digital", *Economía Industrial*, 2018, Núm. 410.

Warren, S.D. y Brandeis, L.D.: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 1890, Vol. 4, Núm. 5.

Westin, A.F.: *Privacy and Freedom*, Londres, The Bodley Head, 1970.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ÁMBITO SANITARIO: LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE Y LA LEY 10/2014, DE 29 DE DICIEMBRE, DE SALUD DE LA COMUNITAT VALENCIANA

INFORMED CONSENT IN THE HEALTH FIELD: LAW 41/2002, OF NOVEMBER 14 AND LAW 10/2014, OF DECEMBER 29, ON THE HEALTH OF THE VALENCIAN COMMUNITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1342-1369

Laura RIUS,
Manuel ORTIZ,
Domingo OROZCO y
Antonio F. COMPAÑ

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La evolución de la relación médico-paciente dio lugar al reconocimiento del consentimiento informado. Este derecho, atribuido a todos los pacientes, implica que, para llevar a cabo cualquier intervención sanitaria es preciso contar con su autorización previa. De esta forma, los profesionales vienen obligados a prestar una adecuada información a los usuarios con la finalidad de que estos últimos puedan formar una decisión libre, voluntaria y consciente. En España, la regulación principal y básica de este derecho la encontramos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pero como quiera que el territorio está dividido en comunidades autónomas a las que se atribuye competencias, es preciso atender a las normativas sectoriales. En nuestro caso, cobra especial relevancia la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

PALABRAS CLAVE: Autonomía; consentimiento; información, paciente; sanidad.

ABSTRACT: *The evolution of the doctor-patient relationship led to the recognition of informed consent. This right, attributed to all patients, implies that they must have their prior authorisation to carry out any health intervention. In this way, professionals must provide adequate information to users so that the latter can form a free, voluntary, and conscious decision. This right's primary and essential regulation in Spain is found in Law 41/2002 of November 14. Still, since the territory is divided into autonomous communities to which competencies are attributed, it is necessary to attend to sectoral regulations. Law 10/2014, of December 29, on the Health of the Valencian Community, is especially relevant in our case.*

KEY WORDS: *Autonomy; consent; information, patient; health.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.- III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LEY 41/2002.- 1. El derecho a la información.- 2. El consentimiento posterior.- IV. EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE SANIDAD EN ESPAÑA Y LA LEY 10/2014, DE 29 DE DICIEMBRE, DE 29 DE DICIEMBRE, DE LA COMUNITAT VALENCIANA.- 1. Breve referencia al reparto competencial en materia de sanidad.- 2. El consentimiento informado en la Comunitat Valenciana.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El consentimiento informado, como derecho de todo paciente, aparece como la facultad de escoger, entre las opciones clínicas posibles, aquella que se presente como más adecuada. Por lo tanto, corresponde al usuario decidir acerca de si desea recibir o no un tratamiento, una intervención o cualquier acto médico. Como rápidamente se comprenderá, de aquí se deducen, al menos, dos cuestiones.

Por un lado, la necesidad de que el profesional preste una información completa, veraz y comprensible, a fin de que el paciente pueda formular una voluntad libre, voluntaria y consciente. Ha de ser, en consecuencia, adaptada a las necesidades y características concretas de este último y tener el contenido suficiente: entre el exceso (sobreinformación) y el defecto (ausencia o falta de información).

Por otro lado, a pesar de ser un derecho de configuración legal, que se encuentra íntimamente vinculado al derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y, en su seno, al libre desarrollo de la personalidad. En suma, es una manifestación de la autonomía de la voluntad que permite ejercitar el derecho de autodeterminación en un ámbito tan relevante como el sanitario.

En otro orden de cosas, debemos ser conscientes de que la formulación y el reconocimiento del consentimiento informado se produjo de forma gradual a lo largo de los años y aparece como una consecuencia de la propia noción del ser humano como portador de derechos. A partir de estas premisas, en España se aprobó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del

• Laura Rius Acebes
Doctoranda en Salud Pública, Ciencias Médicas y Quirúrgicas, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: lriusacebes@gmail.com

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante Doctor del Área de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es

• Domingo L. Orozco Beltrán
Profesor Titular del Área de Medicina Clínica, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: dorozco@umh.es

• Antonio F. Compañ Rosique
Profesor Titular del Área de Cirugía, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: af.company@umh.es

paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP)[1].

Sea como fuere, como vivimos en un Estado formado por diferentes entes territoriales a los que se atribuyen competencias y, en particular, por comunidades autónomas, no podemos perder de vista que un análisis de la legislación española que pretenda reputarse como total debe estudiar las diferentes normativas sectoriales. En nuestro caso, adquiere especial relevancia la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.

La primera cuestión sobre la que es necesario reparar en la evolución que ha ido sufriendo la relación entre el médico y sus pacientes. En este sentido, fruto de la promulgación de diferentes normas de ámbito internacional –y dentro de las mismas las aprobadas en el marco de la Unión Europea– se ha ido reconociendo paulatinamente una esfera de protección a los pacientes que, en un inicio, no tenían. Todo ello ha sido fruto de la propia consideración de las personas a las que se les atribuye unos derechos –humanos– que impiden que se les trate de forma "indigna".

En este estudio, debemos saber que "En el devenir histórico del consentimiento informado también debe tenerse en cuenta la importancia de la bioética, disciplina que ha ayudado a constituir los fundamentos de esta figura[2]". No puede obviarse que "La preocupación fundamental de la bioética es que el desarrollo de la medicina esté en armonía con la dignidad de cada ser humano. De aquí surge la estrecha relación que tiene con el consentimiento informado como manifestación

1 Hay que tener presente que con anterioridad a la promulgación de la actual legislación española se aprobaron diferentes normas con incidencia en esta materia. Tales disposiciones pueden ser divididas en dos grandes grupos. Por un lado, las normas preconstitucionales que se concretan en el proyecto Código Sanitario de 1822 (que no se aprobó finalmente), la Ley de 28 de noviembre de 1855, el Real Decreto de 12 de enero de 1904, la Ley de Coordinación Sanitaria de 11 de junio de 1934, la Ley de 1944, la Ley de Hospitales de 21 de julio de 1962, el Decreto 907/1966 (de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social), la Orden del 7 de julio de 1972 (Orden por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social) y el Real Decreto 2082/1978 (de 25 de agosto, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los Servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios).
Por otro lado, con la aprobación de la Constitución Española de 1978 se reconocieron derechos muy relevantes desde el punto de vista de la sanidad que, de alguna forma, están vinculados a la autonomía del paciente –*vid.* los arts. 9 sobre el derecho a la libertad, 10.1 sobre la dignidad humana, 15 referido al derecho a la vida y a la integridad física y moral o 43 relativo a la protección de la salud–. Asimismo, se distaron varias normas previas a la Ley 41/2002, a saber, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que estuvo vigente hasta el 1 de diciembre de 2007 debido a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la Ley General de Sanidad Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (antecedente más directo de nuestra actual ley).

2 En este sentido, *vid.* Agón López, J.G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica,* La Ley, Madrid, 2017, p. 21 y ss.

de esa dignidad. Existe un principio eminente de la bioética que es el respeto a la vida, es decir, que esta disciplina se orienta esencialmente hacia la salvaguarda de la vida humana. Luego hay unos principios subalternos: el principio terapéutico o de totalidad (el objetivo de la medicina es el bien del paciente y la corporeidad humana es un todo unitario y orgánico); los principios de socialidad y subsidiariedad (el individuo debe contribuir solidariamente al bien de la sociedad y el estado debe estimular esta conducta) y los principios de libertad y responsabilidad (paciente y médico son sujetos libres y responsables)". Por lo tanto, la evolución de la bioética[3] va unida a la del consentimiento informado[4].

Así lo pone de manifiesto Moure González[5] quien, tras hacer un análisis sobre las ventajas e inconvenientes de la bioética y destacar que "el derecho a la protección de la salud tiene un engarce necesario en auténticos derechos fundamentales", señala que la vertiente de corte negativo del derecho a la salud[6] –como facultad de disponer de la misma por su titular– "tiene manifestaciones de muy importante relevancia social e individual en cuestiones como la imposición de tratamientos médicos obligatorios, el suicidio, la eutanasia y la propia eugenesia". En este ámbito, las nuevas tecnologías tienen gran influencia y afectan irremediablemente a la medicina[7].

Siguiendo a Siegler[8], podemos diferenciar hasta cuatro "edades de la medicina". Estas edades se identifican con las diferentes fases que han ido sucediéndose a lo

3 Muy interesantes resultan las reflexiones de Fernández Piedralba, E., García Esteban, N. y Cabo Pérez, P.: "La bioética en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derecho y salud*, 2016, vol. 26, núm. extra 1, pp. 203-212.

4 Sin duda, tanto la responsabilidad sanitaria, como la propia ética y la deontología médica se vieron afectadas por la bioética. De este modo, la relación médico-paciente fue evolucionando hasta la toma de decisiones compartidas. En este sentido, "A tenor de la regulación expuesta comprobamos efectivamente cómo las aportaciones de la bioética, concretadas en especial en el desarrollo del principio de autonomía, han trascendido el ámbito de la Moral para asentarse en el ordenamiento jurídico. La deontología asume ese nuevo rol del médico en sus relaciones con el paciente superando el criterio hipocrático, pero también la norma legal reconoce el nuevo escenario profesional dándole un superior marchamo jurídico, consistente en reforzar el deber de información como premisa básica del consentimiento". *Vid.* Moure González, E.: "El fundamento ético de la responsabilidad sanitaria", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, p. 127, disponible en: http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina04.pdf (fecha de última consulta 21.07.2023) Asimismo, para más información, *vid.* Correa Díaz, A.M. y Valencia Arias, A.: "Responsabilidad social y ética médico-sanitaria", *Ratio Juris,* 2016, vol. 11, núm. 22, pp. 73-90.

5 *Repensando la responsabilidad sanitaria. Soluciones jurídicas a los conflictos en sanidad*, Atelier, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 29-52.

6 En el ámbito de la protección del derecho a la salud y los derechos fundamentales en juego resulta de vital importancia que las políticas públicas sean acordes a estos fines. Así lo ponen de relieve Venturi, E. y Pascoaloto Venturi, T.G.: "Uniformização, coletivização e estruturação processual da tutela da saúde sob o enfoque da análise econômica do direito", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, 2019, núm. 4, vol. 1, pp. 211-226.

7 Para más información, *vid.* Gozzo, D.: "Novas tecnologias e a responsabilidade na reprodução humana artificial", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, 2019, núm. 4, vol. 1, pp. 169-178.

8 "Las tres edades de la medicina y la relación médico-paciente", *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2011, núm. 26, pp. 12-25.

largo de la historia de la medicina occidental, esto es, la evolución de la relación médico-paciente. Veamos brevemente los rasgos definitorios de cada una de ellas.

La primera, denominada edad del paternalismo (o del médico), transcurre a lo largo de miles de años. El autor citado data como inicio el siglo VI a.C. y la década de los años 60 como el fin. De alguna forma, esta etapa simboliza "la tendencia autoritaria y sacerdotal que tradicionalmente ha presentado la medicina". Partiendo de la confianza en los conocimientos técnicos del profesional y su estatura moral, se creía que el médico debía tener el control y una posición de superioridad.

Además, no se produjeron grandes avances en la medicina a lo largo de este largo periodo, procurando más cuidados sintomáticos que la propia curación del paciente. La información –*prognosis*– tenía un carácter confidencial y sólo se revelaba a los médicos con una formación adecuada, siendo la práctica habitual tratar los aspectos psicológicos de la enfermedad que los físicos, divulgando principios de higiene y prevención. "En este sistema, el médico ofrecía información, ayuda psicológica y alivio sintomático".

La segunda de las edades que se referencian es la de la autonomía (o del paciente). La misma se desarrolla desde 1945 hasta la actualidad –si bien es coetánea en el tiempo a las dos siguientes que veremos más tarde–. Se destaca que, en realidad, únicamente se produjo en ciertos países (Estados Unidos, Canadá y algunos países de Europa occidental), por lo que no se generalizó en todos. Se trató de una época de "grandes avances en la comprensión de la enfermedad y en el desarrollo de terapias médicas y quirúrgicas extraordinarias". Al contrario que en la anterior, se favoreció el tratamiento por encima de la prevención, o lo que es lo mismo, la curación del enfermo antes que el cuidado. El coste de la sanidad se disparó, ya que no se oponían a sufragarlo, "especialmente cuando se contraponía a la autonomía del paciente, su necesidad o incluso su deseo". En la práctica, se materializó en la Declaración de los Derechos del Paciente de la Asociación Norteamericana de Hospitales de 1973.

Así, la balanza que teóricamente equilibraba las fuerzas médico-paciente se inclinó en favor de este último. De esta suerte, "Muchos expertos en ética, juristas y pacientes comenzaron a afirmar que esta relación debía fundamentarse en los derechos y la libertad del paciente, por encima de los profesionales médicos que controlaban la primera edad de la medicina".

Destaca, por su especial transcendencia, el uso del concepto jurídico-médico del consentimiento informado. En palabras del autor arriba referenciado, "En una versión extrema del modelo de autonomía, se proponía que los médicos actuaran como sirvientes, proveedores o vendedores respecto a sus pacientes, para transmitir la información médica y usar sus conocimientos clínicos según

las directrices del paciente, sin intentar influir en las decisiones del paciente y, por supuesto, sin tomar ellos esas decisiones". De algún modo, la relación pasa a ser horizontal, tomando especial relevancia la libertad y el derecho de autodeterminación del paciente.

En tercer lugar, en 1980 sucedió la llamada edad de la burocracia (o del financiador), cuando otras organizaciones, a menudo públicas, comenzaron a sufragar los gastos sanitarios. En este periodo "se empieza a contener el gasto, la eficiencia y los análisis de rentabilidad para la Sociedad". Ya no se identifica la atención como un fin en sí misma, sino que debe ponderarse con el coste de los servicios médicos. Por ello, se afirma que "los médicos se encuentran divididos entre sus lealtades, ya que deben atender a las exigencias de eficiencia y justicia social por parte de la sociedad, y de atención personal por parte de sus pacientes, exigencias a menudo antagónicas".

Como se observa, en las dos primeras etapas lo que principalmente preocupaba al médico era el bien del paciente. Sin embargo, diferían en el contenido de tal bien. En este sentido, como vimos en la edad del paternalismo, el beneficio del paciente era entendido como lo mejor para el mismo desde el punto de vista médico, pero sin contar con él. Por su parte, en la edad de la autonomía, tal extremo se encuentra vinculado con la libertad y el derecho de autodeterminación del paciente. Pues bien, en la tercera edad (de la burocracia) el bien del paciente debe contrapesarse con otros bienes, como pueden ser las necesidades de la sociedad. De esta forma, "La toma de decisiones médicas no descansa exclusivamente en médicos o pacientes. A diferencia de las dos etapas anteriores, los deseos de pacientes y médicos se someten cada vez más a los deseos de administradores y burócratas. Esta situación distorsiona la relación médico-paciente y supone su mayor reto en tres mil años de historia".

Por último, se hace referencia a la edad de la toma de decisiones compartida médico-paciente. El autor, desde su experiencia personal, señala que la confrontación entre las dos primeras teorías no describía la realidad, por lo que a principios de los años 80 construyó un modelo denominado "acuerdo entre médico y paciente", basado en la comunicación, la discusión y la negociación entre el médico y el paciente. Este modelo se centra en "el proceso mediante el cual este médico y estos pacientes, en estas circunstancias, negocian esta relación médico-paciente comprometida con la consecución de estas metas". Desde mediados de la década de 1980, el modelo dominante de relación médico-paciente en Estados Unidos ha sido el de la toma de decisiones compartida, que representa la cuarta edad de la medicina. "En la definición de esta cuarta edad de la medicina, la de la toma de decisiones compartida, se han empleado, entre otros, los siguientes términos: atención centrada en el paciente, toma de decisiones participativa,

toma de decisiones sensible a las preferencias, medicina colaborativa y modelo de autonomía avanzada".

Además, se destaca que "Los estudios empíricos han demostrado que la toma de decisiones compartida repercute en mejoras en la atención de los pacientes en cada uno de los siguientes aspectos:

- Los pacientes tienen una mayor confianza en sus médicos.

- Los pacientes cumplen mejor los tratamientos que han acordado con sus médicos.

- Los médicos y los pacientes adoptan decisiones adecuadas desde el punto de vista económico.

- Los pacientes se sienten más satisfechos con la atención recibida.

- Los pacientes presentan mejores resultados en diversas enfermedades crónicas, como hipertensión, diabetes, úlcera péptica y artritis reumatoide".

Partiendo de la premisa de que tanto el paciente como el médico deben colaborar hacia una meta común, se señala que para llegar a la misma deberá existir un acuerdo entre ambos, que deberá ser alcanzado tras una fase de comunicación, discusión y negociación.

Para finalizar, se alude a que, si bien entre 1950 y 1980, el modelo de medicina paternalista (la primera edad) compitió con el modelo de la autonomía (la segunda edad), estas tensiones se han resuelto desde la década de 1980, ante la emergencia del modelo de toma de decisiones compartida, que reconoce unas funciones legítimas tanto para el paciente como para el médico.

Sin embargo, "actualmente está surgiendo una nueva tensión entre la tercera edad de la medicina, la del financiador, y la cuarta, la de la toma de decisiones compartida. La cuestión radica en quién debe ostentar la máxima autoridad en la toma de decisiones: el médico, el paciente, el médico y el paciente, o el financiador. El problema fundamental que se presenta consiste en si los pacientes y sus médicos pueden tomar cualquier decisión o bien si esas decisiones deben someterse luego a su revisión por parte de los financiadores, que pueden o no aprobarla".

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LEY 41/2002

En España, al igual que en el ámbito internacional, la introducción de estos derechos se produjo de una forma progresiva y paralelamente a la evolución de la

relación médico-paciente[9]. En este sentido, muchos de los preceptos de nuestra legislación son fruto de exigencias internacionales. Asimismo, hay que tener en cuenta que la regulación se encuentra dispersa por dos motivos. En primer lugar, por la atribución de competencias del Estado a las comunidades autónomas, que conlleva que las diecisiete dispongan de una normativa propia (más o menos exhaustiva). Por otro lado, a pesar de que Ley 41/2002 es la referencia en este campo y contiene una reglamentación bastante completa y detallada, lo cierto es que muchas materias están excluidas de su ámbito de aplicación y existen numerosas leyes especiales (como por ejemplo las cuestiones relativas a los medicamentos o a las técnicas de reproducción humana asistida).

Si tratamos de adentrarnos en la Ley 41/2002, rápidamente se observa cómo la norma diferencia dos momentos: la información previa y el posterior consentimiento del paciente. En conjunto forman lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan como consentimiento informado que, siguiendo los términos legales, podemos definir como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud" (art. 3 párrafo 4 LAP). De este modo, partiendo de "La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad" (art. 2.1 LAP), se configura el derecho a decidir libre y voluntariamente por parte de los pacientes en todas las cuestiones que afecten (o puedan afectar) a su salud.

Como señala la Ley 41/2002, "Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios". Además, tal consentimiento "debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada" (art. 2.2 LAP). Repárese en que las obligaciones son de todos los profesionales que intervienen en el proceso curativo, sin que deban restringirse al médico principal. Tratando de resumir el contenido de la norma, podemos señalar, por tanto, que el derecho al consentimiento informado se divide en dos facultades: la información previa y el consentimiento posterior. Veamos cada una de ellas con algo más de detalle.

1. El derecho a la información.

En primer lugar, la información previa (regulada en los arts. 4 y 5 LAP) que se concreta en el "derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los

9 Sin embargo, como destaca Reynal Reillo, E.: *Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 41, "El paulatino reconocimiento de derechos que se fue realizando en el Estado español en la época preconstitucional fue más lento de lo deseable, pero, por suerte, pudo ser introductorio de las libertades que aguardaban a los ciudadanos tras la promulgación de la Carta Magna española".

supuestos exceptuados por la Ley". Igualmente, "toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada". En otro orden de cosas, esta información se proporcionará verbalmente como regla general (dejando constancia en la historia clínica) y comprenderá "como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias". Asimismo, "será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad".

En este sentido, hay que tener en cuenta que el profesional puede incurrir en responsabilidad tanto por exceso como por defecto, es decir, por informar de extremos no necesarios o por no comunicar cuestiones relevantes.

Así, la SAP Madrid 20 marzo 2013[10] señala que "La ley no dice en ningún momento que la información deba ser exhaustiva sino adecuada, de forma que hay consecuencias o riesgos conocidos sobre los que no es obligatorio informar, de manera que no siempre que una intervención cause un daño como posible y no se haya informado del mismo se deriva responsabilidad. En todo caso al paciente se le ha de informar: a) de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada y que debe abarcar la de preparación a la intervención, y b) de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir el pronóstico sobre probabilidad del resultado y de cualesquiera secuelas, riesgos y complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal con independencia de su frecuencia". Además, añade que "La información ha de ser además adecuada es decir que incluya como mínimo los riesgos que por su frecuencia y gravedad y atendidas las circunstancias personales del paciente deban considerarse significativos".

De una forma muy gráfica, la SAP Zaragoza 3 febrero 2016[11] prevé que "Como ha de resultar obvio y patente, la finalidad última de esta información es precisamente que el paciente pueda decidir libremente, hacer uso o no de los procedimientos que la técnica ofrece en cada momento. El deber de ofrecer esta información, adecuada, veraz y suficiente, corresponde al médico responsable del paciente. En este sentido, existe un cuerpo doctrinal abundante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige unos mínimos a esta información, pero que también destaca la necesidad de una información comprensible y apropiada al paciente, que no incurra en excesos que puedan resultar perjudiciales para el paciente dificultando, a la postre, una toma de decisiones. Este derecho-deber de información, que tiene como sujetos al paciente y al médico responsable de éste, tiene como fin potenciar y preservar de forma eficaz la autonomía del paciente, y que la decisión acerca de la intervención médica esté guiada por la propia voluntad del usuario, en el marco

10 *Vid.* SAP Madrid 20 marzo 2013 (EDJ 2013, 106117).

11 *Vid.* SAP Zaragoza 3 febrero 2016 (EDJ 2016, 36040).

de un proceso médico que ofrezca toda la información y alternativas disponibles. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica --no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión--, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

De igual forma, la STS 20 abril 2007[12] viene a indicar que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

Sobre la información de los riesgos vinculados a la actividad sanitaria, la jurisprudencia viene exigiendo, con carácter general, responsabilidad si no se realiza de forma adecuada. De esta forma, se deben extremar las cautelas sobre este particular y tener presente cómo debe cumplirse con este deber según el Tribunal Supremo[13].

Muy interesante resulta la reflexión de Sánchez Gómez[14] a propósito de la STS 30 junio 2009[15] sobre los riesgos típicos. Desde la postura de esta autora, muy

12 STS 20 abril 2007 (RJ 4294).

13 *Vid.* SSTS 2 julio 2002 (RJ 5514), 23 julio 2003 (RJ 5462), 15 noviembre 2006 (RJ 8059), 28 noviembre 2007 (RJ 8427), 19 julio 2007 (RJ 4692), 30 abril 2007 (RJ 2397), 23 octubre 2008 (RJ 5789), 30 junio 2009 (RJ 4323,) o 31 mayo 2011 (RJ 4000).

14 "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. La *praxis* médica", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* 2014, vol. 2, núm. 8, p. 106.

15 STS 30 junio 2009 (RJ 4323).

correcta a nuestro juicio, cuando se habla de riesgos típicos se está refiriendo a todos los previsibles, pues si nos encontramos ante un riesgo imprevisible estaríamos fuera del ámbito de la responsabilidad y "podría ser calificado de caso fortuito ex art. 1105 del Código Civil". De este modo, "Los riesgos de los que hay que informar, serán más o menos frecuentes, más o menos graves, pero siempre previsibles". Por todo ello, sería más adecuado hablar de riesgos típicos y riesgos imprevisibles en lugar de riesgos típicos y atípicos.

Además, deberá adaptarla a las necesidades del paciente, sin que su contenido deje de ser verdadero. Ello implica explicar la intervención de que se trate en un lenguaje comprensible para el usuario, pero sin emplear términos que no describan la realidad.

En este sentido, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo[16], la información debe ser "objetiva, veraz y completa", así como "puntual, correcta, leal, continuada, precisa y exhaustiva". De esta forma, debe ser suficiente para poder decidir si se somete o no a los servicios que le proponen o si decide acudir a un centro diferente, por lo que se exige que sea clara y concluyente para poder valorar las consecuencias o riesgos de la intervención.

Igualmente, hay que tener en cuenta que, en función del tipo de medicina ante el que nos encontremos (curativa[17] o satisfactiva), el profesional podrá tener mayores exigencias en el deber de información. En este sentido, al margen de la discusión sobre obligaciones de medios y de resultado[18], a pesar de que la ley no haga distinción alguna, la jurisprudencia ha establecido diferencias en la obligación

16 *Vid.* SSTS 11 abril 2013 (RJ 3384), 20 enero 2011 (RJ 299), 23 mayo 2007 (RJ 4667) o 29 mayo 2003 (RJ 3916).

17 En este sentido, la STS 26 marzo 2004 (RJ 1668) indica, de una forma muy gráfica, que la responsabilidad del profesional sanitario "está dirigida a la recuperación del enfermo, sin que se trate de una obligación de resultado" y, por tanto, "no es aplicable la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado".

18 En este sentido, *vid*. Martínez-Calcerrada, L.: *La responsabilidad civil profesional (2ª edición:) de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de los Médicos, Administradores/Consejeros de las Sociedades mercantiles y de los Abogados*, Colex, Madrid, 1999, pp. 307-308. Para Cabanillas Sánchez, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 73, la circunstancia de que la denominada cirugía reparadora no tenga un carácter puramente estético, sino también una finalidad curativa, no justifica, jurídicamente hablando, que la obligación del cirujano reparador sea de actividad, mientras que si se trata de la cirugía estética, en la que se persigue el embellecimiento del paciente, la obligación del cirujano ha de ser de resultado. En su opinión, ambas obligaciones son de actividad, justificándolo las mismas razones. Asimismo, Garzón Real. B.: "Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria", *La Ley*, 1989, núm. 1811, pp. 808-826, indica que en la medicina satisfactiva "no se garantiza la infalibilidad del resultado y habrá que atender en todo caso al cumplimiento por el cirujano de las normas de la *lex artis*. Por supuesto que si como consecuencia de una intervención estética se produce un perjuicio para la salud por mala preparación, error, impericia, etc, en el cirujano, éste responderá del resultado en la forma y medida de su imprudencia, como con carácter general cualquier otro cirujano o facultativo que practique intervenciones terapéuticas".

de informar en uno u otro tipo[19]. Así, en la medicina satisfactiva, por su especial naturaleza, se exige un aumento en el deber de informar, por lo que se debe ser más exhaustivo en la prestación de la misma en este campo. A modo de ejemplo, la SAP Madrid 20 marzo 2013 prevé que "en el ámbito de la medicina satisfactiva (como el de autos) el nivel de información exigida sea superior como regla general al que se exige en el de la medicina curativa: si no hay necesidad terapéutica sino simplemente conveniencia estética o funcional, la decisión de someterse a determinada intervención suele razonablemente comportar una confianza en que los riesgos son mínimos con relación a las ventajas, y por ello el paciente debe ser muy cuidadosamente informado de cu[á]les son los riesgos los que necesariamente se expone".

Por su parte, la STS 30 noviembre 2021[20] resuelve un caso en el que se llevó a cabo operación de cirugía estética (aumento de mamas) mediante la implantación de dos prótesis que tuvieron ser sustituidas por deficiencias de fabricación que generó una ptosis grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha. El Tribunal Supremo señala que en la medicina satisfactiva se debe exigir un mayor rigor en la formación del consentimiento informado. Sin embargo, la materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia, pues estamos ante una obligación de medios. Por lo tanto, absuelve a la clínica que había recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante.

Por otro lado, la STS 26 septiembre 2000[21], indica que "la información médica debe encuadrarse en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada a la buena fe que ha de presidir las relaciones contractuales, por estar inscrita en el pacto médico-enfermo, y ello exige la previa información, que es iniciativa exclusiva del médico, como requisito previo para que el enfermo pueda emitir un consentimiento".

Como no podía ser de otra forma, la ley prevé que el titular del derecho a la información es el paciente, a pesar de que sean también informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Sin embargo, el artículo 5 LAP (apartados 2 y 3) recoge una serie de supuestos en los que no es necesario que el enfermo consienta expresa o tácitamente la comunicación a estas personas allegadas. En este sentido, el legislador entiende que es lo más adecuado debido a que es posible que el paciente no comprenda el alcance real de la situación por las especiales

19 En este sentido, *vid.* SSTS 23 mayo 2007 (RJ 4667) o 23 octubre 2008 (RJ 5789).

20 STS 30 noviembre 2021 (*Tol 8674791*).

21 STS 26 septiembre 2000 (RJ 8126).

circunstancias en las que se encuentra (por tratarse de una persona discapacidad o encontrarse en una situación de incapacidad natural).

Sea como fuere, este tratamiento de las personas con discapacidad no parece respetuoso con las exigencias de respeto a su dignidad. Así, como es sabido, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que introdujo un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico español. A este respecto, supuso la atribución de capacidad jurídica a todas las personas mayores de edad y suprimió la incapacitación judicial.

A partir de dicho momento, España adaptó su legislación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y estableció un marco respetuoso con los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, si nos aproximamos al ámbito sanitario, no parece que la conclusión sea similar. Muy al contrario, la mencionada Ley 8/2021, a diferencia de lo que realizó con otras normas, no reformó la Ley 41/2002.

También plantea una enjundia particular el apartado 4 del citado artículo 5 LAP, encargado de los casos de "necesidad terapéutica". En tales supuestos, se habilita al profesional a actuar sin informar al enfermo "cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave". Sin embargo, por cuestiones de espacio y concreción no va a ser analizado en este momento. Baste con señalar que con el mismo puede estar encubriéndose, además de una limitación de la facultad de información, el posterior consentimiento, ya que a pesar de que el paciente ejercitara este último derecho no estaríamos ante una decisión libre y voluntaria por no contar con el conocimiento suficiente.

A modo de reflexión final podemos señalar que el contenido de la información supone, en definitiva, un "juego" de probabilidad o de estadística, esto es, se tendrá que informar sobre aquellos extremos –riesgos, contraindicaciones, consecuencias, etc.– que la propia experiencia médica exija. En este sentido, destaca Sancho Gargallo[22] que la "información se suministra en términos de probabilidad, pues no puede existir una certeza absoluta acerca de las consecuencias derivadas de cada de una de las posibles opciones, y en un grado que pueda ser asumido por el paciente".

22 "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2004, núm. 2, p. 10.

Para conocer cuáles son los mismos habrá de acudirse a fuentes sanitarias –libros, protocolos de actuación[23], circulares, declaraciones de la OMC, etc.–. Además, como la propia práctica ha mostrado, se suele prestar la información y recabar el consentimiento a través de un formulario o documento tipo que viene a recoger, en líneas generales, las indicaciones que los anteriores documentos señalan.

2. El consentimiento posterior.

Como vimos anteriormente, la Ley 41/2002 reconoce en su artículo 2.3 que "El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles", pudiendo negarse, por tanto, al tratamiento prescrito por el profesional. En este sentido, como destaca el apartado 6 del mismo artículo, "Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente".

No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque hablemos de las facultades (a la información y al consentimiento) de forma separada, en la práctica se encuentran íntimamente vinculadas. Por ello, no deben pensarse en incumplimientos de cada una de ellas como compartimentos estancos, pues siempre que nos encontremos ante una inadecuada información (ya sea por no haberse prestado, ya sea por ser incompleta o excesiva) estaremos ante una ausencia de consentimiento. Esto último se debe a que, por más que se haya ejercitado el derecho formalmente, no puede reputarse como una decisión libre y voluntaria por cuanto no disponía de los conocimientos suficientes para llevarla a cabo.

Al margen de lo anterior, el desarrollo de esta facultad la encontramos en los artículos 8 y 9 LAP, que contienen, además, ciertas limitaciones. Así, destaca el artículo 8.1 LAP, en la línea de lo que veíamos anteriormente, que "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso". Además, el paciente podrá revocar dicho consentimiento en cualquier momento (art. 8.5 LAP).

En cuanto a la forma en el que debe emitirse la decisión del paciente, si bien la ley opta por establecer que será verbal con carácter general, más tarde excepciona

23 A modo de ejemplo, *vid.* el Protocolo de Consentimiento Informado del Paciente de la Clínica Mayor, que se encuentra disponible en: http://www.clinicamayor.net/protocolos/filesprotocolos/DP%202.1-20160204-172249.pdf (fecha de última consulta 06.05.2018).

una serie de supuestos en los que debe prestarse por escrito que, en la práctica, se corresponden con la gran generalidad de los casos médicos.

Así, por ejemplo, en la STS 4 febrero 2021[24] se plantea una intervención en unas hernias lumbares que produjo posteriormente un seroma en la herida (infección por el estafilococo Aureus). Como consecuencia de ello, se realiza una segunda cirugía reparadora de la herida quirúrgica y extracción de material de osteosíntesis, procediendo a la limpieza de la herida quirúrgica. No obstante, por el empeoramiento del paciente, se lleva a cabo una tercera intervención quirúrgica con reapertura de la herida, exéresis del tejido cicatricial (granuloma) y limpieza de seroma y herida.

Se plantea el Tribunal Supremo, por tanto, si puede catalogarse como incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado por escrito la omisión en la documentación que a dichos efectos se entrega al paciente, que va a ser intervenido quirúrgicamente, del posible riesgo de una infección hospitalaria, y que producida dicha infección debe considerarse una infracción de la *lex artis*.

A este respecto, y a pesar de la infección hospitalaria suele ser un riesgo frecuente (y, en ocasiones, inevitable), considera la Sentencia que "tratándose de un riesgo o complicación previsible y de considerable relevancia para el resultado de la intervención, no puede privarse al paciente de la adecuada información al respecto, que le permita decidir fundadamente sobre la prestación de su consentimiento, en el ejercicio del derecho a la autonomía del paciente".

Considera, en definitiva y a diferencia de la STJS Comunitat Valenciana, que se ha producido una lesión del derecho al consentimiento informado que supone una infracción de la *lex artis* y, en consecuencia, debe ser indemnizada.

Por otro lado, el artículo 9.2 LAP prevé una serie de situaciones en las que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables (en favor de la salud del paciente) sin contar con su consentimiento. Nos referimos a aquellos casos en los que existe riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. Asimismo, el apartado 3 del citado artículo recoge unos supuestos en los que el consentimiento se presta "por representación", es decir, que es una tercera persona (vinculada al paciente) la que autoriza, en su caso, una intervención concreta. Sin adentrarnos en la regulación concreta, baste con señalar que tal escenario se produce cuando "el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación", cuando "el paciente tenga la capacidad

24 STS 4 febrero 2021 (*Tol 8313776*).

modificada judicialmente y así conste en la sentencia" o cuando "el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención". En todo caso, con respecto a las personas con discapacidad, tráiganse a colación las premisas señaladas anteriormente.

No obstante, hay que tener en cuenta que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo un tercero, "la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente". Cuando "Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad".

En otro orden de cosas, no podemos obviar que en la práctica se emplean formularios tanto para informar a los pacientes (obviando, en muchos casos, las indicaciones legales sobre el carácter verbal de la misma) como para obtener su consentimiento. Este hecho ha provocado que, como pone de manifiesto Pérez-Rubio[25], "Han sido abundantes las reclamaciones que se han producido en relación con el contenido de los impresos generales o formularios que debe firmar el paciente para prestar su consentimiento a la intervención que se le fuera a practicar, pues en muchos casos, tales formularios, no facilitan al paciente información, bien porque ésta es excesivamente escueta o bien por lo contrario, porque por ser excesivamente detallada y completa transmite tanta información que resulta ser abrumadora para el paciente y le dificulta asumirla apropiadamente". Como continúa señalando esta autora, este documento, únicamente puede ser tenido en cuenta como "indicio de que se obtuvo el conocimiento, pero no implica directamente la existencia de información y del consentimiento informado".

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo[26] resulta muy clarificadora sobre el valor de estos documentos, en la que se viene a indicar que los mismos son "ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos

25 Blanco Pérez-Rubio, L.: "El consentimiento informado como elemento esencial de la "*lex artis*", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* 2014, vol. 2, núm. 2, p. 114.

26 *Vid.* SSTS 29 mayo 2003 (RJ 3916) o 11 abril 2013 (RJ 3384). Como señala la primera de estas sentencias, "El consentimiento prestado mediante documentos impresos, sin que conste rasgo informativo adecuado, no comporta debida y correcta información".

del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas".

IV. EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE SANIDAD EN ESPAÑA Y LA LEY 10/2014, DE 29 DE DICIEMBRE, DE LA COMUNITAT VALENCIANA.

1. Breve referencia al reparto competencial en materia de sanidad.

Con la entrada en vigor de la Constitución Española, el territorio nacional quedó organizado territorialmente, como destaca su artículo 137, en municipios, en provincias y en comunidades autónomas. Además, atribuye a todas estas entidades autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. De esta suerte, existe una descentralización y un reparto competencial, por lo que para resolver los conflictos entre Estado y comunidades autónomas hemos de acudir a los artículos 148 y 149 CE.

En particular, la materia referida a la sanidad está compartida por ambos entes. A este respecto, al Estado corresponde, en exclusiva, regular "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes[27]", así como las bases y la coordinación general de la sanidad[28] (art. 149.1 reglas 1ª y 16ª). En igual sentido, el

27 En este sentido, a pesar de que se produjo en el ámbito del urbanismo, conviene traer a colación las reflexiones de la STC de 20 de marzo de 1997 (Sentencia núm. 61/1997 de 20 marzo, EDJ 1997/860, Recursos de Inconstitucionalidad 2.477/1990, 2.479/1990, 2.481/1990, 2.486/1990, 2.487/1990 y 2.488/1990 (acumulados). Así, destaca que "La función que al Estado encomienda el art. 149.1.1 C.E. ha de desarrollarse sin desconocer el régimen competencial diseñado en el resto del precepto y en los Estatutos de Autonomía y sin que el Estado pueda asumir funciones que, más que garantizar condiciones básicas de igualdad, ampararían la infracción del orden constitucional de competencias".

28 Desde esta perspectiva, al margen de los citados productos farmacéuticos y la sanidad exterior, es competencia del Estado determinar las "bases" de la sanidad, esto es, el establecimiento de unas normas que fijen las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de condiciones en el funcionamiento de los servicios públicos. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, "No es necesario reiterar aquí la doctrina de este Tribunal sobre la noción material de "bases", pero sí es pertinente añadir que, como ya dijimos en el fundamento primero de la sentencia de 28 de enero de 1982, lo que la Constitución persigue es conferir a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una materia determinada (como sucede aquí con la sanidad interior, artículo 149.1.16 de la CE) "es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación", porque con ellas se proporciona el sistema normativo, en este caso el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias".
Por lo que se refiere a la "coordinación" de la sanidad, debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, indica que "La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema". Asimismo, continúa señalando que "la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario". Posteriormente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contempló el Consejo

artículo 149.1 regla 21ª CE incluye, entre las competencias que pueden asumir las comunidades[29], la relativa a la sanidad e higiene.

De esta perspectiva, tal y como se deduce tanto de la propia denominación de la Ley 41/2002 como de su Disposición adicional primera, esta norma tiene la condición de básica. A partir de estas premisas, las comunidades autónomas han de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la norma nacional. En definitiva, deben desarrollar, completar y concretar aquellos aspectos que precisen de una regulación ulterior. Por supuesto, siempre dentro del marco habilitado por la Ley 41/2002 y sin contradecirla.

Coherentemente con esta exposición, el legislador otorga el carácter de ley básica (marco) a la Ley 41/2002, que se aplicará con carácter preferente y de modo subsidiario a la ley autonómica. Por tanto, la regulación de las comunidades deberá respetar los mandatos de esta ley y, además, todo lo no previsto expresamente por estas se deberá suplir con lo que señale la ley estatal. Como es sabido, las leyes básicas o leyes marco[30] se recogen para materias de competencia exclusiva estatal, para que, sobre las mismas, las comunidades autónomas puedan desarrollar tal regulación. Así, el artículo 150.1 CE indica que "Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas".

2. El consentimiento informado en la Comunitat Valenciana.

Antes de aproximarnos al contenido de la ley, conviene comenzar por analizar brevemente el Estatuto de Autonomía de la comunidad[31] para ver si tiene atribuida la competencia en esta materia. Lo primero que llama la atención es que no se contemple entre las materias incluidas en el artículo 50 del mismo dedicado al desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado.

De hecho, la referencia al Estatuto en la Ley 10/2014 (que analizaremos a continuación) se hace a los artículos 49.1.11.ª (dedicado a las competencias

Interterritorial con este mismo carácter de órgano de coordinación, atribuyéndole una nueva composición y funciones. *Vid.* STC 32/1983, de 28 de abril (RTC 32).

29 Para más información, *vid.* Sanz Larruga, F.J.: "Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y corporaciones locales en materia sanitaria", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, pp. 105-134.

30 De alguna forma, son un tipo de ley de bases, con la diferencia de que, en vez de legitimar al gobierno, facultan a las comúnidades autónomas.

31 Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

exclusivas de la Comunitat Valenciana) y 54 del Estatuto. En el apartado 6º de este último artículo se señala que "La Generalitat garantizará los derechos de los ciudadanos a conocer los tratamientos médicos a los que serán sometidos, sus posibles consecuencias y riesgos, y a dar su aprobación a aquellos de manera previa a su aplicación". Por lo tanto, se podría entrar en la constitucionalidad o no de los preceptos del Estatuto, cuestión que no es cometido de este estudio.

Vamos a analizar ahora la configuración del consentimiento informado en la Ley 10/2014, de Salud de la Comunitat Valenciana[32]. Sin embargo, únicamente vamos a incidir en aquellos aspectos especialmente relevantes y en las materias que se regulan de forma diferente o complementaria a la ley estatal. La primera cuestión que debemos tener presente es de orden terminológico, pues tras la entrada en vigor de la Ley 8/2018, de 20 de abril, de la Generalitat, de modificación de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana se sustituyen algunos de los términos empleados por la normativa.

En este sentido, en lugar de "profesionales sanitarios" debemos referirnos al "personal sanitario", en vez de "pacientes" a "pacientes y personas usuarias" y, por último, ya no se alude a "los menores" sino a "las personas menores de edad". Quizás, las dos primeras previsiones tienen algo más de enjundia y no aparecen con un mero carácter formal, ya que, de alguna manera, amplían el campo de los sujetos obligados –pues el concepto de profesional podía inducir a error al entender solamente incluidos los médicos y no el resto de personal– y de los titulares del derecho –ya no sólo restringido a los pacientes sino también a los usuarios–.

Por otro lado, la norma autonómica se ocupa de las disquisiciones relacionadas con los derechos y deberes en el ámbito de la salud en su Título V. Dentro del Capítulo I de dicho Título, la Sección 1ª (artículos 40 a 51) se encarga de los derechos de los usuarios y pacientes. Su artículo 40, de una forma muy similar a la Ley 41/2002, trata de proteger el respeto de la autonomía de los pacientes, su intimidad y su dignidad, a lo que añade la igualdad efectiva. Por su parte, la regulación de la intimidad en el artículo 41 de la ley valenciana[33] coincide, a grandes rasgos, con el artículo 7 LAP.

32 Hay que tener en cuenta que esta norma fue modificada, posteriormente, por la Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, por el Decreto-ley 11/2021, de 9 de julio, del Consell por el que se modifica el Decreto-ley 11/2020, de 24 de julio, del Consell, de régimen sancionador específico contra los incumplimientos de las disposiciones reguladoras de les medidas de prevención ante la Covid-19, por la Ley 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022 y por la Ley 8/2022, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

33 No obstante, es relevante hacer referencia al apartado tercero del artículo 41 introducido por la Ley 8/2018 que prevé que "Todo paciente tiene derecho a saber que hay presentes alumnos en formación en su procedimiento asistencial. Con carácter previo al inicio del acto asistencial el paciente o su representante serán informados sobre la presencia de estudiantes y les será requerido el consentimiento verbal. El

En cuanto al derecho a la información, la norma valenciana diferencia (en su artículo 42), como lo hace la ley estatal, entre tres tipos de información: la sanitaria, la asistencial y la relativa a la salud pública. La primera de ellas coincide con el artículo 12 LAP sobre la información en el Sistema Nacional de Salud, pero referido al Sistema Valenciano de Salud. No es necesaria mayor incidencia en esta cuestión. Dejamos para más tarde, por ser la más relevante, la información asistencial, pasando ahora a analizar la referida a la salud pública. La misma se corresponde con el derecho a la información epidemiológica recogido en el artículo 6 LAP. Según el apartado tercero del citado artículo 42 de la ley autonómica (en su versión ofrecida tras la modificación por la Ley 8/2018) se concreta en el "derecho a recibir información suficiente y adecuada sobre las situaciones y causas de riesgo que existan para su salud a través del sistema de información en salud pública de la Comunitat Valenciana, incluidos los problemas de salud de la colectividad que impliquen un riesgo para su salud individual".

En tercer lugar, nos vamos a referir a la información asistencial (ubicada, en la norma estatal, en los artículos 4 y 5). De nuevo, son muchas las similitudes entre ambas leyes, por lo que solo nos centraremos en aquellos aspectos diferenciales. Lo primero que llama la atención es que no se refiera nada sobre el carácter escrito de la información, esto es, si debe ser escrita o verbal. En otro orden de cosas, contempla una excepción al derecho a no ser informado, que se encuentra de forma expresa en el artículo 9.1 de la Ley 41/2002.

Además –esto no se prevé en la ley nacional–, se incorpora la posibilidad de designar, documentalmente, a un representante para que reciba la información en su lugar –que no tiene que ser un familiar necesariamente– y de revocar al mismo (entendemos que, también de forma documental). También incluye otra novedad con respecto a la Ley 41/2002 como es la referida a la regulación del derecho a la información de los menores[34]. En este sentido, señala que los menores emancipados y mayores de dieciséis años son los titulares únicos del derecho a la información, sin que deba extenderse a nadie más. El resto de menores serán informados en función de su madurez, reproduciendo lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los mayores de doce años.

consentimiento podrá otorgarse por representación, mediante aquellas personas vinculadas al paciente por razones familiares, o de hecho o por sus representantes legales". Este precepto debe interpretarse en consonancia con las excepciones previstas al derecho de consentimiento informado, esto es, que solamente debe acudirse a la representación en aquellos casos expresamente previstos –sin que pueda aplicarse dicho consentimiento por representación de forma general–.

34 Puede consultarse un estudio exhaustivo de la regulación de las intervenciones sobre pacientes menores en el ámbito de la Comunitat Valenciana en Cano Hurtado, M.J.: "Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el derecho estatal y en el derecho valenciano", en AA.VV.: *La protección del menor* (coord. por A. Vallés Copeiro del Villar), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 87-130.

Por tanto, si se trata de menores de esta edad, se debe informar tanto al propio menor, como a los padres o tutores. A modo de resumen:

- Hasta los 12 años, se informarán a los padres o tutores y, a los menores, en atención a su madurez. Entendemos, pues, que cuando carezca de madurez por completo no deberá informarse al menor.

- Mayores de 12 años hasta su emancipación o hasta tener más de 16 años. Según la ley valenciana, deberán ser informados en todo caso los menores de forma conjunta con los padres o tutores.

- Emancipados y mayores de 16 años. Serán los únicos informados con independencia de su madurez.

Sin embargo, como vimos, los menores debían incardinarse en el apartado 3 del artículo 5 LAP. Según el mismo, el criterio a tener en cuenta, tanto para mayores como para menores de edad, era el de la capacidad para entender. De esta forma, los menores eran los titulares del derecho a la información (máxime en caso de emancipados) y únicamente podía extenderse la información si el menor carecía de capacidad para entender la misma a causa de su estado físico o psíquico, comunicándose, en su caso, a su representante legal.

Creemos más acorde esta interpretación con la propia evolución de la legislación en el ámbito de los menores de edad, ya que se les reconoce unas facultades equivalentes a las previstas para los mayores en circunstancias normales. Por otra parte, esta visión no es tan excesiva como lo que recoge la ley autonómica, que puede llegar al absurdo de que en ciertos casos en los que un mayor de 16 años sin capacidad deba ser informado y uno mayor de dieciocho años en las mismas circunstancias no deba serlo. Sin embargo, nada se indica expresamente en la Ley 41/2002 acerca de este particular, por lo que las comunidades autónomas pueden, en principio, señalar lo que estimen conveniente.

Igualmente, también hace extensivo, tal y como hace la norma nacional, el deber de informar a todo el personal que intervengan en la prestación sanitaria, si bien, únicamente la que se "derive específicamente de sus actuaciones". En último lugar, debemos hacer referencia al derecho de los pacientes "a conocer su situación en lista de espera y el funcionamiento de la misma", previsto en el apartado cuarto del artículo 42 de la norma valenciana tras la modificación operada por la Ley 8/2018.

Pasamos ahora al consentimiento, que se recoge en el artículo 43 de la misma norma (que se corresponde con los artículos 8 y 9 LAP). Los dos primeros apartados coinciden, casi textualmente, con los previstos en la norma estatal.

Sin embargo, no se hace referencia a la posibilidad de incorporación de anejos y otros datos de carácter general y a la información sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos. Por su parte, el apartado tercero, tras la última modificación señala que "El consentimiento deberá recabarse por el profesional sanitario responsable de la intervención quirúrgica, diagnóstica o terapéutica. La persona afectada podrá libremente retirar por escrito su consentimiento en cualquier momento". Por lo tanto, ya no se hace referencia al "médico responsable" sino al "profesional sanitario responsable".

Por otro lado, los supuestos que se recogen de consentimiento por representación también son similares a los expuestos en la Ley 41/2002, limitándose la ley a señalar las personas que deben entenderse por representantes, en cada caso. De este modo, cuando el médico entienda que el paciente no es capaz de tomar decisiones o debido a su estado –físico o psíquico– no pueda hacerse cargo de la situación será, en primer lugar, la persona que hubiera designado, en su caso, el paciente o bien por escrito, o bien de forma indubitada. En defecto del mismo será su representante legal y en ausencia de este se deberá atender al orden de prelación que recoge la ley. En primer lugar, sitúa al cónyuge no separado legalmente o el miembro de la unión de hecho. Si no existiese, corresponde al familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, al de mayor edad.

Cuando el paciente haya sido declarado persona con la capacidad judicialmente modificada, indica que el derecho corresponde a su representante legal, que deberá acreditar de forma clara e inequívoca su condición, en virtud de la correspondiente sentencia de modificación de capacidad. No parece, por lo demás, un régimen respetuoso con la Ley 8/2021.

Por último, cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor. En todo caso, deberá de escucharse al menor si tiene doce años. Cuando se trate de menores de edad con dieciséis años y sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres y los representantes legales serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Además, la ley autonómica contempla el caso de que los progenitores se encuentren separados o divorciados y, en virtud de sentencia judicial o auto de medidas provisionales, la patria potestad corresponda a ambos. En este caso, el consentimiento informado deberá prestarse conjuntamente. No obstante, en los casos de urgencia vital o decisiones diarias poco trascendentes o rutinarias en la vida del menor, bastará con el consentimiento del que esté presente. Cuando falte

consenso entre ambos progenitores, y siempre que se ponga en riesgo la salud del menor, se pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Por otro lado, se regula expresamente uno de los problemas que anteriormente se expusieron como es el conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con capacidad natural de juicio y de discernimiento, y la de sus padres o representantes legales. En este sentido, señala la norma regional que "el médico se acogerá a lo dispuesto en la legislación civil en la materia", sin más especificación. Consideramos que en este caso debería de atenderse, salvo situaciones graves, a la voluntad del menor. Asimismo, prevé la ley que "cuando las decisiones, acciones u omisiones de los padres o representantes legales puedan presumirse contrarias a los intereses del menor o de la persona con la capacidad judicialmente modificada, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil".

En lo referido a la interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de reproducción asistida, remite a su normativa específica de aplicación. A este respecto, téngase en cuenta que se aprobó la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Además, se emitió la STC 44/2023, de 9 de mayo[35], que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la mencionada Ley Orgánica 2/2010, reconoce un derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, afirmando que esta decisión se encuentra amparada en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Para acabar con el consentimiento, resta hacer dos puntualizaciones más. Por un lado, la referida a la exención de recabar dicho consentimiento, en la que se remite a la legislación básica estatal (la Ley 41/2002) y añade "aquellas situaciones en que no fuera posible el consentimiento por representación o sustitución por no existir representante legal o personas vinculadas al paciente o bien porque estos se negasen injustificadamente a prestarlo, de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia de ello por escrito. Una vez superadas dichas circunstancias se procederá a informar al paciente". Sin embargo, este supuesto puede subsumirse en el apartado b) del artículo 9 LAP, por lo que, en realidad, no añade nada novedoso.

Más relevancia tiene la última referencia que hace la ley. Quizá este apartado es el de mayores implicaciones prácticas de toda la regulación de la Comunidad. Como destaca en el artículo 43.9 de la norma valenciana, la información se deberá

35 STC 44/2023, de 9 de mayo (*Tol 9582039*).

facilitar con la suficiente antelación al consentimiento, debiendo, en todo caso, realizarse al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, salvo que se trate de actividades urgentes.

Esta previsión puede parecer, quizá, algo excesiva si atendemos al funcionamiento normal de los servicios sanitarios. Además, puede que no se entienda su fundamento, pues, por sí misma, no asegura que el paciente quede mejor informado, ni que consienta correctamente por ello. No obstante, si se trata de ahondar y comprender el sentido de la misma, se observa que está referida a que el paciente pueda asimilar las implicaciones de la intervención y que, por tanto, consienta de una forma voluntaria. En este sentido, de esta forma, aunque no se asegure que la información sea correcta, ni que se vaya a prestar el consentimiento de forma adecuada, sí es un criterio muy beneficioso para potenciar que, en la práctica, los pacientes puedan comprender la magnitud de la intervención y que puedan asimilar la misma. De esta forma, se evitan las prácticas –más habituales de lo que deberían– de firmar el documento el mismo día que se va a producir la asistencia médica o, incluso, en algunos casos, unas horas –o minutos– previos a la misma.

Además, debe tenerse en cuenta que la ley excluye los casos de urgencia, en los que se podrá informar en un plazo inferior al previsto. Por último, se añade que "En ningún caso se dará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico".

El resto de articulado referido a los derechos viene a coincidir, en esencia, con la norma estatal. Así, el derecho a la libre elección de médico y centro (artículo 44 de la norma valenciana) se corresponde con el artículo 13 LAP, el derecho a la historia clínica y su acceso (artículo 46 de la citada disposición regional) con los artículos 14 a 19 LAP y el derecho al informe de alta y otra documentación clínica (artículo 47 de la norma sectorial) con los artículos 20 a 23 LAP.

Añade la ley valenciana tres derechos más a los pacientes: el derecho a formular sugerencias y quejas, el derecho a segunda opinión y el derecho a una atención personalizada. Estos dos últimos tienen una importancia significativa. El primero de ellos permite tener la facultad de solicitar "una segunda opinión cuando las circunstancias de la enfermedad le exijan tomar una decisión difícil" –aunque se limita su eficacia a su desarrollo reglamentario, lo que pasa de ser un derecho legal a un derecho cuyo contenido y contornos dependen de una norma reglamentaria–. El segundo incorpora, por un lado, la referencia a la información en las lenguas oficiales y la atención a las necesidades de los extranjeros y, por otro, que "se establecerán los mecanismos y alternativas técnicas oportunas para hacer accesible la información a las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial".

Por último, se contempla "el derecho a obtener una habitación individual para garantizar la mejora del servicio y el derecho a la intimidad y confidencialidad del paciente". Para finalizar, el artículo hace alusión a que "La Generalitat adoptará las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los centros hospitalarios", por ejemplo, para dar la extremaunción.

A lo anterior debemos añadir los dos derechos incluidos por la Ley 8/2018 en los artículos 50 *bis* y 50 *ter*. El primero se encarga de los derechos de acompañamiento, indicando que "Todo paciente o persona usuaria tiene derecho a estar acompañado o acompañada, por lo menos, por una persona que mantenga vínculos familiares o de hecho con el o la paciente o una persona de su confianza, durante todo el proceso asistencial, también en las ambulancias, UVI móviles y resto de centros, establecimientos, instalaciones o lugares en los que se presten servicios sanitarios.

En todo caso, estos derechos podrán ser ejercidos siempre que las circunstancias lo permitan y no haya contraindicaciones médicas".

Por su parte, el artículo 50 *ter* se ocupa de la donación y trasplantes y prevé que "El sistema valenciano de salud promoverá las actuaciones necesarias para fomentar la donación voluntaria y gratuita de sangre, órganos, tejidos y células progenitoras hematopoyéticas de sangre periférica, cordón umbilical o médula ósea de eficacia científica demostrada. Asimismo, destaca su apartado segundo que "El derecho a recibir un trasplante de órganos, tejidos, células y transfusión de componentes sanguíneos se ejercerá de conformidad con la legislación vigente en la materia".

Para acabar con este apartado relativo a los derechos, resta hacer referencia al artículo 51 que contempla la creación de órganos especializados que velen por el correcto cumplimiento de los derechos en los centros sanitarios y que asesoren ante situaciones de conflicto ético, de manera que quede en todo momento protegida la dignidad de la persona en el ámbito de la salud. Consideramos muy favorable la creación de este tipo de órganos, ya que pueden ser decisivos para determinadas situaciones conflictivas que se dan, por desgracia, cotidianamente.

No se van a analizar el resto de cuestiones que se recogen en esta ley por la escasa incidencia en el tema objeto de análisis, si bien ello no es óbice para que en un completo estudio del régimen de responsabilidad sanitaria se entrase en cada una de ellas y se estudiase con detenimiento. Tampoco nos adentraremos en otras normas como la Ley 3/2003, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Ordenación Sanitaria de la Comunitat Valenciana, por idénticos motivos.

BIBLIOGRAFÍA

Agón López, J.G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica,* La Ley, Madrid, 2017.

Blanco Pérez-Rubio, L.: "El consentimiento informado como elemento esencial de la "*lex artis*", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* 2014, vol. 2, núm. 2, pp. 89-122.

Cabanillas Sánchez, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.

Cano Hurtado, M.J.: "Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el derecho estatal y en el derecho valenciano", en AA.VV.: *La protección del menor* (coord. por A. Vallés Copeiro del Villar), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 87-130.

Correa Díaz, A.M. y Valencia Arias, A.: "Responsabilidad social y ética médico-sanitaria", *Ratio Juris,* 2016, vol. 11, núm. 22, pp. 73-90.

Díaz Martínez, A.: "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral: Comentario a la STC 37/2011 de 28 de marzo (RTC 2011,37)" *Revista: Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 2011, vol. 1, núm. 5, pp. 25-35.

Fernández Piedralba, E., García Esteban, N. y Cabo Pérez, P.: "La bioética en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derecho y salud*, 2016, vol. 26, núm. extra 1, pp. 203-212.

Garzón Real. B.: "Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria", *La Ley,* 1989, núm. 1811, pp. 808-826.

Gozzo, D.: "Novas tecnologias e a responsabilidade na reprodução humana artificial", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, 2019, núm. 4, vol. 1, pp. 169-178.

Lizón Giner, J.: "Información al paciente y consentimiento informado" en *Aspectos Legales en Oncología Médica* (edit. J. Montalar Salcedo), Madrid, Nova Sidonia Oncología, 2000, pp. 43 y ss.

Martínez-Calcerrada, L.: *La responsabilidad civil profesional (2ª edición:) de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de los*

Médicos, Administradores/Consejeros de las Sociedades mercantiles y de los Abogados, Colex, Madrid, 1999.

Moure González, E.: "El fundamento ético de la responsabilidad sanitaria", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, disponible en: http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina04.pdf (fecha de última consulta 21.07.2023).

- *Repensando la responsabilidad sanitaria. Soluciones jurídicas a los conflictos en sanidad*, Atelier, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 29-52.

Reynal Reillo, E.: *Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario*, Aranzadi, Navarra, 2017.

Sánchez Gómez, A.: "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* 2014, vol. 2, núm. 8, pp. 99 y ss.

Sancho Gargallo, I.: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2004, núm. 2, pp. 1-24.

Sanz Larruga, F.J.: "Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y corporaciones locales en materia sanitaria", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, pp. 105-134.

Siegler, M.: "Las tres edades de la medicina y la relación médico-paciente", *Cuadernos de la Fundació* Víctor *Grífols i Lucas*, 2011, núm. 26, pp. 12 y ss.

Venturi, E. y Pascoaloto Venturi, T.G.: "Uniformização, coletivização e estruturação processual da tutela da saúde sob o enfoque da análise econômica do direito", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, 2019, núm. 4, vol. 1, pp. 211-226.

LA LOI 19/2022 ESPAGNOLE, AU-DELÀ DE LA PERSONNIFICATION DE LA "MAR MENOR" (RÉGION DE MURCIE, ESPAGNE). UNE OUVERTURE VERS UNE ACTION POPULAIRE ET UNE RESPONSABILITÉ CIVILE ENVIRONNEMENTALE?*

THE SPANISH LAW 19/2022, BEYOND THE PERSONIFICATION OF THE "MAR MENOR" (REGION OF MURCIA, SPAIN). AN OPENING TOWARDS POPULAR ACTION AND ENVIRONMENTAL CIVIL RESPONSIBILITY?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1370-1391

* Cet article est le résultat d'un séjour de recherche effectué au centre SAGE, UMR CNRS-7363, de l'Université de Strasbourg (France), après discussion avec le professeur d'Université Marie-Pierre Camproux Duffrène. Et grâce au financement obtenu du programme 5 "Promotion de la recherche et de la technologie", son programme "Atracció del Talent", de l'Université de Valence (2023).

David AVIÑÓ BELENGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Le grand défi qu'a aujourd'hui le droit de l'environnement est de parvenir à une protection efficace de la nature, comme dans le cas de la lagune de la "Mar Menor", qui a subi une série de pressions environnementales. La loi espagnole 19/2022, du 30 septembre, par la reconnaissance de la personnalité juridique de la lagune de la "Mar Menor" et de son bassin, la reconnaît comme sujet de droits et accorde une action populaire pour la défendre, donnant ainsi une large portée au droit à un environnement adéquat et l'accès à la justice, soit dans le cadre de procédures pénales, administratives ou civiles. Au-delà des lacunes détectées dans la loi, celle-ci ouvre peut-être les portes à un changement de paradigme et représente une opportunité pour la responsabilité civile environnementale?

PALABRAS CLAVE: "Mar Menor"; Justice écologique; action populaire; droit de l'environnement; personnification juridique; responsabilité civile; préjudice écologique.

ABSTRACT: *The great challenge facing environmental law today is to achieve effective protection of nature, as is the case with the "Mar Menor" lagoon, which are suffered a series of environmental pressures . The Spanish Law 19/2022, of 30 September, for the recognition of the legal personality of the "Mar Menor" lagoon and its basin, recognizes it as a subject of rights and grants popular action to defend it, thus giving broad scope to the right to an adequate environment and access to justice, whether in the context of criminal, administrative or civil proceedings. Beyond any gaps detected in the law, perhaps we are on the verge of a paradigm shift? And it represents an opportunity for environmental civil responsibility?*

KEY WORDS: *"Mar Menor", ecological Justice, popular action, environmental law, legal personification, civil liability for ecological damage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. FONDEMENT DES DROITS DE LA NATURE.- III. ASPECTS SUBSTANTIELS DE LA LOI 19/2022.- 1. Attribution de la personnalité juridique.- 2. La reconnaissance de droits et de représentation.- 3. Organes représentatifs et de gouvernance.- 4. Comportement illegal et reponse du systeme judiciaire.- 5. Le droit d'agir en justice. Un nouveau cas d'action populaire.- IV. LA POSSIBILITÉ D'UNE ACTION POPULAIRE EN RESPONSABILITÉ CIVILE ENVIRONNEMENTALE EST-ELLE OUVERTE? 1. Vers responsabilité civile par préjudice ecologique.- 2. L'introduction de l'action populaire dans le domaine civil.- V. AUX PORTES D'UN CHANGEMENT DE PARADIGME?

I. INTRODUCTION.

La "Mar Menor" est une lagune salée côtière située sur les rives de la Méditerranée (région de Murcie) d'une extension considérable (135 km^2, la plus grande d'Espagne et l'une des plus grandes d'Europe), avec une profondeur moyenne entre quatre et sept mètres. Elle est séparé de la mer Méditerranée par une barrière sablonneuse avec des affleurements rocheux d'origine volcanique de 22 kilomètres de long et entre 100 et 1 500 mètres de large (appelée "La Manga"). Ses valeurs écologiques uniques[1] ont conduit à une reconnaissance juridique internationale, européenne, étatique et régionale à travers diverses figures de protection[2].

La "Mar Menor" est un écosystème unique et précieux, ainsi qu'un emblème de la région de Murcie, mais fragile, qui souffre depuis quelques décennies d'une pression dérivée de l'intensification des utilisations, qui a provoqué une détérioration progressive de cet environnement en raison de la forte présence d'eaux usées, les nitrates, les combustibles fossiles et les microplastiques; le mauvais état du réseau d'assainissement et des stations d'épuration; la présence d'eau non traitée; la disparition des ravins protecteurs, dédiés à la culture; les rejets dans la mer, provenant de l'activité agricole irriguée intensive contenant des herbicides, des fertilisants et des fongicides, qui l'atteignent par les drainages qui

1 Composé d'une biodiversité unique (habitats, flore et faune), d'un système hydrogéologique auquel il se connecte (compte de pente), du fond lagunaire, de l'eau et de sa salinité, et de l'humidité côtière.

2 Autour de la "Mar Menor", il y a un parc régional ("Salinas y Arenales de San Pedro del Pinatar") et deux paysages protégés (le paysage protégé de "Cabezo Gordo" et le paysage protégé des "Espacios Abiertos e Islas del Mar Menor"); plusieurs zones de protection spéciale pour les oiseaux (ZPS) et zones spéciales de conservation (ZSC) ont été déclarées; la "Mar Menor" a également été déclarée "Humedal de Importancia Internacional" (site Ramsar); et est également inclus dans l'aire spécialement protégée d'importance méditerranéenne (ASPIM) de la zone de la "Mar Menor" et de la zone méditerranéenne orientale de la côte de la région de Murcie. La planification de ces espaces est mise en œuvre à travers le Plan de gestion globale des aires protégées de la "Mar Menor" et de la bande côtière méditerranéenne de la région de Murcie, récemment approuvé par décret du Conseil d'administration du 10 octobre 2019 (BORM n ° 242 du 19 octobre 2019, supplément n ° 7).

• David Aviñó Belenguer
Maître de conférences de droit civil de la Universitat de València. Courrier électronique: david.avino@uv.es

s'y jettent et, enfin, l'anoxie dans l'eau et la mort par asphyxie des espèces marines (soupe verte).[3]

Deux problèmes peuvent être détectés par les citoyens en relation avec l'état actuel de la "Mar Menor": d'une part, la grave crise que traverse la "Mar Menor" et les habitants de ses municipalités côtières en matière socio-environnementale, écologique et humanitaire; d'autre part, l'inadéquation du système juridique actuel de protection,[4] surtout en termes de protection de l'eau contre la pollution par les nitrates[5], malgré les chiffres et les instruments réglementaires importants qui ont été mis en place au cours des vingt-cinq dernières années[6]. À la suite des troubles, diverses plateformes citoyennes ont été créées qui ont réuni des associations de quartier, des organisations environnementales, des groupes professionnels, des fondations culturelles, etc., revendiquant des mesures pour restaurer et protéger cet écosystème à travers des manifestations à grande affluence. Elles ont abouti à la présentation d'une initiative législative populaire, dont le résultat a été l'approbation de la loi n° 19/2022, du 30 septembre, 2022[7] pour la reconnaissance de la personnalité juridique de la lagune de la "Mar Menor" et de son bassin.

II. FONDEMENT DES DROITS DE LA NATURE.

La loi 19/2022 attribue la personnalité juridique à la lagune de la "Mar Menor", en la reconnaissant comme un sujet de droits. La loi vise à réaliser un changement de paradigme, d'une approche anthropocentrique à une approche écocentrique. L'écosystème "mérite une protection en soi, une nouveauté juridique qui enrichit le traitement accordé jusque là: la lagune passe d'un simple objet de protection,

3 La "goutte d'eau qui a fait déborder le vase" a été la diffusion en 2016 de vidéos montrant l›énorme degré d›eutrophisation (connu sous le nom de "soupe verte"), et les épisodes ultérieurs de mortalité massive de poissons et de crustacés causés par les pluies torrentielles des étés 2019 et 2021, porteurs d'une quantité encore plus grande de nutriments, déclencheurs de l'anoxie de l'eau.

4 Sanz Larruga, F.: "El Mar Menor, ¿sujeto de derechos? Algunas propuestas para la mejora de la aplicación del derecho ambiental", en *El patrimonio natural en la era del cambio climático: Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* Oviedo 3-5 février 2022, L. Tolivar et. al. (dirs.), p. 230, décèle certains problèmes: de la mauvaise qualité des règles, du fonctionnement anormal des administrations compétentes en la matière, de la rareté des instruments pour accéder à la justice, de la violation des principes d'accès à l'information environnementale et de participation du public, des contraintes budgétaires, etc.

5 Giménez Casalduero, M.: "El Mar Menor y la contaminación por nitratos: nuevos instrumentos jurídicos, misma incertidumbre", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n° 128, 2022, p. 28.

6 Dans la région de Murcie, la loi 3/2020, du 27 juillet, sur la récupération et la protection de la "Mar Menor" s'applique; Décret-loi n° 1/2017, du 4 avril, sur les mesures urgentes pour garantir la durabilité environnementale dans les environs de la "Mar Menor" et loi ultérieure 1/2018, du 7 février, du même nom. Il convient également de mentionner le décret n° 42/2021, du 31 mars, qui approuve la "Stratégie de gestion intégrée des zones côtières du système socio-écologique de la "Mar Menor" et de son environnement", du 13 avril 2021, conformément à la loi 3/2015, du 30 mars, sur l'aménagement du territoire et de l'urbanisme de la région de Murcie. Bien que sans rang de loi, il convient également de mentionner le récent décret 259/2019, du 10 octobre, sur la déclaration des zones spéciales de conservation (ZEC) et l'approbation du plan de gestion globale des aires protégées de la "Mar Menor" et de la bande côtière méditerranéenne de la région de Murcie.

7 Proposition de loi 120/000009, présentée le 29/7/2020 et admise au processus sans difficulté.

de récupération et de développement, à un sujet biologique, environnemental, culturel et spirituel inséparable" (Exposé des motifs de la Loi). En ce sens, le législateur espagnol fait explicitement référence aux droits bioculturels, en tant qu'ensemble de droits collectifs essentiels d'une communauté pour garantir l'administration traditionnelle d'un territoire et de ses ressources naturelles. Cette loi destine à faire progresser ainsi le développement de "l'État de droit écologique" et la reconnaissance progressive des droits de la solidarité intergénérationnelle[8].

L'article 45.1 de la Constitution espagnole (CE) ("Toute personne a le droit de jouir d'un environnement adéquat") peut être interprété comme un droit de l'homme et non pas seulement comme un principe directeur. Associé à la loi 19/2022, il permet de mieux comprendre dans quoi s'intègre la nécessité d›accorder des droits à la nature et de reconnaître l›action populaire non garantie par la règlementation environnementale. Le législateur de la loi 19/2022 dit que l'article 45.1 CE "a été interprété par la Cour suprême en ce sens que c'est la nature en tant qu'écosystème, l'unité qui intègre l'être humain comme un élément de plus et, par conséquent, celle qui permet le développement de la personne" (car on parle alors d'un socio-écosystème qui comprend à la fois des éléments humains et non-humains). La Loi 19/2022 cite l'arrêt de la Cour Suprême, chambre 2, du 30 novembre 1990, dans lequel le lien entre l'environnement naturel et les droits fondamentaux à la vie et à la santé des personnes a été mis en évidence, et se réfère expressément à l'être humain comme partie intégrante de la nature et non comme un être destiné à la dominer pour la mettre exclusivement à son service[9]. La Cour Suprême semble interpréter l'article 45.1 à la lumière de la notion de bien commun[10] qui comprend l'importance des valeurs de la biodiversité. Dans ce sens, il est défendu que le nouveau statut du citoyen devrait inclure, entre autres, les droits à la pérennité écologique des biens communs, en particulier, la biodiversité devrait être consolidée en tant qu'objet exceptionnel de conservation et de jouissance collective[11]. Ainsi, ayant qualifié de bien commun, la "Mar Menor", le législateur a opté pour la figure de la personnification du bien, garantie par une communauté de gardiens, et par la reconnaissance de l'*actio popularis*[12].

8 Álvarez Carreño, S.: "Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia" (Premier semestre 2022), *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Volume 13, n°. 1, 2022, pp. 8-9.

9 La "différenciation entre les maux qui affectent la santé des personnes et les risques qui endommagent d'autres espèces animales ou végétales et l'environnement est due, dans une large mesure, au fait que l'homme ne se sent pas partie de la nature mais comme une force extérieure destinée à la dominer ou à la conquérir pour la mettre à son service. Il convient de rappeler que la nature n'admet pas un usage illimité et qu'elle constitue un capital naturel qui doit être protégé" (Arrêt de la 2e chambre de la Cour suprême, 30 novembre 1990, n° 3851/1990, Base de la loi 17.2).

10 Derrière la personnification, il y a les éléments d'un bien commun naturel qui se façonne à travers trois éléments: une ressource, une communauté et un ensemble de droits.

11 López Ramón, F.: *Conservar el patrimonio natural*, Reus, 2019.

12 Delzangles, H.: "La reconnaissance, en Espagne, de la personnalité juridique et de droits à la "mar menor". Une contribution à la réflexion sur les " biens communs environnementaux? ", *Revue Juridique de l'Environnement*, 2023/2 (Volume 48), p. 177.

La tendance à attribuer la personnalité juridique aux entités physiques se fonde sur la valeur intrinsèque de l'entité[13] et sur le principe d'égalité (par rapport à l'être humain). Elle s'appuie sur une perspective écocentrique qui privilégie les limites imposées par la capacité de l'environnement à satisfaire les besoins présents et futurs. Avec cette personnification, l'environnement passe d'objet de droit à sujet de droits qui lui sont attribués, comme celui d'exister, de sa conservation, de sa protection ou de sa réparation, etc. Elle entraine un brouillage dans la *summa divisio* entre les personnes et les choses, qui semble perturbatrice dans nos droits occidentaux, du moins dans la sphère européenne. Et, finalement elle peut améliorer la conciliation entre les préoccupations écologiques et les intérêts strictement humains[14].

Cependant, cette personnification a été critiqué comme maintenant les relations Homme-Nature dans un monde séparé en terme d'intérêts, puisque la subjectivation tend vers une vision purement individualiste (seulement les individualisations sont prises en compte), et n'inclut pas l'homme (s'y oppose), de sorte qu'en cas de conflit seront opposés les intérêts humains aux intérêts non humains, alors qu'il faudrait protéger les intérêts d'un socio-écosystème composé d'intérêt humains et non humains contre certaines activités humaines[15]. De plus, si les intérêts humains ne sont pas inclus, l'action populaire ne serait alors qu'une action en représentation d'un intérêt personnel. Si nous sommes dans un socio-écosystème (l'environnement ici est un concept large), il peut être judicieux de se rapprocher de la doctrine française des *communs naturels*. Ici, l'intérêt *en commun* vise la conservation de l'objet naturel et comprend non seulement des intérêts humains mais aussi non humains réunis dans une relation d'interdépendance et de partage[16].

Cependant, une autre notion peut intervenir de manière intéressante dans ce cadre: le relatif à les intérêts en jeu en matière d'environnement. En effet, l'*intérêt diffus* dans un environnement adéquat peut aussi être défendu, comme un intérêt purement humain. Dans ce cas, l'environnement étant un patrimoine commun qui appartient à tous les citoyens, présents et futurs, toute atteinte à celui-ci implique

13 Torre-Schaub, M.: "La nature sujet de droits en Espagne. La loi sur la protection de la Mar Menor, entre révolution législative et outil de gestion durable, pour quelle effectivité? Commentaire de la loi n° 19/2002, du 30 septembre, *para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca*", *Revue juridique d'environnement*, 2023/2, p. 298.

14 Clerc, O.: ""Communs" ou "droits de la nature" : la fin justifie les moyens!", *Revue juridique de l'environnement*, Volume 48, 2023/2, p. 56.

15 Camproux-Duffrene, M.-P.: " Des changements de paradigme juridique pour un droit de l'environnement rénové", M.-P Camproux-Duffrene et V. Jaworski, Rapport pour le groupe des *Verts*, au Parlement européen 2021, pp. 9-10 et 21-23.

16 Camproux Duffrene, M.-P.: "Les communs naturels, de l'intérêt à l'action en défense", *VertigO*, Hors-Série 37, décembre 2022.

une atteinte à l'ensemble de la communauté humaine et donc à cet intérêt humain diffus[17].

La question, en tout cas, est de savoir si cette reconnaissance d'une personnalité juridique est utile ou non[18]. Pour certains auteurs, ce qui est important, c'est que l'application du droit de l'environnement soit menée efficacement et ils critiquent l'entéléchie consistant à accorder des droits à un écosystème[19], principalement parce que les choses sont des objets, mais pas des sujets de droits[20]: il aurait alors suffit d'accorder une action populaire dans certaines lois environnementales[21].

III. ASPECTS SUBSTANTIELS DE LA LOI 19/2022.

1. Attribution de la personnalité juridique.

Le premier article de la loi 19/2022 se lit comme suit:

"La personnalité juridique de la lagune de [la] Mar Menor et de son bassin est déclarée, ce qui permet la reconnaissance de sujet de droits".

L'attribution de la personnalité juridique à la nature est une technique inédite en Europe, mais non en droit comparé[22]. Les positions "naturalistes" qui, après une première phase au cours de laquelle les droits de la nature sont portés par les cultures autochtones et les peuples autochtones, ont trouvé leur place dans la Charte mondiale de la nature de 1982, dans la Conférence mondiale des peuples pour le changement climatique et les droits de la Terre Mère de 2019[23].

17 Selon Aragão, A. & Carvalho, A.: "Taking access to justice seriously: diffuse interests and *actio popularis*. Why not?", *eIni Review*, 2017, pp. 43-44 "La doctrine de l'intérêt diffus pour les questions environnementales est une réponse au besoin de justice sociale dans l'accès au droit".

18 Cordón Moreno, F.: "Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho", *Centro de Estudios de Consumo*, Boletín de Novedades, n° 14/2022, p. 1.

19 Carrasco, A.: "El Antropoceno es, quien lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas", *Centro de Estudios de Consumo,* Boletín de Novedades, n° 14/2022, p. 5.

20 Rogel Vide, C.: "¿Lagunas como sujetos de derechos? El Mar Menor y la Ley 19/2022", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n° 4, 2022, pp. 719-721.

21 Lozano Cutanda, B. et García de Enterría, A.: "La declaración del Mar Menor y su cuenta como persona jurídica: un "embrollo jurídico"", *Diario La Ley*, n° 10163, 2022.

22 Selon Delzangles, H.: "La reconnaissance, en Espagne", cit., pp. 175-176, dans une première phase, l'attribution de droits sur les éléments environnementaux a été influencée dans l'histoire récente des droits de la nature portés par les cultures et les peuples autochtones, bien qu'elle se matérialise pour la première fois dans la pétition écrite faite par D. Stone en 1972 et qui a connu la Cour suprême des États-Unis, défendre un environnement forestier naturel qui allait être dégradé par la construction d'une station de ski, en prétendant que si l'action du Sierra Club (association environnementale) est rejetée, comment pouvons-nous préserver l'environnement s'il ne reconnaît pas les droits des arbres et ne les représente pas dans leur propre intérêt. Dans un deuxième temps, le "néo-constitutionnalisme amérindien" apparaît, où certaines lois consacrent véritablement la personnification juridique de la nature, par exemple dans la Loi organique des droits de la Terre Mère, 2010 (Bolivie, Cochabamba du 20 au 22 avril 2010) et la Loi-cadre de la Terre Mère et du Développement Intégral pour le Bien Vivre, 2012, en Bolivie.

23 Comme la résolution adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2019 ("Harmonie avec la nature"), ou le Rapport du Secrétaire général, du 28 juillet 2019.

D'autres lois ont inclus cette possibilité en faveur de certains fleuves (par exemple le Whanganui en Nouvelle-Zélande, l'Atrato en Colombie, le Gange en Inde, l'Urraca au Québec...).

La loi ne précise pas s'il s'agit d'une personne de droit public ou de droit privé[24]. Une personnalité de droit public se compose de l'attribution de compétences, des pouvoirs, d'obligations et de responsabilités (il y a besoin d'spécifier de quel type il s'agit ou s'il s'agit d'un nouveau type d'organisation). Et une personnalité de droit privé permet attribuer des droits et des obligations (en outre, on ne voit pas non plus quel serai le rapport juridique entre cette personne et la "Mar Menor", qualifiée de propriété publique, selon l'art. 132 CE). Pour autant, la loi semble se référer à une "personnalité juridique abstraite", une personnification rhétorique, qui cesse d'être un objet et une victime pour devenir un sujet inanimé auquel sont attribués une série des droits pour se défendre contre les agressions environnementales[25].

D'un autre côté, on a dit que, en principe, toute personnification juridique exige, d'une part, de posséder ses propres biens, ce qui est difficile à supposer en l'espèce si la lagune ne cesse pas (en réalité) d'être une chose, et, d'autre part, une délimitation géographique de la personne fait défaut[26]. D'autre part, elle doit poursuivre un objet par lequel sont délimitées l'étendue de sa capacité juridique en tant qu'entité et la portée de la représentation organique qui correspond à ses dirigeants. Or, la lagune de la "Mar Menor" n'a pas d'objectifs propres, pas de compétences, pas de pouvoirs légaux et de droits de réalisation pour ces fins. Et, pour finir, il doit y avoir des gestionnaires "institutionnels". Pour ces raisons, il a été souligné par lequel que la loi n'obéit à aucune raison impérative justifiant la personnalisation de la "Mar Menor" et l'entité ne possède pas de caractéristiques propres qui lui permettraient d'être considérée comme un sujet de droit.

Il a été soutenu ainsi que la reconnaissance de la personnalité juridique - au-delà du fait qu'il s'agit d'une opération inédite en Europe -, n'ajoute rien aux réglementations et autres instruments de protection de l'environnement. En plus

24 Carrasco Perera, A.: "El Antropoceno", cit., pp. 4-5 dit que "la lagune n'est pas une entité institutionnelle du secteur public des articles 2.2 et 84.1 de la loi 40/2015 (...) parce qu'il n'y a pas de contribution publique ou d'affectation du domaine public (...) Mais de plus en plus, comment l'État va-t-il contribuer à un sujet de droit ex novo patrimonial qui n'appartient peut-être pas à l'État, mais aux individus, aux peuples, à la communauté autonome (...)! Si l'article 2 s'agissait d'un acte de disposition, il serait inopérant parce qu'il n'aurait manifestement pas le pouvoir du législateur d'en disposer. [Mais ni l'un ni l'autre] n'est une fondation ou une association de droit privé. C'est (...) une zone de la carte personnifiée sans son propre type, un zombie légal (...) Sans sa propre réglementation, sans déterminer précisément s'il a une composante subjective ("amis de la lagune, unissez-vous") ou objective ("et incluant le bassin hydrographique avec ses réseaux de drainage, oueds, canaux, zones humides, cryptozones humides, etc.")".

25 Torre-Schaub, M.: "La nature sujet de droits en Espagne", cit., p. 296; Soro Mateo, B. et Álvarez Carreño, S. M.: "El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al mar menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental", en AA.VV.: *Estudios sobre la efectividad del Derecho de la biodiversidad y del cambio climático* (dir. S. M. Álvarez Carreño), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 166-168.

26 Carrasco Perera, A.: "El Antropoceno", cit. pp. 3, 5.

d'être une déclaration rhétorique, cette reconnaissance est inutile si une action populaire n'est pas intégrée dans les lois réglementant le domaine public naturel exigeant sa restauration ou dans la loi 42/2007, du 13 décembre, sur le patrimoine naturel et la biodiversité (LPNB) pour exiger sa conservation et sa protection[27]. Autrement dit, les règles de protection de la "Mar Menor" auraient été plus que suffisantes pour la protéger si elles avaient été respectées et non ignorées[28].

2. La reconnaissance de droits et de représentation.

L'article 2 de la loi 19/2022, dit ce qui suit:

"(…) 2. Les droits énoncés (...) ont le contenu suivant:

a) Droit d'exister et d'évoluer naturellement : La Mar Menor est régie par un ordre naturel ou une loi écologique qui lui permet d'exister en tant qu'écosystème lagunaire et en tant qu'écosystème terrestre dans son bassin. Le droit d'exister signifie le respect de cette loi écologique, pour assurer l'équilibre et la capacité de régulation de l'écosystème face au déséquilibre causé par les pressions anthropiques provenant principalement du bassin versant.

b) Droit à la protection : (...) implique de limiter, d'arrêter et de ne pas autoriser les activités qui présentent un risque ou un dommage pour l'écosystème.

c) Droit à la conservation : (...) nécessite des actions de préservation des espèces et habitats terrestres et marins et la gestion des espaces naturels protégés...

d) Droit à la restauration : (...) nécessite, une fois le dommage survenu, des actions de réparation dans la lagune (…), qui restaurent la dynamique naturelle et la résilience, ainsi que les services écosystémiques associés".

Les droits énumérés dans l'article 2 de la loi sont de nature diverse, par exemple, culturels, de participation, de restauration, etc. et inaugurent une nouvelle ère en l'Europe. Cette attribution de droits à un sujet "naturel" provoque un brouillage dans la *summa divisio* entre les personnes et les choses, ouvrant une troisième voie d'intégration parfaite: la "bonne gouvernance de la nature", qui permet de doter un élément naturel de la capacité de se défendre contre les agressions extérieures[29].

27 Álvarez Carreño, S. M.: "Derecho y políticas ambientales", cit., pp. 16-17.

28 Rogel Vide, C.: "¿Lagunas como sujetos de derechos?", cit., p. 725.

29 Torre-Schaub, M.: "La nature sujet de droits", cit. pp. 298-299. Selon l'auteur, pour ce faire, on accorde à la nature des possibilités de "parler pour elle".

Cependant, il a été reproché au contenu de cet article de constituer une déclaration à l'envers des devoirs déjà constitutionnalisés par l'article 45 CE et envisagés par tous les normes qui en découlent. Il s'agit de devoirs de conservation, de protection, d'entretien et, le cas échéant, de restauration. Cela nous amène à nous demander si cette restauration sera effectuée conformément aux dispositions de l'annexe II de la loi 26/2007, du 23 octobre, sur la responsabilité environnementale (LRE) -ce qui, à notre avis, devrait être la solution -; ou si le domaine sera protégé et conservé dans les conditions découlant de leur plan de gestion (découlant de la loi de 2022)[30].

3. Organes représentatifs et de gouvernance.

D'autre part, l'article 3.1 de la loi dit:

"La représentation et la gouvernance (…) sont constituées de trois organes : un comité de représentants, composé de représentants des administrations publiques qui interviennent dans cette zone et des citoyens des municipalités riveraines ; une commission de suivi (les gardiens de la lagune de la Mar Menor); et un comité scientifique, dont fera partie une commission indépendante de scientifiques et d'experts, d'universités et de centres de recherche".

L'article 3 de la loi comprend les organes de représentation et de gouvernance de la "Mar Menor" (*tutorat*): a) Un *Comité des représentants* (CdR). Il propose des actions pour la protection, la conservation, l'entretien et la restauration de la lagune et surveille et contrôle le respect de ses droits en fonction des contributions du reste des organismes. Il est formé de treize membres (trois de l'administration générale de l'État, trois de la région de Murcie et sept de la citoyenneté). b) Un *Comité de suivi* (CdS). Il diffuse des informations sur la loi 19/2022, le suivi et le contrôle du respect des droits de la lagune et de son bassin, et rend compte périodiquement du respect de ladite loi. Il est formé d'une personne titulaire et d'un suppléant de chacune des municipalités riveraines ou de bassin désignées par les conseils municipaux respectifs, et d'un titulaire et d'un suppléant dans la représentation des différents secteurs de défense économique, sociale et environnementale, sous la supervision du CdR. c) Un *Comité scientifique*. Il conseille le CdR et le CdS, établit des identifiants sur l'état écologique de l'écosystème et propose des mesures de restauration appropriées. Il est formé (per périodes renouvelables de 4 ans) par des scientifiques et des experts indépendants spécialisés dans l'étude de la "Mar Menor"[31].

30 Soro Mateo, B. et Álvarez Carreño, S. M.: "El reconocimiento de personalidad", cit., p. 168.

31 Les membres du Comité scientifique seront nommés par les universités de Murcie et d'Alicante, par l'Institut océanographique espagnol (Centre océanographique de Murcie), par la Société ibérique d'écologie et par le Conseil supérieur de la recherche scientifique (CSIC) d'Espagne.

Nous sommes d'accord avez Torre-Schaub pour affirmer que la protection de la "Mar Menor" à travers ces organismes adopte le chemin de "l'humanisation des biens naturels"[32]. Cependant, il ne faut pas ignorer certaines critiques: i) aucun pouvoir n'est attribué aux organes qu'elle crée[33], aucune précision n'est donnée sur la manière dont ils sont exercés (conjointement, par majorité, etc.); ii) les procédures de nomination, de désignation ou d'élection de leurs organes représentatifs ne sont pas réglementées (y compris la représentation en justice); iii) la loi ne règle pas la manière dont l'assemblée est convoquée, ni qui et comment elle vote, ni le *quorum* nécessaire; et iv) elle n'établit pas le régime de responsabilité des membres des comités, ni le mécanismes pour résoudre les conflits d'intérêts. Cependant, nous comprenons que le règlement d'application de la loi clarifiera certaines de ces questions.

4. Comportement illégal et réponse du système judiciaire.

L'article 4 de la loi 19/2022, se lit comme suit:

"Tout comportement qui viole les droits reconnus et garantis par la présente loi, de toute autorité publique, entité de droit privé, personne physique ou morale entraînera une responsabilité pénale, civile, environnementale et administrative, et sera poursuivi et sanctionné conformément aux réglementations pénales, civiles, environnementales et administratives par les juridictions respectives".

L'article 4 peut être considéré comme une simple référence aux responsabilités éventuelles découlant de ces règles. Il semble que, cette formulation générale contrevienne au principe de typicité garantie par la Constitution et n'ajoute rien de nouveau par rapport au système juridique actuel (Code criminel; Décret législatif royal 1/2001, du 20 juillet, portant approbation du texte révisé de la loi sur l'eau (loi sur l'eau); Loi 22/1988, du 28 juillet, sur les côtes (LC), ou la LPNB, lesquelles réglementent les obligations environnementales et dont l'exécution ou l'omission entraînera la commission d'infractions et de sanctions administratives, ou pénales[34].

De même, cet article n'apporterait rien de nouveau par rapport à l'adoption des mesures de prévention, d'évitement et de réparation correspondantes aux termes de la LRE. Selon l'article 3 LRE, la loi actuelle sera applicable aux dommages à l'environnement et aux menaces imminentes de ces dommages lorsqu'ils ont été causés par une activité économique ou professionnelle (même pour la réparation des dommages causés par des activités non reprises à l'annexe III, faute intentionnelle ou négligence). Les mesures adoptées dans la LRE seront

32 Torre-Schaub, M.: "La nature sujet de droits", cit., p. 302.

33 Rogel Vide, C.: "¿Lagunas como sujetos de derechos?", cit., pp. 721-725.

34 Soro Mateo, B. et Álvarez Carreño, S. M.: "El reconocimiento de personalidad", cit., p. 179.

compatibles avec les peines ou sanctions administratives qui pourraient être prononcées pour les mêmes événements qui y ont donné lieu (article 6 LRE).

Cet article 4 de la Loi 19/2022 a néanmoins pour mérite de montrer qu'au-delà des droits de la "Mar Menor", les autres sujets de droit ont l'obligation légale de les respecter. Et cette loi sur la "Mar Menor" ajoute un instrument supplémentaire pour la défendre juridiquement et judiciairement.

5. Le droit d'agir en justice. Un nouveau cas d'action populaire.

L'article 6 de la loi 19/2022 dispose ce qui suit:

"Toute personne physique ou morale est légitimée pour la défense de l'écosystème de la Mar Menor, et peut faire valoir les droits et les interdictions de cette loi et des dispositions qui la développent par le biais d'une action déposée devant le tribunal ou l'administration publique correspondant.

Une telle action en justice sera déposée au nom de l'écosystème Mar Menor en tant que véritable partie intéressée. (...)".

Accorder la personnalité juridique à la "Mar Menor" signifie lui conférer *la capacité juridique (*d'être titulaire de droits et d'obligations, article 6.1.3º de la loi 1/2000, du 7 janvier, sur la procédure civile, "Ley de Enjuiciamiento Civil", LEC*)* et la *capacité d'agir* (de comparaître dans le processus dans lequel sa protection est demandée par les personnes qui la représentent légalement -que la loi 19/2022 ne precise pas[35]-, articles 7.4 et 10.1 LEC), selon les lignes prévues par la Convention d'Aarhus(Danemark, 25 juin 1998) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

L'article 6 de la loi 19/2022 prévoit que toute personne puisse agir devant l'administration ou le tribunal correspondant pour faire valoir les droits de la "Mar Menor" et le respect des interdictions de la loi (qui est la véritable partie intéressée). Il s'agit alors d'une action populaire, dans le sens où toute personne peut agir pour défendre la "Mar Menor" sans même à avoir à prouver de lien de rattachement notamment géographique, en renfort de ce qui était prévu dans la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (1998).

35 García-Rostán Calvín, G.: "Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor en la jurisdicción", en AA.VV.: *Horizonte justicia 2030: reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia* (dir. Mª. P. Díaz Pita), Tecnos, Madrid, 2023, p. 328.

La question s'est posée de savoir si cette action est un cas de représentation (directe) universelle[36] ou de représentation par substitution (représentation indirecte). Dans la première hypothèse, nous sommes dans un cas de légitimité procédurale de sorte que celui qui est partie au différend est la partie représentée (la "Mar Menor"). Dans la seconde (avec laquelle nous sommes d'accord) chaque personne peut agir pour le droit d'autrui en faisant partie du substitut dans la mesure où l'intérêt du demandeur fait partie ou est rattaché à l'intérêt représenté, que celui-çi soit l'intérêt *général* (pour la tutelle de la légalité objectif)[37], intérêt *diffus* (pour assurer la protection des intérêts environnementaux et demander la réparation des préjudices)[38] ou intérêt *en commun* (notamment demander la réparation de préjudices écologiques)[39].

D'autre part, le citoyen exerce le droit d'action de la "Mar Menor" sans qu'aucune autorisation ne soit requise de la part de la "Mar Menor" et sans nécessité pour le citoyen d'une mise en demeure préalable d'agir d'elle. Il est à noter que les membres des comités pourront agir par le biais de cette action à titre personnel mais pas en tant que membres d'un comité, faute pour ces comités d'être érigé par la loi en représentants légaux judiciaires.

Le juge devra être vigilant pour que la réparation soit conforme à la réparation intégrale et donc adaptée à la réparation des atteintes réelles sur l'écosystème. De cette la dissociation entre les demandeurs et les bénéficiaires peut découler l'effectivité et l'efficacité de l'action populaire spécifique en réparation des atteintes à la "Mar Menor". Si le juge accueille la demande déposée au nom de la "Mar Menor", le défendeur devra payer à la personne physique ou morale qui a agi en tant que représentant l'intégrité des coûts du procès. Toutefois, si la demande est refusée partiellement, le recouvrement des coûts de justice doit être exclu. Et si elle est entièrement déboutée, le demandeur sera en plus condamné aux dépens[40].

De plus, comme la "Mar Menor" est celui qui 'subit' les effets de la sentence, les déclarations juridictionnelles qui sont prononcées dans la sentence deviendront *res judicata* à l'égard de la "Mar Menor", de sorte que ni celle-ci ni aucun autre citoyen en son nom ne pourra exercer la même action sur le même sujet.

36 García-Rostán Calvín, G.: "Aspectos procesales", op. cit, pp. 329-330. Selon l'auteur, "le citoyen n'a donc pas un droit d'action reconnu dans ce précepte sur la base du droit subjectif d'autrui, mais exerce plutôt le droit d'action de la Mar Menor".

37 Cordón Moreno, F.: "Legitimación para la defensa del Mar Menor", cit., pp. 4-5.

38 Aragão, A. & Carvalho, A..: "Taking access to justice seriously", cit. pp. 44-47.

39 Camproux-Duffrene, M.-P., Jaworski, V. "Des changements", cit., pp. 21-23.

40 García-Rostán Calvín, G.: "Aspectos procesales", cit., pp. 330-331.

Cette possibilité d'action populaire fondée sur l'article 6 de la loi vient s'ajouter en droit espagnol à celle permettant d'engager des poursuites pénales pour les crimes contre l'environnement (article 101 et 270 du royal décret du 14 septembre 1882, loi de procédure pénale). Mais aussi à celles qui existent également dans le domaine administratif, à l'exception de certaines lois qui permettent ce type d'action sur une base limitée[41] ou exceptionnelle[42], dans le but de dénoncer la commission d›infractions (ce qui ne confère en aucun cas la qualité de partie intéressée selon l›article 65.2 de la Loi 39/2015, du 1er octobre, sur la procédure administrative commune des administrations publiques), et pour demander l'annulation d'actes administratifs et/ou pour demander la restauration de l'environnement à la suite d'une infraction administrative. Dans ces cas, le demandeur à l'action populaire dite est toutefois tenu de démontrer l'existence d'un intérêt légitime, individuel ou collectif. In fine, dans le domaine de la responsabilité environnementale, l'article 42 de la LRE reconnaît le droit pour un certain nombre de personnes de saisir l'autorité administrative (et en cas de carence de celle-çi de saisir le juge du contentieux administratif) par revendiquer la mise en place des mesures prévues par cette loi (mais dans ce dernier cas t il ne s'agit pas d'une action populaire)[43].

IV. LA POSSIBILITÉ D'UNE ACTION POPULAIRE EN RESPONSABILITÉ CIVILE ENVIRONNEMENTALE EST-ELLE OUVERTE?

1. Vers responsabilité civile par préjudice écologique.

L'objectif de la loi 19/2022 est la protection d'un élément environnemental (la "Mar Menor"), alors que les actions qui existent dans le Code civil espagnol (articles 1902 et 1908) visent à protéger des intérêts privés de personnes physique ou juridiques, et permettent la réparation des dommages directs et individuels. De fait, pour un courant doctrinal majoritaire, le mécanisme de la responsabilité civile est un moyen de protéger indirectement l'environnement. Pour cette raison, dans les décisions de justice civile les dommages environnementaux ne semblent pas être considéré comme la lésion d'un droit juridique autonome, et par conséquent,

41 Loi 27/2006, du 18 juillet, réglementant les droits d'accès à l'information, de participation du public et d'accès à la justice en matière d'environnement (article 22), qui confère une légitimité aux personnes morales à but non lucrative ; ou la légitimité du voisinage pour l'exercice d'actions au nom et dans l'intérêt des entités locales (article 68 loi 7/1985, du 2 avril, sur les bases du régime local).

42 En tant que *locus standi* exceptionnel vid., en en matière d'urbanisme (article 5.f) du decret royal législative 7/2015 du 30 octobre, qui réglemente le texte révisé de la loi sur la réhabilitation des terres et des zones urbaines ; en matière de frais (article 109 de la loi 22/1988, du 28 juillet, sur les côtes) ; en termes de patrimoine (article 8.2 loi 16/1985, du 25 juin, sur le patrimoine historique espagnol) ; et l'article 39 de la loi 30/2014, du 3 de décembre, des Parcs Naturels.

43 En fait, selon l'article 42 LRE "1. Ont la qualité de parties intéressées (...): a) Toute personne physique ou morale qui est ou peut être affectée par un dommage environnemental, ainsi que dans laquelle l'une des circonstances prévues à [l'article] 4 de la loi 39/2015, du 1er octobre, est d'accord. b) Toute personne morale sans but lucratif qui prouve qu'elle respecte [une série d'exigences] (...). c) Les propriétaires des terrains sur lesquels des mesures doivent être prises. d) Les autres institués par la législation des communautés autonomes".

le défendeur n'est pas condamné à rétablir l'équilibre écologique endommagé par ses actions polluantes, mais seulement pour réparer les dommages privés concrets (corporels, matériels, etc.).

Mais quelque chose est en train de changer, selon nous. Actuellement, les caractéristiques du marché de la production ont produit un changement majeur dans la structure interne de ladite responsabilité civile en prenant en considération la responsabilité collective, l'imputation solidaire des dommages et l'obligation à indemnisation pesant sur les différentes entreprises qui ont pu contribuer à les provoquer[44]. Et "l'article 45 reflète la préoccupation écologique apparue ces dernières décennies dans de vastes secteurs d'opinion qui a également été reflétée dans de nombreux documents internationaux"[45]. Dans le domaine du droit privé, nous croyons que l'article 7.3 de la loi 6/1985, 1 juillet, Organique du Pouvoir Judiciaire (LOPJ), article 24 (droit à une protection juridictionnelle effective) en relation avec les articles. 10.2[46], 18.1 (droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale), 43 (droit à la santé) et 45 CE, et les articles 7.2, 590, 1902 et 1908 du Code civil permettent d'élaborer une théorie qui défende l›intérêt légitime supra-individuel diffus, ou intérêt en commun, à un environnement de qualité, et la légitimation active des associations environnementales pour agir devant le juge civil. Sur la base de cette interprétation large, et compte tenu des articles 2 (droits de la "Mar Menor") et 4 (responsabilité pour le dommage causé) de la loi 19/2022, nous pensons qu'il serait possible de réclamer devant les tribunaux civils l'adoption de mesures de prévention, d'évitement et de réparation pour la "Mar Menor". En conclusion, nous estimons qu'il devrait être possible de demander collectivement dans système judiciaire civil, auquel cas les associations environnementales seraient activement légitimées exiger l'arrêt d'une activité ou la mise en place de mesures correctives voire plus si possible de demander la recomposition du éléments environnementaux du cadre environnemental[47].

En France, la loi n° 2016-1087, du 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages introduit la réparation du préjudice écologique dans le Code civil (articles 1246 à 1252). En particulier, l'article 1246 prévoit que "Toute personne responsable d'un préjudice écologique doit le réparer". Il s'agit d'une réforme profonde en matière de protection judiciaire de

44 Moreno Trujillo, E.: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por deterioro*, Barcelona: J. M. Bosch, 1991, p. 203.

45 STC 64/1982, 4 novembre (RTC 1982, 64). Jordá Capitán, E.: *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 419-420.

46 Les règles relatives aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux ratifiés par l'Espagne.

47 Aviñó Belenguer, D.: "La tutela jurídico-privada del derecho o interés legítimo a un medio ambiente adecuado. Significado y alcance del artículo 45.1 de la Constitución Española", *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, N° 53, 2022.

l'environnement, puisqu'elle permet d'agir directement devant la juridiction civile pour la défense d'un intérêt environnemental distinct d'un préjudice direct à une personne physique ou morale[48] et sans avoir recours à la reconnaissance de la personnalité juridique de cette entité naturelle. Selon l'article 1247 du Code civil le préjudice écologique consiste "en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement" (défini, par conséquent, plus largement que les dommages causés à l'environnement par la LRE)[49]. Sous la qualification de préjudice écologique, est combinée une approche écocentrique, qui prend en compte la valeur intrinsèque de l'environnement (éléments et fonctions de l'écosystème) et une anthropocentrique (bénéfices collectifs que l'environnement offre à l'Homme)[50]. S'il existe la possibilité d'agir en justice devant juge civil en réparation environnementale en France, il n'y a pas d'équivalent en droit espagnol. A la place, l'article 6 de la loi espagnole 19/2022, crée une action populaire spécifique.

2. L'introduction de l'action populaire dans le domaine civil.

Un des problèmes fondamentaux de l'action en responsabilité civile pour réparer les préjudices environnementaux est le manque de légitimité d'action en l'absence d'atteinte à l'intérêt privé de l'individu[51]. Malgré les efforts remarquables de certains auteurs qui défendent la tutelle légal-privée des dommages écologiques purs[52] ou le droit subjectif personnel à un environnement propice à développement de la personne (art. 45.1 CE). Elles se fondent sur le fait que dans la procédure civile il n'y a pas d'action populaire reconnue qui permette à tout citoyen de demander protection d'intérêts généraux, diffus ou en commun, tels que les intérêts environnementaux[53]. En fait, le simple intérêt du citoyen pour un environnement adéquat et pour la réparation de ses éléments et ressources naturelles en général n'est pas un intérêt parfaitement individualisé pour agir,

48 Ainsi, les dommages écologiques peuvent être qualifiés d'atteinte à un bien commun naturel, ce qui entraîne une atteinte à un intérêt légitime collectif légalement protégé (intérêt commun naturel), selons Camproux Duffrene, M.-P.: "Le préjudice écologique et sa réparabilité en Droit Civil français de la responsabilité ou les premiers pas dans un sentier menant à un changement des rapports homme-nature", *Revue juridique de l'environnement*, 2021/3, Vol. 46, p. 462.

49 Après sa modification par la loi n° 2008-757, du 1er août 2008, qui transpose la directive 2004/35/CE, du 21 d'avril, relative à la responsabilité environnementale.

50 M.-P.- Camproux, "Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique", *Revue juridique de l'environnement,* Vol. 45, 2022/4, p. 691.

51 Llodrà Grimalt, F.: *Lecciones de Derecho Ambiental*. Palma: Universitat de les Illes Balears, col·lecció materials didàctics, 2008, p. 50. 1995). Jordano Fraga, J.: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 500.

52 Ruda González, A.: *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el Deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 502.

53 Parra Lucán, M. Aª.: "El derecho civil del medio ambiente", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 4, 2006, p. 5. Martínez Vázquez de Castro, L.: "La protección civil del medio ambiente", *Actualidad Civil*, 1, 2000, p. 22.

malgré les efforts en faveur d'une certaine souplesse qui ont été effectué par la doctrine.

Cependant, nous croyons que, au regard des articles 4 et 6 de la loi 19/2022 (en relation avec les articles 45.1 CE y 7.3 LOPJ), il est possible de développer une action populaire devant le juge civil, permettant la représentation de l'intérêt de la "Mar Menor", pour faire valoir les droits reconnus à l'article 2, quand une personne a causé des préjudices écologiques à la "Mar Menor".

De plus dans l'hypothèse où une demande en réparation des préjudices écologiques devant les juridictions civiles soit admise, et que toute personne puisse agir en représentation, dans le cadre d'action populaire alors il est donc tout à fait possible que les associations de protection de l'environnement étant des personnes juridiques puissent être titulaires de l'action (permettant que tout le poids ne repose pas sur le citoyen). Cette action en défense d'un écosystème singulier pourrait être étendue pour la défense d'autres zones territoriales à la condition que législateur espagnol crée des nouveaux régimes de personnalité juridique sur le modèle de la loi de 19/2022, et étende ainsi le degré de protection à d'autres parties du territoire national.

En France il n'existe pas d'action populaire, mais simplement pour l'instant une action attitrée pour demander la réparation des préjudices écologiques puisqu'un certain nombre de personnes morales sont énumérées, non exhaustivement, comme ayant intérêt et qualité pour agir en réparation du préjudice écologique, notamment les administrations publiques et les associations ayant comme objectif la protection de la nature ou de l'environnement (article 1248 du Code civil français)[54]. Pour cette raison, nous pensons que l'introduction dans l'ordre juridique français d'une loi comme la loi espagnole 19/2022 pourrait améliorer l'accès à la justice des citoyens français.

V. AUX PORTES D'UN CHANGEMENT DE PARADIGME?

Il a été soutenu que la loi 19/2022 violerait les principes constitutionnels de sécurité juridique et d'interdiction de l'arbitraire reconnus à l'article 9.3 CE. L'argument est le manque de précision et notamment de définition des droits (par exemple l'expression "exister et évoluer naturellement"[55]). En outre, la loi ne

54 L'article 1248 du Code civile français établit que "L'action en réparation des préjudices écologiques est ouverte à toute personne ayant la capacité et l'intérêt pour agir, telle que l'Etat, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est affecté, ainsi que les établissements, organismes publics et les associations agréées ou créées depuis cinq ans au moins à compter de la date d'ouverture de la procédure et ayant pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement".

55 Par exemple, dans l'affaire *Drewes Farms P'Ship v. City of Toledo* (No. 3:19 CV 434, 2020 WL 966628) la Cour de district de l'Ohio a rendu un jugement du 27 février 2020, confirmant les motifs des appelants et

considére pas les interrelations nécessaires avec le droit administratif de protection de l'environnement (incluant le LRE), le Code pénal ou le Code civil[56], ainsi que les dispositions en matière de procédure. Selon certains auteurs, nous sommes, confrontés à un "imbroglio juridique" qui, sans fournir d'instrument vraiment nouveau pour inverser la détérioration de la "Mar Menor", génère une insécurité juridique pour les opérateurs légaux[57]. Pour ces auteurs, il aurait simplement suffi d'appliquer le droit de l'environnemental existant[58]. Quoiqu'il en soit, comme l'a souligné la doctrine espagnole majoritaire, l'introduction de cette technique aurait nécessité une reflexion en amont plus sereine. Avec cette rédaction, il y a plus de doutes que de certitudes sur la manière dont la loi 19/2022 sera appliquée et le futur règlement de la loi ne devrait pas résoudre tous ces problèmes. Ces circonstances ont conduit à un recours d'inconstitutionnalité et à un autre pour violation du droit de l'Union européenne.

Cependant, la personnification des droits de la nature que la loi 19/2022 entend matérialiser est sans aucun doute une innovation en droit espagnol, voire en droit des pays européens, en ce qu'elle établit une charte de droits pour un élément environnemental afin de le défendre contre les agressions liées aux activités humaines, et permet une action populaire pour agir en sa défense. C'est une vraie opportunité pour appliquer les principes de la convention d'Aarhus concernant l'accès à la justice environnementale, afin que la protection de l'environnement (bien que limitée dans ce cas au territoire et à l'écosystème de la "Mar Menor") puisse être revendiquée par tout citoyen et devant tout ordre juridictionnel. Compte tenu du libellé de la loi 19/2022 et sur la base d'une interprétation large du champ d'application de la responsabilité civile, nous comprenons qu'il est possible pour toute personne, physique ou moral (par l'action populaire) d'agir devant les tribunaux civils pour demander des mesures de prévention, d'évitement et de réparation de l'environnement de la "Mar Menor".

En conclusion, ce qui importe, selon nous, n'est pas tant de savoir quel juge ou cour doit connaître les procédures qui peuvent être instituées pour la protection de la "Mar Menor" et de son bassin, mais le fait en soi d'atteindre l'objectif de la protéger efficacement. Que ce soit par cette loi, ou par des lois

annulant la Lake Bill of Rights, qui reconnaissait la personnalité de la rivière Ohio (à la suite de proliférations d'algues nuisibles dans le lac, elle a donné à la rivière la personnalité juridique et a permis aux résidents de Toledo, en Ohio, d'intenter des actions en son nom). La décision a déclaré la loi invalide pour violation du 14e amendement de la Constitution, qui protège le droit à une procédure régulière. La Cour a noté qu'un élément essentiel de ce droit est la clarté de la loi et que des lois vagues violent la Constitution parce qu'elles ne permettent pas aux citoyens de connaître leur contenu et sont susceptibles d'entraîner une application arbitraire.

56 Álvarez Carreño, S.: "Derecho y políticas ambientales", cit., p. 13. C. Rogel, "¿Lagunas como sujetos de derechos?", cit. pp. 723-724. M. Torre-Schaub, "La nature sujet de droits", cit. p. 305.

57 López Barral, A. E.: "Reflexió sobre l'impacte de la Llei d'Enjuiciament Civil a la llum del reconeixement de la personalitat jurídica a la Llacuna del Mar Menor i la seua conca", *Mon jurídic : revista de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona*, nº 345, p. 61.

58 Soro Mateo, B. et Álvarez Carreño, S. M.: "El reconocimiento de personalidad", cit., p. 155.

futures (techniquement mieux rédigées) nous sommes face à un changement de paradigme juridique dans la protection de l'environnement à condition qu'il y a une vraie volonté de changer. Au-delà des imperfections de la loi 19/2022, nous avons l'opportunité de mettre en œuvre tous les mécanismes existants pour défendre un environnement adéquat, pour le bien de l'environnement et pour le bien des générations présentes et futures. La santé et survie de la planète, et celle de tous les êtres qui y vivent, est en jeu.

BIBLIOGRAPHIE

Álvarez Carreño, S.: "Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia" (Premier semestre 2022), *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Volume 13, nº. 1, 2022.

Aragão, A. & Carvalho, A.: "Taking access to justice seriously: diffuse interests and *actio popularis*. Why not?", *elni Review*, 2017.

Aviñó Belenguer, D.: "La tutela jurídico-privada del derecho o interés legítimo a un medio ambiente adecuado. Significado y alcance del artículo 45.1 de la Constitución Española", *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, Nº 53, 2022, pp. 155-194.

Camproux-Duffrene, M.-P.: "Des changements de paradigme juridique pour un droit de l'environnement rénové", M.-P Camproux-Duffrene et V. Jaworski, Rapport pour le groupe des *Verts*, au Parlement européen 2021.

Camproux Duffrene, M.-P.: "Les communs naturels, de l'intérêt à l'action en défense", *VertigO*, Hors-Série 37, décembre 2022.

Camproux Duffene, M.-P.: "Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique", *Revue juridique de l'environnement,* Vol. 45, 2022/4.

Camproux Duffrene, M.-P.: "Le préjudice écologique et sa réparabilité en Droit Civil français de la responsabilité ou les premiers pas dans un sentier menant à un changement des rapports homme-nature", *Revue juridique de l'environnement*, 2021/3, Vol. 46

Carrasco Perera, A.: "El Antropoceno es, quien lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas", *Centro de Estudios de Consumo,* Boletín de Novedades, nº 14/2022

Clerc, O.: ""Communs" ou "droits de la nature" : la fin justifie les moyens! ", *Revue juridique de l'environnement*, Volume 48, 2023/2, pp. 49-56.

Cordón Moreno, F.: "Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho", *Centro de Estudios de Consumo*, Boletín de Novedades, nº 14/2022

Delzangles, H.: "La reconnaissance, en Espagne, de la personnalité juridique et de droits à la "mar menor". Une contribution à la réflexion sur les "biens communs environnementaux?", *Revue Juridique de l'Environnement*, 2023/2, Vol., pp. 173-182.

García-Rostán Calvin, G.: "Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor en la jurisdicción", en AA.VV.: *Horizonte justicia 2030: reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia* (dir. Mª. P. Díaz Pita), Tecnos, Madrid, 2023, pp. 325-332.

Giménez Casalduero, M.: "El Mar Menor y la contaminación por nitratos: nuevos instrumentos jurídicos, misma incertidumbre", *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 128, 2022.

Jordano Fraga, J.: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado.* Barcelona: Bosch, 1995.

López Barral, A. E.: "Reflexió sobre l'impacte de la Llei d'Enjuiciament Civil a la llum del reconeixement de la personalitat jurídica a la Llacuna del Mar Menor i la seua conca", *Mon jurídic : revista de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona*, nº 345, 2023, pp. 60-61.

López Ramón, F.: *Conservar el patrimonio natural*, Reus, 2019.

Lozano, B. et García de Enterría, A.: "La declaración del Mar Menor y su cuenta como persona jurídica: un "embrollo jurídico"", *Diario La Ley*, nº 10163, 2022

Llodrà Grimalt, F.: *Lecciones de Derecho Ambiental*. Palma: Universitat de les Illes Balears, col·lecció materials didàctics, 2008, p. 50. 1995.

Martínez Vázquez de Castro, L: "La protección civil del medio ambiente", *Actualidad Civil*, 1, 2000, pp. 17-34.

Moreno Trujillo, E.: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por deterioro*, Barcelona: J. M. Bosch, 1991

Parra Lucán, M. Aª.: "El derecho civil del medio ambiente", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 4, 2006, pp. 4-24.

Rogel Vide, C.: "¿Lagunas como sujetos de derechos? El Mar Menor y la Ley 19/2022", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2022, pp. 713-728.

Ruda González, A.: *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el Deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

Sanz Larruga, F.: "El Mar Menor, ¿sujeto de derechos? Algunas propuestas para la mejora de la aplicación del derecho ambiental", en AA.VV.: *El patrimonio natural*

en la era del cambio climático: Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Oviedo 3-5 febrero 2022, L. Tolivar, A. J. Huergo, T. Cano (dirs.), pp. 219-228.

Soro Mateo, B. et Álvarez Carreño, S. M.: "El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al mar menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental", en AA.VV.: *Estudios sobre la efectividad del Derecho de la biodiversidad y del cambio climático* (dir. S. M. Álvarez Carreño), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 151-187.

Torre-Schaub, M.: "La nature sujet de droits en Espagne. La loi sur la protection de la Mar Menor, entre révolution législative et outil de gestion durable, pour quelle effectivité? Commentaire de la loi nº 19/2002, du 30 septembre, *para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca*", *Revue juridique d'environnement*, 2023/2, pp. 289-308.

LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS (STC 149/2023, DE 7 DE NOVIEMBRE)

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE TEMPORARY SOLIDARITY TAX OF THE GREAT FORTUNES (STC 149/2023, OF NOVEMBER 7)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1392-1417

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2023, de 7 de noviembre, viene a dar respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, que creó el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas. Las cuestiones jurídico-constitucionales que se plantearon en dicha sentencia son de una relevancia capital para el Derecho Tributario, a saber: (i) vulneración del art. 23.2 CE, por la falta de homogeneidad, respecto de la proposición de ley original, de la enmienda por la que se introdujo; (ii) infracción de los arts. 156.1 y, en conexión con este, del art. 137 y 157.3 CE, porque, en lugar de modificar el régimen de cesión del impuesto sobre el patrimonio, se crea el nuevo tributo para armonizar de manera impropia dicho impuesto cedido; (iii) vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, por establecer un impuesto con carácter retroactivo; (iv) infracción del art. 31.1 CE, por violar los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad; y, por último, (v) quebrantamiento de los principios de corresponsabilidad fiscal, coordinación y lealtad institucional del art. 156.1 CE. La sentencia cuenta con un extenso voto particular de cuatro Magistrados que pone de manifiesto lo complejo del asunto tratado y deja encima de la mesa otra forma de entender el principio democrático en la elaboración de las leyes, la legalidad tributaria, la autonomía financiera de las CCAA, la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de los Poderes Públicos.

PALABRAS CLAVE: Impuesto a las grandes fortunas; inconstitucionalidad; enmienda legislativa; fraude de ley; lealtad institucional; seguridad jurídica.

ABSTRACT: *The Ruling of the Constitutional Court 149/2023, of November 7, responds to the unconstitutionality appeal filed by the Governing Council of the Community of Madrid against art. 3 of Law 38/2022, of December 27, which created the Temporary Solidarity Tax of Great Fortunes. The legal-constitutional issues raised in said ruling are of capital relevance for Tax Law, namely: (i) violation of art. 23.2 CE, due to the lack of homogeneity, with respect to the original bill, of the amendment by which it was introduced; (ii) violation of arts. 156.1 (and, in connection with this, art. 137) and 157.3 CE, because, instead of modifying the transfer regime of the wealth tax, the new tax is created to improperly harmonize said transferred tax; (iii) violation of the principle of legal certainty of art. 9.3 CE, for establishing a tax retroactively; (iv) violation of art. 31.1 CE, for violating the principles of economic capacity and non-confiscatoriality; and, finally, (v) violation of the principles of fiscal co-responsibility, coordination and institutional loyalty of art. 156.1 EC. The ruling has an extensive dissenting vote of four Judges that highlights the complexity of the matter discussed and leaves on the table another way of understanding the democratic principle in the elaboration of laws, tax legality, and the financial autonomy of the CCAA, legal security and legitimate confidence of citizens in the actions of the Public Powers.*

KEY WORDS: *Tax on large fortunes; unconstitutionality; legislative amendment; fraud of law; institutional loyalty; legal security.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS.- 1. Naturaleza y objeto.- 2. Hecho Imponible.- 3. Sujeto Pasivo.- 4. Base Imponible.- III. PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.- IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA STC 149/2023 PARA DESESTIMAR EL RECURSO, Y SU COMENTARIO.- 1. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración del art. 23.2 CE, y su comentario.- 2. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración de los arts. 156.1 y 157.3 CE, y su comentario.- 3. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegación de vulneración del art. 31.1 CE, y su comentario.- V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL VOTO PARTICULAR.- VI. PRINCIPALES CONCLUSIONES.- 1. Sobre la creación del ITSGF en el sistema tributario estatal y las CCAA.- 2. Sobre la tramitación parlamentaria del ITSGF.- 3. Sobre la vulneración del art. 9.3 de la Constitución Española. 4.- Por último, sobre los atributos del ITSGF: ni es solidario, ni es temporal.

I. INTRODUCCIÓN.

La reciente STC 149/2023, de 7 de noviembre, publicada en el BOE de 18 de diciembre, ha desestimado íntegramente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (en adelante, ITSGF), y se modifican determinadas normas tributarias.

Esta sentencia cuenta con cuatro votos particulares y, antes de su pronunciamiento, solvente doctrina y entidades del sistema económico y jurídico formularon reparaos al impuesto sobre la base de varios vicios de inconstitucionalidad[1]; a saber, en la tramitación parlamentaria, armonización en fraude de ley, falta de seguridad jurídica, los principio capacidad económica y no confiscatoriedad, y falta de respeto de competencias autonómicas.

El planteamiento del Gobierno de la Comunidad de Madrid para sostener la no adecuación del tributo a la Constitución se fundamentó en: (i) vulneración del art. 23.2 CE, por la falta de homogeneidad, respecto de la proposición de ley original, de la enmienda por la que se introdujo; (ii) infracción de los arts. 156.1

1 Sobre la creación del impuesto, Hay Derecho: https://www.hayderecho.com/2022/11/28/descubriendo-al-impuesto-de-las-grandes-fortunas/. Sobre los fraudes de ley en que incurre la LITSGF, Instituto de Estudios Económicos (en adelante, IIE): https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12119318/01/23/El-IEE-detecta-5-fraudes-de-ley-al-impuesto-a-las-Grandes-Fortunas-y-4-castigos-para-la-economia.html. Sobre la vulneración al principio de representación, improcedente armonización y vulneración de la seguridad jurídica, Asociación Española de Asesores Fiscales (en adelante, AEDAF): https://www.aedaf.es/Plataforma/Paper_21_13_07_23.pdf. Sobre la motivación política del impuesto, Ernst & Young: https://www.ey.com/es_es/the-cfo-agenda/impuesto-temporal-solidaridad-grandes-fortunas-cronica-nueva-controversia-tributaria-anunciada. (Consultados todos el 3/01/2024).

• Fernando Hernández Guijarro
Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: ferhergu@upv.es

(y, en conexión con este, del art. 137) y 157.3 CE, porque, en lugar de modificar el régimen de cesión del impuesto sobre el patrimonio, se crea el nuevo tributo para armonizar de manera impropia dicho impuesto cedido; (iii) vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, por establecer un impuesto con carácter retroactivo; (iv) infracción del art. 31.1 CE, por violar los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad; y, por último, (v) quebrantamiento de los principios de corresponsabilidad fiscal, coordinación y lealtad institucional del art. 156.1 CE. Finalmente, y tras los tramites y personaciones legalmente establecidas, el Tribunal Constitucional terminó desestimando el recuro.

Para hacer un cabal análisis de la sentencia referenciada comenzaremos con una sucinta exposición de la Ley Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (en adelante, LITSGF) y, a partir de éste, analizaremos los fundamentos de la STC, expondremos su voto particular y formularemos nuestras conclusiones.

II. EL IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS.

Como reza el Preámbulo de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, esta norma crea "el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas[2], que se configura como un impuesto complementario del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP), de carácter estatal, no susceptible de cesión a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), para gravar con una cuota adicional los patrimonios de las personas físicas de cuantía superior a 3.000.000 de euros".

Para comprender lo que supone en el sistema tributario español la aparición de este impuesto y su encaje en el sistema de cesión de tributos a las CCAA, conviene exponer los elementos determinantes del mismo y su confluencia e identidad con el IP, aprobado por la Ley 19/1991, de 6 de junio.

1. Naturaleza y objeto.

Según el art. 3.Uno de la ley, el ITSGF es un tributo de "carácter directo, naturaleza personal y complementario del Impuesto sobre el Patrimonio que grava el patrimonio neto de las personas físicas" de cuantía superior a la citada con anterioridad. El IP establece en su art. 1 que es un tributo de "carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas". Por lo que ambos impuestos comparten la misma naturaleza y objeto de gravamen (patrimonio neto). Quedando como única diferencia la cuantía sobre la que se aplica la escala de gravamen.

2 Publicado en el «BOE» núm. 311, de 28/12/2022, con entrada en vigor según DF 8ª el día 29/12/2022.

2. Hecho Imponible.

El art. 3. Tres del ITSGF constituye el Hecho Imponible del impuesto en la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo de un patrimonio neto superior a 3.000.000 de euros. A estos efectos, el art. 3 del IP lo fija en la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo, del patrimonio neto. De nuevo, nos vemos ante una identidad en el hecho imponible configurador de ambos tributos con la única diferencia, como ya se ha dicho, en la cuantía desde que se aplica la tarifa.

3. Sujeto Pasivo.

En el caso del sujeto pasivo, el art. 3.Cinco del ITSGF nos ahorra disquisiciones acerca del parecido entre ambos impuestos al señalar, directamente y sin tapujos, que son sujetos pasivos de este impuesto, y en los mismos términos, los que lo sean del IP conforme a su ley. Es decir, el ITSGF señala al mismo sujeto pasivo llamado a contribuir que el IP.

4. Base Imponible.

Por último, y en relación con la Base Imponible, el art. 3.Ocho del ITSGF dispondrá que constituye la base imponible de este impuesto el valor del patrimonio neto del sujeto pasivo. Siendo determinado éste por diferencia entre el valor de los bienes y derechos de que sea titular el sujeto pasivo y las cargas y gravámenes de naturaleza real, cuando disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos, y las deudas u obligaciones personales de las que deba responder el sujeto pasivo. Para la determinación de la base imponible de este impuesto resultarán aplicables las reglas contenidas en la ley del IP.

De nuevo, la LITSGF define con idénticos términos que la LIP la base imponible del impuesto y se remite a las reglas de éste para su determinación.

En definitiva, nos encontramos ante la existencia de dos impuestos estatales (IP e ITSGF) que gozan de la misma naturaleza y objeto, gravan el mismo hecho imponible y sujeto pasivo, y determinan la base imponible con las mismas reglas. Dicho de otra forma, nos hallamos ante un supuesto en el que el Estado está ejerciendo doblemente su poder tributario sobre un mismo hecho imponible, obligando en consecuencia a pagar dos veces el mismo Impuesto por la realización de un mismo hecho imponible[3]. Es cierto que el rendimiento de uno de ellos, el IP, está cedido a las CCAA en los términos de la LOFCA y la Ley 22/2009, pero dicha cesión es una decisión política que podría deshacerse en cualquier

3 Calvo Vérgez, J.: "Sombras de inconstitucionalidad sobre el nuevo Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Quincena Fiscal*, nº4, 2023.

momento. Lo más relevante para el análisis de la STC es que partimos de una la ley, la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, que creó un impuesto idéntico en su naturaleza y elementos tributarios a otro preexistente. Dando lugar con ello una doble imposición interna cuyo objetivo, a la luz de su efectiva recaudación[4], no parece participar de un cabal fin político y una correcta adecuación a los principios tributarios de orden constitucional; a saber, la generalidad e igualdad en la aplicación de los tributos.

III. PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

Como se ha dicho, la demanda impugna el art. 3 de la Ley 38/2022 por incurrir en diversos motivos de inconstitucionalidad; tanto formales, como materiales. Tal y como detalla la sentencia, la impugnación por razones formales se anuda a la tramitación parlamentaria seguida por el precepto, que fue introducido en el Congreso de los Diputados mediante una enmienda a propuesta de los grupos parlamentarios que sustentan al Gobierno eludiendo, por lo tanto, los trámites que debería haber seguido la norma de haberse introducido *ab initio* en la proposición de ley, como la posibilidad de debate parlamentario y enmienda por los restantes grupos.

También se denuncia que la disposición impugnada incurre en fraude de ley pues pretende evitar los trámites para la modificación de las condiciones de la cesión a las comunidades autónomas del Impuesto sobre el Patrimonio. El impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas no sólo se ha introducido mediante una enmienda desconectada del resto del articulado, sino que se ha creado para armonizar la tributación del patrimonio entre comunidades autónomas, eludiendo los trámites para modificar la cesión del impuesto sobre el patrimonio. Se afirma que, si el Estado quería modificar los términos de la cesión del impuesto sobre el patrimonio, debería haberse sometido al procedimiento previsto, que requiere la previa convocatoria y acuerdo de la Comisión Mixta entre el Estado y la Comunidad de Madrid y la modificación de las leyes por las que se cede el impuesto. En resumen, el nuevo tributo se ha creado con el exclusivo objeto de armonizar la tributación del patrimonio de las personas físicas, eludiendo, en fraude de ley, el procedimiento previsto en normas integrantes del bloque de constitucionalidad, como son el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y la Ley 22/2009.

4 Según los datos del Ministerio de Hacienda y Función Pública, casi el 90% de la recaudación ha sido aportada por los contribuyentes de la Comunidad de Madrid. Y si incluimos a Andalucía y Galicia, el coeficiente de recaudación sobre el total de España asciende a más del 95% entre las tres comunidades autónomas. Ver: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2023/S.E.HACIENDA/20-09-23-NP-Impuesto-Grandes-Fortunas.pdf (Consultado el 2/01/2024).

La demanda aborda también la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por establecerse el tributo con carácter retroactivo. Hay que recordar que el impuesto controvertido se devengará el 31 de diciembre de cada año y afectará al patrimonio neto del titular a dicha fecha. Dado que la Ley 38/2022 se publicó en el "BOE" de 28 de diciembre y entró en vigor al día siguiente, grava los grandes patrimonios, no ya en 2023, sino en el mismo 2022, con una retroactividad en grado medio que incide sobre situaciones preexistentes.

El recurso alega, en cuarto lugar, la infracción de los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad reconocidos en el art. 31.1 CE. Para ello, se parte de admitir que el patrimonio puede ser expresivo de capacidad económica. Sin embargo, una cosa es gravar una renta potencial y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal, dado que el referido principio quiebra en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente o ficticia. La demanda sostiene que el desajuste entre el rendimiento que la norma exige obtener a los patrimonios de los contribuyentes y el rendimiento real que estos pueden lograr atendiendo a la realidad del mercado es de todo punto irreal y resulta prácticamente inalcanzable. Para argumentar esto, compara la escala de gravamen del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas con los datos de rentabilidad de productos como los depósitos, los fondos de inversión garantizados, la deuda pública, los planes de pensiones y los índices de renta variable más importantes del mundo.

La última cuestión que se reprocha al impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas es que vulnera la autonomía política y financiera de las comunidades autónomas, así como los principios de corresponsabilidad fiscal, coordinación y lealtad institucional. En este sentido, y de conformidad con su objetivo declarado, el impuesto armoniza de forma impropia la tributación entre comunidades autónomas, afectando fundamentalmente a los contribuyentes de Madrid y Andalucía, pero también a los de otras comunidades que, con diferentes medidas legislativas, han ejercido sus potestades normativas en el marco del bloque de la constitucionalidad.

Expuestos los argumentos de la parte que interpuso el recurso tal y como los presenta la STC, en el siguiente punto se analizan los fundamentos del Tribunal Constitucional para desestimar el mismo. La sentencia abordará las objeciones planteadas conforme han sido planteadas. El Tribunal comienza haciendo una referencia al objeto del recurso y posiciones de las partes. Y, establecido el objeto del debate, pasará a ir desestimando las pretensiones de la actora uno a uno tal y como exponemos en el siguiente apartado.

IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA STC 149/2023 PARA DESESTIMAR EL RECURSO, Y SU COMENTARIO.

1. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración del art. 23.2 CE, y su comentario.

El tribunal argumenta básicamente que "los requisitos procedimentales de los proyectos de ley no hubieran sido exigibles en ningún caso, ya que el artículo impugnado se introdujo por vía de enmienda en la tramitación en el Congreso y la presentación de enmiendas no está sujeta a ninguna exigencia documental ni informe preceptivo". Y con relación al uso indebido de la enmienda para introducir un impuesto *ex novo*, se afirma que "la proposición creaba dos nuevas prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias cuyo objetivo era aumentar la contribución a las arcas públicas de determinadas empresas del sector energético (art. 1) y financiero (art. 2). Por tanto, la incorporación a dicho texto de una enmienda para establecer el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, con una finalidad recaudatoria (junto a la de armonización de la imposición patrimonial), sí presenta homogeneidad suficiente con el resto de las medidas de la proposición de ley, dado que también se encamina a incrementar los ingresos públicos en un contexto de crisis energética y de precios".

De los razonamientos ofrecidos por el Tribunal debemos destacar el reconocimiento expreso de la intencionalidad de armonizar la imposición patrimonial pues, dicha armonización mediante ley ordinaria tiene un difícil acomodo con la normativa que debe respetar toda armonización legislativa de esta naturaleza; a saber, la Constitución arts. 156.1, 157.1.a) y 157.3[5], y la LOFCA arts. 1 a 4, 10, 11 y 19 *in fine*, entre otros. Además, y respecto a la justificación de incrementar los ingresos públicos "en un contexto de crisis", con el debido respeto, resulta difícil de asumir dicha causa por cuanto el propio Gobierno de España afirmaba sobre la evolución de la economía española en 2022 (año de aprobación del ITSGF), que "la economía española mantiene un ritmo de fuerte crecimiento en el primer semestre del año en curso, impulsada por la creación de empleo, la inversión y el tono positivo del sector exterior"[6]; lo que supone, en consecuencia, un fuerte incremento de la recaudación por IRPF (empleo), el IVA (inversión) y el IS (tono positivo del sector exterior). Además, también afirmaba el Ejecutivo que "el PIB de la economía española registró elevados ritmos de avance en el

5 Siendo muy aleccionadora en este sentido la STC 65/2020, de 18 de julio, cuando afirmó que "una lectura conjunta del art. 156.1 CE sobre autonomía financiera autonómica, del art. 157.3 CE sobre delimitación de competencias financieras autonómicas mediante ley orgánica, y del art. 149.3 CE (al ser una materia no expresamente atribuida al Estado y, por tanto, asumible estatutariamente por las comunidades autónomas), se desprende que la hacienda privativa autonómica es no tanto una competencia que se reconoce a las comunidades autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autonómica".

6 Gobierno de España: "Informe de situación de la Economía Española 2022", *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, 2022, p. 6.

segundo semestre de 2021, promediando en el conjunto del año un crecimiento del 5,1%"[7]. Es decir, según el Gobierno de España, el crecimiento del PIB en 2021 era elevado y en 2022 manteníamos un fuerte crecimiento económico. Y a su vez, "a partir de abril (2022), las medidas adoptadas por el Gobierno consiguen frenar la aceleración de los precios energéticos y la electricidad"[8]. En consecuencia, la justificación económica dada para la creación del ITSGF, a nuestro juicio, está lejos de los argumentos mostrados por los partidos políticos que presentaron la proposición de Ley núm. 271-1, de 30 de agosto (número de expediente 122/000247), la enmienda 99 y que, a la sazón, formaban el Gobierno de España.

Junto al desajuste entre los motivos económicos alegados por los partidos que forman el Gobierno (y asumidos por el TC) para crear el ITSGF y los alegados en el informe del propio Gobierno, resulta también difícil asumir la necesidad de aumentar los ingresos públicos cuando, en paralelo, nos encontramos en un escenario en el que, según el referido informe: "se estima que España podría reducir su gasto público en un 14% y seguir ofreciendo el mismo nivel de servicios públicos si lograra mejorar su eficiencia hasta alcanzar niveles similares a los de la media de la OCDE. Ello supondría un ahorro de recursos del orden de unos 60.000 millones de euros"[9]. Es por todo ello que la razón mostrada para el establecimiento del ITSGF no encaja con un argumento coherente económicamente y lógico presupuestariamente[10]. Con el ITSGF "se trata no tanto de compensar la reducción de la recaudación impositiva originada por la crisis, reducción que no se ha producido, sino, más bien, de abrir cauces para transmitir mensajes netamente políticos de imposición sobre los ciudadanos de patrimonio elevado y para financiar un gasto público desordenado"[11].

El Tribunal también avala la creación de un impuesto por enmienda porque "el objeto del proyecto era una serie de medidas tributarias, de forma que cabía apreciar la vinculación entre una enmienda que establece un tributo nuevo y un texto que modifica otros existentes". Es decir, le basta al Tribunal de garantías que la temática del texto legislativo en trámite sea de carácter tributario para que mediante enmienda, se introduzca un nuevo tributo que nada tiene que ver con los previstos en el proyecto o proposición. Este criterio jurídico es tan amplio

7 Ídem.

8 Gobierno de España, "Informe de situación de la Economía Española 2022", cit., p. 14.

9 Instituto de Estudios Económicos: "Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2022, p. 16.

10 Hay que añadir también que carece de sentido justificar el impuesto por necesidad de recaudar más en tiempo de crisis, cuando los niveles de ingresos tributarios se han ido incrementando de manera considerable como consecuencia de la alta tasa de inflación (o crisis de precios como dice la STC) Ver: https://elpais.com/economia/2023-05-29/el-gobierno-recaudara-casi-12000-millones-este-ano-por-la-inflacion.html (Consultado el 4/01/2024). Es precisamente la causa que se alega para crear el impuesto (incremento de los precios) la que hizo que la recaudación tributaria se incrementase, y no tanto al revés.

11 Ruíz Gallud, S.: "El nuevo impuesto sobre el patrimonio: los pies de barro de una figura política sin fundamento jurídico ni económico", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 109.

y abierto que, de consolidarse, dejaría un amplio espacio de arbitrariedad en materia de regulación fiscal por el que bastaría la simple reforma de un tributo para ir aprobando sistemáticamente, y mediante enmiendas, impuestos distintos sin consultas o estudios sobre éstos, participación ciudadana, ni la memoria del análisis de impacto normativo del impuesto[12]. Todo ello amén de cercenar la opción de solicitar informes a los órganos constitucionales previstos para ello. Me refiero al Consejo de Estado y al Consejo General del Poder Judicial. Instituciones con funciones consultivas que velan por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 107 CE, art.2 LOCE y 561.1 LOPJ).

Además de lo anterior, no hay que dejar pasar la crítica al procedimiento por el que "el Ejecutivo, al optar por encauzar su iniciativa legislativa por la vía de las proposiciones, se procura una tramitación acelerada de los mismos, eludiendo deliberadamente determinados trámites obligatorios que, sin embargo, afectan necesariamente a los proyectos de ley, como la posibilidad de enmienda y debate parlamentario por los restantes grupos sobre dicho texto"[13]. Y junto a lo anterior, "la canalización del ITSGF, mediante enmienda a una proposición de ley, se caracteriza por abreviar tanto su tramitación que las posibilidades de entablar el debate político se recortan drásticamente y redunda, al final, en que, al impedirse a los parlamentarios debatir en libertad, se vulnera el art. 23.2 de la Constitución, en el bien entendido de que, en puridad, lo que realmente se termina vulnerando es el derecho de los ciudadanos a verse representados y a participar indirectamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)"[14].

En definitiva, sostener que la creación de un impuesto puede hacerse con su incorporación súbita e inaudita[15] en una enmienda en la tramitación de un texto legislativo, porque dicho texto contiene "medidas tributarias", a nuestro juicio, no tiene fácil acomodo en un Estado de Derecho que respete adecuadamente las garantías parlamentarias y ciudadanas. Este proceder "elude deliberadamente el conjunto de mecanismos de garantía de la calidad normativa anteriormente referidos, al tiempo que socava indebidamente las facultades de enmienda de los restantes grupos parlamentarios, propiciando un déficit democrático en el proceso de elaboración y aprobación de una norma tributaria con rango legal, mediante el

12 Esta memoria, establecida por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, debe acompañar a los anteproyectos de ley y obedece a los principios de buena regulación del art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

13 Almudí Cid, J. M., "El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas: Adecuación a la Constitución, los convenios para evitar la doble imposición y el Derecho de la Unión Europea", *AEDAF*, Paper 21, 2023, p. 18.

14 Alonso González, L.M.: "Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 33.

15 García Novoa, C.: "Los visos de inconstitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (impuesto de solidaridad)", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 50.

que se desvirtúa la garantía de autoimposición consagrada en el artículo 31.3 de la Constitución"[16].

A la luz de todo lo expuesto, y pese al aval dado por el TC, entendemos que el procedimiento seguido para aprobar el ITSGF vulnera principios y garantías elementales del trámite y procedimiento legislativo, debilita la seguridad jurídica y la buena fe que debe operar en la actuación de todos los Poderes Públicos. Por último, y no menos importante, el respaldo a dicho actuar supone el debilitamiento de las funciones de otros órganos de relevancia constitucional, como el Consejo de Estado, que coadyuvan en la formación de las normas jurídicas[17].

2. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración de los arts. 156.1 y 157.3 CE, y su comentario.

Para responder de forma negativa a la alegación del demandante sobre la alteración unilateralmente de los términos de la cesión del impuesto sobre el patrimonio, el Tribunal argumenta y concluye que: "(i) el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas persigue mantener (para los patrimonios superiores a 3000000 €) el nivel de tributación derivado de la normativa estatal del impuesto sobre el patrimonio; (ii) el importe del nuevo tributo será cero, salvo si las competencias autonómicas en el impuesto sobre el patrimonio se han ejercido a la baja; y (iii) el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas no afecta a la cuantificación del impuesto sobre el patrimonio resultante de dichas competencias ni, por tanto, a los ingresos que las comunidades autónomas obtienen con este".

Para sostener esto argumenta que "la autonomía financiera reconocida por el art. 156.1 CE y su concreción en la normativa reguladora del vigente sistema de financiación permiten a las comunidades autónomas reducir a cero la tributación en el impuesto sobre el patrimonio de los residentes en su territorio, introduciendo una bonificación del 100 por 100 de la cuota; pero no les ampara para impedir que las Cortes Generales, en el ejercicio de sus competencias, establezcan un impuesto como el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, con un objetivo recaudatorio y armonizador". Esta exposición, si consideramos la LOFCA -ley orgánica que habilita la asunción por las comunidades autónomas de la competencia normativa del IP en la determinación de mínimo exento y tarifa, deducciones y bonificaciones-, puede inducir a la conclusión de que la

16 Almudí Cid, J. M.: "El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", cit. p. 19.

17 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, establece en su art. 2.1 que "el Consejo de Estado ha de velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico", y su función y participación en la elaboración de disposiciones de carácter general no debe quedar en mero formalismo, sino en una muestra más de respeto a su función profiláctica o preventiva en el proceso de producción normativa. Siendo más relevante si cabe su actuación consultiva cuando, como en el caso analizado en el STC comentada, se debate la creación *ex novo* de un impuesto y el posible conflicto de competencias entre entes públicos territoriales.

autonomía financiera de éstas y su competencia normativa tributaria sólo cabe, o es constitucionalmente adecuada, para mantener o subir los tributos cedidos. Porque, en el caso de establecer una comunidad autónoma cualquier medida tendente a mitigar el esfuerzo fiscal de los contribuyentes de su territorio, el TC admite que el Estado pueda, por ley ordinaria, suplantar dicha competencia por la vía de crear otro impuesto con idéntico objeto para anular los efectos de la cesión y la ley autonómica dictada en su ejercicio. Es por ello que la aprobación del ITSGF "implica una intromisión en las competencias normativas de las CCAA de régimen común en el IP, reguladas en los arts. 19.2 b) de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y 47 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (Ley de cesión), que les otorga la determinación sobre mínimo exento, tarifa, deducciones y bonificaciones"[18].

En definitiva, la conclusión de la STC analizada parece amparar una autonomía financiera autonómica tutelada en el caso de reducir o bonificar ésta los tributos. De esta forma, cuando el Parlamento español no participe de las decisiones tributarias del Parlamento autonómico tendentes a moderar la fiscalidad de sus ciudadanos, podrá solapar dichas decisiones creando otro impuesto sobre el mismo hecho imponible y hacerse acreedor de dicha recaudación. Justificación ésta que deja sembrado el campo de la arbitrariedad política y anulación, de facto, de las decisiones de las Asambleas legislativas autonómicas en materia de cesión de tributos cuando no sea para mantener o incrementar la carga tributaria a sus residentes. Todo ello amén de la injerencia al principio de jerarquía normativa al puentearse la cesión tributaria de la LOFCA mediante una ley ordinaria.

Nótese que el razonamiento que subyace en esta sentencia podría, llegado el caso, aplicarse a otras materias cedidas a las CCAA y que sean competencia o potestad del Estado (art. 148 CE). Es decir, existiendo una Ley orgánica que transfiere la competencia de una materia a un territorio, o a todos (art. 150.2 CE), si la decisión que en el ejercicio de esa cesión no fuese del agrado del Parlamento español podría, con una ley ordinaria, crear una situación jurídica distinta de la determinada por la CCAA en el ejercicio de dicha cesión. De esta manera se terminaría reestableciéndose el criterio del Parlamento español previo a la cesión y la ley autonómica. Pudiendo calificarse dicha medida como un fraude a la Ley orgánica de cesión de las competencias.

Por último, concluye el fundamento de la sentencia afirmando que "baste reiterar, una vez más, que los ingresos del impuesto sobre el patrimonio para cada

18 Gorospe Oviedo, J. I.: "Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 78.

comunidad —en concreto, para la Comunidad de Madrid— dependerán de las opciones legislativas que esta adopte sobre dicho tributo, sin que la creación del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas suponga cambio alguno al respecto" y que por ello "tal conflicto no existe, ya que no se ha cuestionado la competencia de las comunidades autónomas para bonificar íntegramente el impuesto sobre el patrimonio". Este razonamiento pone de manifiesto el grave error en que incurre la sentencia. Es evidente que la creación del impuesto a las grandes fortunas afecta a las CCAA. De hecho, el propio fundamento pone de manifiesto que viene a sustituir la decisión legislativa de la comunidad de dejar bonificado el Impuesto sobre Patrimonio porque, con el nuevo impuesto, dicho gravamen se exige íntegramente en dicho territorio. Esta conclusión no resulta difícil de asumir si tenemos en cuenta que ambos impuestos (IP y ITGF) tienen el mismo objeto (gravar el patrimonio neto de las personas físicas) y hecho imponible (la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo de un patrimonio neto). Y si esto no fuera suficiente, para determinar la Base Imponible del ITSGF, su ley de creación se remite al IP.

En consecuencia, la finalidad del nuevo tributo es reestablecer el impuesto cedido por otro solapado con idéntica naturaleza y objeto, y lo único que cambia es el sujeto activo que pasa a ser la AEAT, en lugar de la CCAA que recibió la cesión del IP por ley orgánica y decidió bonificar el mismo. Por ello, "el establecimiento del ITSGF supone desvirtuar las deducciones y bonificaciones establecidas por las CCAA. En definitiva, una especie de fraude de ley frente a la LOFCA"[19].

3. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegación de vulneración del art. 31.1 CE, y su comentario.

Sobre este motivo de impugnación el tribunal hace una exposición de las sentencias de dicho órgano sobre la capacidad económica. A tal efecto, pone de manifiesto la doctrina que la presenta "como 'fundamento' de la imposición, este principio exige gravar un presupuesto de hecho revelador de capacidad económica"[20], "bastando con que 'dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo'"[21]. Por otra parte, también hace referencia a que dicho principio tiene una vertiente "de 'criterio, parámetro o medida' de la imposición", por ello, debe considerarse "la capacidad económica no solo en la elección de los hechos imponibles, sino también en la de los métodos impositivos o medidas técnicas

19 Martín Fernández, J.: "Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 70.

20 SSTC 276/2020, de 16 de noviembre, y 62/2015, de 13 de abril.

21 SSTC 26/2017, de 16 de febrero, 59/2017, de 11 de mayo, y 126/2019, de 31 de octubre.

que, partiendo de la realización de esa manifestación de capacidad económica tipificada, conduzcan a la determinación de la cuantía del tributo"[22].

Tras esta exposición que compartimos íntegramente, el Tribunal Constitucional concluye que "el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas es un impuesto sobre el patrimonio, que tendría efecto confiscatorio solo en caso de agotar el valor del mismo" (sic), es decir, en los impuestos sobre la riqueza el tribunal entiende que, en tanto no se grave el 100% del valor del patrimonio neto, no puede darse la confiscatoriedad. Esta conclusión recogida en la sentencia viene a consagrar una habilitación al legislador para exigir el pago de casi todo el patrimonio de los ciudadanos bajo la excusa de que no lo agota del todo. Ante esta premisa cabe preguntarse si con este fundamento podría establecerse un tipo del 50% en el IP o ITSGF. De entrada, y según la justificación dada por el TC, parece que sí. Tras dicha imposición, no se ha agotado el valor del patrimonio del sujeto pasivo. De hecho, tras pagar el impuesto, aún le quedaría al sujeto pasivo el otro 50% de su patrimonio. Vamos entonces un poco más lejos: ¿y si fuera el tipo impositivo del 75%? ¿o del 99%?, no podría, en función de la doctrina establecida, hablarse de confiscación. En ambos casos seguiría disponiendo el contribuyente de un 25% o 1% de su riqueza respectivamente. Por lo que no se habría agotado ésta. Vaya por delante que este planteamiento asumido por el Tribunal nos parece del todo desproporcionado e incompatible con un sistema económico que respete la propiedad privada y la libertad de empresa[23].

Es cierto que la sentencia analizada parte de la poco acertada STC 150/1990, de 4 de octubre, la cual, haciendo referencia a la posible infracción del principio de no confiscatoriedad estableció que "el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades". Esta sentencia pone como ejemplo de infracción de este principio un sistema tributario donde el IRPF "alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta". Supuesto este que, como ya denunciamos, "para darse esa situación -tipo medio 100%-, supondría la existencia de tipos marginales superiores al cien por cien, y ello se traduciría en un sistema tributario más que confiscatorio, pues a determinados niveles de renta se sancionaría la obtención de la misma al exigir una cuota tributaria superior a la base imponible"[24]. Opinión distinta nos merece la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 22 de junio de 1995, que entendió que "la imposición, para no incurrir

22 STC 182/2021, de 26 de octubre.

23 Principios y derechos que, además de su protección constitucional, son recogidos en el art. 1 del Protocolo Número Uno del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para evitar tributaciones desproporcionadas o contrarias a los principios generales del derecho internacional.

24 Hernández Guijarro, F.: *Impugnación de las Ordenanzas Fiscales, Francis Lefebvre*, 2015, p. 60.

en la prohibición de confiscatoriedad, no puede superar un límite aproximado del 50% de los rendimientos"[25].

Entrando ya al análisis de la posible infracción de la capacidad económica en relación con la prohibición de confiscación en la tributación por los dos impuestos, aunque la exposición de motivos de la Ley 38/2022 se afirma que se evita la doble imposición, ya que los sujetos pasivos del ITSGF sólo tributarán por la parte de su patrimonio que no haya sido gravado por su Comunidad Autónoma, lo bien cierto es que, en este caso, "el contribuyente poseedor de un patrimonio ya tributó por el IRPF, como manifestación directa de aquella cuando obtuvo la renta con la que lo adquirió, o por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) cuando lo obtuvo gratuitamente. Es cierto que el objeto económico del ITSGF es el patrimonio y no la renta, pero si para pagarlo hay que utilizar la renta gravada en los otros impuestos puede haber un exceso de imposición, como se deduce del límite de la cuota íntegra fijado en su art. 12. Además, una gran parte del patrimonio, constituida por bienes inmuebles, ya tributa mayoritariamente en la imposición local a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y como renta imputada en el IRPF, lo que implica una doble o hasta triple tributación"[26].

Como reconoce la doctrina, el IP (y ahora el ITSGF) supone de entrada una doble imposición[27] puesto que todo activo patrimonial titularidad de una persona física lo es, por su trabajo laboral o profesional (gravado por el IRPF), como consecuencia de un rendimiento o ganancia patrimonial (sujeto también al IRPF), o como consecuencia de una donación o sucesión (sujeta al ISD). A su vez, "conceptualmente se está tributando por hechos que ya están gravados, a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) o del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, o de los rendimientos presuntos en renta, por ejemplo. Todos ellos son, en realidad, impuestos sobre el patrimonio. La propuesta de un Impuesto sobre Grandes Fortunas supone, en la práctica, una triple imposición, conculcando todo planteamiento de justicia tributaria"[28].

Para terminar este apartado sobre capacidad económica y posible confiscatoriedad del ITSGF deberemos tener en cuenta, tal y como denunció la doctrina en cuanto se conoció su texto, que "el doble impuesto mínimo sumado a la cuota del IRPF puede superar el 60% de la base imponible de este impuesto, sin una justificación objetiva y razonable, gravando una capacidad económica

25 Menéndez Moreno, A.: "El marco constitucional de la financiación de las comunidades autónomas", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario, 2004, p. 489.

26 Gorospe Oviedo, J. I.: "Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", cit., p. 81.

27 Martín Fernández, J.: "Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", cit., p. 68.

28 Corona Ramón, J. F.: "El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas. Una visión desde los principios impositivos y la competitividad fiscal", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p 103.

ficticia"[29]. Y aunque resultan aplicables las reglas sobre el límite de la cuota íntegra del IP, como establece el art.3.Doce, "si bien, en el supuesto de que la suma de las cuotas de los tres impuestos supere el límite anterior, se reducirá la cuota de este impuesto hasta alcanzar el límite indicado, sin que la reducción pueda exceder del 80 por 100", de aquí que, "si el tributo se aplica con carácter definitivo, sin limitación únicamente a dos ejercicios, puede llegar a ser confiscatorio"[30].

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL VOTO PARTICULAR.

Vaya por delante nuestra coincidencia con los fundamentos del voto particular; tanto desde un punto de vista formal, como material. En efecto, tras el actual pronunciamiento del TC que aborda sucintamente, y en algunos casos en contra de su propia doctrina, cuestiones tan relevantes como las analizadas en el recurso planteado, surge con vigor una visión constitucional que defiende el respeto al procedimiento parlamentario, a las garantías jurídicas y a una armonización entre los poderes del estado en materia tributaria. En definitiva, una firme defensa del principio limitativo de poder como principio esencial del constitucionalismo[31] y a una visión de la democracia liberal frente a la democracia dogmática[32]. Por dicho motivo, nuestra posición jurídica participa del fallo y razonamientos jurídicos que propone la minoría frente al de la mayoría.

La primera cuestión que queremos destacar del voto particular es su extensión; más del doble que la dedicada en los fundamentos de la sentencia de la mayoría. Una extensión formal que va acompañada también de un profundo y extenso razonamiento jurídico. En efecto, llama poderosamente la atención que los argumentos constitucionales del voto particular son, en calidad y cantidad[33], muy superiores a los vertidos en la sentencia analizada. Es de advertir que la importancia y trascendencia de las cuestiones analizadas bien merecen dicha labor. Por ello, hay que valorar la importancia de los cimientos constitucionales que deja el citado voto particular. Pudiendo ser la semilla que hoy queda sembrada para florecer cuando el TC, conociendo de nuevo situaciones análogas, pueda matizar

29 Gorospe Oviedo, J. I.: "Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", cit., p. 82.

30 Martín Fernández, J.: "Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", cit., p. 73.

31 García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *Aranzadi*, 2006, p. 52.

32 Hayek, F.: *Los Fundamentos de la Libertad*, *Alianza Editorial*, Madrid, 2020, p. 171. Para este autor, "los demócratas dogmáticos, en particular, creen que cualquier mayoría corriente debería tener derecho a determinar cuáles son sus poderes y cómo ejercitarlos, mientras que los liberales consideran muy importante que los poderes de cualquier mayoría temporal se hallen limitados por principios".

33 Los fundamentos jurídicos de la STC 149/2023, de 7 de noviembre (BOE de 18/12/23), se recogen entre las páginas 167071 y 167083, por lo tanto, se extienden sobre 12 páginas. Sin embargo, los fundamentos del voto particular comienzan en la 167084 y llegan a la 167115, es decir, 31 páginas. Como afirma el propio voto discrepante "la extensión del presente voto particular es directamente proporcional a la gravedad de la situación que se analizaba y al preocupante contenido de la sentencia que la ha validado", porque "lo que se ha ventilado en el presente asunto ha sido la vigencia misma del Estado democrático de Derecho".

o corregir los criterios de la STC 149/2023, de 7 de noviembre, y recuperar las posiciones que, a nuestro juicio, no debió dejar atrás.

A la hora de dejar un comentario sobre los fundamentos jurídicos del voto particular referenciado, nada mejor que transcribir el propio resumen que hacen sus autores en los votos particulares emitidos en las SSTC 170/2023 y 171/2023, de 22 de noviembre, dictadas frente a los recursos interpuesto contra el mismo ITSGF por los Gobiernos de la Junta de Andalucía y la Xunta de Galicia. Ciertamente, la magnitud y profundidad de los razonamientos jurídicos quedan expuestos íntegramente en la sentencia que ahora comentamos, y que recomendamos abiertamente su lectura. No obstante, el siguiente resumen extracta la posición de los cuatro Magistrados autores de éste:

"Las razones de nuestra discrepancia son las expuestas en el voto particular conjunto que formulamos a la STC 149/2023, de 7 de noviembre, a la que la presente sentencia se remite en cuanto procede. En consecuencia, no consideramos necesario reiterar en detalle los argumentos que en dicho voto particular se contienen (cuya extensión resultaba justificada por la gravedad del problema constitucional planteado), siendo suficiente con remitirnos a aquel, resumiendo los motivos por los que entendemos que este tribunal debió declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del precepto legal impugnado.

En primer lugar, porque el precepto legal impugnado vulnera la autonomía financiera y política de las comunidades autónomas, garantizada por los arts. 2, 137, 156.1 y 157.3 CE, al neutralizar la defensa de los intereses respectivos en el ejercicio de las competencias propias. El art. 19.2 b) de la Ley Orgánica de financiación de las comunidades autónomas, que forma parte del bloque de la constitucionalidad, prevé que las comunidades autónomas puedan asumir las bonificaciones del impuesto sobre el patrimonio, y la Ley 22/2009 determina que se ceden a aquellas las competencias normativas en materia de bonificaciones de la cuota en el impuesto sobre el patrimonio. La «armonización» pretendida por la Ley 38/2022 con la creación del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas pretende neutralizar las bonificaciones en el impuesto sobre el patrimonio establecidas por algunas comunidades autónomas, sin seguir el procedimiento establecido para la modificación de las condiciones de cesión del impuesto sobre el patrimonio, que es un impuesto cedido, vulnerando así la autonomía política y financiera de estas, que comprende la opción de bonificar los tributos cedidos.

En segundo lugar, porque la forma de aprobación de la iniciativa legislativa controvertida que ha dado lugar a la Ley 38/2022 supone un neto menosprecio al principio democrático, a los derechos de representación política de las minorías y al principio de legalidad tributaria. El precepto legal impugnado incurre en vulneración de los arts. 1.1, 23.2, 66.2 y 87.1 CE, al haberse introducido la

regulación impugnada mediante enmienda que no guarda la conexión mínima de homogeneidad exigible con la proposición de ley que dio lugar a la Ley 38/2022, de 27 de diciembre. Es cierto que en las SSTC 209/2012, de 14 de noviembre, y 59/2015, de 18 de marzo, se desestimaron tachas similares, pero fue porque en aquellos casos las enmiendas creaban tributos y los proyectos de ley versaban sobre medidas tributarias. Por el contrario, en el presente caso, pese a lo afirmado en la sentencia de la que disentimos, no existe la conexión de objeto y materia constitucionalmente exigible (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8) entre la enmienda que introdujo el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas y los gravámenes previstos en la iniciativa legislativa, que no tenían carácter tributario.

Por último, porque el precepto impugnado vulnera el principio de seguridad jurídica, reconocido por el art. 9.3 CE, y la protección de la confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de los poderes públicos que de él se derivan, por la sorpresiva aplicación del impuesto impugnado. Frente a lo afirmado por la sentencia de la que disentimos, resulta que, conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas se aplica a todo el ejercicio 2022, casi agotado cuando entra en vigor dicha ley (el 29 de diciembre de 2022, día siguiente a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»), lo que ha impedido a los sujetos pasivos del impuesto ordenar sus relaciones económicas con tiempo suficiente. Además, la creación del nuevo impuesto no era previsible, ya que no se pudo conocer realmente como pronto hasta la publicación de la enmienda en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 18 de noviembre de 2022, lo que abunda en la infracción del principio constitucional de seguridad jurídica (por todas, STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3).

En definitiva, ni toda razón política puede vestirse, sin más, de una legitimación constitucional, ni el poder financiero del Estado puede desconocer, so pretexto de ser soberano, el ámbito competencial propio de las comunidades autónomas, socavando de forma ilegítima su autonomía política constitucionalmente consagrada, ni, en fin, el poder público puede traicionar abiertamente las expectativas generadas en los ciudadanos de cara al cumplimiento de las obligaciones impuestas". Dicho está.

VI. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

1. Sobre la creación del ITSGF en el sistema tributario estatal y las CCAA.

La creación del ITSGF como impuesto estatal duplicado[34] del IP crea una disfunción tributaria nunca vista en nuestro ordenamiento fiscal. Como se ha

34 García Novoa, C.: "Los visos de inconstitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (impuesto de solidaridad)", cit., p. 56.

demostrado con los datos de recaudación proporcionados por Ministerio de Hacienda y Función Pública, la inmensa mayoría de los ingresos han provenido de las CCAA que, libre y democráticamente, aprobaron por Ley las bonificaciones en el IP autorizadas por la propia normativa estatal. Sin embargo, ejercida las competencias por estas CCAA, ha sido el Parlamento de la nación el que ha exigido a los ciudadanos de esos territorios el tributo con la argucia legislativa de crear un gemelo impositivo del IP denominado ITSGF. Este artificio normativo ha tenido como resultado que la capacidad recaudatoria de este último impuesto despliegue efectos, básicamente, en los territorios en los que se aprobaron los beneficios fiscales o tarifarios que permitía la LOFCA y la Ley 22/2009[35]. Y con ello, además de poner de manifiesto las verdaderas intenciones del impuesto, se orillaba el art. 31 de la Ley 22/2009 que establecía expresamente la cesión a cada CCAA del rendimiento del IP producido en su territorio[36]. De esta forma, el rendimiento del impuesto sobre el patrimonio de los residentes de los territorios que aprobaron menor carga tributaria por el IP fue exigido y cobrado por el Estado con otro impuesto idéntico llamado ITSGF.

Este artificio tributario, avalado por el TC, ha abierto la posibilidad de que cualquier tributo cedido a las CCAA pueda ser replicado por el Estado con otro gravamen creado con una sutil justificación, engalanada denominación y con la finalidad de cobrar lo que una comunidad autónoma, en el ejercicio de sus competencias, decida incentivar o beneficiar fiscalmente a sus residentes. Y todo ello, además, sin el menor aprecio al Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y a la Junta Arbitral previstos en los arts. 3 y 24 de la LOFCA.

Siguiendo el razonamiento de la sentencia comentada ¿validaría el Tribunal la creación de otro impuesto estatal de naturaleza directa y subjetiva, que gravase los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, tal y como se establece en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones?[37] Dicho de otra forma ¿declararía el máximo intérprete de la Constitución como válido, por ejemplo, la aprobación de una supuesta Ley del Impuesto Transitorio de Fraternidad de las Herencias o Dádivas (IHD) recibidas? Estando definido éste como un impuesto complementario al ISD, de forma que el Estado pudiese cobrarlo en las CCAA que, en el ejercicio de sus competencias en los tributos cedidos, hubiesen establecido alguna reducción, bonificación o deducción en el

35 Concretamente los arts. 11.b) y 19.b) de la LOFCA, y arts. 25. B) y 26.A).a) de la Ley 22/2009.

36 El art. 31.2 de la Ley 22/2009, considera "producido en el territorio de una Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre el Patrimonio que corresponda a aquellos sujetos pasivos que tengan su residencia habitual en dicho territorio".

37 Nótese que la cesión del IP y el ISD a las CCAA por la LOFCA y la Ley 22/2009 es análoga. Por lo que, de entrada, no habría diferencia entre la creación del ITSGF y el imaginario tributo al que hacemos referencia como el Impuesto Transitorio de Fraternidad de las Herencias o Dádivas.

impuesto sobre sucesiones o donaciones. Pues, de entrada, y en virtud de los razonamientos de la mayoría del Tribunal, parece que sería viable. Y aunque parte de la justificación de su aprobación fuese su temporalidad por una crisis energética y de precios[38], ya hemos visto que el Gobierno podría, llegado el caso, prorrogar el mismo sin ningún problema con un Decreto-Ley.

No queremos dar ideas. Pero el planteamiento de la aprobación del imaginario IHD, mediando enmienda o no, carecería de obstáculo constitucional a la luz de la STC 149/2023, de 7 de noviembre. Y así podríamos seguir haciendo supuestos de creación de impuestos estatales duplicados sobre la base de otro impuesto estatal de idéntica naturaleza y objeto, pero cedido a las CCAA.

2. Sobre la tramitación parlamentaria del ITSGF.

Tal y como lo ha definido parte de la doctrina, lo visto y vivido en la tramitación y aprobación del ITSGF es un claro ejemplo de filibusterismo parlamentario[39]. Un procedimiento de creación normativa que se podría exponer y analizar en la Academia como ejemplo de producción legislativa con sobresaliente *cum fraude*[40] o de fraude de ley monumental[41]. Sin embargo, la mala noticia para el Derecho -con mayúsculas-, es que la práctica llevada a cabo por los grupos parlamentarios proponentes de la ley, y la enmienda correspondiente, ha sido convalidada por el Tribunal Constitucional. Por ello, los que no compartimos el fallo, pero sí creemos y defendemos el Estado de Derecho, respetamos y acatamos la sentencia. Lo que no impide, obviamente, discrepar de ésta con rigor y sobre la base de fundamentos y razonamientos jurídicos. Como dice el autor, "corren tiempos de legisladores ignorantes e insensatos que ponen a los profesores y jueces en aprietos muy delicados"[42]. En este sentido, los juristas tenemos un papel que jugar en este caso; "hoy las leyes, todas las leyes, las buenas y las malas, pertenecen a los legisladores hasta que se publican en el Boletín Oficial. A partir de ese momento pasan a ser

38 Como ya expusimos anteriormente, resulta paradójico que la crisis energética y de precios fuese la causa, precisamente, del gran incremento de la recaudación tributaria y no así la creación del ITSGF. En cifras, la inflación hizo que Hacienda recaudase 32.000 millones extra, y el ITSGF recaudó 624 millones. Visto los reales efectos de la inflación sobre la recaudación fiscal del Estado, igual, lo más oportuno y sensato hubiese sido bajar los impuestos más sensibles al consuno (IVA) o el que afecta a la disposición de renta (IRPF), y no seguir por la senda de crear más tributos duplicando los existentes. Sobre la recaudación impositiva extra ver: https://www.expansion.com/economia/2022/12/01/6387b875468aebb47e8b4617.html (consultado el 6/01/2024). Y sobre la recaudación del ITSGF ver: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2023/S.E.HACIENDA/20-09-23-NP-Impuesto-Grandes-Fortunas.pdf.

39 Almudí Cid, J. M.: "El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", cit. p. 20.

40 Hasta 5 fraudes se denuncian en los trabajos de ilustres catedráticos de Derecho Financiero y Tributario que se recogen en el núm. 1, 2023, de la Revista del Instituto de Estudios Económicos. A saber; fraude en su aprobación como enmienda, fraude su la pretendida urgencia, fraude en la armonización, fraude a la seguridad jurídica y fraude a los principios de buena regulación (arts. 129 y ss. LPAC).

41 Alonso González, L.M.: "Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", cit., p. 28.

42 Nieto, A. y Fernández, T-R.: *El Derecho y el Revés*, Ariel, Barcelona, 2010, p. 70.

nuestras, de todos los operadores jurídicos, y quedan por ello a expensas de nuestro trabajo, que unas veces contribuye a moldearlas y otras incluso termina por destruirlas'"[43].

Como afirma una de las voces más autorizadas de la doctrina en el ámbito del Derecho Administrativo: "hoy repugna a la razón pasar por alto la eventual violación de las leyes de la lógica, que están más allá, como es obvio, del poder de disposición de Legislador alguno o aceptar como buenas medidas legales que "desnudan un Santo para vestir otro", sacrificando valores que la Constitución protege en beneficio de otros del mismo o superior rango sin más razón que la que resulta de una determinada coyuntura de la aritmética parlamentaria'"[44]. Lo que no imaginaba el autor referenciado era que dicha violación de la lógica fuese bendecida, precisamente, por la mayoría de los miembros del máximo órgano encargado de interpretar la Constitución. Porque "si la prohibición constitucional de arbitrariedad que formula el artículo 9.3, *in fine*, de la Norma Fundamental tiene algún significado, y es innegable que lo tiene, ese significado no es otro que el de expulsar de nuestro sistema jurídico-político cualquier expresión del poder público que no cuente con el fundamento adicional de la razón, esto es, cuyo único apoyo sea la mera voluntad y la fuerza o la autoridad formal de quien lo ejercita'"[45]. Y ésta última causa ha sido la verdadera impronta que ha llevado la enmienda que introdujo el ITSGF.

Por todo lo expuesto, confiemos en que los postulados de la doctrina que unánimemente criticó la forma en que se tramitaba el ITSGF y el fondo de éste, los razonamiento jurídicos del voto particular de la STC 149/2023, de 7 de noviembre, y los operadores jurídicos contrarios al pronunciamiento de la citada sentencia, contribuyamos eficazmente al cambio de criterio del Tribunal en el futuro y que un Legislador, más docto o profesional, configure los trámites legislativos y las competencias territoriales en materia tributarias de manera garantista, participativa y coordinada con todos los poderes públicos intervinientes o afectados.

3. Sobre la vulneración del art. 9.3 de la Constitución Española.

La Constitución Española es un texto eminentemente principial, y por ello podemos citar gran cantidad de referencias a principios jurídicos en su articulado; entre otros, los previstos en el art. 9.3 CE que fueron objeto de aplicación en la sentencia comentada. La importancia de estos ha sido constantemente destacada porque "es literalmente imposible la existencia de un sistema jurídico sin la concurrencia de ese acervo principial, pues ninguno podría funcionar al margen

43 Nieto, A. y Fernández, T-R.: *El Derecho y el Revés*, cit., p. 106.

44 Fernández, T-R.: *De la Arbitrariedad del Legislador*, Civitas, 1998, p. 38.

45 Fernández, T-R.: *Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial*, Iustel, 2005, p. 120.

o en contra de principios"[46]. Por ello, "los principios son prescripciones jurídicas que imponen el deber de fundamentar e interpretar las normas conforme exige el valor expresado en el mismo"[47].

De conformidad con el párrafo anterior, la aplicación de los principios jurídicos en el proceso interpretativo del Juez o Magistrado es del todo procedente y necesario, pero "siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema normativo como el aceite que facilita su funcionamiento y no como una alternativa o una excepción o ruptura del mismo"[48]. Por supuesto no dudamos de la competencia de los Magistrados que formularon la posición mayoritaria en la STC 149/2023, de 7 de noviembre. Sin embargo, la interpretación de los principios jurídicos que fueron evaluados en su resolución sí ha dado con un fallo que ha terminado con una excepción o ruptura del sistema de producción legislativa de carácter tributaria y la regulación de cesión de tributos a las CCAA. Por ello entendemos, junto a los Magistrados del voto particular, que "lo que este tribunal tenía ante sí era la correcta aplicación de las reglas del juego de la democracia, concretamente, el respeto a los instrumentos y procedimientos relativos a la injerencia del Estado en la autonomía financiera y política de las comunidades autónomas, al pleno ejercicio de la función representativa inherente al estatuto de los parlamentarios en el proceso de formación de la voluntad de las cámaras legislativas, y, en fin, a la confianza legítima de los ciudadanos en la que debe ser la esperable actuación de sus poderes públicos".

Con el debido respeto a la mayoría del Tribunal, pensamos que el enunciado de su fundamentación se parece más al arquero que dispara la fecha y luego pinta la diana, que al jurista que busca y descubre la aplicación de los principios constitucionales en juego de la manera más ponderada, ajustada y respetuosa con el Derecho. En cuestión de aplicación e interpretación de principios constitucionales entendemos que se ha dado un gran salto (hacia atrás).

4. Por último, sobre los atributos del ITSGF: ni es solidario, ni es temporal.

El ITSGF pasará a la historia del Derecho Tributario como el tributo más estrambótico y difícil de asumir en términos de lógica y razón jurídica. Además de todas las anomalías expuestas, vamos a reflexionar sobre la primera singularidad de esta exacción, cual es, su propia denominación como "temporal" y "solidario"; dos adjetivos, dos inexactitudes. En efecto, la creación del gravamen a las grandes fortunas no puede vestirse de solidaridad porque, entre otras cuestiones, ser

46 López Menudo, F.: "Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, p. 29.

47 Beladiez Rojo, M.: *Los Principios Jurídicos*, Civitas, 2010, 136.

48 García de Enterría, E. y Menéndez Menéndez, A.: *El Derecho, la Ley y el Juez*, Civitas, 1997, p. 57.

trata de un impuesto; es decir, se exige con carácter coactivo -DA 1ªLGT-. Y no hay nada más lejos de la intención filantrópica de la solidaridad que la imposición.

Por otro lado, y en cuanto a su temporalidad, muchos fueron los que anunciaron que el ITSGF había llegado para quedarse, y no les faltó la razón. Si en su aprobación el apartado veintiocho del artículo 3 de la LIFG establecía que "este impuesto será aplicable en los dos primeros ejercicios en los que se devengue a partir de la fecha de su entrada en vigor", es decir, los ejercicios 2022 y 2023, raudo ha estado el Gobierno para, cómo no, por Decreto-Ley, prorrogar éste "en tanto no se produzca la revisión de la tributación patrimonial en el contexto de la reforma del sistema de financiación autonómica"[49]. Por consiguiente, y aunque resulte sorprendente, los artífices del impuesto temporal en el Gobierno lo han prorrogado *sine die* y condicionado, ahora sí, a la revisión del sistema de financiación autonómica; el mismo sistema que desconocieron total y absolutamente para la aprobación del impuesto. Como dice el conocido brocardo *excusatio non petita accusatio manifesta*. Ahora resulta que la vigencia del ITSGF dependerá del mismo sistema de financiación autonómica que fue absolutamente soslayado para su creación y aplicación. Sin comentarios. A veces el silencio grita.

49 DA 5ª del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

BIBLIOGRAFÍA

Almudí Cid, J. M.: "El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas: Adecuación a la Constitución, los convenios para evitar la doble imposición y el Derecho de la Unión Europea", *AEDAF*, Paper 21, 2023.

Alonso González, L.M.: "Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.

Beladiez Rojo, M.: *Los Principios Jurídicos*, Civitas, 2010.

Calvo Vérgez, J.: "Sombras de inconstitucionalidad sobre el nuevo Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Quincena Fiscal*, núm.4, 2023.

Corona Ramón, J. F.: "El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas. Una visión desde los principios impositivos y la competitividad fiscal", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.

Fernández, T-R.: *De la Arbitrariedad del Legislador*, Civitas, 1998.

Fernández, T-R.: *Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial*, Iustel, 2005.

García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *Aranzadi*, 2006.

García de Enterría, E. y Menéndez Menéndez, A.: El Derecho, la Ley y el Juez, Civitas, 1997.

García Novoa, C., "Los visos de inconstitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (impuesto de solidaridad)", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.

Gobierno de España, "Informe de situación de la Economía Española 2022", *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, 2022.

Gorospe Oviedo, J. I.: "Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.

Hernández Guijarro, F.: Impugnación de las Ordenanzas Fiscales, *Francis Lefebvre*, 2015.

Hayek, F.: Los Fundamentos de la Libertad, *Alianza Editorial*, Madrid, 2020.

Instituto de Estudios Económicos, "Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2022.

López Menudo, F.: "Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992.

Martín Fernández, J.: "Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.

Menéndez Moreno, A.: "El marco constitucional de la financiación de las comunidades autónomas", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario, 2004.

Nieto, A. y Fernández, T-R.: El Derecho y el Revés, Ariel, Barcelona, 2010.

LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DE LOS NIÑOS EN EL ESPACIO DIGITAL

THE PROTECTION OF CHILDREN'S PERSONAL DATA IN THE DIGITAL SPACE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1418-1439

Giuliano
MATTACE

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Este trabajo aborda de forma polifacética los distintos aspectos del fenómeno de la protección de los menores en el mundo digital.

Como es sabido, Internet representa una de las innovaciones tecnológicas de mayor alcance en la sociedad de las últimas décadas.

La difusión de las más diversas redes sociales, así como el recurso cada vez más habitual de los consumidores a las plataformas digitales para adquirir bienes y servicios, han trasladado a la dimensión virtual aspectos propios de las relaciones interpersonales.

Todo ello ha provocado un aumento de los riesgos asociados al uso, a veces indebido, de los datos personales.

El Reglamento (UE) 2016/679, representa el marco normativo en el que se plasma la protección de la persona humana frente a la evolución de las nuevas tecnologías: un marco normativo dirigido a conjugar la libertad del individuo en la llamada sociedad digital con la invasividad en la esfera de la persona que caracteriza al mundo digital.

Las preocupaciones de los profesionales del derecho se refieren, en particular, a la recogida, almacenamiento y uso de información personal que escapa al control del titular.

Dicho esto, el autor se pregunta si, y en qué medida, la circulación de los datos de los niños en el contexto económico actual se presenta en términos diferentes a los de los adultos y, por lo tanto, requiera una respuesta normativa diferente.

El punto de partida de esta investigación no puede ser otro que la elección del legislador europeo de intervenir para dictar una regulación del consentimiento del menor en relación con los servicios de la sociedad de la información.

PALABRAS CLAVE: Menor; venta de bienes y servicios; datos personales; libertades individuales (protección); sociedad digital.

ABSTRACT: *This work takes a multifaceted approach to the different aspects of the phenomenon of child protection in the digital world.*

As is well known, the Internet represents one of the technological innovations with the greatest impact on society in recent decades.

The spread of the most diverse social networks, as well as the increasingly common recourse of consumers to digital platforms for the purchase of goods and services, have transferred aspects of interpersonal relationships to the virtual dimension.

This has led to an increased number of risks related to the use, sometimes misuse, of personal data.

Regulation (EU) 2016/679 represents the regulatory framework that embodies the protection of the human person in the face of the evolution of new technologies: a regulatory framework aimed at combining the freedom of the individual in the so-called digital society with the invasiveness in the sphere of the individual that characterises the digital world.

The concerns, for the attention of legal practitioners, relate in particular to the collection, storage and use of personal information beyond the control of the holder.

That said, the author asks whether, and to what extent, the circulation of children's data in today's economic order is presented in different terms from that of adults and therefore requires a different regulatory response.

The starting point of this research can be none other than the choice made by the European legislator to intervene to regulate the consent of minors in relation to information society services.

KEY WORDS: *Underage; sale of goods and services; personal data; ondividual freedoms (protection); digital society.*

SUMARIO.- I. LA CUESTIÓN.- II. EL PERFIL CIRCULATORIO DE LOS DATOS PERSONALES DEL MENOR.- III. ¿UN CAMPO FÉRTIL PARA LA ASIMETRÍA CONTRACTUAL?.- IV. LA INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES QUE OFRECEN LOS MODELOS TRADICIONALES DE INFORMACIÓN.- V. EL LLAMADO CONSENTIMIENTO DIGITAL.- VI. LA REGLA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DIFERENCIADA PARA EL CONSENTIMIENTO DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.- VII. REFLEXIÓN SOBRE LOS DEMÁS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PREVISTOS EN EL REGLAMENTO.- VIII. LOS MENORES Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES.

I. LA CUESTIÓN.

El Reglamento (UE) 2016/679, representa el marco normativo en el que se expresa la protección de la persona humana en relación con la evolución de las nuevas tecnologías: un marco normativo dirigido a conjugar la libertad del individuo en la llamada sociedad digital con la invasividad en la esfera de la persona que caracteriza al mundo digital[1] .

La difusión de las más diversas redes sociales, así como el recurso cada vez más habitual de los consumidores[2] a las plataformas digitales para la compra de bienes y servicios, han trasladado a la dimensión virtual aspectos propios de las relaciones interpersonales.

Todo ello ha provocado un mayor número de riesgos asociados al uso, a veces indebido, de los datos personales en línea, a través de técnicas de elaboración de perfiles y robos de identidad[3] .

Hay que destacar que *la privacidad* hoy en día significa "tener los propios datos personales" y proteger la identidad personal, el ejercicio legítimo del tratamiento de datos, lo que requiere un equilibrio con el derecho efectivo a controlar esta

1 Véase Pizzetti, F.: *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016, passim; Stanzione, M.G.: "Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1249 ss.; Finocchiaro, G.: "Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 10 ss.; Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *ivi*, 2017, p. 369 ss.; Cuffaro, V.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati, in Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679", in *Corriere giur.*, 2018, p. 2 ss.

2 Son interesantes en este punto las reflexiones de Mezzasoma, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 311 y ss.

3 D'Ippolito, G.: *Profilazione e pubblicità targettizzata online. Real-Time Bidding e behavioural advertising,* Esi, Napoli, 2021, *passim*.

• Giuliano Mattace
Doctorando en Derecho del Consumo, Universidad de Salamanca y Universidad de Perugia. Correo electrónico: giulianomattace@gmail.com

actividad; mientras que en el pasado se refería al derecho a la intimidad y a "ser dejado en paz'"[4] .

Es innegable que cualquier acceso a Internet implica una importante circulación de datos relativos a cada individuo. Las preocupaciones, que han sido señaladas a los profesionales del derecho, se refieren, en particular, a la recogida, almacenamiento y uso de información personal que escapa al control del propietario[5].

Dicho esto, es necesario preguntarse si, y en qué medida, en el contexto económico actual, la circulación de los datos de los niños difiere de la de los adultos y, por lo tanto, requiere una respuesta normativa diferente. El punto de partida sólo puede ser el de la elección hecha por el legislador europeo de intervenir para dictar una regulación del consentimiento de los menores en relación con los servicios de la sociedad de la información[6] .

4 Así, Ferri, G.B.: "Persona e privacy", *Riv. dir. comm.*, 1982, p. 241, quien nos recuerda que "sólo hacia los años 40 se empezó a hablar de un derecho a la intimidad como uno de los diversos derechos de la personalidad". El autor reconstruye y analiza los términos del debate en Italia, recordando que hasta mediados de los años 50 no se estableció la reflexión doctrinal, también a la luz de algunos casos judiciales derivados de la relación conflictiva entre el derecho a la intimidad y el derecho a informar. A partir de entonces, el debate se desarrolló ampliamente.
Es necesario hacer aquí un breve recuento del debate que durante muchos años ha enfrentado a la doctrina sobre la invocabilidad del artículo 2 de la Constitución como fundamento de un único derecho de la personalidad en su totalidad, una figura general y unitaria de protección del individuo, que debe expresarse, de tiempo en tiempo, en los distintos perfiles de lesión de la persona; o si esos distintos perfiles deben permanecer diferenciados, como derechos subjetivos que conforman la categoría de los derechos de la personalidad. Es necesario destacar aquí cómo entre las dos teorías reconstructivas la orientación predominante ha sido la del derecho único y general de la personalidad teniendo como referencia normativa precisamente el artículo 2 de la Constitución.
También es necesario añadir la consideración de la norma constitucional como una cláusula abierta capaz, cada vez, de dar cobertura normativa a todos aquellos perfiles de persona que la realidad social nos entrega. Razonamiento -y conclusión- que bien puede referirse hoy al derecho a la protección de datos personales, que se propone hoy como nuevo derecho general de la personalidad. Existe una amplia literatura sobre el art. 2 de la Constitución como fuente normativa directa del derecho de la personalidad, en particular: Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 y ss, y en particular 114 y ss, quien descartó la tipicidad de los derechos de la personalidad precisamente en base a la centralidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico, considerando así la invocabilidad inmediata de la legislación constitucional en las relaciones de derecho civil.

5 Cabe recordar, sobre todo, la cuestión planteada por la Autoridad Interna de Protección de Datos al Supervisor Europeo de Protección de Datos en cuanto a la comerciabilidad de los datos personales en un caso en el que una empresa cuya actividad consiste en "adquirir" datos personales de los interesados a cambio de una tarifa y comercializarlos después. Más concretamente, la empresa opera pidiendo a los usuarios, a cambio de una cuota, que deleguen la gestión de sus datos personales, hasta ahora concedidos y almacenados en bases de datos individuales de otras empresas (por ejemplo, tarjetas de fidelidad de supermercados). En otras palabras, la empresa, a cambio de una remuneración por parte del interesado, opera en el mercado como "intermediario en la relación entre las empresas y los usuarios" cuyos datos personales gestiona por delegación, lo que le permite beneficiarse del valor de los datos en sí mismos. La duda planteada por el Garante italiano se refería a la licitud de dicha comercialización de datos personales.

6 Sobre el consentimiento para el tratamiento de datos personales Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Riv. Crit. Dir. Priv.,* 1998, p. 350 ss.; Manes, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Cedam, Padova, 2001, passim; Thobani, S.: "La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità", *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 513 ss.

La norma a la que hay que referirse es la Art. 8 del GDPR[7]según la cual el tratamiento de datos es lícito si el interesado tiene al menos dieciséis años, salvo que se aplique un umbral de edad mínima nacional de trece a dieciséis años. Además, cuando el niño aún no ha alcanzado esa edad, el tratamiento de datos es lícito si "el consentimiento es dado o autorizado por el titular de la responsabilidad parental".

Así, el art. 8 del Reglamento UE 2016/679 establece normas específicas sobre el tratamiento de los datos personales de los menores[8] .

Hay que señalar que, a nivel internacional, el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de los menores ha sido reconocido ya en el art. 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; sin embargo, el acceso a los servicios de la red y la consiguiente introducción de datos por parte de los mismos había quedado sin las debidas garantías.

II. EL PERFIL CIRCULATORIO DE LOS DATOS PERSONALES DE LOS MENORES.

Empezando por el perfil circulatorio de los datos personales[9], hay muchos modelos de negociación que, tras rellenar sencillos *formularios en línea*, concluyen con la aceptación de unas condiciones contractuales articuladas que figuran en el sitio web junto con la autorización para el tratamiento de los datos personales[10] .

Por lo que respecta al niño, no es de extrañar que la elección realizada con el GDPR fuera la de identificar un umbral común a todos los Estados miembros, introduciendo una capacidad de acción especial al fijarlo en la edad de dieciséis

7 Cabe señalar que el Código de la Privacidad (Decreto Legislativo n° 196 de 30 de junio de 2003), así como la anterior ley que regulaba la materia, la Ley n° 675 de 31 de diciembre de 1996 (que transponía la Dir. 95/46/CE), ahora derogada, no contenían ninguna otra norma expresamente dirigida a la protección de los datos personales de los menores. Sin embargo, hay disposiciones que, implícitamente, también podrían ser de interés en relación con los menores. En particular, hay que mencionar el ahora derogado artículo 24 del Código de Privacidad, que preveía en particular la posibilidad de tratar los datos incluso en ausencia de la expresión de un consentimiento adecuado cuando fuera "necesario para la protección de la vida o la seguridad física de un tercero". Si la misma finalidad se refiere al interesado y éste no puede dar su consentimiento por imposibilidad física, incapacidad de obrar o incapacidad de entender o de intención, el consentimiento lo dará la persona que ejerza legalmente la patria potestad, o un pariente cercano, un familiar, una pareja de hecho o, en su defecto, el responsable del establecimiento donde se encuentre el interesado".

8 Interesante contribución de Pellecchia, E.: "La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali", *Resp. Civ. Prev.,* 2006, p. 244 y ss.

9 Véase el artículo 4 del GDPR, según el cual los datos personales son cualquier información relativa a una persona física "identificada o identificable" (y una persona identificable es cualquier persona física que pueda ser identificada, directa o indirectamente, por referencia a un identificador como un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o a uno o más elementos característicos de su identidad física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural o social).

10 Véanse todas las reflexiones recientes recogidas por Stanzione, P.: *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 209 y ss.

años: esto representa una verdadera regla de "validez" para los negocios que implican la "transferencia" de datos personales.

En cualquier caso, no se puede negar razonablemente el valor económico que se reconoce hoy a los datos personales, dada la amplia difusión de modelos de negocio basados en el intercambio entre ellos y los servicios digitales[11] .

El debate tiene su origen precisamente en que no se aborda expresamente en el GDPR la cuestión del suministro de datos como contrapartida de un servicio.

Pues bien, en la realidad digital, los menores son los protagonistas de estos intercambios: la cuestión no es tanto la del límite a partir del cual el sujeto adquiere, por autodeterminación, conciencia del intercambio del que sería expresión el consentimiento, sino la de los instrumentos de protección.

Aunque la norma excluye textualmente que el consentimiento al tratamiento pueda convertirse en una condición para el acceso a un bien o servicio, los datos personales se convierten, de facto, en "mercancía de cambio" para la prestación del servicio, sin que sea realmente posible en la práctica distinguir entre el acto de adhesión a la oferta del servicio y la prestación del consentimiento al tratamiento de los datos. De hecho, la posición de distinguir la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales de la prestación del consentimiento a efectos de la celebración del contrato para el uso del servicio se basa en el art. 8 del Reglamento de la UE.

Se considera que lo que se desprende de esta norma es la necesidad de coordinar las normas sobre los requisitos del consentimiento a la intimidad (privacy) con las del Derecho contractual interno de los estados sobre los requisitos de validez del contrato, en todos aquellos casos en los que el tratamiento de datos personales constituya, al menos en parte, el objeto deducido en el contrato.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de que el acceso a un servicio telemático postule la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines promocionales. Pues bien, es discutible, en el caso de un menor que ha alcanzado la edad de consentimiento digital, pero no la edad exigida por el derecho nacional en materia contractual, si la licitud del tratamiento puede ser anulada por la interposición victoriosa de una acción de anulación del contrato.

11 Sobre este punto, no podemos sino adoptar la imagen evocada por Resta, G.: "Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411: "por otra parte, sólo vendándose los ojos y encerrándose en una habitación oscura no se puede ver que las mayores empresas (en términos de capitalización bursátil) del mundo son *empresas de datos*, como Google y Facebook. La tesis que pretende que una fortuna tan inmensa se derive de operaciones sin trascendencia jurídico-económica por ser gratuitas es realmente singular".

Las razones a favor de esta tesis parecen prevalecer. Tampoco hay que descartar la hipótesis contraria, según la cual un menor podría celebrar válidamente un contrato si éste se refiere a la satisfacción de las necesidades de la vida cotidiana, sin haber alcanzado, no obstante, la edad del consentimiento digital, especialmente cuando el tratamiento no es necesario para la ejecución del contrato. Con la advertencia de que, precisamente por la relevancia autónoma de los dos consentimientos, el de la privacy por un lado, y el contractual por otro, el consentimiento al tratamiento no puede considerarse lícito por el mero hecho de expresarse en presencia de un contrato válido.

La cuestión se convierte en más compleja cuando se reflexiona sobre el hecho de que muchos de los servicios ofrecidos en la web (uso de *redes sociales*) que, como se ha mencionado, se basan en el "intercambio" entre la usabilidad de dichos servicios y los datos personales proporcionados por los usuarios se presentan, al menos aparentemente, como "gratuitos"[12].

Aunque se sigue considerando que los datos personales son un atributo de la identidad personal de la persona que los posee, hace tiempo que se acepta que los datos personales pueden comercializarse. Sin embargo, la forma de circulación que debe considerarse lícita es la de la "cesión del derecho de uso", pero con la convicción de que este derecho, al igual que los derechos de la personalidad, debe protegerse con instrumentos más generalizados que los identificados por la tradición codificada para las relaciones negociadas.

Se trata, en efecto, de una operación económica que, desde un punto de vista funcional, puede realizarse lícitamente mediante un contrato de prestación de servicios negociado atípico cuya contrapartida es la cesión en uso de los datos para su tratamiento.

Existe, por tanto, un interés negocial digno de ser perseguido, basado en el supuesto de que la limitación de la no utilización de los datos personales es lícita a través de un consentimiento reforzado, como técnica circulatoria de situaciones existenciales distintas de las patrimoniales[13] .

12 Ricciuto, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", *Riv. dir. impr.*, 2018, p. 689 ss., escribe: "el Reglamento [...] pretendía aclarar que esta intervención tiene un carácter especial y no afecta a las "disposiciones generales" del Derecho contractual nacional". Contra Naddeo, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Dir. inf.,* 2018, p. 27 y ss., para quien "cuando el consentimiento al tratamiento de datos personales se inserta dentro de un contrato, como, por ejemplo, en el caso en que, para acceder a un servicio prestado en línea, se exige el consentimiento al tratamiento de datos personales con fines promocionales, las normas sobre los requisitos del consentimiento deben "interactuar" con las que, establecidas por el Derecho nacional aplicable, se refieren a los requisitos previos de validez y eficacia del contrato. Por tanto, si el menor ha alcanzado la edad para prestar el consentimiento digital, pero no la edad para celebrar el correspondiente contrato, la nulidad de éste conlleva, a pesar de la licitud del tratamiento, que deba ser resuelto si prospera la acción de nulidad del contrato.

13 Battelli, E.: "Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica", *Riv. Dir. Impr.*, 2022, p. 20 ss., el autor reconstruye de forma exhaustiva y eficaz los términos del debate sobre el valor económico

Hasta la fecha, el problema es subrayar que los datos personales representan el "patrimonio de identidad" de una persona, "situaciones existenciales distintas de las patrimoniales", cuya circulación indiscriminada debe evitarse, especialmente en el caso de los menores.

III. UN CAMPO FÉRTIL PARA LA ASIMETRÍA CONTRACTUAL.

Si tratamos de calificar la circulación de datos personales en términos contractuales, nos encontramos con el problema de las posibles asimetrías contractuales en las que pueden encontrarse los sujetos implicados en el fenómeno del tratamiento de datos. De hecho, nos encontramos con casos en los que el ser humano se ve obligado a ceder sus datos personales en situaciones de desigualdad muy fuertes con el responsable del tratamiento.

En otras palabras, una persona que quiere adquirir un bien a través de transacciones comerciales injustificadamente vinculadas por la contrapartida contractual a una actividad de tratamiento de datos, a menudo no da su libre y pleno consentimiento al tratamiento de sus datos: a menudo se produce una compresión de la libertad de negociación sin ser compensada por ninguna ventaja económica.

Los únicos derechos que el interesado podrá reclamar por la transferencia de sus datos personales serán los que le garantiza la ley de protección de datos.

Ahora está claro que el consentimiento al tratamiento se sitúa fuera del contrato, como un mero acto jurídico, de carácter autorizante.

Por lo tanto, es sólo la ley la que establece las características y efectos que hacen lícita una operación con datos personales, un caso de coacción del consentimiento puede y debe ser resuelto en la legislación que regula el tratamiento de datos.

El consentimiento "extorsionado" surge en el nivel de protección del derecho a la protección de datos personales: un derecho de la personalidad.

Por el contrario, en los casos en que los datos personales son el objeto del contrato o incluso la contraprestación para obtener bienes o servicios, ese consentimiento está protegido por las normas del contrato.

Como consecuencia, la reconstrucción de la naturaleza del consentimiento debe referirse al contexto en el que tienen lugar las operaciones de tratamiento.

y, por tanto, la negociabilidad de los datos, examinando también los modelos y tipos contractuales.

La difusión cada vez más extendida de situaciones en las que el consentimiento al tratamiento se impone a una parte más débil que lo manifiesta para acceder a la compra de un bien o servicio alimenta la reflexión sobre nuevas cuestiones.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, para la aplicabilidad de las normas generales de protección del consumidor, hay que remitirse en todo caso a las definiciones del Código del Consumidor en sentido estricto de profesionales y consumidores.

La regulación de las cláusulas abusivas y de la nulidad del contrato se ha modelado precisamente para evitar que la posible declaración de nulidad por la presencia de cláusulas contractuales abusivas afecte a todo el contrato, impidiendo así que el consumidor pueda acceder al bien deseado.

Por estas razones, al imaginar la estructura económica de la transferencia de datos personales como un fenómeno negociado, hay que abordar dos cuestiones.

En primer lugar, la relación contractual, considerada como tal, que enfrenta al responsable del tratamiento de datos, por un lado, y a la parte a la que se refieren los datos, por otro.

El comercio de datos suele tener lugar en el contexto de otra transacción comercial de consumo.

Incluso antes del plano jurídico, de hecho, muy a menudo en el plano económico y en la circulación de la riqueza, es posible detectar el hecho de que una transferencia de bienes o servicios no es realmente gratuita.

Por otra parte, incluso el Tribunal Administrativo Regional y el Consejo de Estado han reconocido pacíficamente en varias ocasiones que esto no es realmente gratuito.

Se piensa en aquellas tecnologías que, mediante el uso de un simple botón, ofrecen a los usuarios la posibilidad de obtener juegos electrónicos aparentemente gratuitos, o en los contratos celebrados para el uso de las *redes sociales*[14] .

Existe, por tanto, como ya se ha visto ampliamente, en esta hipótesis de circulación de datos personales, una perspectiva de intercambio en la que la contrapartida del servicio o del bien adquirido por el usuario es precisamente la aportación de sus propios datos.

14 Por último, en relación con los perfiles generales de estos nuevos fenómenos, véase Di Sabato, D.: *Sharing economy. Profili giuridici,* Esi, Napoli, 2018.

En conclusión, la reflexión debe llegar a considerar que en la sociedad de las nuevas tecnologías de la información, se ofrecerán cada vez más servicios al individuo a cambio de ese bien y de la consiguiente relajación de las limitaciones de la esfera personal.

Pero ciertamente esa no es la solución, ni siquiera abstractamente concebible en el GDPR.

Es necesario, en todo caso, preguntarse hasta dónde puede llegar este fenómeno de utilización de estos nuevos bienes.

En este contexto, sólo la institución pública puede intervenir para reequilibrar las asimetrías contractuales: sólo esa institución independiente[15] puede garantizar el correcto equilibrio entre la libre circulación de datos, la protección de la persona y todos los demás derechos fundamentales.

IV. LA INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES QUE OFRECEN LOS MODELOS TRADICIONALES DE INFORMACIÓN.

Si es cierto que el mercado de datos es un mercado, hay que razonar en términos de transparencia y protección de los sujetos implicados, preguntándose si los modelos tradicionales de información, que impregnan la normativa actual de protección y tratamiento de datos personales, son adecuados y, más aún, si lo son cuando los sujetos implicados son sujetos como los menores, cuyo consentimiento expreso podría estar basado en la falta de comprensión efectiva del valor de los datos "transferidos".

En el caso de los menores, no se puede argumentar en absoluto que la prestación del consentimiento esté vinculada a una conciencia real de los riesgos asociados a la circulación de datos, a menudo incontrolable: no son capaces de evaluar correctamente las situaciones de peligro, ya que no son plenamente conscientes de las consecuencias que podrían derivarse de sus acciones virtuales[16] .

En opinión del autor, el art. 1 del GDPR parece dirigirse a todo sujeto de derecho, independientemente de su capacidad de acción.

Hay que añadir que, como se reconoce en el considerando 38 de la GDPR, los niños necesitan una protección mayor y más específica de sus datos personales

15 Ricciuto, V.: *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, Esi, Napoli, 2006, p. 337 ss.

16 Uno piensa en el uso que hacen los menores de las llamadas *redes sociales. Es* interesante referirse a la contribución de Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social network*, Esi, Napoli, 2014.

que los adultos, ya que son menos conscientes de los riesgos, las consecuencias y el valor de sus derechos.

También hay que mencionar el considerando 65 del GDPR sobre el llamado derecho al olvido: "el interesado debe tener derecho a solicitar la supresión y el no tratamiento de los datos personales que le conciernen y que ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, cuando haya retirado su consentimiento o se haya opuesto al tratamiento de los datos personales que le conciernen".

Teniendo en cuenta que, a medida que avanza el proceso evolutivo, la persona menor de edad capaz de entender estará llamada a ejercer sus derechos de forma autónoma, resulta delicado el cambio paralelo del papel de la persona investida de la responsabilidad parental: que pasa de una posición de protección a una posición de confrontación y de carácter relacional, mediante la transferencia a la persona menor de edad de indicaciones de comportamiento capaces de favorecer las "elecciones conscientes de autodeterminación".

Si bien se exige que los responsables del tratamiento obtengan el consentimiento de los padres antes de tratar los datos personales de los menores, hay que señalar que no existe una obligación "previa" de verificar la edad real del menor o la participación efectiva de quienes ejercen la responsabilidad parental.

Prueba de ello es que, a pesar de algunos intentos de desarrollar normas de reconocimiento, no hay procedimientos adecuados en uso para verificar la edad de un niño en línea.

Las herramientas de control, como pedir la fecha de nacimiento o los datos del documento, para acceder a una plataforma social son tan fáciles de burlar que se cuestiona su utilidad.

V. EL LLAMADO CONSENTIMIENTO DIGITAL.

En este punto, hay que subrayar que no se puede hablar de conciencia del consentimiento expresado, dado que casi nunca es el resultado de una lectura atenta de la "declaración de la *privacy*".

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, según lo declarado por el Art. 12.1 del RGPD con respecto a los sujetos frágiles, como los menores, la información como elemento conformador del consentimiento debe ser accesible. Es significativo el considerando 58 de la GDPR que establece que: "dado que los niños merecen una protección específica, cuando el tratamiento de datos les concierne, toda información y comunicación debe utilizar un lenguaje sencillo y

claro que un niño pueda entender fácilmente". Por lo tanto, existe la obligación por parte del responsable del tratamiento de elaborar un folleto informativo que sea "conciso y exhaustivo, fácilmente accesible y comprensible para el menor".

No se trata sólo de reconocer la libertad del menor para tomar decisiones sobre su esfera privada, sino de ponerle en condiciones de hacer sus propias valoraciones conscientemente[17] .

El consentimiento informado debe darse después de haber sido informado también del valor de los datos y de los posibles riesgos que conlleva el tratamiento posterior, y de haber sido informado de las condiciones del "intercambio".

Ocurre, por otra parte, que el consentimiento se da sin la necesaria conciencia del valor de cambio de los datos: los datos personales se han convertido en un precio necesario a pagar para acceder a los servicios de la llamada sociedad de la información.

Hay que añadir, pues, que tampoco se puede hablar seriamente de "libertad en la expresión del consentimiento", ya que su posible denegación determina la no utilización de un servicio *en línea*. Además, es dudoso que pueda decirse que el consentimiento es realmente libre si la forma en que se solicita constituye una petición agresiva, urgente o engañosa, o si, en razón de la tecnología adoptada y de los procedimientos exigidos, la opción de expresarlo es mucho más fácil que la de rechazarlo.

Incluso la lectura *ex* art. 7 GDPR plantea serias dudas sobre si el "consentimiento informado" significa realmente "consentimiento libre" y, por tanto, si el consentimiento representa una expresión real de autodeterminación.

De hecho, en la contratación en línea[18] y en el acceso a los servicios digitales, el consentimiento al tratamiento de los datos se "impone" en cierto modo, por el simple hecho de que la hipótesis de negarse a él es sustancialmente impracticable, si se tiene en cuenta que tal elección es en la mayoría de los casos sinónimo de renuncia al acceso al servicio.

Aun suponiendo que los gestores de los servicios de la sociedad de la información adopten procedimientos capaces de aplicar las garantías previstas al respecto por la legislación *sobre la privacy*, sigue planteándose el problema de cómo asegurarse de que el usuario, aunque tenga catorce años, esté efectivamente informado de las modalidades de recogida y utilización de sus datos.

17 Irti, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giust. civ.*, 2019, p. 623 ss.

18 Para reconstruir las diferentes interpretaciones del fenómeno de la negociación, véase Perlingieri, C.: *Profili civilistici dell'uso dei* social networks, Esi, Napoli, 2014.

Se puede compartir la opinión de la doctrina autorizada según la cual el consentimiento resulta ser un instrumento de protección inadecuado.

Si, hasta la fecha, la atención se ha centrado en la naturaleza jurídica que debe atribuirse al "consentimiento informado", es necesario establecer si la ratio seguida por el legislador al establecer los requisitos mínimos de capacidad para la realización del acto correspondiente debe seguir considerándose suficiente.

La cuestión no es si, como se ha reconstruido con precisión, este consentimiento para el tratamiento de datos debe clasificarse entre los llamados actos "personalísimos" relativos al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, que como tales deben ser realizados directamente por el menor de edad en relación con su capacidad de entender y decidir; o si debe reconocerse, en el supuesto de que los datos se configuren como contraprestación, como un acto de negociación con finalidad dispositiva, que admite su ejercicio por representación.

Pues bien, uno está de acuerdo en que es difícil sostener que el menor que expresa su consentimiento al tratamiento de datos personales no puede al mismo tiempo "disponer" de esos mismos datos. En este sentido, la protección de los datos personales no se apartaría de la protección prevista en el código dedicado a los derechos de la persona.

VI. LA REGLA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DIFERENCIADA PARA EL CONSENTIMIENTO DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

El Código de privacy en el art. 2-*quinqui*es interviniendo en el punto específico de los requisitos para el consentimiento, ha identificado el límite en los 14 años de edad, de modo que el tratamiento de los datos personales de un menor es lícito si es consentido personalmente por un menor mayor de 14 años. En caso contrario, la legalidad del consentimiento está sujeta a la intervención de la persona con responsabilidad parental.

En el sistema descrito en Art. 8 del GDPR el menor, aunque tenga la edad requerida para dar su consentimiento, puede no tener capacidad para celebrar el contrato relacionado con el tratamiento.

La regla de alcanzar el umbral de los catorce años, a efectos de la validez del consentimiento para el tratamiento de los datos, de hecho, se configura como una de las muchas excepciones a la regla de la mayoría de edad fijada en los dieciocho años, establecida por el Código Civil. Tanto es así que se habla de una especie de "mayoría digital" para el consentimiento del tratamiento de datos[19] .

19 Astone, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali", *Contr. e impr.*, 2019, p. 617 ss.

Cumplir dieciocho años representa, por tanto, el momento en el que el sujeto adquiere la "plenitud" del poder de autodeterminación y de poder realizar válidamente todos los actos, sin excluir, por tanto, que antes de que se superara ese plazo ya pudiera haber realizado actos de ejercicio de sus derechos en autonomía y con la debida conciencia[20]. Dicho esto, la identificación por parte del art. 2-quinquies de un umbral de edad a los 14 años parece ser coherente, desde un punto de vista sistemático, con otras normas del sistema: baste pensar en las "Disposiciones de protección de los menores para la prevención y la lucha contra el fenómeno del ciberacoso".

De hecho, se prevé la posibilidad de que los menores que hayan cumplido los catorce años y sus padres presenten al responsable del tratamiento, al gestor del sitio web o a los medios de comunicación social una solicitud de oscurecimiento, petición de retirada o bloqueo de contenidos (ya sean informaciones, imágenes, vídeos) que sean objeto o instrumento de una conducta agresiva *en línea*[21] .

Por lo tanto, si el alcance de la Art. 2 del Código Civil parece limitarse cada vez más a las relaciones de carácter económico, es igualmente indudable que la identificación en el art. 2-quinquies del Código de la intimidad de un umbral de edad diferente se inscribe bien en ese conjunto de normas que, desde hace tiempo, acepta una noción diferenciada de la capacidad de obrar para la realización de actos imputables al ejercicio de derechos personales, vinculados a la participación en la vida de relación . Baste pensar en todo: la capacidad del menor emancipado para contraer matrimonio dentro de los límites y con los requisitos del Art. 84 del Código Civil.

Este marco jurídico parece aún más coherente si se tiene en cuenta la introducción del nuevo art. 315-bis del Código Civil con la previsión de la capacidad de discernimiento del menor, exclusiva de un sujeto que va alcanzando progresivamente la adquisición del pleno ejercicio de todos los derechos subjetivos.

La correlación surge claramente entre el ejercicio del derecho de autodeterminación y la capacidad concreta de su titular, entendida como la conciencia del sujeto del valor de sus elecciones y de las consecuencias económicas que de ellas se derivan, con independencia de que se le atribuya plenamente la capacidad de obrar, en cumplimiento del principio ya adquirido que quiere atribuir

20 Sobre el consentimiento para el tratamiento, Lucchini Guastalla, E.: "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori", *Contratto e impresa*, 2018, p. 113 ss.; Palazzolo, G.: "La banca dati e le sue implicazioni civilistiche in tema di cessione e deposito alla luce del reg. (UE) n. 2016/679", *ivi*, 2017, p. 613 ss.

21 Sobre el tema, también en una perspectiva más amplia, que reevalúa la posición de la contratación menor a la luz de las innovaciones que han surgido con referencia al mercado de las nuevas tecnologías, véase el exhaustivo estudio de Senigaglia, R.: *Minore e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 75 y ss., quien no deja de señalar la necesidad de coordinación entre la disciplina general de la capacidad de obrar y la disciplina del consentimiento al tratamiento.

"la plena capacidad de cada sujeto para ejercer sus derechos personales en cuanto haya adquirido la suficiente madurez de juicio".

También hay que reiterar que la obtención del consentimiento para el tratamiento de datos personales, que debe ser libre, específico e inequívoco, ha adquirido en muchas ocasiones connotaciones meramente formales, hasta el punto de prestarse sin el pleno conocimiento de los hechos y, por tanto, sin que pueda decirse que el interesado ha prestado su consentimiento, al haber sido "debidamente informado" y haber consentido libremente.

La nueva legislación parece haberse marcado el objetivo de garantizar una posibilidad efectiva de elección al usuario, lo que desde el punto de vista de su aplicación concreta deja un amplio margen de maniobra a los gestores de los servicios, que no siempre adoptan los procedimientos adecuados para aplicar esta garantía.

VII. REFLEXIÓN SOBRE LOS OTROS MEDIOS DE PROTECCIÓN PREVISTOS POR EL REGLAMENTO.

La reconstrucción planteada, desde otro punto de vista, no despeja del todo las perplejidades que existen en la doctrina sobre si deben mantenerse diferenciados los dos actos de consentimiento que, aunque conectados, tienen como objeto uno el tratamiento de datos personales y el otro el consentimiento para la celebración del contrato.

Se trata de dos manifestaciones de voluntad diferentes que no pueden considerarse superponibles, ya que pretenden satisfacer necesidades distintas. En efecto, lo más relevante es que la protección que se debe otorgar debe consistir en poner al usuario (incluso de 14 años), en el momento de la suscripción del servicio, en condiciones de distinguir claramente entre el acto de adhesión al uso del servicio y la prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos con finalidades distintas, sin que la denegación de este último comprometa el uso del primero, incluso en el caso de que el usuario decida en un momento posterior revocar el consentimiento[22].

En los casos en los que la persona que da el consentimiento es menor de edad, es dudoso que pueda actuar para revocar el consentimiento o que pueda actuar contra el responsable del tratamiento en caso de que este no lo haga. La perspectiva de una posible protección restitutoria es también decididamente imposible de aplicar, si se tiene en cuenta que los datos una vez transferidos no

22 Pedrazzi, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Inf. e dir.*, 2017, p. 437 ss.

son, por su propia naturaleza, retornables. La protección compensatoria, que exigiría una carga de la prueba especialmente pesada para la parte perjudicada, parece igualmente inadecuada.

Al mantener en manos del individuo afectado la libertad de identificar los medios de protección y la propia elección de la acción, no parece tener debidamente en cuenta que lo que está en juego es la violación de derechos fundamentales, cuya protección interesa a toda la comunidad y no sólo al individuo implicado como interesado.

El sistema de "recurso" elaborado por el legislador del Código Civil no parece adecuado al contexto de la dinámica relacional y económica de la realidad digital.

En este marco jurídico, que no permite una protección adecuada ni siquiera para los adultos, se comprende aún más lo limitado de los instrumentos de protección de los menores. Si bien es cierto que los menores están muy familiarizados con el uso de dispositivos y programas digitales, también hay que valorar hasta qué punto son vulnerables[23], proclives a entregar sus datos cuando se les solicita como "contraprestación" en lugar de pagar en dinero por la obtención de un servicio, sin ninguna conciencia de las consecuencias de sus actos. Por el contrario, no son raros los casos en los que los propios menores podrían convencerse fácilmente de que están consiguiendo un "buen trato" con la "simple" entrega de sus datos[24] .

Precisamente por esta razón, en vista de la escasa conciencia que caracteriza las acciones de los menores en Internet, el instrumento jurídico del consentimiento parece claramente inadecuado, además de inapropiado, como medio de protección de los menores.

Por tanto, cabe preguntarse si el remedio y la protección deben buscarse mucho más allá del propio consentimiento, cuya eficacia (para la protección de los intereses aquí considerados) se pone en duda incluso cuando es prestado por personas mayores de 18 años, ni siquiera cuando es expresado por éstas como fruto de una autodeterminación verdaderamente consciente.

VIII. LOS MENORES Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS.

La esfera de la *intimidad* de los menores ha sido reconocida recientemente en la legislación italiana.

23 Para un marco general de las denominadas situaciones jurídicas vulnerables, remitimos a Battelli, E.: "I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona", *Dir. fam. pers*., 2020, p. 283 y ss.

24 Bozzi, L.: "I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non rheorica del fenomeno", *Eur. dir. priv*., 2020, p. 252 ss.

Este retraso con el que el derecho a la confidencialidad, entendido en su acepción original como el derecho al conocimiento exclusivo de los propios asuntos, se instauró en nuestro país se debe a la ausencia durante mucho tiempo de una disciplina que previera explícitamente el reconocimiento de este derecho y las formas para su protección.

Partiendo de las normas del Código Civil que protegen la personalidad, la doctrina italiana ha contribuido a llenar este vacío legal: ha reconocido el derecho a la intimidad como una posición jurídica subjetiva autónoma dentro del ámbito de los derechos de la personalidad[25] .

Por lo que respecta a la jurisprudencia, sólo a finales de los años sesenta la jurisprudencia sobre el fondo comenzó a proteger el derecho a la intimidad como un derecho subjetivo autónomo.

Fundamental en este punto es la sentencia de la Casación Civil, 27 de mayo de 1975, n. 2129, donde se reconoce por primera vez la intangibilidad de la esfera personal[26] .

En esta sentencia, el Tribunal Supremo reconoce el derecho a la confidencialidad de forma perentoria: este consiste en la protección de aquellas "situaciones y acontecimientos estrictamente personales y familiares que, aunque se produzcan fuera del domicilio, no tengan un interés socialmente apreciable para terceros" y que este derecho prevalece "frente a las injerencias que, aunque se realicen con medios lícitos, con fines no exclusivamente especulativos y sin ofender el honor, la reputación o el decoro, no estén justificadas por intereses públicos superiores".

Llegados a este punto, hay que plantearse la cuestión del estatus constitucional del derecho en cuestión.

De hecho, hablar de confidencialidad incluyéndola entre los derechos de la personalidad es uno de los argumentos utilizados por la cuidadosa doctrina para identificar en el art. 2 de la Constitución su fundamento constitucional[27] : gracias a una lectura abierta del principio personalista según el cual la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre incluso fuera de los expresamente enumerados en la Constitución italiana, siempre que surjan en la Constitución material como expresión de la evolución de la conciencia social.

25 Para apoyar esta teoría, la doctrina italiana de derecho civil ha utilizado el instrumento de la analogía. V. De Cupis, A.: *Il diritto all'onore e il diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 283 y ss.

26 Cass., Civ., 27 de mayo de 1975, n. 2129, *DeJure online*. El caso en cuestión se originó por la publicación en algunos periódicos italianos de unas fotos de la princesa Soraya, en compañía de un hombre, dentro de una habitación de hotel en Costa Esmeralda.

27 Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, p. 18 y ss.

La cuestión de la base constitucional fue retomada por la entonces Comunidad Europea y especialmente por el GDPR.

En particular, la afirmación del derecho a la protección de datos personales en el ámbito de la UE comienza con la Directiva 95/46/CE.

Posteriormente, como consecuencia del imparable desarrollo tecnológico, se ha hecho evidente la función de la protección de datos personales como parte de la libertad de cada individuo: la protección de datos, de hecho, de ser un derecho subordinado al derecho a la intimidad ha invertido la relación inicial, hasta el punto de que hoy el derecho a la intimidad se refiere a aquellos ámbitos que no entran en el ámbito de la legislación europea de protección de datos.

Además, el doble reconocimiento explícito del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de los datos personales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ha pacificado aún más esta tesis: el reconocimiento realizado por la Carta Europea tiene un rango esencialmente constitucional y en él se garantizan posiciones jurídicas como derechos fundamentales de todos los individuos.

Un segundo factor ha retrasado, en el ordenamiento jurídico italiano, el reconocimiento de la esfera de privacidad de los menores.

La referencia es a la concepción tradicional de la patria potestad que ha caracterizado nuestro derecho de familia durante mucho tiempo.

Basta pensar en la relación de subordinación entre padre e hijo que ponía límites estrictos a la expresión de la personalidad del niño.

La reforma del derecho de familia de 1975 y, en particular, el nuevo art. 147 del Código Civil, superaron ciertamente el esquema de poder entendido como poder-sujeción favoreciendo un nuevo paradigma marcado por la correlación de personas[28] .

Esta nueva construcción de las relaciones familiares ha permitido una graduación del contenido de la autoridad parental y, en consecuencia, una progresiva expansión de la libre expresión de la personalidad del niño en relación con su desarrollo y crecimiento.

El contenido de la autoridad parental debe detenerse en los aspectos más íntimos de la personalidad del niño.

28 Es fundamental el pensamiento de Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, p. 497 y ss.

Esto ha llevado a la aparición de un derecho del niño a la intimidad que también puede hacerse valer contra el padre.

Esta ampliación se ha producido a través de un proceso lento en el tiempo mediante pronunciamientos jurisprudenciales concretos que, al reconocer el derecho del menor, han aclarado también cómo se detiene, respecto del progenitor, cuando la intervención de éste se dirige a resolver situaciones lesivas para la personalidad del menor.

La interpretación dada por la formulación jurisprudencial, inspirada en el reconocimiento de una esfera de confidencialidad propia del niño que es flexible en función de la situación de hecho y de la edad, presupone, un límite móvil orientado al interés superior del niño[29] .

Más recientemente, con el Decreto Legislativo n. 154 de 2013, se sustituyó la expresión patria potestad por la expresión responsabilidad parental, dando así el signo de una transacción finalmente realizada.

En conclusión, la protección de los menores es un interés constitucional, así como un interés general de la Unión Europea que puede legitimar un equilibrio normativo ad hoc para los menores que puede afectar a sus derechos, y concretamente también al alcance de su derecho a la protección de datos y a la intimidad.

29 Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale,* Angeli Ed., Milano, 2016.

BIBLIOGRAFÍA

Astone, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali", *Contr. e impr.*, 2019, p. 617 ss.

Battelli, E.: "I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona", *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 283 ss.

Battelli, E.: "Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica", *Riv. Dir. Impr.*, 2022, p. 20 ss.

Bozzi, L.: "I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno", *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 252 ss.

Cuffaro, V.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati, in Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679", *Speciali digitali del Corriere giur.*, 2018, p. 2 ss.

De Cupis, A.: *Il diritto all'onore e il diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 283.

D'Ippolito, G.: *Profilazione e pubblicità targettizzata online. Real-Time Bidding e behavioural advertising,* Esi, Napoli, 2021, passim.

Ferri, G.B.: "Persona e privacy", *Riv. dir. comm.*, 1982., p. 241.

Finocchiaro, G.: "Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 10 ss.

Irti, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giust. civ.*, 2019, p. 623 ss.

Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale,* Angeli Ed., Milano, 2016.

Lucchini Guastalla, E.: "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori", *Contr. e impr.*, 2018, p. 106 ss.

Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, p. 350 ss.

Manes, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Cedam, Padova, 2001, *passim*.

Mezzasoma, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 311 ss.

Palazzolo, G.: "La banca dati e le sue implicazioni civilistiche in tema di cessione e deposito alla luce del reg. (UE) n. 2016/679", *Contratto e impresa*, 2017, p. 613 ss.

Pedrazzi, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Inf.* e *dir.*, 2017, p. 437 ss.

Pellecchia, E.: "La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali", *Resp. Civ. Prev.*, 2006, p. 244 ss.

Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks*, Esi, Napoli, 2014.

Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1332 ss.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972 p. 18 ss.

Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, p. 497 ss.

Pizzetti, F.: *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*.

Ricciuto, V.: *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, Esi, Napoli, 2006, p. 337 ss.

Senigaglia, R.: *Minore e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 75 ss.

Stanzione, M.G.: "Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1249 ss.

Thobani, S.: "La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità", *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 513 ss.

REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS*

REFLECTIONS ABOUT THE ROLE OF LIABILITY IN THE EXERCISE OF SPORTS ACTIVITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1440-1457

* El trabajo, con el añadido de las notas, elabora la comunicación realizada en el VIII Congreso Internacional «Derecho privado, consumo y responsabilidad» organizado en el Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano (Facultad de Derecho) de la Universidad de Granada, los días 16 y 17 de febrero de 2022, bajo la dirección del Prof. Dr. José Luis Pérez-Serrabona González.

Gabriele
TOSCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: En el artículo se analizan las características más importantes de la responsabilidad civil en el deporte, las que se confrontan con los problemas más comunes en la babel de la responsabilidad extracontractual.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad extracontractual; Derecho deportivo; daños y perjuicios; culpa; riesgo deportivo.

ABSTRACT: *The paper analyses the most important features of civil liability in sport sector by comparing the most common problems in the babel of extra-contractual liability.*

KEY WORDS: *Extra-contractual liability; sports law; damages; fault; sports risk.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: UNA MIRADA AL DERECHO DEPORTIVO EN GENERAL.- II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EL DEPORTE: UN TEMA DE PROFUNDA ACTUALIDAD.- 1. ACEPTACIÓN DEL RIESGO DEPORTIVO: UNA COMPARACIÓN ENTRE ITALIA Y ESPAÑA.- III. EL DOPAJE EN EL MUNDO DEL DEPORTE: NO SOLO UN PROBLEMA JURÍDIC.- 1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y DOPAJE.- IV. LAS DIVERSAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.- V. CONCLUSIONES: UNA FUNCIÓN AÚN EN FORMACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: UNA MIRADA AL DERECHO DEPORTIVO EN GENERAL.

Se podría definir el Derecho deportivo como el conjunto de normas jurídicas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, que regulan la actividad de las personas físicas y jurídicas en relación con la organización y práctica de la actividad deportiva, y que norman también la estructura y organización del deporte[1]. Entre las características fundamentales de este Derecho podemos señalar su multidisciplinariedad, interdisciplinariedad y dinamicidad, dada su constante evolución. En Italia existe un Derecho deportivo con connotaciones autónomas respecto al sistema jurídico general[2]; no obstante, no se trata de una rama desconectada de las otras del Derecho, sino más bien una disciplina absolutamente transversal[3]. En cualquier caso, el Derecho deportivo en Italia tiene sus propias especificidades, al punto que hoy es el único país del mundo, si bien bajo ciertas condiciones, que afirma su independencia y autonomía.

Los orígenes del Derecho deportivo se remontan a las antiguas civilizaciones, pues tanto los chinos como los egipcios ya tenían normas que regulaban la actividad deportiva hace miles de años. En la modernidad, a partir de los Juegos Olímpicos de finales del siglo XIX, específicamente en el en el año 1894, con la Constitución del Comité Olímpico Internacional, se inicia una segunda época en la cual comienzan a constituirse las Federaciones y a celebrarse competiciones deportivas; fenómenos que comenzaron a precisar de regulación. Pero es de forma más reciente, a finales de los años '80 y principios de los años '90, con la profesionalización del deporte

1 Para obtener más información ver Verdugo Guzmán, S. (dir.): *Tratado de Derecho deportivo*, Pamplona, 2021 y Millán Garrido, A. - Gamero Casado, E. (dir.): *Manual de Derecho del deporte*, Madrid, 2021.

2 En Italia los jueces deportivos poseen autonomía, es decir, su funcionamiento en el sistema deportivo cuenta con reglas propias. Solamente viene admitido en un caso que el juez ordinario, administrativo, pueda interferir en la lógica del sistema deportivo: cuando existe un interés público general. Cfr. Maietta, A.: *Lineamenti di diritto dello sport*, Turín, 2016.

3 Di Nella, L. (dir.): *Manuale di diritto dello sport*, Nápoles, 2021. Cfr. Millán Garrido, A. (dir.): *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, Madrid, 2022 y Pérez-Serrabona González, F.J.: "Crisis y deporte: una invitación hacia otras formas de negocio", *Revista española de derecho deportivo*, 2015, pp. 11-28.

• Gabriele Toscano
Doctor en Derecho privado y de consumo por la Universidad de Perugia y Salamanca. Correo electrónico: gabriele.toscano@gmail.com

y el fortalecimiento de la industria deportiva, que surge una verdadera necesidad de ordenar las relaciones jurídicas en torno al fenómeno deportivo.

Como hemos dicho antes, el deporte y, en consecuencia, el Derecho deportivo, son una realidad multidisciplinar, transversal, por lo que interseca con distintas disciplinas tradicionales del mundo del Derecho[4].

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EL DEPORTE: UN TEMA DE PROFUNDA ACTUALIDAD.

El sector deportivo es hoy una industria. En todos sus aspectos y, en particular, todo lo que gira en torno al tema del Derecho civil, resulta de gran interés para las Federaciones deportivas (nacionales e internacionales), clubes y asociaciones deportivas, y en particular, para los deportistas. Precisamente dentro de estos argumentos civiles, dado que el deporte se ha convertido en un fenómeno social y global[5], la institución jurídica de la responsabilidad civil ha comenzado a ser tratada con especial particularidad e interés, tomando la etiqueta de responsabilidad deportiva.

Dentro del panorama de la responsabilidad civil se trata de un tema muy actual y que permite muchas reflexiones; pues, si bien cuando hablamos de Derecho deportivo, en primera instancia, pensamos en un derecho menor, esto no es así, toda vez que el fenómeno deportivo es planetario y constituye un verdadero lubricante social[6], capaz de sacudir no solo la red de una puerta, sino también los mercados financieros, dado que la mayoría de los clubes de fútbol profesional son sociedades anónimas[7].

De hecho, la realización de actividades deportivas puede ser escenario de accidentes que afecten a los deportistas que practican un determinado deporte; aunque no necesariamente estos pueden ser los únicos sujetos afectados (pensemos, por ejemplo, en accidentes en estadios). En resumen, es posible decir que cada vez que hay un hecho que puede entrar en el ámbito jurídico de la responsabilidad extracontractual, y que ocurra en el entorno del fenómeno deportivo, estamos en el contexto de la llamada responsabilidad deportiva.

4 Pérez-Serrabona González, F.J.: "La incidencia de los fondos de inversión en el *nuevo* marco de las sociedades mercantiles deportivas", Valenzuela Garach, F.J., Pérez-Serrabona González, F.J. (coord.), Pérez-Serrabona González, J.L. (dir.): *Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, 2017, pp. 399-421.

5 El deporte es un hecho social total, en el sentido de que muestra implicaciones culturales, políticas, jurídicas y económicas, capaz de transmitir modelos de vida y prácticas de comportamiento más o menos virtuosos: el deporte es el espejo de nuestra sociedad.

6 Dimasi, L.: "Sport, società, discriminazione: per una visione «giuridicamente orientata»", *Riv. trim. dir. sport.*, 2016, pp. 17-25.

7 Cfr. Pérez-Serrabona González, F.J.: "Crisis y deporte: una invitación hacia otras formas de negocio", cit., p. 11.

Retomando los escritos de la doctrina italiana más autorizada, podemos hablar de una pluralidad de sistemas jurídicos, dentro de los cuales el sistema deportivo se sitúa con un cierto grado de autonomía con respecto al sistema estatal, pero bajo ciertas condiciones[8].

La autonomía del sistema deportivo, que tiene sus propias reglas como, por ejemplo, los estatutos y los reglamentos federales, está vinculada al respeto de la jerarquía de las fuentes, incluido el cumplimiento de las normas legales del Estado italiano.

En Italia, la doctrina, con una tesis muy interesante en clave constitucional, afirma que el pluralismo de las fuentes implica su armonización y un delicado esfuerzo de coordinación por parte del intérprete para garantizar el respeto de la jerarquía de valores y la unidad del sistema[9]. Por estas razones, el Derecho deportivo debe necesariamente integrarse con las fuentes supranacionales, que son capaces de influir en el derecho interno[10].

Por estas razones, retomando siempre las palabras de la doctrina, es oportuno considerar el ordenamiento jurídico como unitario, con la consiguiente integración dentro de él de la organización del mundo del deporte, pues, de no ser así, sería contrario a la jerarquía de valores constitucionales conferir autonomía jurídica a un sector específico, en el que la República se compromete a reconocer y favorecer al ciudadano los derechos inviolables del hombre dentro de las formaciones sociales donde expresa su personalidad[11].

Esta teoría doctrinaria está en línea con una sentencia muy reciente de la Casación italiana del año 2022 que establece que "las disputas relativas a la apelación de actos del Comité Olímpico Nacional Italiano están sujetas a la jurisdicción estatal, o de las federaciones deportivas nacionales, que se configuran como decisiones relativas a la asunción regular de cargos asociativos, dotadas de pertinencia para la legislación del Estado"[12].

En la doctrina jurídica italiana hay dos teorías opuestas, defendidas por dos grandes maestros del Derecho, sobre la responsabilidad deportiva. La primera teoría es más conservadora y argumenta que "en el ámbito de la

8 Cesarini Sforza, W. "Il diritto dei privati", *Riv. it. sc. giur.*, 1929, pp. 3-28; Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, Florencia, 1945, p. 19 ss. y Giannini, M.S.: "Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi", *Riv. dir. sport.*, 1949, p. 10.

9 Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo comunitario delle fonti*, Nápoles, 1992, p. 196.

10 Perlingieri, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 196. Para una comparación sobre la unidad del sistema con referencia al fenómeno deportivo ver Perlingieri, P.: "Reflexiones finales", en AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Nápoles, 2009, p. 715 y ss.

11 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, 2006, p. 433 y ss..

12 Cas. civ., sec. jun., 2 de febrero de 2022, núm. 3101, *DeJure en linea*.

actividad deportiva, sin perjuicio de las normas relativas a los acontecimientos competitivos, no se aplicarán normas o principios específicos distintos de los codificados y consolidados por tradición"[13], lo que se justifica en que "mantener viva la responsabilidad deportiva significa alimentar malentendidos y dudas"[14]. La segunda teoría es más evolutiva y argumenta que "la autonomía conceptual de la expresión responsabilidad deportiva se basa en la calificación indispensable de la responsabilidad jurídica a la luz de los principios y disposiciones del sistema deportivo"[15].

Como se ha dicho anteriormente, la realización de una actividad deportiva, como muchas otras actividades humanas, tiene el potencial de causar daños debido a la intensidad física con la que se lleva a cabo la actividad por parte de los participantes. Sin embargo, el ejercicio de la actividad deportiva no debe considerarse una "zona libre" o "tierra de nadie" donde cada uno pueda hacer lo que quiera, dando lugar a actitudes de violencia gratuita, ya que es necesario observar escrupulosamente las reglas del juego que se practica.

Entre las dos teorías, la segunda es preferible, pues la propia autonomía del sistema deportivo ha dado lugar a lo que en doctrina y jurisprudencia se denomina "*scriminante*" deportiva, con la consiguiente figura jurídica de la aceptación del riesgo deportivo, o riesgo permitido[16].

En el ordenamiento jurídico español, y lo mismo sucede también en el sistema jurídico italiano, no existe una disposición precisa de la legislación en materia de responsabilidad deportiva (ya que el Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, aunque regule en el Título IX la "Prevención de la violencia en los espectáculos deportivos", no prevé una disposición legislativa expresa), por lo que se debe recurrir a la disciplina general de la responsabilidad civil extracontractual a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil español (en el ordenamiento jurídico italiano en el artículo 2043 y siguientes del Código Civil)[17].

A pesar de la ausencia de una disposición legislativa expresa, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran digno de atención el hecho de que cualquier hecho dañoso que se produzca con ocasión de la realización de una actividad deportiva debe apreciarse de manera diferente según el caso concreto. En el ordenamiento jurídico italiano, a diferencia del español (artículo 43 apartado

13 Alpa, G.: "La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva", *Riv. dir. sport.*, 1984, p. 471 y ss..

14 Alpa, G.: "La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva", cit., 1984, p. 487.

15 Scialoja, A.: voz "Responsabilità sportiva", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Turín, 1998, p. 415 y ss..

16 Sferrazza, M.: "La scriminante sportiva nel gioco del calcio", *Riv. dir. ec. sport*, 2008, pp. 49-74 y Pascasio, M.: "Sul rischio sportivo", *Riv. dir. sport.*, 1961, p. 73 y ss..

17 El artículo 2043 del Código Civil italiano, que codifica la prohibición de «*neminem laedere*» (prohibición de infringir los derechos de los demás), prevé como remedio la indemnización por daños y perjuicios.

3), el deporte no está expresamente regulado a nivel constitucional, pero la Ley núm. 280, de 17 de octubre de 2003, del Parlamento italiano, reconoce la autonomía del sistema deportivo con respecto al sistema estatal, estableciendo específicamente que "las relaciones entre el sistema deportivo y el orden de la República se regulan sobre la base del principio de autonomía, salvo en los casos de relevancia para el ordenamiento jurídico de la República de situaciones jurídicas subjetivas relacionadas con el sistema deportivo". Esta autonomía del sistema deportivo con respecto al sistema estatal en un primer momento puede crear dificultades, pero no debemos olvidar que existe un principio de jerarquía según la teoría que había sido abordada en los años 50 del siglo pasado sobre el tema de la llamada pluralidad de sistemas jurídicos[18] que, en cierto sentido, retoma la idea que considera al Estado "no […] más que un pequeño lago en el gran mar de la ley que lo rodea por todos lados"[19].

1. Aceptación del riesgo deportivo: una comparación entre Italia y España.

Los sistemas jurídicos italiano y español tienen numerosos puntos de contacto, ambos son continentales (pertenecen al modelo jurídico de *civil law*) y tienen un Código civil muy similar. Precisamente, por estas razones, para el estudio de los principales problemas de la responsabilidad civil en el ejercicio de la actividad deportiva (*rectius* responsabilidad deportiva) las principales teorías son idénticas, y parten de la aceptación del riesgo deportivo.

Con el término riesgo deportivo (o riesgo permitido en el ordenamiento jurídico italiano) el deportista, cuando decide practicar una actividad deportiva, se compromete a asumir todas las consecuencias perjudiciales que puedan derivar contra él dentro de los límites de las reglas del juego practicado[20]. Esto significa que si el deportista decide practicar el juego de fútbol debe tener en cuenta el riesgo de recibir una patada en un tobillo; en el tenis un golpe de la pelota en el rostro y en el boxeo un puñetazo, incluso arriesgando la propia vida.

Por estas razones es costumbre dividir el deporte en tres categorías principales: deportes con la violencia necesaria, con posible violencia y sin violencia. La primera categoría incluye los principales deportes de combate como el boxeo, el taekwondo, el kickboxing, la lucha libre, etc., mientras que, en opinión de quien escribe, el karate no entra en la categoría antes mencionada y merece una

18 Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, Florencia, 1946, p. 50. Para más información ver la versión en español de la obra Romano, S.: *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963. Cfr. Muniz-Fraticelli, V.M.: *The Structure of Pluralism*, Oxford 2014 donde el autor reconstruye el pluralismo político como una tradición filosófica coherente que hace declaraciones distintivas y radicales sobre las fuentes de autoridad política y la estructura de la relación entre las asociaciones y el Estado.

19 Gurvitch, G.: *L'idée du droit social*, París, 1932, *passim*.

20 Pascasio, M.: "Sul rischio sportivo", cit., p. 73 y ss..

disciplina separada[21]. La segunda categoría incluye los principales deportes de equipo como fútbol, baloncesto, rugby, etc. La tercera categoría incluye todos los deportes principalmente individuales como el atletismo, la natación, el tenis, etc., donde, por regla general, no se prevé ningún contacto con el oponente.

De todo esto surge un dato importante: dado que el deportista debe respetar las reglas del juego para que sea responsable o no de un acto cometido por él, es importante tener en cuenta la conducta y, para la doctrina italiana, el parámetro de referencia debe ser el del atleta medio, como "canon conductual de prudencia media en relación con la finalidad y connotaciones técnicas de la actividad deportiva de que se trate"[22].

Esto significa que, además de respetar escrupulosamente las reglas técnicas del juego, se requiere que el atleta tenga un *quid pluris*, es decir, un comportamiento basado en la diligencia, la prudencia y la experiencia. El deportista, por tanto, durante la práctica de la actividad deportiva, debe cumplir escrupulosamente con las reglas del juego y, sobre todo, debe poner en marcha una conducta funcional al tipo de deporte practicado. De ello se deduce que, si el deportista causa daños a su oponente y esto es consecuencia directa de las características del deporte practicado, no se puede exigir ninguna responsabilidad, aunque, en caso de violación de las reglas del juego, se produzca un hecho lesivo que entre dentro del riesgo del deporte practicado. En cambio, el atleta será totalmente responsable cuando cause daño al oponente haciendo caso omiso por completo de las reglas técnicas, el espíritu del juego y con la clara intención de dañarlo (negligencia grave), en violación del principio general de *neminem leadere*[23].

III. EL DOPAJE EN EL MUNDO DEL DEPORTE: NO SOLO UN PROBLEMA JURÍDICO.

El término dopaje[24] comúnmente se refiere al uso de sustancias o métodos que son potencialmente peligrosos para la salud humana y capaces de mejorar artificialmente el rendimiento deportivo[25]. Por lo tanto, es indiscutible que tal comportamiento constituye una grave violación de los principios del juego limpio

21 Para obtener más información ver Toscano, G.: "Verso una rivoluzione culturale in materia di responsabilità negli sport a violenza necessaria: il caso della disciplina del karate", *Riv. dir. ec. sport*, 2018, p. 185 y ss..

22 Frau, R.: "La responsabilità civile sportiva", Cendon, P. (dir.): *La responsabilità civile*, X, Turín, 1998, p. 316.

23 Cas. pen., sez. I, 20 de noviembre de 1973, núm. 4513, *Foro it.*, 1974, p. 374 donde los jueces de casación italianos dictaminaron que «la ofensa deportiva no es configurable cuando la realización de la carrera es solo la ocasión del tiempo y lugar de la acción productiva de lesiones personales, en realidad separada de las necesidades de llevar a cabo la carrera y solo determinada por el deseo de realizar un acto de violencia física perjudicial para la seguridad personal de los demás».

24 Fiormonte, L.: *Doping e processo antidoping*, Rímini, 2017 y Mennea, P.P.: *Il doping nello sport*, Milán, 1999.

25 Gregori, C.: voz "Temi olimpici: il doping. La progressiva medicalizzazione dello sport", *Enc. Sport*, Treccani, 2004 (en linea).

(en la línea de los principios decoubertianos) y, sobre todo, una violación de las principales leyes deportivas que también pueden ser perseguidas bajo la esfera del orden general como un delito.

La etimología del término dopaje parecería derivar de la lengua holandesa con un doble significado: por un lado, *doop*, que significa salsa, por otro *dopen*, entendido como mezcla, bautizando por inmersión en el sentido de "lanzarse a una nueva vida"[26], pero convencionalmente se asocia con el idioma inglés a través de la etimología *dope* que significa precisamente drogar[27].

En el ordenamiento jurídico español, el dopaje se rige por la Ley Orgánica núm. 3, de 20 de junio 2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva; mientras que, en el ordenamiento jurídico italiano se regula por la Ley núm. 376, de 14 de diciembre de 2000, de regulación de la protección de la salud de las actividades deportivas y de la lucha contra el dopaje.

Además, en ambos países, las respectivas leyes penales también regulan el uso fraudulento de sustancias y métodos prohibidos. En España ello se hace en el artículo 362 *quinquies* del Código penal, mientras que en Italia el artículo 586 *bis* del Código penal. El Código penal italiano y el español son, en principio, bastante similares, y, con relación al delito en cuestión, el primero prevé una pena de entre un mínimo de tres meses y un máximo de tres años, mientras que el segundo prevé una pena de entre un mínimo de dos meses y un máximo de dos años. Entre las dos leyes penales la italiana es más estricta y prevé, a diferencia de la española, prisión de dos a seis años y una multa de 5.164,00 euros a 77.468,00 euros para aquellos que comercian drogas prohibidas destinadas a atletas[28].

El problema del dopaje no es solo de carácter nacional, por estas razones a nivel internacional el Comité Olímpico Internacional (C.I.O.) ha creado una fundación con participación mixta público-privada llamada Agencia Mundial Antidopaje (*World Anti-Doping Agency*, más conocida por el acrónimo W.A.D.A.) para combatir el fenómeno del dopaje en el mundo del deporte[29].

26 Gagliano Candela, R. - Di Vella, G.: "Il doping", Palmieri. L. - De Ferri, F. (dir.): *Manuale di medicina legale*, Milán, 2013, p. 426.

27 Maietta, A.: *Lineamenti di diritto dello sport*, cit., p. 89 y ss..

28 El Código penal español, sin embargo, a diferencia del italiano, prevé para aquellos que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

29 En 2002 la sede de la Agencia Mundial Antidopaje se trasladó a Montreal en Canadá, aunque legalmente sigue siendo una fundación, bajo el Derecho privado, regulada por el Derecho civil suizo.

También a nivel nacional hay ramificaciones de la Agencia Mundial Antidopaje, ya que se han establecido agencias nacionales individuales como ramificaciones funcionales de la Agencia Mundial Antidopaje, con la responsabilidad exclusiva de la adopción y aplicación de las reglas de acuerdo con el Código Mundial Antidopaje establecido por el Comité Olímpico Internacional.

En Italia, a través de un acuerdo entre el Comité Olímpico Nacional Italiano (C.O.N.I.) y el Gobierno italiano, se estableció la Organización Nacional Italiana Antidopaje (N.A.D.O.), en virtud de la cual existe el Tribunal Nacional Antidopaje y la Procura Nacional Antidopaje.

Mientras que en Italia todos estos organismos son autónomos con respecto al sistema estatal, de acuerdo con la llamada autonomía del sistema deportivo con respecto al sistema estatal, en España la situación es diferente, ya que todo está centralizado en los poderes del Estado. De hecho, existe la Agencia Estatal Antidopaje y la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, que dependen directamente del Ministerio de Cultura y Deporte del Gobierno de España.

La Agencia Estatal Antidopaje (C.E.L.A.D.) es una agencia estatal y tiene la tarea de proteger el derecho a la salud de los atletas, quienes deben participar en sus respectivas competencias deportivas en igualdad de condiciones y sin distinción, artificio o engaño.

La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (A.E.P.S.A.D.) es un organismo público a través del cual se proyectan las políticas estatales de protección de la salud en el deporte. Entre ellas, y de modo especial, de lucha contra el dopaje, cuya misión es la protección del derecho a la salud de todos los deportistas y del derecho a participar en una competición sin trampas, en condiciones de igualdad[30].

En Italia, el máximo órgano de justicia en el campo del dopaje está representado por el Tribunal Nacional Antidopaje (T.N.A.) que es un organismo que no pertenece al sistema estatal, sino al sistema de justicia deportiva por violaciones de las normas deportivas antidopaje. Depende de la NADO Italia que, como hemos visto antes, es el organismo nacional antidopaje, y del que también depende la Procura Nacional Antidopaje.

El Tribunal fue establecido por el Comité Internacional Italiano y está regulado por el artículo 13 de su Estatuto, y tiene como fin sancionar todas las violaciones de

30 Para más información ver *https://www.csd.gob.es*.

las reglas deportivas antidopaje y las disposiciones del Código Mundial Antidopaje de la W.A.D.A.

A diferencia del ordenamiento jurídico italiano, en el español está presente el Tribunal Administrativo del Deporte. Este es un órgano colegiado de ámbito estatal, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes que, actuando de forma independiente a éste, tiene las funciones de decidir en vía administrativa, y en última instancia, las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia; tramitar y resolver expedientes disciplinarios; y velar, de forma inmediata, y en última instancia administrativa, por la conformidad a derecho de los procesos electorales en los órganos de gobierno de las Federaciones deportivas españolas[31].

1. Responsabilidad extracontractual y dopaje.

El fenómeno del dopaje, tal como se ha abordado hasta ahora, no solo es de importancia nacional, sino que concierne a todo el contexto deportivo mundial. No cabe duda de que un deportista que utiliza una sustancia prohibida con el objetivo de alterar su rendimiento deportivo comete un delito punible tanto dentro de la legislación estatal (en Italia como en España ello se sanciona en el Código penal) como en el contexto del sistema deportivo.

Aunque cuando hablamos de dopaje, en primera instancia, nos vienen a la mente medidas disciplinarias de carácter deportivo como inhabilitaciones, revocaciones de medallas ya concedidas, etc. hay que decir que la enorme cantidad de dinero que gravita en torno al mundo del deporte saca a relucir perfiles de responsabilidad que no se limitan únicamente a la Ley del deporte.

Consideremos, por ejemplo, que hoy en día muchos clubes deportivos son sociedades anónimas[32] (en España, por ejemplo, la Ley del Deporte de 1990 obliga a todos los clubes deportivos a constituirse con esta estructura, a excepción de Real Madrid Club de Fútbol, Futbol Club Barcelona, Athletic Club Bilbao y Club Atlético Osasuna que optaron por esta estructura corporativa muchos años después para participar en el campeonato de España de fútbol)[33], lo que viene

31 Para más información ver *https://www.csd.gob.es*.

32 Pérez-Serrabona González, F.J.: "Presente y futuro de la financiación mercantil en el deporte profesional: desafíos y oportunidades", *Revista crìtica de derecho privado*, 2016, pp. 261-292.

33 En España la Ley del Deporte sufre modificaciones mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. En el Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de fecha 29 de diciembre de 2021, se ha publicado la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, en virtud de la cual se producen modificaciones sobre la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. En particular: a) se modifica el artículo 19.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, con el siguiente texto: "los Clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, podrán adoptar la forma de Sociedad Anónima Deportiva a que se refiere la presente Ley. Dichas Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo"; b) se modifica el primer párrafo y el apartado 4 de la disposición adicional séptima con el siguiente texto: "los Clubes que hayan decidido no constituirse en Sociedad Anónima Deportiva podrán

motivado por razones de patrocinio y, en especial, de mercado. El mercado es, de hecho, una enorme ronda de dinero que hoy en día ha transformado al atleta de un simple actor, en uno de los teatros más bellos del mundo, en un verdadero atleta de *élite*[34].

Por estas razones, acentuadas además por intereses económicos cada vez más fuertes en los principales deportes como el fútbol, el baloncesto, el voleibol, el atletismo, el tenis, etc., el papel de los patrocinadores, que a través de importantes contratos publicitarios financian eventos deportivos, pero también, y sobre todo, clubes y atletas individuales, el tema del dopaje y de la responsabilidad juega un papel de no poca importancia. Ahora veamos la razón de todo esto y cuáles son los casos más importantes para reflexionar.

Las responsabilidades extracontractuales atribuibles al mundo del dopaje pueden ser principalmente de carácter dual: las atribuibles a deportistas individuales y las atribuibles a otros sujetos que giran en torno a la figura del deportista (clubes y asociaciones deportivas, Federaciones deportivas nacionales, médicos deportivos, pero también gestores deportivos y otros).

Partamos del caso más sencillo: el deportista que, para alterar su rendimiento deportivo, utiliza sustancias prohibidas, participa y se clasifica para un evento deportivo muy importante (campeonato nacional, campeonato europeo, campeonato mundial, Juegos Olímpicos, etc.). Tras la clasificación comenzó a competir en la prueba del campeonato del mundo (por ejemplo) y, en este, mediante un control antidopaje, resulta positivo a una sustancia prohibida que llevaba mucho tiempo tomando, y que le permitía alterar su rendimiento deportivo. ¿Qué pasa si sucede algo así? Este es un problema muy grande, tanto en el ámbito deportivo – porque se violan los fundamentos de los valores éticos del deporte – como en el ámbito civil y penal, pues existen leyes específicas sobre la materia, tanto en Italia como en España. Pero ahora centrémonos solamente en los aspectos civiles de la responsabilidad extracontractual.

IV. LAS DIVERSAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Para resumir la cuestión de una manera más sencilla, si una lesión se produce en el contexto de una actividad deportiva y el atleta que cometió el acto lesivo ha

mantener su estructura jurídica con las siguientes particularidades" y c) se modifica el apartado 4 de la disposición adicional séptima con el siguiente texto: "4. Los Estatutos de estos Clubes deberán libremente establecer los requisitos para ser miembro de sus Juntas Directivas, tales como antigüedad, avales, etc.". Cfr. Millán Garrido, A. (dir.): *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, cit.

34 Parisi, A.G.: "Sport, diritti e responsabilità: un confronto con l'esperienza francese", *www.comparazionedirittocivile.it*, p. 34.

respetado escrupulosamente las reglas del juego y ha asumido un comportamiento basado en la prudencia, la diligencia y la pericia, no se puede exigir ninguna responsabilidad en función de compensar el daño, porque ese hecho dañoso ocurrió en el contexto del riesgo deportivo, que todo deportista acepta cuando decide participar en una competición deportiva.

Si, por el contrario, se produce una lesión durante una actividad deportiva y ésta ha surgido de un comportamiento imprudente del deportista o, con la clara intención de causar daño (acción cometida con intención) no habrá ninguna "*scriminante*" deportiva y el deportista protagonista del hecho dañoso será llamado a indemnizar el daño tanto en el ámbito civil como, en el peor de los casos, en el ámbito penal.

En el año 1985 el Tribunal de Milán dictó una sentencia muy importante sobre el riesgo deportivo donde se decidió que el deportista al practicar una actividad deportiva debía considerar los riesgos asociados a la actividad deportiva practicada, dentro de los límites de las reglas del juego[35].

Más concretamente, si el deportista decide, por ejemplo, practicar el boxeo, ya que se trata de un deporte con la violencia necesaria para provocar el nocaut técnico – y por tanto una grave lesión en su esfera física – debe considerar que puede ir en contra de su vida.

Esto sucede muy a menudo cuando un boxeador muere en el *ring* como resultado de un golpe recibido y el oponente, si ha respetado escrupulosamente las reglas del juego, no será llamado ni a responder en un Tribunal civil, ni en un proceso penal por el delito de lesiones personales o asesinato (como, por ejemplo, en el caso Minter contra Jacopucci en Italia en el año 1978)[36].

Cuando hablamos de lesiones durante eventos deportivos, en el ámbito civil, inmediatamente viene a la mente la protección contra el daño[37], y la referencia va inevitablemente a la responsabilidad extracontractual que, sobre el principio de "*neminem laedere*" (es decir, la prohibición de dañar el derecho de otro), prevé como recurso la indemnización por daños[38].

35 Trib. Milán, 14 de enero de 1985, *Foro it*., II, 1985, p. 218 y ss., sentencia en la que el juez absuelve totalmente a un boxeador que había causado la muerte de su oponente porque el golpe fatal había sido dado observando las reglas del juego.

36 Frau, R.: "La responsabilità civile sportiva", Cendon, P. (Coord.): *La responsabilità civile*, X, Turín, 1998, p. 370.

37 Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, 2021, Nápoles, p. 871 y ss.

38 La bibliografía en Italia es interminable. Para más información ver Bianca, C.M.: *La responsabilità civile*, V, 2020, Milán.

En España, la doctrina totalmente compartida afirma que este es un microsistema dentro de un sistema, ya que el Derecho de daños tradicionalmente tiene una función que es reparar el daño (es decir, de indemnización), pero también se puede ver en este un horizonte mayor, como una función de carácter preventiva, de demarcación y de redistribución[39].

La doctrina trabaja así sobre diversas funciones, resultado de una visión multifuncional del Derecho de daños, donde incluye aquella demarcatoria, que sirve para delimitar la libertad del individuo; teoría que también es retomada por la doctrina española más autorizada, que afirma que esta demarcación se realiza en el espacio de la legalidad e introduce un segundo aspecto demarcatorio[40].

Asimismo, sobre este tema, podemos recordar una sentencia del año 2005 de la Casación italiana, que dictó un "*case law*" en el ámbito de la responsabilidad deportiva. En el fallo el Alto foro estableció que: en primer lugar, la violación involuntaria de las reglas del juego integra un delito deportivo de naturaleza no penal; en segundo lugar, la violación voluntaria que resulte en una conducta violenta compatible con el tipo de disciplina deportiva y la confrontación competitiva de referencia da lugar a un delito penal culpable; y, por último, que la violación voluntaria con conducta violenta completamente separada de la dinámica competitiva integra delitos con dolo[41].

V. CONCLUSIONES: UNA FUNCIÓN AÚN EN FORMACIÓN.

Si en la época del Derecho romano la responsabilidad extracontractual tenía una función sancionadora (por ejemplo, castigar un delito), hoy no ocurre así y la perspectiva es diferente.

La indemnización por daños injustos hoy tiene una función reparadora, por lo que tiene como objetivo restablecer una situación de prejuicio[42]. En resumen, debe reparar un daño o perjuicio a una posición legalmente relevante en términos de derecho subjetivo, interés legítimo o expectativa legal. Esto es importante, porque, si antes la función sancionadora apuntaba a invalidar una conducta del sujeto agente, hoy el problema de la responsabilidad es repartir el daño; no importa tanto sancionar una conducta incorrecta o sancionar una conducta ilícita

39 Llamas Pombo, E.: *Las Formas De prevenir y De Reparar el Daño*, Madrid, 2020 y Id., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, 2020.

40 Así se expresó Eugenio Llamas Pombo durante el 48 curso de especialización en Derecho de la Contratación y Daños, celebrado en Salamanca, en enero de 2022. Para más información ver Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, V, Madrid, 2011.

41 Cas. pen., 23 de mayo de 2005, núm. 19473, *Foro it.*, II, 2005, p. 588 y ss.

42 Por lo tanto, tenemos una compensación por equivalente o en forma específica cuando es necesario restablecer el *status quo*, pero ello no describe una función sancionadora.

(porque esta es la función del Derecho penal) sino más bien entender, ante una lesión, en manos de qué sujeto recae la obligación de indemnización. Entonces, si hay un perjuicio, hay alguien que tiene que repararlo.

Inicialmente, la injusticia de la responsabilidad extracontractual no se refería al daño, sino que se refería a la conducta y, por lo tanto, había una superposición entre la culpa y la injusticia, pues se creía que, en realidad, lo injusto es un hecho dañino, y un hecho dañino depende de un comportamiento *contra ius*. Por lo tanto, si la injusticia estaba relacionada con la conducta, está claro que la lectura asumió un carácter marcadamente sancionador y no ya reparador.

Este panorama ha sido hoy superado, y la injusticia califica al hecho y no al daño, por lo que la referencia al daño debe ser a una lesión *non iure*[43] y *contra ius*[44].

Precisamente por esta razón, una sanción, en opinión de quien escribe este trabajo, no es suficiente para combatir el fenómeno del dopaje deportivo de manera eficiente, y es necesario encontrar otra solución, como es el instrumento de los daños punitivo, que permita disuadir a los atletas y gestores deportivos de tal comportamiento. La introducción de una pena muy alta en términos económicos podría ser un elemento disuasorio y evitar comportamientos similares en el mundo del deporte. Si la idea del instrumento de daño punitivo no es aceptable, entonces se necesita una segunda vía, como la de modificar las reglas contenidas en el Código penal italiano mediante la introducción de una pena mucho más fuerte.

Probablemente un sistema legal serio, claro y completo (tanto civil como penal) sea la mejor manera de combatir este verdadero cáncer del deporte.

43 Es decir, cometido sin causa justificada.

44 Es decir, debe referirse a una posición jurídica protegida por el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ALPA, G.: "La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva", *Riv. dir. sport.*, 1984, p. 471 y ss.

BIANCA, C.M.: *La responsabilità civile*, V, 2020, Milán.

CESARINI SFORZA, W. "Il diritto dei privati", *Riv. it. sc. giur.*, 1929, pp. 3-28.

DI NELLA, L. (dir.): *Manuale di diritto dello sport*, Nápoles, 2021.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, V, Madrid, 2011.

DIMASI, L.: "Sport, società, discriminazione: per una visione "giuridicamente orientata"", *Riv. trim. dir. sport.*, 2016, pp. 17-25.

FIORMONTE, L.: *Doping e processo antidoping*, Rímini, 2017.

FRAU, R.: "La responsabilità civile sportiva", CENDON, P. (Coord.): *La responsabilità civile*, X, Turín, 1998, p. 370.

FRAU, R.: "La responsabilità civile sportiva", CENDON, P. (dir.): *La responsabilità civile*, X, Turín, 1998, p. 316.

GAGLIANO CANDELA, R. , DI VELLA, G.: "Il doping", PALMIERI. L., DE FERRI, F. (dir.): *Manuale di medicina legale*, Milán, 2013, p. 426.

GIANNINI, M.S.: "Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi", *Riv. dir. sport.*, 1949, p. 10.

GREGORI, C.: voz "Temi olimpici: il doping. La progressiva medicalizzazione dello sport", *Enc. Sport*, Treccani, 2004 (en linea).

GURVITCH, G.: *L'idée du droit social*, París, 1932.

LLAMAS POMBO, E.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, 2020.

LLAMAS POMBO, E.: *Las Formas De prevenir y De Reparar el Daño*, Madrid, 2020.

MAIETTA, A.: *Lineamenti di diritto dello sport*, Turín, 2016, p. 89 y ss.

MENNEA, P.P.: *Il doping nello sport*, Milán, 1999.

Millán Garrido, A., Gamero Casado, E. (dir.): *Manual de Derecho del deporte*, Madrid, 2021.

Millán Garrido, A. (dir.): *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, Madrid, 2022.

Muniz-Fraticelli, V.M.: *The Structure of Pluralism*, Oxford 2014.

Parisi, A.G.: "Sport, diritti e responsabilità: un confronto con l'esperienza francese", *www.comparazionedirittocivile.it*, p. 34.

Pascasio, M.: "Sul rischio sportivo", *Riv. dir. sport.*, 1961, p. 73 y ss.

Pérez-Serrabona González, F.J.: "Crisis y deporte: una invitación hacia otras formas de negocio", *Revista española de derecho deportivo*, 2015, pp. 11-28.

Pérez-Serrabona González, F.J.: "Presente y futuro de la financiación mercantil en el deporte profesional: desafíos y oportunidades", *Revista crítica de derecho privado*, 2016, pp. 261-292.

Perlingieri, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 196.

Perlingieri, P.: "Reflexiones finales", en AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Nápoles, 2009, p. 715 y ss.

Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo comunitario delle fonti*, Nápoles, 1992, p. 196.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, 2006, p. 433 y ss.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, 2021, Nápoles, p. 871 y ss.

Romano, S.: *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963.

Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, Florencia, 1945.

Scialoja, A.: voz "Responsabilità sportiva", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Turín, 1998, p. 415 y ss.

Sferrazza, M.: "La scriminante sportiva nel gioco del calcio", *Riv. dir. ec. sport*, 2008, pp. 49-74

Toscano, G.: "Verso una rivoluzione culturale in materia di responsabilità negli sport a violenza necessaria: il caso della disciplina del karate", *Riv. dir. ec. sport*, 2018, p. 185 y ss.

Valenzuela Garach, F.J. - Pérez-Serrabona González, F.J. (Coord.) - Pérez-Serrabona González, J.L. (dir.): *Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, 2017, pp. 399-421.

Verdugo Guzmán, S. (dir.): *Tratado de Derecho deportivo*, Pamplona, 2021.

LA ALLOCAZIONE DEL RISCHIO NEI CONTRATTI A DISTANZA STIPULATI CON INTERMEDIARI DI SERVIZI FORNITI NEL SETTORE DELLE ATTIVITÀ DEL TEMPO LIBERO E OPERATIVITÀ DEL DIRITTO DI RECESSO. NOTA A SENTENZA, CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. VIII, 31-03-2022, C-96/21

RISK ALLOCATION IN DISTANCE CONTRACTS CONCLUDED WITH INTERMEDIARIES OF SERVICES PROVIDED IN THE LEISURE SECTOR AND OPERATION OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL. NOTE TO JUDGMENT OF THE COURT (EIGHTH CHAMBER), 31 MARCH 2022, IN CASE C-96/21

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1458-1471

Susanna
CAPPUCCIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: L'art. 16, lett. l), della direttiva 2011/83/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/Cee del Consiglio e della direttiva 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/Cee del Consiglio e la direttiva 97/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che l'eccezione al diritto di recesso prevista da tale disposizione è opponibile nei confronti di un consumatore che abbia concluso, con un intermediario che agisce in nome proprio ma per conto dell'organizzatore di un'attività del tempo libero, un contratto a distanza relativo all'acquisto di un diritto di accesso a tale attività, nei limiti in cui, da un lato, l'estinzione mediante recesso, ai sensi dell'art. 12, lettera a), di detta direttiva, dell'obbligazione di eseguire tale contratto nei confronti del consumatore farebbe ricadere il rischio connesso all'accantonamento delle disponibilità così svincolate sull'organizzatore dell'attività di cui trattasi e, dall'altro lato, sia previsto che l'attività del tempo libero alla quale tale diritto dà accesso debba svolgersi a una data o in un periodo specifici.

PALABRAS CLAVE: Rinvio pregiudiziale; tutela dei consumatori; direttiva 2011/83/UE; diritto di recesso per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali; eccezioni al diritto di recesso; articolo 16, lettera l); prestazione di servizi riguardanti le attività del tempo libero; contratto che prevede una data o un periodo di esecuzione specifici; fornitura di servizi di biglietteria; intermediario che agisce in nome proprio ma per conto dell'organizzatore di un'attività del tempo libero; rischio connesso all'esercizio del diritto di recesso.

ABSTRACT: *Article 16(l) of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council must be interpreted as meaning that the exception to the right of withdrawal provided for in that provision may be relied on against a consumer who has concluded, with an intermediary acting in its name, but on behalf of the organiser of a leisure activity, a distance contract for acquiring a right of access to that activity, provided that, first, the termination of the obligation to perform that contract vis-à-vis the consumer by means of withdrawal, in accordance with Article 12(a) of that directive, would place the risk linked to the setting aside of the capacity thus released on the organiser of the activity concerned and, second, the leisure activity to which that right gives access is scheduled to take place on a specific date or within a specific period.*

KEY WORDS: *Reference for a preliminary ruling; consumer protection; Directive 2011/83/EU; right of withdrawal for distance and off-premises contracts; exceptions to the right of withdrawal; article 16(l); provision of services related to leisure activities; contract providing for a specific date or period of performance; provision of ticket agency services; intermediary acting in its name but on behalf of the organiser of a leisure activity; risk associated with the exercise of the right of withdrawal.*

SUMARIO.- I. IL CASO.- II. LA QUESTIONE SOTTOPOSTA AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.- III. CESSIONE DI UN DIRITTO DI ACCESSO PER UN'ATTIVITÀ DEL TEMPO LIBERO NEL QUADRO DELLE ECCEZIONI AL DIRITTO DI RECESSO: SPUNTI CRITICI- IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. IL CASO.

Con la sentenza in esame, la CGUE, intervenendo nel caso (C 96-21) DM/CTS Eventim AG Co. KGaA, si è pronunziata sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale circoscrizionale di Brema (Germania) in merito all'interpretazione dell'art. 16, (rubricato "eccezioni al diritto di recesso"), lett. l), della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, "sui diritti dei consumatori".

La domanda è stata promossa nell'àmbito della controversia sorta tra il consumatore DM e la CTS Eventim AG Co. KGaA, fornitore di servizi di biglietteria, avente ad oggetto l'esercizio del diritto di recesso da un contratto di acquisto di biglietti d'ingresso per un concerto.

In particolare, DM acquistava, tramite piattaforma di prenotazione *online* gestita dalla CTS Eventim, biglietti d'ingresso per un concerto, organizzato da un terzo, che si sarebbe dovuto tenere a Braunschweig (Germania) in data 24 marzo 2020, successivamente annullato a causa delle restrizioni adottate dalle autorità tedesche nel contesto della pandemia di Covid-19.

A seguito della richiesta di rimborso del prezzo d'acquisto dei biglietti e delle spese accessorie, la CTS Eventim AG Co. KGaA fa pervenire al consumatore un *voucher* emesso dall'organizzatore del concerto, pari al solo corrispettivo versato per l'acquisto dei biglietti, con esclusione delle spese accessorie.

DM, preso atto del mancato integrale rimborso, adiva il giudice nazionale domandando la restituzione delle somme versate a titolo di corrispettivo per l'acquisto dei biglietti, le spese accessorie, ivi contestando l'emissione del *voucher* sostitutivo non richiesto.

Il giudice adìto, in primo luogo, ha ritenuto che la richiesta di rimborso fosse qualificabile come esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, individuando quale referente normativo della fattispecie oggetto di causa la previsione di cui all'art. 16 della direttiva 2011/83/UE, il quale dispone che: "Gli Stati membri non prevedono il diritto di recesso di cui agli articoli da 9 a 15 per i

• Susanna Cappuccio
Assegnista IUS/01 Università degli Studi di Messina. E-mail: scappuccio@unime.it

contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali" relativamente a, nell'ipotesi di cui alla lettera l), "la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici". Ciò premesso, il Tribunale, chiamato a pronunciarsi sulla validità del recesso, ha altresì osservato che l'eccezione di cui alla lettera l) dell'art. 16 fosse opponibile solo dall'organizzatore del concerto, prestatore diretto di un servizio riguardante un'attività del tempo libero, e non anche dal fornitore di servizi di biglietteria, dovendosi un'attività siffatta considerarsi limitata alla sola cessione di un diritto di accesso ad un evento organizzato (il concerto).

Precisava, inoltre, il giudice tedesco che "a seguito di un recesso sopravvenuto entro un termine di diversi mesi prima della data prevista per tale attività, il professionista ha la possibilità di utilizzare altrimenti le disponibilità accantonate, rivendendo i biglietti in questione ad altre persone".

Il Tribunale circoscrizionale di Brema decideva pertanto di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: "Se l'articolo 16, lettera l), della direttiva [2011/83] debba essere interpretato nel senso che, affinché il diritto di recesso del consumatore sia escluso, è sufficiente che il professionista non fornisca direttamente al consumatore un servizio riguardante le attività del tempo libero, bensì venda al consumatore un diritto di accesso a tale servizio".

La questione attiene, in sostanza, alla possibilità per l'intermediario, la cui attività si limita alla cessione di un diritto di accesso ad un'attività del tempo libero, di opporre al consumatore l'eccezione al diritto di recesso, *ex* art. 16, lettera l), riconosciuta al prestatore diretto del servizio.

II. LA QUESTIONE SOTTOPOSTA AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

In sede di rinvio, la Corte di Giustizia ha strutturato il proprio percorso decisionale muovendo anzitutto dalla valutazione se la cessione, tramite una piattaforma di prenotazione *online*, di un diritto di accesso a un'attività del tempo libero da parte di un intermediario che agisca per conto dell'organizzatore di un evento, possa rientrare nell'àmbito di applicazione della direttiva 2011/83/UE, contestualmente verificando la qualità di professionista e di consumatore rivestita dai contraenti.

Lo snodo critico preliminare della vicenda per cui è causa si polarizza sulla qualificazione in termini di professionista della CTS Eventim, essendo, viceversa, pacifico sia l'utilizzo di una tecnica di contrattazione a distanza tra le parti, sia la

qualità di consumatore rivestita dall'acquirente dei biglietti di ingresso al concerto organizzato dal terzo.

Ebbene, la nozione di "professionista" ricomprende non soltanto la persona fisica o giuridica (*recte* ente collettivo) che agisce "nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale" ma, anche la persona fisica o ente collettivo che agisce in qualità di intermediario, in nome o per conto di un professionista.

Nondimeno, la nozione in esame è stata attenzionata dalla Corte che - pronunciandosi sull'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle pratiche commerciali sleali - ha precisato che il legislatore dell'Unione, al fine di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e garantire un livello elevato di protezione dei consumatori mediante l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti, ha inteso prescegliere una nozione particolarmente ampia di "professionista", tale da richiedere un "approccio caso per caso"[1].

La qualificazione dell'intermediario come professionista[2] induce la Corte a ricondurre il rapporto esaminato nell'alveo dei contratti a distanza, trovando quindi applicazione la direttiva 2011/83/UE (art. 2, punto 7), l'àmbito della quale si estende a qualsiasi contratto concluso tra professionista e consumatore.

Nel proprio *iter* decisionale il giudice europeo ha poi inteso verificare se il rapporto contrattuale intercorrente tra l'intermediario e il consumatore possa qualificarsi come "contratto di servizi" e se, per l'effetto, l'attività svolta da CTS Eventim rientrare nel concetto di prestazione di servizi rilevante per l'applicazione della disciplina.

L'art. 2, punto 6, della direttiva in esame, definisce come contratto di servizi "qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio, compreso un servizio digitale, al consumatore" e non già, dunque, il trasferimento al consumatore della proprietà di determinati beni dietro corrispettivo.

Nel caso di specie, la Corte ha inteso ricondurre l'atto in questione nella nozione di "contratto di servizi", così da qualificare l'oggetto dell'obbligazione della CTS Eventim come "prestazione di servizi".

1 CGUE, Sez. 5^, 04 ottobre 2018, C-105/17. Per un commento, v. Scapinello, C.: "La nozione di "professionista" nel commercio elettronico", *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 1813-1823.

2 Conformemente a un'interpretazione sistematica e teleologica del diritto dell'Unione, l'obiettivo di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori, implica che anche un intermediario in un'operazione possa essere considerato un professionista: CGUE, Sez 4^, 24 febbraio 2022, C-536/20.

La Corte è giunta, dunque, a ritenere che la cessione di un diritto di accesso per un'attività del tempo libero costituisca di per sé un "servizio" riguardante detta attività, suscettibile di essere fornito da un intermediario che agisca sì in nome proprio ma per conto dell'organizzatore, tenuto conto, peraltro, che la disciplina di riferimento non opera una distinzione tra somministrazione diretta del servizio e somministrazione indiretta, ma si riferisce genericamente ai servizi riguardanti le attività del tempo libero.

Le argomentazioni che precedono, peraltro, risultano essenzialmente conformi a quell'orientamento secondo il quale anche un bene tangibile è qualificabile come servizio tutte le volte in cui rappresenti lo strumento necessario per la conclusione di un contratto di servizi così come delineato dall'art. 2, n. 6, della direttiva 2011/83/UE[3]. La Corte, pertanto, ai fini della diversa qualificazione della fattispecie in termini di vendita di beni piuttosto che di prestazione di servizi, non ha ritenuto sufficiente la circostanza che la cessione di un diritto di accesso avesse una base oggettivo-materiale (i biglietti di ingresso al concerto, quali documenti di legittimazione).

Attraverso tale ricostruzione, il giudice europeo, incidendo sulla tradizionale distinzione tra beni e servizi[4], sembra discostarsi, per un verso, dall'indirizzo giurisprudenziale[5] prevalso per lungo tempo che riteneva la tangibilità del bene elemento idoneo a distinguerlo dal servizio, e, per altro verso, dalle elaborazioni di parte della dottrina secondo la quale l'esclusione dei servizi dalla categoria dei beni trovava fondamento nell'assenza dell'elemento della materialità[6].

Invero, già autorevole dottrina italiana[7], interrogandosi sulla possibilità di elaborare sul piano generale una teoria giuridica dei "servizi come beni" e partendo dalla ricostruzione teorica operata da un illustre studioso della categoria dei beni giuridici[8], è giunta ad affermare, da altro angolo prospettico, che i servizi, al pari dei beni, sono entità del mondo giuridico e dunque portatori di *utilitas* e oggetto di situazioni giuridiche soggettive.

3 V. Sgenga, C.: "A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law - JIPITEC*, 2018, pp. 211 ss.

4 *Cfr.* Guerra, G.: "Il «contenuto digitale» nel contratto di vendita di beni e servizi. Note a margine della nuova disciplina di armonizzazione (massima) europea", *Giustiziacivile.com*.

5 *Cfr.* CGUE, 10 dicembre 1968, C-7/68; CGUE, 30 aprile 1974, C-155/73; CGUE, 18 marzo 1980, C-52/79; CGUE, 9 luglio 1992, C-2/90.

6 *Cfr.*, sul punto, Franceschini, F.: *Dai prodotti ai servizi*, Torino, 2001, pp. 167 ss., che richiama il pensiero di Zeithaml, V.A.: *How consumer evaluation process differs between goods and services*, in AA. VV.: *Marketing of services*(a cura di J. Donnelly, W. Gorge), Chicago, 1981, pp. 186-190; Bocchini, F.: *Nozione di consumatore e modelli economici*, in AA.VV.: *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, (a cura di F. Bocchini), I, Torino, 2003, pp. 41 e ss.

7 Tommasini, R.: "I servizi come beni", *Rassegna di diritto civile*, 2012, pp. 127-163.

8 Pugliatti, S.: *Beni, (teoria generale)*, *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, pp. 164-171.

Gli argomenti utilizzati dalla Corte a fondamento della propria decisione hanno condotto a focalizzare l'attenzione su quello che costituisce lo snodo cruciale della fattispecie esaminata: l'operatività o meno della disposizione relativa alle c.d. "eccezioni al diritto di recesso".

La Corte, infatti, sul presupposto che il concerto, quale oggetto del diritto di accesso ceduto, debba qualificarsi come attività del tempo libero, ha polarizzato le proprie motivazioni sull'art. 16, lett. l): disposizione che non contiene una specifica, dettagliata ed esaustiva elencazione dei singoli servizi, ma si limita, piuttosto, a catalogare per settori le eccezioni all'esercizio del diritto di recesso, in essi rientrando le attività del tempo libero.

Le conclusioni cui perviene la Corte di Giustizia sono le seguenti: "L'articolo 16, lettera l), della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che l'eccezione al diritto di recesso prevista da tale disposizione è opponibile nei confronti di un consumatore che abbia concluso, con un intermediario che agisce in nome proprio ma per conto dell'organizzatore di un'attività del tempo libero, un contratto a distanza relativo all'acquisto di un diritto di accesso a tale attività, nei limiti in cui, da un lato, l'estinzione mediante recesso, ai sensi dell'articolo 12, lettera a), di detta direttiva, dell'obbligazione di eseguire tale contratto nei confronti del consumatore farebbe ricadere il rischio connesso all'accantonamento delle disponibilità così svincolate sull'organizzatore dell'attività di cui trattasi e, dall'altro lato, sia previsto che l'attività del tempo libero alla quale tale diritto dà accesso debba svolgersi a una data o in un periodo specifici".

III. CESSIONE DI UN DIRITTO DI ACCESSO PER UN'ATTIVITÀ DEL TEMPO LIBERO NEL QUADRO DELLE ECCEZIONI AL DIRITTO DI RECESSO: SPUNTI CRITICI.

La direttiva 2011/83/UE[9] mira ad attribuire al consumatore una tutela reputata idonea a rimediare allo squilibrio esistente rispetto alla controparte professionista

9 Per un commento alla direttiva e alla normativa di attuazione *cfr.*, tra gli altri, Pagliantini, S.: "La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e per le imprese?)", *Contratti*, 2014, pp. 811 ss.; Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Corriere giuridico*, 2014, pp. 745 ss.; Battelli, E.: "L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimordenizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti", *Europa e diritto privato*, 2014, 3, pp. 929 ss.; Farneti, M.: "Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza", *Le nuove leggi civili commentate*, 2014, pp. 959 ss.; Riva, I.: "La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta", *Contratto e impresa Europa*, 2011, pp. 754 ss.

sotto molteplici profili, ed in particolare in relazione al potere negoziale e al possesso delle informazioni[10].

Tale obiettivo si inserisce nel più ampio quadro volto a favorire il contemperamento tra un elevato livello di tutela del consumatore e le esigenze delle imprese nel mercato unico europeo[11].

Gli strumenti di protezione più significativi predisposti a favore del consumatore si sostanziano nel diritto di recesso e nell'obbligo informativo gravante sul professionista[12].

Per ciò che concerne il caso di specie, l'art. 9 della direttiva 2011/83/UE attribuisce al consumatore un termine di quattordici giorni per recedere dal contratto quando il professionista abbia assolto agli obblighi informativi, previsti dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera h). L'omessa e/o l'inesatta informazione amplia il termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso estendendolo a dodici mesi e 14 giorni.

Nell'ottica di garantire una efficiente tutela del consumatore, giova peraltro segnalare la previsione *ex* art. 11 della direttiva inerente le modalità di esercizio del diritto di recesso, in relazione alle quali non sono previsti particolari requisiti formali, potendo il consumatore manifestare la propria volontà di recedere dal contratto con qualsiasi mezzo di comunicazione prima della scadenza del periodo di recesso[13].

10 Sulla prospettiva rimediale si rinvia a La Rosa, E.: *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 169 ss.; *cfr.*, altresì, Astone, M.A.: "Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo", *Europa e diritto privato*, 2014, 1, pp. 1-44. Sirena, P. e Adar, Y.: "La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo", *Rivista di diritto civile*, 2012, 1, p. 366. Sul potere di reazione che l'ordinamento riconosce alla parte protetta in caso di lesione di un suo interesse *cfr.* Scalisi, V.: "Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi", *Rivista di diritto civile*, 2018, pp. 1057 ss.

11 Battelli, E.: "L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti", cit., 2014, 3, pp. 930 ss.; Grisi, G.: "*Ius poenitendi* e tutela del consumatore", in AA. VV.: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da G. Galgano), *Il contratto telematico*, XXVII, Cedam, Padova, 2002, pp. 174 ss.; Confortini, C.: "A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura", *Europa e diritto privato*, 2017, 4, pp. 1343 ss.

12 Sul tema v. Barca, A.: *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 39 ss.; Rende, F.: *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 133 ss. e Scavone, F.: *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in AA.VV.: *Contratto e impresa Europa*, (a cura di M. Bin), Padova, 2014, pp. 467-478.

13 Sul punto, *cfr.* Cocco, A.: "Sul recesso del consumatore dal contratto a distanza: il costo del ripensamento", *Rassegna di diritto civile*, 2022, 2, pp. 743-756.

Ciò che connota tale diritto, inoltre, è l'assenza di un obbligo di motivazione, la gratuità[14], fatti salvi i costi previsti dall'articolo 13, paragrafo 2, e all'articolo 14 della direttiva, nonché il suo carattere potestativo[15].

Lo *ius poenitendi* è dunque una prerogativa riconosciuta alla sola parte debole del rapporto sinallagmatico e risponde all'esigenza di garantire una tutela rafforzata al consumatore il quale può, *ad nutum* e *sine causa*, ovvero senza un controllo sulla meritevolezza delle motivazioni o giustificazioni, sciogliersi dal vincolo negoziale[16].

La direttiva, tuttavia, anche al fine di dare attuazione ad un mercato concorrenziale ideale, ha inciso significativamente sul regime delle eccezioni alla operatività del diritto di recesso prevedendo una serie tassativa di fattispecie contrattuali che rimangono escluse dall'àmbito di applicazione della disciplina.

In particolare, l'art. 16 della direttiva 2011/83/UE prevede eccezioni dovute alla particolare natura dei beni o dei servizi forniti al consumatore[17].

Nell'esame della pronuncia della Corte, rileva l'ipotesi prevista dalla lettera l), inerente "la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici".

La *ratio* di tale previsione risiederebbe, per un verso, nell'esigenza di scongiurare ipotesi di asimmetria *a contrario*, cioè nell'evitare un rovesciamento della posizione di debolezza che non garantirebbe un ragionevole bilanciamento degli interessi e un proficuo sviluppo del mercato[18].

L'intento del legislatore, per altro verso, come emerge dal considerando 49 della direttiva, è quello di proteggere il professionista, con particolare riferimento agli eventi culturali o sportivi, dal rischio legato all'accantonamento di determinate disponibilità, potendo in dette ipotesi lo stesso professionista avere difficoltà a recuperarle ove esercitato il diritto di recesso[19].

14 Tommasini, R.: *Codice del consumo* e ius poenitendi, in AA.VV.: *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingeri e E. Caterini), III, Napoli, 2007, pp. 277-295.

15 Sirena, P.: *Effetti* e *vincolo*, in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), *Effetti*, (a cura di M. Costanza), III, Milano, 2006, pp. 113 ss.

16 Tommasini, R.: *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 37 ss.; Farneti, M.: "Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza", cit., 2014, 5, pp. 965 ss.

17 Pignalosa, M.P.: *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffré, Milano, 2016, pp. 123 ss.

18 El Sabi, S.: "Fornitura di servizi e contenuti digitali: profili di tutela per il digital consumer nel Mercato Unico Digitale", *Giustiziacivile.com*.

19 In linea con la *ratio* della direttiva si pone la sentenza in commento secondo la quale in un'ottica di bilanciamento della tutela del consumatore con le esigenze connesse al mercato, se è indubbio che la direttiva sui diritti dei consumatori garantisce al consumatore di recedere dal contratto a distanza concluso

L'art. 16 costituisce una norma eccezionale che, in quanto tale, impone una interpretazione che non ampli le maglie del dettato normativo, anche al fine di evitare che al consumatore venga negata una imprescindibile soglia minima di tutela.

La valutazione compiuta dal legislatore, per tali peculiari fattispecie, sembrerebbe allora essere ispirata ad un modello capitalista incentrato sull''arte del calcolo'' [20], un prevedere oggettivo ed impersonale che consentirebbe agli operatori e alle imprese che si muovono nel mercato di prevedere l'agire, di pianificare il rischio con una soluzione certa e costante. Il rischio, che osterebbe all'operatività del recesso, opererebbe a monte, nel senso di presunto, astratto, automatico, sì da non richiedere una verifica caso per caso.

La premessa siffatta conduce, in presenza delle ipotesi eccezionali ivi previste, a negare al consumatore l'esercizio del diritto di recesso, senza tener conto delle peculiarità della fattispecie concreta[21].

Diversamente, una valutazione che tenga conto della vicenda in concreto dovrebbe importare una puntuale analisi volta a verificare l'esatta, effettiva, ripartizione del rischio che grava sui contraenti.

Siffatta chiave di lettura sembrerebbe, peraltro, più aderente alla ricostruzione proposta dalla giurisprudenza italiana che più volte ha sottolineato l'esigenza di effettuare una valutazione che tenga conto della singolarità di ogni vicenda contrattuale[22].

L'applicazione delle norme consumeristiche che muova da presupposti astratti potrebbe finanche comportare che i limiti al diritto di recesso, *ex* art. 16, alla luce di situazioni imprevedibili (sopravvenienze), facciano ricadere interamente il rischio sul solo consumatore.

IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Il *punctum dolens* della decisione della Corte parrebbe dunque rinvenirsi al punto 48 della sentenza, laddove si evidenzia che ''è irrilevante sapere se, alla data in cui il consumatore si avvale del suo diritto di recesso, sia possibile per il

col professionista entro un congruo termine, senza dover fornire alcuna giustificazione, siffatto diritto di recesso, tuttavia, non sussiste nel caso di una prestazione di servizi riguardanti le attività del tempo libero, nel rispetto della tutela dell'ente organizzatore.

20 Irti, N.: "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", *Rivista di diritto processuale*, 2016, 4-5, pp. 917 ss.

21 Cfr. Perlingieri, P.: "Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"", *Rivista di diritto privato*, 2010, 4, pp. 7-28.

22 Cfr. Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", *Rivista di diritto civile*, 2018, 3, pp. 716-753.

professionista, se del caso, recuperare altrimenti le disponibilità che verrebbero svincolate a causa dell'esercizio di tale diritto, in particolare mediante la rivendita dei biglietti in questione ad altri clienti. Infatti, l'applicazione dell'articolo 16, lettera l), della direttiva 2011/83 non può dipendere da una siffatta valutazione delle circostanze di ciascun caso concreto".

Da tale inciso sembrerebbe emergere che il giudice europeo abbia compiuto una discutibile valutazione astratta, volta ad attuare situazioni di "rigido automatismo", sulla base di presunzioni di carattere assoluto che escludono che il fatto presunto (rischio gravante sull'operatore economico) possa essere oggetto di prova contraria.

Ciò che pare emergere dalla decisione è che la Corte abbia inteso tutelare in via primaria gli interessi degli operatori economici nonostante la fattispecie denotasse profili più complessi legati alla distribuzione ragionevole del rischio (comunque da verificare in concreto) in ipotesi di sopravvenienze contrattuali (l'evento pandemico), *a fortiori* investendo quello che è considerato notoriamente un diritto fondamentale (il recesso) del consumatore, anche ove inteso come sovrano del mercato.

BIBLIOGRAFIA

Astone, M.A.: "Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo", *Europa e diritto privato*, 2014, 1, pp. 1-44.

Barca, A.: *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 39 ss.

Battelli, E.: "L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimordenizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti", *Europa e diritto privato*, 2014, 3, pp. 929 ss.;

Bocchini, F.: *Nozione di consumatore e modelli economici*, in AA. VV.: *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, (a cura di F. Bocchini), I, Torino, 2003, pp. 41 e ss.

Cocco, A.: "Sul recesso del consumatore dal contratto a distanza: il costo del ripensamento", *Rassegna di diritto civile*, 2022, 2, pp. 743-756.

Confortini, C.: "A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura", *Europa e diritto privato*, 2017, 4, pp. 1343 ss.

Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Corriere giuridico*, 2014, pp. 745 ss.

El Sabi, S.: "Fornitura di servizi e contenuti digitali: profili di tutela per il digital consumer nel Mercato Unico Digitale", *Giustiziacivile.com*.

Farneti, M.: "Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza", *Le nuove leggi civili commentate*, 2014, pp. 959 ss.

Franceschini, F.: *Dai prodotti ai servizi*, Torino, 2001, pp. 167 ss.

Grisi, G.: "*Ius poenitendi* e tutela del consumatore", in AA. VV.: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*., (diretto da G. Galgano), *Il contratto telematico*, XXVII, Cedam, Padova, 2002, pp. 174 ss.

Guerra, G.: "Il «contenuto digitale» nel contratto di vendita di beni e servizi. Note a margine della nuova disciplina di armonizzazione (massima) europea", *Giustiziacivile.com*.

Irti, N.: "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", *Rivista di diritto processuale*, 2016, 4-5, pp. 917 ss.

La Rosa, E.: *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 169 ss.

PAGLIANTINI, S.: "La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e per le imprese?)", *Contratti*, 2014, pp. 811 ss.

PERLINGERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", *Rivista di diritto civile,* 2018, 3, pp. 716-753.

PERLINGIERI, P.: "Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"", *Rivista di diritto privato*, 2010, 4, pp. 7-28.

PIGNALOSA, M.P.: *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffré, Milano, 2016, pp. 123 ss.

PUGLIATTI, S.: *Beni, (teoria generale), Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, pp. 164-171.

RENDE, F.: *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 133 ss.

RIVA, I.: "La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta", *Contratto e impresa Europa*, 2011, pp. 754 ss.

SCALISI, V.: "Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi", *Rivista di diritto civile*, 2018, pp. 1057 ss.

SCAPINELLO, C.: "La nozione di "professionista" nel commercio elettronico", *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 1813-1823.

SCAVONE, F.: *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in AA.VV.: *Contratto e impresa/Europa*, (a cura di M. BIN), Padova, 2014, pp. 467-478.

SGENGA, C.: "A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law - JIPITEC*, 2018, pp. 211 ss.

SIRENA, P.: *Effetti e vincolo,* in AA.VV.: *Trattato del contratto* (diretto da V. ROPPO), Effetti, (a cura di M. COSTANZA), III, Milano, 2006, pp. 113 ss.

SIRENA, P. e ADAR, Y.: "La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo", *Rivista di diritto civile*, 2012, I, p. 366.

TOMMASINI, R.: "I servizi come beni", *Rassegna di diritto civile*, 2012, pp. 127-163.

Tommasini, R.: *Autonomia privata* e *rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 37 ss.

Tommasini, R.: *Codice del consumo* e ius poenitendi, in AA.VV.: *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingeri e E. Caterini), III, Napoli, 2007, pp. 277-295.

Zeithaml, V.A.: *How consumer evaluation process differs between goods and services*, in AA. VV.: *Marketing of services* (a cura di J. Donnelly, W. Gorge), Chicago, 1981, pp. 186-190.

PANORAMA

EL DELEGADO O LA DELEGADA DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE EDUCATIVO EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA*

THE DELEGATE OF PROTECTION IN THE FIELD OF LEISURE AND EDUCATIONAL FREE TIME IN THE ORGANIC LAW OF INTEGRAL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1474-1505

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa de Ayudas para la Recualificación del Sistema Universitario Español, modalidad María Zambrano, desempeñado en el seno de la Cátedra de Infancia y Adolescencia de la Universitat Politècnica de València.

Isaac
RAVETLLAT
BALLESTÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El día 05 de junio de 2021 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Los artículos 48 y 49 de la mentada norma establecen el marco regulador básico de la protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo. Ambos preceptos contienen las principales obligaciones atribuidas a las Administraciones Públicas y a las entidades que realizan actividades de esta índole con personas menores de edad de forma habitual, entre las que destaca la designación de la figura del delegado o delegada de protección. Pues bien, el presente estudio ahonda en las características esenciales y los principios informadores que deben guiar las actuaciones del delegado o la delegada de protección, así como articular mecanismos que garanticen su efectiva y eficiente puesta en práctica. Se pretende, en definitiva, resaltar el rol del delegado o la delegada de protección como institución llamada no solo a identificar las conductas a evitar – erradicar – sino también aquellas a las que se debe propender para asegurar entornos protectores para niñas, niños y adolescentes en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo.

PALABRAS CLAVE: Delegado de protección; violencia contra la infancia; ocio y tiempo libre educativo.

ABSTRACT: *On June 5th, 2021, Organic Law 8/2021, of June 4th, on the comprehensive protection of children and adolescents against violence, was published in the Official State Gazette. Articles 48 and 49 of the aforementioned regulation establish the basic regulatory framework for the protection of children and adolescents against violence in the field of leisure and free educational time. Both precepts contain the main obligations attributed to Public Administrations and entities that carry out activities of this nature with children on a regular basis, among which the designation of the figure of the protection delegate stands out. This study delves into the essential characteristics and the reporting principles that should guide the actions of the protection delegate, as well as articulate mechanisms that guarantee their effective and efficient implementation. Ultimately, it is intended to highlight the role of the protection delegate as an institution called not only to identify behaviors to avoid - eradicate - but also those that should be tended to ensure protective environments for children and adolescents in the field of leisure and free educational time.*

KEY WORDS: *Protection delegate; violence against children; leisure and free educational time.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN Y PRINCIPIOS DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.- III. CONCEPTO DE VIOLENCIA, BUEN TRATO Y ENTORNO PROTECTOR.- IV. DEBER DE COMUNICACIÓN DE SITUACIONES DE VIOLENCIA.- V. DIFERENTES NIVELES DE INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE EDUCATIVO.- 1. Ámbito de sensibilización (formación).- 2. Ámbito de la prevención.- VI. EL DELEGADO O LA DELEGADA DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE EDUCATIVO.- 1. Designación y desarrollo reglamentario de la institución del delegado o la delegada de protección.- 2. Principios de actuación del delegado o la delegada de protección.- 3. Perfil del delegado o la delegada de protección.- 4. Dependencia jerárquica.- 5. Funciones del delegado o delegada de protección.- A) Funciones mínimas establecidas por la LOPIVI.- B) Otras posibles funciones.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Los artículos 48 y 49 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia – en adelante, LOPIVI - establecen el marco regulador básico de la protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en el ámbito del deporte, el ocio y el tiempo libre educativo. Ambos contienen las principales obligaciones atribuidas a las Administraciones Públicas y a las entidades que realizan actividades de esta índole con personas menores de edad de forma habitual, entre las que destaca el establecimiento de la figura del delegado o delegada de protección[1].

Parece estar fuera de toda duda, que los espacios o contextos en los que tienen lugar las actividades de ocio y tiempo libre educativo están llamados a desempeñar un rol fundamental en la formación en valores y la culturalización de las niñas, niños y adolescentes – en adelante, NNA -. Además, y en línea con lo apuntado, existen evidencias científicas y prácticas evaluadas que refuerzan la idea de que este tipo de actividades promueven acciones que contribuyen al aprendizaje y a la práctica de la participación, tanto social como individual, de los NNA[2], a la par que también inciden en su mayor sensibilización social ante temáticas que impactan en su desarrollo personal y en la construcción de una ciudadanía activa e involucrada en pro del bien común[3].

1 Sánchez Barroso, B.: *Informe sobre las obligaciones de las entidades deportivas y de ocio en la Ley Orgánica 8/2021 y la figura del delegado o delegada de protección,* Cátedra Santander de los Derechos del Niño, Madrid, 2022a, pp. 8-9.

2 Novella Cámara, A. M. et Al.: *Participación infantil y construcción de ciudadanía*, Editorial Graó, Barcelona, 2015, pp. 34-38. En este mismo sentido se pronuncian Morata García, T. et. Al..: "The influence of leisure-based community activities on neighbourhood support and the social cohesion of communities in Spain", *International Social Work*, 2021, vol. 64, núm. 4, pp. 496-510.

3 Arguilea, et. Al.: *Infancia y violencia. Estudio participativo de la situación en España y construcción de propuestas para mejorar la atención a la infancia y adolescencia*, UNICEF España, Madrid, 2022, pp. 64-65.

• Isaac Ravetllat Ballesté
Prof. Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Director del Centro de Estudios sobre Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Universidad de Talca. Correo electrónico: iravetllat@utalca.cl

Ciertamente, el ámbito del tiempo libre educativo es de especial relevancia para la construcción de un modelo de ciudadanía activa, con capacidad de movilización y activismo social, especialmente en cuanto que promueve e impulsa, entre otros, el asociacionismo infantil y juvenil y los espacios de debate y reivindicación social sobre cuestiones que afectan directamente a los NNA. Asimismo, los espacios de ocio y tiempo libre educativo, desempeñan un rol de mediación entre las necesidades y demandas de la infancia y la adolescencia y las administraciones públicas, lo que los convierte en un escenario propicio para incidir y favorecer en el cambio de paradigma propugnado por la LOPIVI a la hora de hacer frente a las situaciones de violencia que afectan a NNA.

De esta suerte, el presente artículo profundiza en el conocimiento del contenido de la LOPIVI, así como de las principales novedades que la misma incorpora en nuestro ordenamiento jurídico, muy en particular con las previsiones relativas al ámbito del ocio y el tiempo libre educativo. Es por ello, que nuestro estudio principia con un análisis de las principales motivaciones que llevaron al legislador a normar sobre la materia, así como a identificar los elementos esenciales característicos de la LOPIVI. Acto seguido, se ahonda en la significación de las nociones de violencia, buen trato y entorno protector, que son, precisamente, sobre las que pivota el articulado de la norma objeto de nuestro estudio. No en vano, uno de los compromisos adquiridos por la LOPIVI es, precisamente, el de garantizar que estos espacios de socialización no formal de los que estamos tratando se conviertan, al igual que otros contextos - como serían, por ejemplo, el de la educación formal o el deportivo -, en entornos bien tratantes y libres de violencia. En tercer lugar, se pone el énfasis en el deber de comunicación de las situaciones de violencia. De este modo, se desgrana pormenorizadamente el deber genérico de comunicación, predicable de cualquier ciudadano o ciudadana, así como el considerado como cualificado, referido este último a todos aquellos sujetos que trabajan directamente con NNA, incluidos, por supuesto, todos los que lo hacen en el contexto del ocio y el tiempo libre educativo. Efectuadas estas reflexiones de corte más general, se prosigue, a continuación, con el análisis detallado de la concreción legal adoptada por la figura del delegado o la delegada de protección. En este sentido, se examina de manera crítica el procedimiento de designación de dicha institución, sus principios de actuación, el perfil profesional requerido para ocupar el cargo, su dependencia jerárquica y, finalmente, las funciones que, a priori, debiera estar llamado a desempeñar. .

II. ORIGEN Y PRINCIPIOS DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

La aprobación de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha supuesto un gran hito en materia de protección

a los NNA en España, que se convierte así en uno de los primeros países del mundo con una legislación de esta índole.

La tramitación de la Ley se inició tres años después de que en 2018 el Comité de los Derechos del Niño reiterara la necesidad de aprobar una ley integral de violencia sobre la infancia en el Estado español, que debiera resultar análoga en su alcance normativo a la aprobada en el marco de la violencia de género[4]. Un texto legal llamado a cumplir con las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, concretamente su meta 2 (poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños y las niñas) así como completar la incorporación definitiva al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de las personas menores de edad y la pornografía infantil[5]. En igual medida, también hay que tomar en consideración la Recomendación del Consejo Europeo 2021/1004, de 14 de junio de 2021, por la que se establece la garantía infantil europea, con el fin de prevenir y combatir la exclusión social de los NNA necesitados, la lucha contra la pobreza infantil y el fomento de la igualdad de oportunidades, contribuyendo además a la defensa de los derechos del niño y de la niña.

No obstante lo esgrimido *ut supra*, lo cierto es que la aprobación de la LOPIVI tan solo supone uno de los primeros pasos, de los múltiples que deben darse, para propender a un cambio efectivo de paradigma social que venga a erradicar la violencia contra la infancia y la adolescencia en cualquiera de sus manifestaciones. Es necesario, pues, desarrollar los diferentes mecanismos e instrumentos que la ley dispone para prevenir la violencia e implementar en los diferentes niveles administrativos - estatal, autonómico y local - cuestiones de gran relevancia[6]. De este modo, la LOPIVI se plantea como objetivo principal garantizar los derechos fundamentales de los NNA frente a cualquier tipo de violencia. Todo ello, a través de una serie de medidas de protección integral que abarcan desde la sensibilización,

4 Tal y como nos recuerda el Comité de los Derechos del Niño: *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018*, Documento CRC/C/ESP/CO/5-6, 2018 párr. 7-8, Ya en el año 2010 el Comité de los Derechos del Niño había instado a España a que elaborase una ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En ese mismo orden de ideas, durante las reformas introducidas en la Ley Orgánica de Protección de Menores en el año 2015, se decidió no abordar en ese momento las cuestiones vinculadas con la violencia y dejarlas para una posterior norma autónoma. En ese mismo sentido se pronuncian Guirado Capilla, S. y Ramón Fernández, F.: "Custodia compartida y violencia de género: propuestas de presente y futuro", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 12, pp. 676-697.

5 En este sentido de pronuncia el Comité de los Derechos del Niño: *Observaciones general núm. 13, relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011*, Documento CRC/C/GC/13, 2011.

6 Martínez García, C. y Escorial Senante, A.: *Guía sobre la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia,* Plataforma de Organizaciones de Infancia de España, Madrid, 2021, pp. 7-111.

la prevención y la detección precoz hasta la reparación de daños en todos los ámbitos de su devenir diario.

Según datos del Ministerio de Derechos Sociales en 2020 se presentaron 35.778 denuncias que tenían como víctima a un NNA. De ellas 5.685 denuncias por delitos contra la libertad sexual, la mayoría contra niñas, que siguen representando el 50% sobre la totalidad; y 5.851 denuncias por violencia en el ámbito familiar, siendo las más afectadas las adolescentes entre 14 y 17 años. Por otro lado, el Registro Unificado de Maltrato Infantil constató en 2019 un total de 15.365 notificaciones de maltrato (1.412 de abuso sexual, 5.952 de maltrato emocional, 3.654 por violencia física y 8.755 por negligencia). Estas cifras, sin duda, representan solo una pequeña muestra de lo que acaece en la realidad, con las graves consecuencias que acarrea para las víctimas y el conjunto de la ciudadanía[7].

Ante dicho escenario, la LOPIVI pretende, en primer término, promover las condiciones adecuadas para garantizar entornos seguros de vida - libres de violencia - para todos los NNA; y para el caso que la violencia llegue a producirse, incide en la importancia fundamental de su rápida identificación y en la exigencia de una atención lo más ágil y eficaz posible. Además, la norma sienta las bases para favorecer el ya mentado e imprescindible cambio de mentalidad social y mandar un mensaje rotundo de rechazo ante cualquier forma de violencia ejercida contra los NNA[8]. En línea con lo apuntado, y en aras a lograr una verdadera concreción de las previsiones contenidas en la LOPIVI, la norma identifica varios niveles de intervención (sensibilización, prevención y detección precoz), así como diversos ámbitos de actuación, entre los que se encuentra el del deporte, el ocio y el tiempo libre educativo.

En suma, la LOPIVI se caracteriza por tres elementos esenciales que inspiran de manera transversal todo su articulado: su integralidad, pues abarca todos y cada uno de los ámbitos en los que los NNA desarrollan su vida, al igual que se extiende a cualquier clase de medidas, ya sean formativas, preventivas o de detección precoz; su enfoque de derechos, llamado a reconocer la dignidad de la persona, con independencia de su condición etaria; y, finalmente, su manifiesta voluntad por erradicar, más que castigar, la violencia, para con ello dar debida respuesta a la Meta 16.2 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). .

7 Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030: *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín núm. 23. Datos 2020,* Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2021.

8 Saracostti Schwartzman, M. y Castillo Gallardo, P.: "Creación de un Hub de investigadores niños, niñas y jóvenes junto a investigadores consolidados para la generación de conocimiento relevante para la política pública", en A.A.V.V.: *Agenda niñez y adolescencia 2022-2026. Propuestas para una política pública integral* (coordinado por Red de Universidades por la Infancia), Ed. Universidad Autónoma de Chile, Santiago de Chile, 2021, pp. 205-210.

III. CONCEPTO DE VIOLENCIA, BUEN TRATO Y ENTORNO PROTECTOR.

El presente estudio toma como eje vertebrador la noción de violencia contenida en la propia LOPIVI, conceptualización ésta que va más allá, incluso, que las previsiones estipuladas en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, se define violencia como "toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma o medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital" (artículo 1.2 LOPIVI).

Como puede comprobarse, este inciso segundo del artículo 1 de la LOPIVI apunta a la idea de que referirse a violencia contra la infancia y la adolescencia no sólo supone tratar sus derechos en clave de conciencia, sino también evidenciar su reconocimiento social, tanto por las personas adultas como por los propios NNA[9].

En otras palabras, la ley trata de romper con la manera más clásica de conceptualizar la violencia, muy vinculada con determinadas manifestaciones de este fenómeno (violencia sexual, acoso escolar, maltratos físicos, abusos de poder, por citar solo algunos) y dar un salto cualitativo que nos permita asociar esta noción con cualquier tipo de acción u omisión que prive a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar. Tal circunstancia que, a priori, pareciera muy loable y acertada, topa desde nuestro punto de vista con la todavía hoy legitimación cultural de ciertas formas de violencia muy enraizadas en nuestro contexto social. Este sería el caso, por ejemplo, de la validación del castigo físico moderado – abofetear, golpear - como un recurso educativo o de corrección parental sobre los NNA[10]. Asimismo, cuando se ejerce la violencia no de forma directa contra los NNA o sus cuerpos, sino más bien con afecciones más sutiles al ejercicio de determinados derechos civiles - libertad de movimiento y acción, reunión, esparcimiento, entre otros -, no es tan evidente que sea considerada y, por ende, tratada, como tal[11]. Algo similar acaece también cuando se consideran situaciones de violencia indirecta, al estilo de bromas, o cuando se hace referencia

9 Bello, A.; Martínez Muñoz, M.; y Rodríguez Pascual, I.: Érase una voz…Si no nos creen, no nos ven, Educo, Barcelona, 2019, p. 25.

10 Para un análisis pormenorizado del *ius corrigendi* acudir a Guilabert Vidal, M.R..: "El derecho de corrección: estado actual de la cuestión desde la perspectiva del Derecho civil, penal y de la psicología del aprendizaje", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 286-300. También desarrolla exhaustivamente la materia García Sánchez, M.D.: "Derecho de corrección paterno: Estudio de su alcance, evolución, pertinencia y límites jurisprudenciales", *Anuario de Justicia de menores*, 2017, núm. 17, pp. 291-336.

11 Sánchez-Morago Hernanz, S. y Becerril Ruíz, D.: "Los menores víctimas de violencia familiar no física: tres visiones complementarias", *Cuadernos de Trabajo Social*, 2019, vol. 32, núm. 2, pp. 419-430.

a la participación de ciertos sujetos como meros espectadores de la violencia perpetrada por terceros[12].

Algunas muestras de lo afirmado se encuentran contenidas en ciertos aforismos o dichos populares que durante décadas han formado parte del refranero español, que si bien es cierto actualmente ya no gozan de excesiva popularidad, no dejan de contener una carga cultural y de trato hacia la infancia que de manera subconsciente aún perdura en ciertas prácticas educativas. Aquí algunas citas a simple modo de reflexión[13]:

A hijo malo pan y palo.

A tu hijo, pan y castigo.

Al hijo llorón, boca abajo y bofetón.

Al niño que mal se inclina, meterlo pronto en pretina.

Azote de madre ni rompe hueso ni saca sangre.

Castiga a tus hijos cuando pequeños, que grandes no entra castigo en ellos.

Confesar a monjas, espulgar a perros y predicar a niños, tiempo perdido.

Doma a tu hijo pequeño, que grande no tiene remedio.

El buen hijo se aflige cuando el buen padre le corrige.

El hijo borde y la mula cada día hacen una.

El mucho regalo hace al hijo malo.

El niño de un año ya sabe de bueno y de malo.

Hoy el niño menos diestro quiere enseñar al maestro el Padrenuestro.

Más vale niño lloroso que sangriento.

La letra con sangre entra.

Más vale que llore el hijo que el padre.

12 Montserrat Boada, C. et. Al.: "Children's understanding of gender-based violence at home: The role school can play in child disclosure", *Children and Youth Services Reviews*, 2022, núm. 136, pp. 1-9.

13 Ravetllat Ballesté, I.: *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015, pp. 26-27.

La niña entre niñas, la viña entre viñas.

Para lograr superar esta manifiesta ambivalencia entre la nueva formulación que del concepto violencia nos ofrece el inciso segundo del artículo 1 de la LOPIVI y su tradicional caracterización por parte de ciertos sectores de nuestro entorno comunitario, se nos antoja del todo imprescindible un trabajo de autoconciencia, sensibilización y formación de la población en general y de los NNA en particular acerca de todas las formas de violencia, tal y como estas son concebidas por la misma LOPIVI, incluidas, por supuesto, aquellas que son calificadas como de más sutiles[14].

En cualquier caso, y de acuerdo con lo estipulado en el inciso tercero del propio artículo 1 de la LOPIVI, debe entenderse siempre por violencia "el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados, así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar" (artículo 1.3 LOPIVI).

Por último, y también en estrecha relación con esta noción de violencia, debe traerse a colación que la LOPIVI no fija limitación alguna con respecto a los posibles agentes generadores de la misma, incluyendo entre ellos al propio colectivo de NNA[15].

Apuntado lo anterior, y tratando de superar la forma como el concepto de violencia se ha venido históricamente concibiendo en nuestro sistema normativo, la LOPIVI no se conforma tan solo con habilitar un marco legal llamado a eliminar toda manifestación de violencia, sino que, por el contrario, también pretende sentar las bases de un enfoque más centrado en el principio del buen trato hacia NNA, que garantice su desarrollo holístico atendiendo siempre a su interés superior y todo ello, por supuesto, asegurando su participación en su evaluación y delimitación y excluyendo cualquier atisbo de discriminación. De ahí que el objeto de la norma sea la garantía de los derechos de los NNA a su integridad frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad, lo

14 Salazar, C. M.; Arellano Ceballos, A.; y Peña Vargas, C.: "Programas de ocio activo e infraestructura de esparcimiento (como elementos protectores) en los estudios sobre violencia escolar", *Revista Mad*, 2016, núm. 34, pp. 179-195.

15 Cabrera Martín, M.: "Per fi una llei pel bon tracte de la infància", *Revista Estris*, 2022, núm. 245, pp. 6-7.

que, sin duda, va más allá de la mera supresión de aquella[16]. Expresado de otro modo, el buen trato se erige en algo más que ser un simple antónimo del término maltrato, pues representa una noción que invita a pensar y construir desde la proactividad[17].

En síntesis, la LOPIVI define por vez primera en la normativa española la noción de buen trato, identificándolo como "aquél que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de niños, niñas y adolescentes" (art. 1.3 LOPIVI).

Asimismo, la LOPIVI también invita a integrar en el discurso de la protección a la infancia y la adolescencia no únicamente las conductas a evitar – erradicar - sino también aquellas a las que se debe propender. En otras palabras, focalizar más la atención en cómo cuidar y de qué modo bien tratar a los NNA[18]. Este modelo del buen trato parte de las necesidades de la infancia y la adolescencia, que no siempre son del todo conocidas, y se vincula, como no podría ser de otro modo, a todo el contexto vital del NNA. Un ambiente protector es aquél en el cual NNA adquieren las mejores herramientas para la construcción de su devenir diario, disfrutando de oportunidades para desarrollar sus capacidades individuales en un contexto seguro y propicio[19]. Así, frente al maltrato, y desde una lógica de derechos, el buen trato debe considerarse como una buena práctica en el proceso de socialización para fomentar una cultura de respeto a los derechos de los NNA. Este paradigma del buen trato interpela, de igual modo, a la forma cómo los adultos se relacionan con los NNA cotidianamente, tanto en las familias como en el resto de espacios comunitarios[20].

Arribados a este punto, es particularmente significativo otorgar a los NNA la oportunidad de pronunciarse en primera persona acerca de qué entienden por

16 Martínez García, C. y Escorial Senante, A.: *Guía sobre la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia,* Plataforma de Organizaciones de Infancia de España, Madrid, 2021. También, Pérez Vallejo, A. M.: *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil. Un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021. Finalmente, Rodríguez Pascual, I.; Blanco Miguel, P.: "La violencia, ¿es una realidad persistente de la adolescencia del siglo XXI?", *Universitas Revista de Ciencias Sociales y Humana de la Universidad Politécnica Salesiana*, 2020, núm. 32, pp. 121-138.

17 González Alfonso, E.: "Qué entenem per bon tracte", *Revista Estris*, 2022, núm. 245, p. 2.

18 FAPMI-ECPAT España: *I Foro de prevención de la violencia contra las personas menores de edad en el ámbito deportivo. Buenas prácticas desde el enfoque de los derechos de la infancia*, FAPMI-ECPAT España, Madrid, 2022, pp. 8-10.

19 Salazar, C. M.; Arellano Ceballos, A.; y Peña Vargas, C.: "Programas de ocio activo e infraestructura de esparcimiento (como elementos protectores) en los estudios sobre violencia escolar", *Revista Mad*, 2016, núm. 34, pp. 179-195.

20 Noble-Carr, D.; Moore, T.; y Macarthur, M.: "Children's experiences and needs in relation to domestic and family violence; findings from a meta-synthesis", *Child & Family Social Work*, 2020, vol. 25, núm. 1, pp. 182-219.

un espacio seguro o protector, es decir, libre de violencia. Es llamativo comprobar como en el estudio de Bello *et al.* existe una franja entre el 50-60% de las personas entrevistadas – NNA de 10 a 14 años – que califican de inseguros diversos espacios y lugares más bien propios y habituales de la niñez y la adolescencia. Nos referimos, por ejemplo, al espacio urbano por el que las personas menores de edad transitan o juegan: así el parque, la plaza y las calles de la ciudad se perciben como espacios inseguros para más de la mitad de NNA consultados (concretamente por el 59,3%; el 56,3%; y el 48,7% respectivamente). Pero, además, también los centros educativos, que no las salas de clases, son identificados como lugares poco fiables por algo más del 54% de las personas menores de edad requeridas (54,2%). Y, finalmente, si nos aproximamos a contextos de vida vinculados con el ocio educativo, como pueden ser un campamento o una colonia de verano, nos encontramos con que el 32,5% de los NNA entrevistados los conciben igualmente como espacios inseguros (a lo que hay que añadir un 22,6% que no tiene clara su respuesta). La cifra disminuye un tanto al hacerse mención al ámbito asociativo, en concreto a un 15,1%, con un nada desdeñable 34,8% de NNA que, al ser inquiridos sobre esta variable, contestan que "no lo saben" [21].

IV. DEBER DE COMUNICACIÓN DE SITUACIONES DE VIOLENCIA.

Para que el sistema de protección pueda responder de la forma más eficaz a las situaciones de violencia es necesario articular mecanismos que permitan tener conocimiento del mayor número posible de casos. Para ello, es fundamental que todas las personas que tengan conocimiento de una posible situación de violencia sean capaces de comunicarla a la autoridad competente.

En este sentido, la LOPIVI deroga el artículo 13.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, al igual que dedica un título completo, en concreto el Título II, al deber de comunicación de situaciones de violencia (artículos 15 a 20). Este grupo de preceptos viene a sistematizar la citada obligación atendiendo a diversos niveles de exigencia, previendo, en primer lugar, un deber genérico de comunicación, predicable de cualquier ciudadano o ciudadana, y añadiendo, acto seguido, un deber cualificado de comunicación referido en este caso a todas aquellas personas que trabajen directamente con NNA. Asimismo, y a tenor de la consideración de NNA como sujetos titulares de derechos, se reconoce de manera expresa la facultad, que no el deber, de las personas menores de edad de comunicar tales situaciones de violencia a quien corresponda.

Efectivamente, se establece un deber genérico de toda la ciudadanía de comunicar de forma inmediata a la autoridad la existencia de indicios de violencia

21 Martínez Muñoz, M.; y Rodríguez Pascual, I.: Érase una voz…Si no nos creen, no nos ven, Educo, Barcelona, 2019, pp. 42-49.

sobre NNA (artículo 15 LOPIVI). Este precepto contiene una doble dimensión: un inciso primero, en que se fija un deber u obligación de carácter común de comunicación relativo a cualquier situación de violencia; y, un inciso segundo, en que se delimita un deber de comunicación de delitos cometidos con respecto a NNA. Parece que el mensaje no es del todo claro, pues en el primero de los acápites, el deber genérico consiste en "comunicarlo a la autoridad competente", sin concretar el legislador a quién se está refiriendo exactamente, cuestión que es corregida, en cambio, en el segundo de los apartados.

Junto a lo anterior, y a modo de complemento, se estatuye también un deber de comunicación cualificado para quienes por su cargo, profesión o actividad tengan encomendada la asistencia de personas menores de edad (personal cualificado de los centros sanitarios, escolares, de deporte, ocio y tiempo libre educativo, de protección a la infancia y de responsabilidad penal de menores, de acogida, de asilo y atención humanitaria y establecimientos en los que residan habitualmente NNA) (artículo 16 LOPIVI).

Además, por si ello fuera poco, se prevé la dotación por parte de las administraciones públicas de los medios necesarios para que los propios NNA víctimas de violencia o que hayan presenciado una situación de violencia, puedan informarlo de forma segura y fácil, para lo que se reconoce legalmente la importancia de los medios electrónicos de comunicación, tales como líneas telefónicas de ayuda gratuita (artículo 17 LOPIVI).

Finalmente, el texto dispone que toda persona que advierta contenidos en Internet que supongan una forma de violencia contra cualquier NNA está obligada a comunicarlo a la autoridad y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las fuerzas de seguridad, a la Fiscalía o al juez (artículo 19 LOPIVI)..

V. DIFERENTES NIVELES DE INTERVENCIÓN EN EL CONTEXTO DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE EDUCATIVO.

1. Ámbito de sensibilización (formación).

Para alcanzar las metas estipuladas por la LOPIVI es de vital importancia conocer adecuadamente su contenido, principalmente por parte de las personas, administraciones, instituciones y organizaciones que velan y trabajan por consolidar el respeto de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia. Todo ello, por supuesto, sin dejar al margen a los propios NNA[22]. En este sentido, la propia

22 Saracostti Schwartzman, M.; Grau, M. O.; Caro, P.; Kinkead Boutin, A. P.; y Vatter Rodríguez, N.: "El derecho de participación en la niñez: debates, desafíos y alcances para la investigación social y su incidencia en la política pública", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2015, núm. 62, pp. 211-244.

norma enfatiza que el ejercicio pleno de los derechos de la niñez solo puede lograrse si se incorporan de forma transversal en los procesos de coproducción de conocimiento, es decir, que NNA sean consultados, coinvestigadores o lideren procesos investigativos, en aquellos ámbitos que competen a sus vidas cotidianas como, por ejemplo, en el diseño de las políticas e instituciones que buscan establecerse como garantes de sus derechos[23]. Ciertamente, estas herramientas pueden mejorar la acción colectiva y la creación de mecanismos adecuados para que las personas menores de edad defiendan por sí mismas su propio bienestar[24].

Es por ende fundamental, para alcanzar el adecuado desarrollo de las previsiones de la LOPIVI, que, en primer término, se incida en el conocimiento del contenido de la norma, así como de todas las novedades que la misma introduce en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por los y las profesionales, voluntarios/as de los centros socioeducativos, como por los NNA usuarios de los mismos; para, acto seguido, ser capaces de identificar los siguientes pasos a emprender para alcanzar su efectiva aplicación práctica.

Añadir a lo anterior, que la misma LOPIVI prevé, en su artículo 48.2, que quienes trabajen en entidades que realizan habitualmente actividades deportivas, de ocio y tiempo libre con NNA "deberán además recibir formación específica para atender adecuadamente y desarrollar el deporte inclusivo con aquellos NNA que presenten alguna discapacidad". Ahora bien, de acuerdo con dicha previsión legal no resulta claro a quién impone la norma esa obligación de impartir la mentada formación adicional, ni tampoco el contenido que la misma debe abarcar. Parece, a priori, y siempre a la espera del correspondiente desarrollo reglamentario por parte de las Comunidades Autónomas, que el grado de intensidad, el contenido y el formato de este tipo de formación específica, al no venir concretado en la norma, dependerá de lo que cada entidad considere más oportuno[25].

No obstante lo dicho, lo que sí parece extraerse con claridad del redactado de la LOPIVI es que la formación en estas temáticas debe tornarse en un compromiso y una responsabilidad tanto de la entidad de ocio y tiempo libre educativo como del personal, ya sea contratado o voluntario, que trabaja o colabora en la misma, y cuando nos referimos al personal lo hacemos pensado en todos aquellos sujetos que tienen algún tipo de relación o contacto con los NNA.

23 Shier, H.: "Towards a new improved pedagogy of children´s rights and responsibilities". *International Journal of Children´s Rights*, 2018, vol. 26, núm. 4, pp. 761-780.

24 Thomson, P. y Gunter, H.: "The methodology of students-as-researchers: valuing and using experience and expertise to develop methods", *Discourse Studies in the Cultural Politics of Education*, 2007, vol. 28, núm. 3, pp. 327-342. Asimismo, Reimer, K.E. y MacLean, L.R.: "Taking note: engaging students as co-researchers". *Radical Pedagogy*, 2015, vol. 12, núm. 2, pp. 68-92.

25 Sánchez Barroso, B.: *Informe sobre las obligaciones de las entidades deportivas y de ocio en la Ley Orgánica 8/2021 y la figura del delegado o delegada de protección,* Cátedra Santander de los Derechos del Niño, Madrid, 2022ª, pp. 13-14.

2. Ámbito de la prevención.

Respecto de la prevención de la violencia en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo se establece la necesidad de contar con protocolos de actuación frente a la violencia que deben ser aplicados en todos los centros que realicen actividades de esta índole, independientemente de su titularidad (artículo 48 LOPIVI). De esta misma suerte, las entidades que realicen actividades de este tipo con NNA de forma habitual están obligadas a designar un delegado o delegada de protección, quien ostentará como funciones principales: escuchar y atender las inquietudes de los NNA; encargarse de la difusión y el cumplimiento de los protocolos; comunicar los casos en los que se haya detectado una situación de violencia; y, por último, fomentar la participación activa de los NNA en todos los aspectos de su formación y desarrollo integral (artículo 49 de la LOPIVI). A esta figura, en concreto, y por considerarla como uno de los elementos esenciales para la efectiva puesta en práctica de las disposiciones de la LOPIVI en el ámbito del ocio socioeducativo, se dedica de manera íntegra el próximo apartado.

De esta suerte, debe formarse a NNA específicamente para mejorar su capacidad de reconocer situaciones de violencia de manera anticipada y facilitarles las herramientas de autoprotección que les ayuden a reaccionar adecuadamente ante ellas. De igual modo, debe aumentarse la disponibilidad de programas orientados a crear conciencia entre los NNA y educarlos sobre su derecho a vivir a salvo de la violencia y sobre dónde buscar asistencia en casos de que la misma llegue a darse. De igual modo, debe hacérseles partícipes del diseño y aplicación de dichos programas a fin de asegurar que sean pertinentes, útiles y adecuados.

Arribados a este punto, y a pesar de las obligaciones asumidas por las Comunidades Autónomas a las que la propia LOPIVI hace mención expresa, no cabe cerrar este apartado sino recordando que todavía se está a la espera de un desarrollo normativo significativo en este sentido, que evite que las proclamas contenidas en el articulado de la LOPIVI acaben convirtiéndose en meras declaraciones de intenciones, o en los calificados como derechos entelequia[26]..

VI. EL DELEGADO O LA DELEGADA DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE EDUCATIVO.

Una vez detalladas las principales características que informan el contenido general de la LOPIVI, así como presentados los diversos niveles de intervención en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo, nos abocamos, acto seguido,

26 Por ejemplo, sin ir más lejos, la figura del delegado o la delegada de protección debía ser desarrollada por parte de las diferentes Comunidades Autónomas dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la LOPIVI (25 de junio de 2021), circunstancia ésta que denota el evidente retraso acumulado.

al estudio minucioso de la figura que, en principio, está llamada a desempeñar un rol protagónico en la puesta en práctica de las disposiciones de esta norma en las entidades de ocio y tiempo libre educativo: el delegado o la delegada de protección.

1. Designación y desarrollo reglamentario de la institución del delegado o la delegada de protección.

Cierto es que la figura del delegado o delegada de protección, prevista para el entorno del ocio y el tiempo libre educativo, y del coordinador o coordinadora de bienestar y protección, institución esta última centrada en el ámbito de la educación formal, son tratadas, en no pocas ocasiones, por parte de la doctrina y de los representantes de los poderes públicos, de manera equivalente. En este sentido, suele apuntarse que nos encontramos ante dos instituciones que vienen a cumplir finalidades muy similares, si bien cada una de ellas en un contexto material muy específico y con ciertas atribuciones particulares. De hecho, la LOPIVI enumera de forma más minuciosa y pormenorizada las funciones asignadas al coordinador o coordinadora de bienestar, mientras que, por el contrario, es más parca en detalles cuando hace lo propio con el delegado o delegada de protección. Tal eventualidad, ha generado una corriente de opinión mayoritaria tendente a considerar que las disposiciones más escuetas de la LOPIVI relativas al delegado o delegada de protección deben – o pueden - ser complementadas con los preceptos que refieren la figura del coordinador o coordinadora de bienestar[27].

Ahora bien, el artículo 35.2 de la LOPIVI estatuye con meridiana claridad que "las administraciones educativas competentes determinarán los requisitos y funciones que debe desempeñar el coordinador o coordinadora de bienestar y protección. Asimismo, determinarán si estas funciones han de ser desarrolladas por personal ya existente en el centro escolar o por nuevo personal", y acto seguido, el mismo inciso enumera unas atribuciones mínimas que deben serle, en todo caso, reconocidas[28]. Así, del redactado de este precepto se extrae, sin ningún

27 Para un análisis de las particularidades específicas del coordinador de bienestar y protección en el ámbito de la educación formal puede acudirse a EDUCO: *La figura del coordinador o la coordinadora de bienestar y protección en los centros educativos. Recomendaciones*, EDUCO, Madrid, 2022, pp. 8-13. Asimismo, también resultan interesantes los aportes de Luján Expósito, M.; Lorente Rodríguez, M.; y García Raga, L.: "El rol del coordinador de convivencia y la nueva figura de coordinador de bienestar y protección: ¿agentes de calidad en la educación", en A.A.V.V.: *Experiencias innovadoras en el marco de las políticas públicas y los Objetivos para el Desarrollo Sostenible* (coordinado por D. Limón Domínguez; C. Torres Fernández; R. Domínguez Martín; y J.R. Márquez Díaz), Ed. Octaedro, Barcelona, 2022, pp. 63-72. Finalmente, también tomar en consideración los aportes contenido en CCOO: *Coordinadores de bienestar en centros educativos*, Estudio de la Federación de Enseñanza de CCOO, Madrid, 2022, pp. 1-4.

28 Asimismo, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE) ha dado nueva redacción al artículo 124 de la mentada Ley Orgánica de Educación (LOE) para disponer que serán las consejerías de educación de las Comunidades Autónomas las que regularán los requisitos y las funciones que deben desempeñar el coordinador y la coordinadora de bienestar y protección, que debe designarse en todos los centros educativos independientemente de su titularidad.

género de dudas, que el nombramiento – o creación – de la figura del coordinador o coordinadora de bienestar en los centros educativos está supeditado a la previa regulación autonómica, y que resulta, pues, del todo improbable, y por ende no es exigible, que las escuelas pongan en funcionamiento esta institución sin tener antes claridad acerca de los requisitos y funciones asignadas a la misma por parte de la normativa autonómica. Este es, por ejemplo, el caso de la Consejería de Educación y Empleo de la Junta de Extremadura, órgano que por Instrucción Nº 7/2022, de 9 de mayo, determina el proceso de designación de la persona coordinadora de bienestar y protección en los centros educativos, así como la concreción de sus funciones[29]. O también la situación de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, instancia que a través de su Dirección General de Ordenación, Innovación y Calidad ha aprobado la Resolución Nº. 816/2022, de 30 de junio, por la que se constituye en los centros educativos no universitarios sostenidos con fondos públicos la persona coordinadora para el bienestar y la protección del alumnado[30].

En cambio, el tenor literal del artículo 48.1 de la LOPIVI expresa, para el caso de los delegados y delegadas de protección, la obligación de las entidades que realizan de "forma habitual" actividades deportivas o de ocio con personas menores de edad de "designar" dicha figura. Es decir, este nombramiento no queda supeditado, como sí vimos que sucedía en los casos del coordinador o coordinadora de bienestar, al desarrollo normativo autonómico de la institución. De hecho, la LOPIVI ni tan siquiera encomienda expresamente a las Comunidades Autónomas su regulación[31]; cuestión distinta, por ejemplo, a lo que ocurre con la materialización de los protocolos de actuación en este mismo contexto material, con respecto a los cuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LOPIVI, deben ser "las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias" las encargadas de redactarlos, recayendo, de este modo, únicamente sobre las entidades deportivas o de ocio socioeducativo la obligación de aplicarlos e implantar un sistema de monitorización (art. 48.1, apartados a y b de la LOPIVI).

Ahora bien, otra posible interpretación a lo apuntado, y que supere la literalidad del artículo 48.1 de la LOPIVI, es la de entender que a pesar de que la norma no vincule literalmente el nombramiento del delegado o delegada de protección con el necesario desarrollo autonómico de la figura, en realidad, del

29 Secretaría General de Educación de la Consejería de Educación y Empleo de la Junta de Extremadura, Instrucción Nº 7/2022, de 9 de mayo, por la que se determina el proceso de designación de la persona coordinadora de bienestar y protección de los centros educativos, así como la concreción de funciones.

30 También se ha regulado expresamente sobre la materia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante la Instrucción de 1 de julio 2022, de la Dirección General de Atención a la Diversidad, Participación y Convivencia Escolar, relativa a la coordinación de bienestar y protección de la infancia y adolescencia en los centros docentes públicos de Andalucía.

31 Lo anterior trae como consecuencia que, en virtud de la Disposición Final Vigésima Quinta de la LOPIVI, esta obligación de designar los delegados o delegadas de protección contenida en el artículo 48.1.c) resultaría exigible desde el 25 de diciembre de 2021.

propio espíritu – interpretación teleológica – que informa el redactado de la LOPIVI, así como del hecho de que una de las principales funciones atribuidas al delegado o delegada de protección es la de difundir y cumplir los protocolos que las Comunidades Autónomas, estos sí, hayan adoptado, puede extraerse que la creación de la figura sí queda subordinada al previo desarrollo normativo por parte de las administraciones públicas autonómicas.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la LOPIVI no fija un régimen sancionador por el incumplimiento de las obligaciones que la misma norma impone, lo que en la práctica se traduce en la imposibilidad de poder sancionar a una entidad que no haya designado, en tiempo y forma, un delegado o delegada de protección.

En otro orden de cosas, y pensando ahora en la designación de la persona llamada a ejercer estas funciones, y debido a que del espíritu dimanante de la LOPIVI puede extraerse que todo el trabajo del delegado o la delegada de protección debe estar informado por las opiniones de los NNA, nos parece que sería altamente recomendable que durante el proceso de su designación se diera la opción a los NNA de la entidad de pronunciarse al respecto, obligando de este modo a las personas responsables de tomar la decisión a tener presente, ya desde un momento inicial, sus particulares puntos de vista[32].

2. Principios de actuación del delegado o delegada de protección.

A los efectos del presente estudio se entienden por principios de actuación aquellos criterios que deben informar la manera de actuar del delegado o delegada de protección en la generación de entornos seguros y que se erigen en el umbral ético de cómo deben ser correctamente abordadas determinadas cuestiones. De este modo, los principios en los que debe enmarcarse toda decisión y forma de actuación llevada a cabo por un delegado o delegada de protección son los enumerados acto seguido:

1º) El interés superior del NNA. Este principio se constituye como la consideración principal y la guía en la toma de todas sus decisiones[33].

2º) Corresponsabilidad. Recae sobre toda la sociedad la obligación de apoyar activamente la protección de la infancia y la adolescencia frente a las situaciones

32 Ravetllat Ballesté, I.: "El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior", *Estudios Constitucionales*, 2017, vol. 15, núm. 1, pp. 255-306.

33 Una conceptualización del principio del interés superior del niño y de la niña podemos encontrarlo en Ravetllat Ballesté, I.: "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio siglo XXI*, 2012, núm. 2, pp. 89-108. También en Sillero Crovetto, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, núm. 6, pp. 3-4. Finalmente, referirnos a García Rubio, M.P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 16-19.

de violencia. El trabajo en red con autoridades y agentes sociales se torna esencial para generar un verdadero entorno protector. En otras palabras, para que los centros de ocio educativo se transformen en verdaderos entornos protectores y saludables es imprescindible un compromiso colectivo entre la administración, los y las profesionales, las personas voluntarias, los NNA y la comunidad en general. En suma, implica una acción colectiva y colaborativa[34].

3º) El deber general de protección a los NNA con independencia de los entornos en los que estos se encuentren, sean físicos o virtuales. En este sentido, es fundamental generar una cultura proactiva de la defensa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

4º) Prevención y respuesta. El foco de intervención del delegado o delegada de protección debe integrar en el discurso de la protección a la infancia y la adolescencia no únicamente las conductas a evitar – erradicar - sino también aquellas a las que se debe propenderse.

5º) La no discriminación. Todos los NNA cuentan con los mismos derechos de protección frente a las situaciones de violencia. Hay que prevenir la discriminación y evitar cualquier tipo de estigmatización. Toda acción debe estar libre de prejuicios y debe tomarse de manera objetiva, basándose en evidencias y tratando por igual a todas las partes.

6º) Autonomía progresiva. Los NNA tienen derecho a participar de manera activa en los procesos y en la toma de decisiones que afecten a todo su devenir diario.

7º) Parentalidad positiva. Debe promoverse la parentalidad positiva y fomentar siempre que sea posible la colaboración estrecha con las familias y/o personas bajo cuyo cuidado se encuentre el NNA[35].

8º) Garantizar la confidencialidad y la protección de los datos personales de los NNA y sus familias. De este modo, el intercambio de información debe ser proporcional a la necesidad y al nivel de riesgo y estar orientado a que otros agentes realicen su trabajo de manera efectiva e informada. En otras palabras, el flujo de información debe responder a los principios de pertinencia, precisión, oportunidad, seguridad y registro.

34 Díez Gutiérrez, E. J. y Muñiz-Cortijo, L. M.: "Educación social en el ámbito escolar y la Ley Rhodes", *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 2022, vol. 20, núm.1, pp. 21-39.

35 Villena Llop, P.: "Análisis de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España: los derechos de los menores implicados en procedimientos judiciales en materia de familia", *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia (REINAD)*, 2022, núm. 22, pp. 84-97.

9º) Reconocer el ámbito del ocio y tiempo libre educativo como un espacio de socialización y crecimiento de la personalidad integral del NNA.

10!) Honestidad, transparencia y accesibilidad. Informar sobre las políticas y los instrumentos de protección a la infancia de manera honesta, transparente y accesible a todas las personas, incluidos los NNA y sus familias. Dichas herramientas deben, a su vez, estar alineadas con los principios propios de la organización.

11º) Adaptación al contexto. Entender las necesidades y características de todos los actores involucrados contribuye a construir sistemas que se adaptan a dichas particularidades y son más efectivos.

3. Perfil del delegado o delegada de protección.

La importancia del vínculo y el conocimiento que el delegado o delegada de protección debe tener con su entorno aconsejan que, en su elección, se tome en consideración su pertenencia al equipo profesional – caso de existir - del centro de ocio educativo y que su antigüedad en el centro sea al menos de dos años. Asimismo, para la designación del delegado o delegada de protección se estima también como necesaria una aproximación multidisciplinar a la figura centrada en la experiencia en la intervención social con NNA.

Efectivamente, el ámbito del tiempo libre educativo cuenta con unos factores de riesgo específicos que es esencial conocer para llevar a cabo una buena política institucional de prevención. Lo anterior, unido, además, a la circunstancia que cada centro en particular puede presentar unos riesgos y vulnerabilidades propias, hacen que la persona (o personas) designada para asumir estas funciones deba manejarse a la perfección en el contexto específico de su entidad[36].

Además de ese saber hacer y experiencia al que hacíamos referencia en el inciso anterior, se considera que la persona designada al efecto debe acreditar también una formación superior en titulaciones relacionadas con la intervención con NNA (trabajo social, educación social, derecho, psicología, pedagogía, enfermería, medicina, por citar solo algunas). De igual modo, debe demostrar una formación específica en cuestiones vinculadas con la violencia contra la infancia, además de poseer ciertos conocimientos teórico-prácticos acerca de la LOPIVI y la normativa autonómica aplicable en materia de protección a la infancia y la adolescencia.

36 FAPMI-ECPAT España: *I Foro de prevención de la violencia contra las personas menores de edad en el ámbito deportivo. Buenas prácticas desde el enfoque de los derechos de la infancia*, FAPMI-ECPAT España, Madrid, 2022, pp. 20-21.

Por supuesto, el delegado o delegada de protección debe cumplir, y acreditar, el requisito de no haber cometido delitos contra la libertad o indemnidad sexuales o de trata de seres humanos, obligatorio para cualquier persona que trabaje o pretenda trabajar o realizar cualquier tipo de actividad, profesional o voluntaria, que conlleve *contacto habitual* con niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo con la LOPIVI se entiende por profesionales, oficios y actividades que implican un "contacto habitual" con niños, niñas y adolescentes, a aquellas que por su misma esencia suponen un trato repetido, directo y regular, y no meramente ocasional, con personas menores de edad, quedando en todo caso incluidas aquellas actividades o servicios que se dirijan específicamente a ellos.

El Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos es el órgano encargado de emitir el correspondiente certificado de antecedentes penales específico sobre delitos sexuales.

En cuanto a las habilidades personales que se espera reúna el delegado o la delegada de protección cabe resaltar las citadas acto seguido: destrezas comunicativas y de trato con NNA; competencias de entrevista, acompañamiento, gestión pacífica de conflictos y de intervención con voluntarios/as, profesionales y familias; capacidad de coordinación y comunicación con otras entidades, ya sean públicas o privadas; cualidades formativas y comunicativas; y, por encima de todo, demostrar un ferviente compromiso en favor de los derechos de los NNA en el ámbito del tiempo libre educativo.

Finalmente, también hay que tomar en consideración que para que el delegado o la delegada de protección esté en disposición de desarrollar sus funciones de manera eficaz debiera disponer, como mínimo, de media jornada liberada para asumir con garantías el trascendental rol que le ha sido asignado. En caso contrario, su nombramiento corre el riesgo de no responder a las expectativas depositadas sobre el mismo, lo que puede llegar a traducirse en que el diseño de entornos seguros en la entidad a la que pertenece, así como la diligencia para actuar en casos de violencia, más allá de lo nominal, brillen por su ausencia.

Este aspecto, por supuesto, debe ser matizado atendiendo a la gran diversidad de entidades sociales que intervienen con NNA, tomando en consideración sus dimensiones, estructura interna, equipo profesional o de voluntarios/as, ratio de NNA partícipes en sus actividades, y demás particularidades propias de cada centro de ocio y tiempo libre educativo. De esta suerte, lo verdaderamente trascendente es relevar que la persona – o personas – que asuma las tareas de delegado o delegada de protección cuente con un tiempo de calidad – liberado de otras ocupaciones – para poder programar, coordinar y dinamizar actividades dirigidas a facilitar la generación de espacios libres de violencia en su entidad. El delegado o la

delegada de protección no debe estar, o sentirse, solo o sola en el cumplimiento de sus quehaceres, sino que su verdadera misión es la de liderar los trabajos de desarrollo e implantación de las políticas de prevención y protección contra la violencia en la entidad y asegurar su monitorización y actualización periódica.

4. Dependencia jerárquica.

De la misma forma que el coordinador o la coordinara de bienestar y protección, de conformidad con lo establecido en el artículo 35.1 de la LOPIVI, actúa por delegación y bajo la supervisión de la dirección del centro educativo, una previsión similar a la indicada, en cambio, no se encuentra en el artículo 48.1.c) de la LOPIVI, cuando se hace referencia a la figura del delegado o la delegada de protección. Dicha dependencia jerárquica tiene sus pros y contras. Como aspecto favorable podría destacarse la estrecha colaboración basada en la confianza que puede llegar a generarse entre el equipo directivo y el delegado o delegada de protección, lo que supone establecer una rendición de cuentas estable por parte de este último, a la vez que un sólido apoyo a su función por el equipo de dirección. Sin embargo, al debe queda la verdadera independencia y autonomía con la que pueda contar el o la profesional que asuma estas funciones. En resumen, consecuencia directa de la falta de previsión normativa queda en manos de cada una de las entidades el inclinarse u optar por una u otra posibilidad.

5. Funciones del delegado o delegada de protección.

La LOPIVI no es particularmente explícita a este respecto. Efectivamente, la norma se limita a recoger la obligación de las entidades que realicen de "forma habitual" actividades deportivas o de ocio con NNA de designar la figura del delegado o delegada de protección y enumera, de forma bastante genérica, algunas de sus atribuciones. Ahora bien, guarda silencio con respecto al perfil profesional, dependencia jerárquica, criterios de nombramiento y funciones más específicas que pudieran serle otorgadas a la figura.

Una de las posibles explicaciones a tan exigua regulación legal podría encontrarse en las cuestiones competenciales existentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No en vano, este fue uno de los puntos más controvertidos durante el procedimiento de elaboración de la LOPIVI. De hecho, y a pesar de la práctica unanimidad existente entre los grupos parlamentarios en cuanto al fondo del asunto, la disputa competencial no logró ser resuelta a nivel político hasta el último momento[37].

37 La misma mañana en que debía procederse a la votación en el Pleno del Senado del proyecto de LOPIVI se presentaron dos enmiendas transaccionales que modificaron las definitivas Disposiciones finales decimoctava y decimonovena de la LOPIVI. Las mismas pueden ser revisadas de manera íntegra en: https://www.senado.es/web/expedientdocblobservlet?legis=14&id=99363 (última consulta: 15/07/2022) y en: https://www.senado.es/web/expedientdocblobservlet?legis=14&id=99364 (última consulta: 15/07/2022).

En virtud de ello, cuanto más detalladas y específicas resulten ser las disposiciones contenidas en la LOPIVI, más fácilmente pueden llegar a considerarse como "regulación sustantiva" sobre la materia, cuestión que, en principio, corresponde de manera exclusiva a las Comunidades Autónomas, en vez de "condiciones básicas de protección llamadas a garantizar la igualdad de todo NNA en el ejercicio de sus derechos", que estas sí pertenecen propiamente al Estado (artículo 149.1.1 Constitución española). De esta suerte, de haberse incorporado obligaciones muy concretas en el ámbito que nos ocupa - ocio y tiempo libre educativo -, sin la consiguiente dotación presupuestaria, podría haberse considerado – y de hecho parte de la doctrina así lo estima - como una invasión de las competencias autonómicas[38].

Pues bien, ante los interrogantes legales que nos plantea la LOPIVI, y en ausencia de normas autonómicas que nos ofrezcan mayor claridad al respecto, las entidades de ocio y tiempo libre educativo parecen gozar de un amplísimo margen de discrecionalidad para poder tomar sus propias decisiones acerca de las tareas encomendadas al delegado o la delegada de protección. Ahora bien, no obstante ello, no puede obviarse que el apartado c) del artículo 48.1 de la LOPIVI sí establece algunos quehaceres mínimos que dicha figura está llamada a cumplir. Es en ese sentido, que en este apartado se diferencian las funciones mínimas atribuidas por Ley al delegado o delegada de protección de aquellas otras que, de manera específica, de acuerdo con las necesidades de la entidad, podrían llegar a serle asignadas.

A) Funciones mínimas establecidas por la LOPIVI.

En primer término, el delegado o delegada de protección debe encarnar una figura a la que los NNA puedan acudir para expresar sus inquietudes. Es decir, alguien cercano, que genere confianza, con cierta experiencia en la cultura organizacional de la entidad de la que forma parte y absolutamente accesible a los NNA y sus familias. No en vano, el delegado o delegada está llamado a liderar el cambio de mentalidad exigido por la LOPIVI, en el sentido de propiciar la generación de espacios seguros o protectores – libres de violencia – en las entidades dedicadas al ocio o tiempo libre educativo. El foco de atención ya no debe situarse en "lo que sucede en el centro", sino que por el contrario ha de instalarse en lo que "acontece a los NNA de ese centro de ocio educativo"[39]. Todo ello sin denostar que el verdadero logro y mantenimiento de entornos seguros y

38 Sánchez Barroso, B.: "La protección a la infancia y la adolescencia desde un punto de vista competencial: evolución y límites tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio", *Revista de Derecho Político*, 2022b, núm. 114, pp. 149-176.

39 Belmonte Castell, O. y Olaguibel Echeverría-Torres, A.: *Protección de la infancia desde el entorno escolar. El coordinador/a de bienestar y protección. Recomendaciones para la aplicación de la LOPIVI en los centros educativos*, UNICEF España, Madrid, 2021, p.14.

saludables es responsabilidad de todos y todas, siendo necesaria e imprescindible la implicación real de los diferentes colectivos vinculados con la entidad[40].

En síntesis, un entorno seguro para prevenir la violencia, que por definición debe ser inclusivo, multicultural y no sexista, no debe centrarse únicamente en el entorno físico, sino que también debe incluir a las personas que están relacionadas directa o indirectamente, y, por supuesto, a los propios NNA. De este modo, todos los agentes implicados de alguna u otra forma en las actividades de ocio educativo son fundamentales para construir un entorno o una experiencia segura para las personas menores de edad. Por ende, es absolutamente fundamental conocer y respetar los límites que establecen los propios NNA, y para lograr este objetivo se convierte en esencial escucharlos y dotarlos de los espacios necesarios para hacerlo posible[41]. Es ahí donde la entidad, y al frente de ella el delegado o delegada de protección, debe promover la generación de espacios de confianza, el trato desde la empatía y la escucha activa a los NNA, para que estos se sientan lo suficientemente libres y seguros de compartir cualquier tipo de vivencias, incluidas las de violencia, se hayan producido estas tanto dentro como fuera del recinto o las dependencias de la entidad de tiempo libre educativo. El simple hecho de que un NNA perciba esa tranquilidad, esa certeza de poder expresar una situación de violencia, de por sí ya significa que nos encontramos ante un entorno protector para él o ella[42].

En segundo lugar, el delegado o delegada debe encargarse de la difusión y el cumplimiento de los protocolos adoptados por las administraciones autonómicas. Es decir, asume la responsabilidad de coordinar todas las actividades, ya sean de carácter formativo, divulgativo o evaluativo que guarden relación directa con la puesta en funcionamiento, a la par que generar el conocimiento, del o de los protocolos que deben conducir a la entidad a generar un entorno seguro para los NNA. Ello exige que la persona o personas que asuman dicho rol ostenten cierta capacidad para producir y desarrollar materiales, iniciativas y dinámicas que acerquen a profesionales, colaboradores, directivos y muy especialmente a NNA vinculados con esa entidad, al nuevo enfoque que, de la violencia, más desde lo promocional y preventivo, trata de instalar la LOPIVI en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo. Asimismo, también le corresponde al delegado o delegada de protección la tarea de liderar la adaptación de los lineamientos generales contenidos en los protocolos generados por las administraciones autonómicas a

40 Díaz-Vicario, A. y Gairín Sallán, J.: "Entornos escolares seguros y saludables. Algunas prácticas en centros educativos de Catalunya", *Revista Iberoamericana de Educación*, 2014, núm. 66, pp. 189-206.

41 García Heredia, S.: "Cap a una cultura del bon tracte. Com construïm entorns segurs?", *Revista Estris*, 2022, núm. 245, p. 3.

42 FAPMI-ECPAT España: *I Foro de prevención de la violencia contra las personas menores de edad en el ámbito deportivo. Buenas prácticas desde el enfoque de los derechos de la infancia*, FAPMI-ECPAT España, Madrid, 2022, pp. 23.

la realidad, particularidades e idiosincrasia de la entidad en la que desarrolle sus funciones. Parece evidente que nada tiene que ver la puesta en acción de esos protocolos en una gran entidad de ocio educativo con implantación territorial amplia, que hacer lo propio con respecto a una pequeña institución social de barrio cuyo personal está configurado únicamente por voluntarios y voluntarias.

En tercera instancia, el delegado o delegada de protección es el encargado de iniciar las comunicaciones pertinentes en los casos en los que se haya detectado una situación de violencia sobre la infancia o la adolescencia. Así, sin perjuicio de que las Administraciones Públicas deban desarrollar mecanismos específicos de comunicación de sospecha de una situación de violencia (artículo 16.4 de la LOPIVI), también existe un deber de comunicación general y un deber cualificado, que en este último caso parece evidente que recae sobre el delegado o la delegada de protección, como persona que tiene encomendada la asistencia de protección a NNA por razón de su cargo, profesión o actividad. Este deber de comunicación cualificado al que hacemos referencia significa trasladar información sobre el supuesto caso de riesgo o maltrato infantil o adolescente a las instituciones adecuadas, sin perjuicio de prestar al NNA la atención inmediata que amerite. Ahora bien, esa función no debe confundirse con la obligación o la responsabilidad de recabar información o investigar para esclarecer los hechos[43]. Así, es necesario que la persona o personas a quienes se les asigne este rol entiendan perfectamente el funcionamiento del o de los protocolos de intervención y derivación frente a situaciones de violencia, conozcan a las autoridades ante las cuales deben dirigirse, así como los canales de denuncia existentes para ello.

Ciertamente, si un adulto o un NNA perteneciente a la entidad detecta una situación de violencia sobre un NNA se debe poner en contacto con el delegado o delegada de protección y trasladarle la información de la que dispone lo antes posible, para que éste decida, acto seguido, los pasos a dar. Lo anterior se condice a la perfección con los tres procesos que deben ser puestos inmediatamente en marcha de forma interrelacionada cuando un profesional o un voluntario/a detecta una situación de violencia que afecta a un NNA: proteger, comunicar y registrar.

Corresponde, pues, al delegado o delegada de protección tomar la decisión de iniciar el protocolo de actuación frente a situaciones de violencia o extender la fase de detección. Caso de encontrarnos ante este último supuesto, debe ser este profesional quien se encargue de marcar las directrices acerca de cómo proseguir: qué observar, cómo hacerlo y durante cuánto tiempo más.

43 Belmonte Castell, O. y Olaguibel Echeverría-Torres, A.: *Protección de la infancia desde el entorno escolar. El coordinador/a de bienestar y protección. Recomendaciones para la aplicación de la LOPIVI en los centros educativos*, UNICEF España, Madrid, 2021, p.14 y 27.

El delegado o delegada de protección debe coordinar la intervención con los familiares del NNA (si la violencia no procede el ámbito intrafamiliar) y con los responsables de otros entornos de relación (escuela, salud, servicios sociales, otras entidades de ocio y tiempo libre educativo). Este trabajo en red adquiere particular relevancia para aquellos casos en los que la situación de violencia haya sido detectada fuera de la institución.

En cuarto y último lugar, el delegado o delegada de protección debe intervenir y mediar en los conflictos aportando soluciones pacíficas y educativas. De esta misma suerte, debe velar para que de manera paulatina se vayan asentando las bases para que los propios NNA aprendan a gestionar de forma pacífica las controversias y a dialogar. No en vano el tiempo libre educativo se caracteriza por representar un contexto formativo privilegiado para alcanzar tales fines.

B) Otras posibles funciones.

Arribados a este punto, y más allá de esas mínimas funciones atribuidas al delegado o delegada de protección por la LOPIVI, entendemos que dicha figura también debiera estar involucrada en otras tareas. Destacamos, sin ánimo de exhaustividad, las que consideramos como especialmente relevantes en el devenir diario de una entidad de tiempo libre educativo.

De este modo, debiera corresponder al delegado o delegada de protección la redacción, compromiso y actualización de los códigos de conducta, así como el diseño, validación y evaluación de la puesta en marcha de mapas de riesgo y planes de protección de las distintas actividades que se lleven a cabo en la entidad.

Con respecto a los primeros, si bien es cierto que en el momento de elaborarlos hay algunos comportamientos que son claramente identificados como de bien tratantes, mientras que otras conductas, en cambio, siempre aparecen catalogadas como de violentas, entre ambos extremos surgen ciertas zonas grises o intermedias. Precisamente por ello, durante el iter de confección de un código de conducta, la entidad debe reflexionar, y en ello debe jugar un papel sustancial el delegado o delegada de protección, no solo sobre los comportamientos a evitar y prevenir, sino también sobre aquellas maneras de hacer – o no hacer – que se quieren minimizar y corregir, así como sobre el tipo de relación que se aspira a modelar y promover entre sus profesionales y voluntarios/as y los NNA. En definitiva, el código de conducta debe reflejar también aquellos comportamientos que, sin ser constitutivos de violencia en sí mismo considerados, son formas de proceder que la entidad pretende aminorar y, por ende, serán tomadas en consideración para ser corregidas, mejoradas y formar a los equipos[44].

44 Gómez Bengoechea, B.; Adroher Biosca, S.; Berástegui Pedro-Viejo, A.; y Halty Barrutieta, A.: *Guía de entorno seguro en contextos de educación no formal,* Cátedra de los Derechos del Niño de la Universidad de

En cuanto a los segundos, el delegado o delegada de protección también debe participar activamente en la revisión y aprobación de todos y cada uno de los mapas de riesgo que sean elaborados en la entidad donde desarrolla sus cometidos. Este instrumento se caracteriza por ser una herramienta de carácter flexible cuya finalidad es la de identificar los riesgos de violencia y trato inadecuado que puedan suscitarse en el devenir de las diversas actividades organizadas desde la institución, a la par que contiene un plan de protección para actuar de manera adecuada. Asimismo, también suelen incorporarse en el mapa de riesgos las situaciones que, sin responder específicamente a una conceptualización tradicional de violencia, sí pueden ser consideradas como malas praxis o conductas a reducir o evitar.

Con ello, el proceso de elaboración de un mapa de riesgos parte con un trabajo minucioso asumido por el coordinador o coordinadora responsable de la actividad – por ejemplo, una acampada de verano, una salida a la playa, o un servicio de comedor –. En esta fase del procedimiento deben quedar perfectamente establecidas las áreas de la actividad en que se van a evaluar los posibles riesgos – relaciones entre iguales, aseo, comida, pernocta, dinámicas grupales, imagen, accidentes y emergencias, por citar algunas -; también deben describirse los diferentes riesgos que pretenden ser evitados o reducidos; así como los criterios para evaluarlos y clasificarlos – atendiendo a su impacto o gravedad; su frecuencia o posibilidad -; finalmente, deben describirse con claridad las medidas acordadas para hacerles frente e incorporar los indicadores de evaluación que permitan medir el nivel de impacto de las decisiones adoptadas[45].

Pues bien, para llevar a cabo esta tarea de la forma más adecuada posible, el coordinador o coordinadora responsable de la actividad debe informar y consultar a todas las personas adultas – profesionales o voluntarios/as – implicadas. Así como asegurarse que el mapa de riesgos es conocido y accesible para todos los NNA participantes y sus familiares. En este extremo, de nuevo, una figura clave para asegurar que este proceder es respetado, que el mapa de riesgos responde al código de conducta de la entidad, que existe la debida coherencia entre los diferentes instrumentos adoptados para alcanzar un entorno seguro y que toda esa información es socializada tanto *ad intra* como *ad extra* de la institución, es precisamente el delegado o delegada de protección.

Por último, y más allá de lo establecido por la normativa vigente, el delegado o la delegada de protección también debiera estar involucrado en las tareas de formación de los NNA en autoprotección y el diseño de actividades para alcanzar este fin. El diseño de protocolos de selección de profesionales y voluntarios/as.

Comillas, Madrid, 2022, pp. 23-24.

45 Gómez Bengoechea, B.; Adroher Biosca, S.; Berástegui Pedro-Viejo, A.; y Halty Barrutieta, A.: *Guía de entorno seguro en contextos de educación no formal,* Cátedra de los Derechos del Niño de la Universidad de Comillas, Madrid, 2022, p. 31.

La capacitación inicial y continua de los trabajadores y los/as voluntarios/as de la entidad. El seguimiento de la formación y el acompañamiento a las familias, especialmente en casos donde haya mayor situación de vulnerabilidad. Las acciones y campañas comunicacionales de la entidad para sensibilizar tanto *ad intra* como *ad extra* sobre la violencia que recae sobre NNA. La evaluación de la adecuación de los espacios. Y, finalmente, el conocimiento y ayuda en la aplicación de los reglamentos. .

VII. CONCLUSIONES.

La aprobación de la LOPIVI supone un antes y un después en el abordaje de la lucha contra la violencia hacia los NNA. Representa un cambio de paradigma con una visión integral en el tratamiento de la violencia, poniendo el acento en la prevención, con medidas de detección precoz, en la sensibilización y en la educación, con el fin de crear entornos seguros en los que impere la cultura del buen trato. Y es en este contexto en el que hay que ubicar la figura del delegado o delegada de protección en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo, institución ésta llamada a convertirse en un verdadero referente en la lucha contra la lacra de la violencia hacia la infancia y la adolescencia.

Ahora bien, siendo conscientes de la importancia de la puesta en práctica del delegado o delegada de protección, se constata y debe ser objeto de crítica la falta de desarrollo de dicha figura por parte de las normativas autonómicas. Tal circunstancia ha provocado que ciertas entidades de ocio y tiempo libre educativo, aquellas que cuentan con más medios personales y económicos, hayan iniciado un proceso interno, llamémosle de autogestión o reflexión, para sentar las bases mínimas sobre las que desarrollar y dotar de contenido a esta figura exigida por la LOPIVI.

Efectivamente, la diversidad de entidades y de realidades que caracterizan el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo en España suponen la necesidad de generar unas pautas u orientaciones mínimas que ayuden o acompañen a todo este universo de centros que trabajan desde lo no formal en el desarrollo integral de NNA para que designen con conocimiento de causa – perfil adecuado, formación necesaria, claridad de funciones – a la persona o personas que ejerzan el rol de delegado o delegada de protección, con todas las implicaciones y responsabilidades que ello conlleva. Sólo de esta forma, esta figura ostentará la capacidad y la credibilidad suficiente como para erigirse en un referente en la lucha contra la violencia hacia la infancia y la adolescencia en el ámbito del ocio y el tiempo libre educativo y todo ello desde la convicción del cambio de paradigma propugnado por la LOPIVI. .

BIBLIOGRAFÍA

Arguilea, C.; Echeverría, J.; Gómez, M.; López, D.; Albert, N.; Bonny, C.; Santana, C.; Villar, S.; Colunga, H.; Llosa, J.; Burillo, E.; Belarte, A.; Moreno, N.; Martínez, N.; y Langreo, R.: *Infancia y violencia. Estudio participativo de la situación en España y construcción de propuestas para mejorar la atención a la infancia y adolescencia*, UNICEF España, Madrid, 2022.

Belmonte Castell, O. y Olaguibel Echeverría-Torres, A.: *Protección de la infancia desde el entorno escolar. El coordinador/a de bienestar y protección. Recomendaciones para la aplicación de la LOPIVI en los centros educativos*, UNICEF España, Madrid, 2021.

Bello, A.; Martínez Muñoz, M.; y Rodríguez Pascual, I.: Érase una voz…Si no nos creen, no nos ven, Educo, Barcelona, 2019.

Cabrera Martín, M.: "Per fi una llei pel bon tracte de la infància", *Revista Estris*, 2022, núm. 245, pp. 6-7.

CCOO: *Coordinadores de bienestar en centros educativos*, Estudio de la Federación de Enseñanza de CCOO, Madrid, 2022.

Comité de los Derechos del Niño: *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018*, Documento CRC/C/ESP/CO/5-6, 2018.

Comité de los Derechos del Niño: *Observaciones general núm. 13, relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011*, Documento CRC/C/GC/13, 2011.

DIDANIA: *Delegado o delegada de protección. Educando en prevención*. Federación de Entidades Cristianas de Tiempo Libre, 2022. Disponible en http://didania.org/wp-content/uploads/2022/06/DELEGADO-DE-PROTECCION-1.pdf (fecha consulta: 15.08.2022).

Díez Gutiérrez, E. J. y Muñiz-Cortijo, L. M.: "Educación social en el ámbito escolar y la Ley Rhodes", *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 2022, vol. 20, núm.1, pp. 21-39.

Díaz-Vicario, A. y Gairín Sallán, J.: "Entornos escolares seguros y saludables. Algunas prácticas en centros educativos de Catalunya", *Revista Iberoamericana de Educación*, 2014, núm. 66, pp. 189-206.

EDUCO: *La figura del coordinador o la coordinadora de bienestar y protección en los centros educativos. Recomendaciones,* EDUCO, Madrid, 2022. Disponible en https://educowebmedia.blob.core.windows.net/educowebmedia/educospain/media/docs/publicaciones/2022/figura-de-coord-bienestar-y-proteccion-para-centros-educativos.pdf (fecha consulta: 14.10.2022).

FAPMI-ECPAT España: *I Foro de prevención de la violencia contra las personas menores de edad en el ámbito deportivo. Buenas prácticas desde el enfoque de los derechos de la infancia*, FAPMI-ECPAT España, Madrid, 2022.

García Heredia, S.: "Cap a una cultura del bon tracte. Com construïm entorns segurs?", *Revista Estris*, 2022, núm. 245, p. 3.

García Rubio, M.P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 14-49.

García Sánchez, M.D.: "Derecho de corrección paterno: Estudio de su alcance, evolución, pertinencia y límites jurisprudenciales", *Anuario de Justicia de menores*, 2017, núm. 17, pp. 291-336.

Guirado Capilla, S. y Ramón Fernández, F.: "Custodia compartida y violencia de género: propuestas de presente y futuro", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 12, pp. 676-697.

Gómez Bengoechea, B.; Adroher Biosca, S.; Berástegui Pedro-Viejo, A.; y Halty Barrutieta, A.: *Guía de entorno seguro en contextos de educación no formal,* Cátedra de los Derechos del Niño de la Universidad de Comillas, Madrid, 2022.

González Alfonso, E.: "Qué entenem per bon tracte", *Revista Estris*, 2022, núm. 245, p. 2.

Guilabert Vidal, M.R..: "El derecho de corrección: estado actual de la cuestión desde la perspectiva del Derecho civil, penal y de la psicología del aprendizaje", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 284-333.

Keeping Children Safe: *Los estándares internacionales de protección infantil organizacional,* Keeping Children Save, Madrid, 2020.

Luján Expósito, M.; Lorente Rodríguez, M.; y García Raga, L.: "El rol del coordinador de convivencia y la nueva figura de coordinador de bienestar y protección: ¿agentes de calidad en la educación", en A.A.V.V.: *Experiencias innovadoras en el marco de las políticas públicas y los Objetivos para el Desarrollo Sostenible* (coordinado por D. Limón Domínguez; C. Torres Fernández; R.

Domínguez Martín; y J.R. Márquez Díaz), Ed. Octaedro, Barcelona, 2022, pp. 63-72.

Martínez García, C. y Escorial Senante, A.: *Guía sobre la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia,* Plataforma de Organizaciones de Infancia de España, Madrid, 2021.

Marzo Arpón, M.; Morata García, T.; Palasí Lluna, E.; López Jiménez, P.; y Fernández Morán, F.: "El trabajo en red como estrategia de inclusión. Análisis de una experiencia", en Beloki, N.; Alonso, I.; y Kerexeta, I. (coordinadores), *Redes para la inclusión social y educativa*, Editorial Graó, Barcelona, 2021, pp. 470-491.

Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030: *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia. Boletín núm. 23. Datos 2020,* Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2021.

Montserrat Boada, C.; García Molsosa, M.; Planas Lladó, A.; y Soler Maso, P.: "Children's understanding of gender-based violence at home: The role school can play in child disclosure", *Children and Youth Services Reviews*, 2022, núm. 136, pp. 1-9.

Morata García, T.; López Jiménez, P.; Marzo Arpón, T.; y Palasí Lluna, E.: "The influence of leisure-based community activities on neighbourhood support and the social cohesion of communities in Spain", *International Social Work*, 2021, vol. 64, núm. 4, pp. 496-510.

Noble-Carr, D.; Moore, T.; y Macarthur, M.: "Children's experiences and needs in relation to domestic and family violence; findings from a meta-synthesis", *Child & Family Social Work*, 2020, vol. 25, núm. 1, pp. 182-219.

Novella Cámara, A. M.; Llena Berne, A.; Noguera Pigem, E.; Gómez Serra, M.; Morata García, T.; Trilla Bernet, J.; Agud Morell, I.; y Cifre Mas, J.: *Participación infantil y construcción de ciudadanía*, Editorial Graó, Barcelona, 2015.

Pérez Vallejo, A. M.: *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil. Un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

Ravetllat Ballesté, I.: "El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior", *Estudios Constitucionales*, 2017, vol. 15, núm. 1, pp. 255-306.

Ravetllat Ballesté, I.: *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015.

Ravetllat Ballesté, I.: "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio siglo XXI*, 2012, núm. 2, pp. 89-108.

Reimer, K.E. y MacLean, L.R.: "Taking note: engaging students as co-researchers". *Radical Pedagogy*, 2015, vol. 12, núm. 2, pp. 68-92.

Rodríguez Pascual, I.; Blanco Miguel, P.: "La violencia, ¿es una realidad persistente de la adolescencia del siglo XXI?", *Universitas Revista de Ciencias Sociales y Humana de la Universidad Politécnica Salesiana*, 2020, núm. 32, pp. 121-138.

Salazar, C. M.; Arellano Ceballos, A.; y Peña Vargas, C.: "Programas de ocio activo e infraestructura de esparcimiento (como elementos protectores) en los estudios sobre violencia escolar", *Revista Mad*, 2016, núm. 34, pp. 179-195.

Sánchez Barroso, B.: *Informe sobre las obligaciones de las entidades deportivas y de ocio en la Ley Orgánica 8/2021 y la figura del delegado o delegada de protección,* Cátedra Santander de los Derechos del Niño, Madrid, 2022a.

Sánchez Barroso, B.: "La protección a la infancia y la adolescencia desde un punto de vista competencial: evolución y límites tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio", *Revista de Derecho Político*, 2022b, núm. 114, pp. 149-176.

Sánchez-Morago Hernanz, S. y Becerril Ruíz, D.: "Los menores víctimas de violencia familiar no física: tres visiones complementarias", *Cuadernos de Trabajo Social*, 2019, vol. 32, núm. 2, pp. 419-430.

Saracostti Schwartzman, M. y Castillo Gallardo, P.: "Creación de un Hub de investigadores niños, niñas y jóvenes junto a investigadores consolidados para la generación de conocimiento relevante para la política pública", en A.A.V.V.: *Agenda niñez y adolescencia 2022-2026. Propuestas para una política pública integral* (coordinado por Red de Universidades por la Infancia), Ed. Universidad Autónoma de Chile, Santiago de Chile, 2021, pp. 205-210.

Saracostti Schwartzman, M.; Grau, M. O.; Caro, P.; Kinkead Boutin, A. P.; y Vatter Rodríguez, N.: "El derecho de participación en la niñez: debates, desafíos y alcances para la investigación social y su incidencia en la política pública", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2015, núm. 62, pp. 211-244.

Shier, H.: "Towards a new improved pedagogy of children´s rights and responsibilities". *International Journal of Children´s Rights*, 2018, vol. 26, núm. 4, pp. 761-780.

Sillero Crovetto, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, núm. 6, pp. 11-40.

THOMSON, P. y GUNTER, H.: "The methodology of students-as-researchers: valuing and using experience and expertise to develop methods", *Discourse Studies in the Cultural Politics of Education*, 2007, vol. 28, núm. 3, pp. 327-342.

UNICEF: *Ley de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia. Guía para familias,* Unicef, Madrid, 2021.

UNICEF: *Bases para el Plan de Acción de la Garantía Infantil Europea en España,* Unicef, Madrid, 2021. Disponible en: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/Bases-Plan-%20Acci%C3%B3n-Garant%C3%ADa-%20Infantil-en-%20Espa%C3%B1a.pdf (fecha consulta: 14.10.2022).

UNICEF: Una situación habitual. Violencia en las vidas de los niños y los adolescentes, Unicef, New York, 2017. Disponible en: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/Una_situacion_habitual_Violencia_en_las_vidas_de_los_ninos_y_los_adolescentes.pdf (fecha consulta: 08.10.2022).

VILLENA LLOP, P.: "Análisis de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España: los derechos de los menores implicados en procedimientos judiciales en materia de familia", *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia (REINAD)*, 2022, núm. 22, pp. 84-97.

IMPORTANCIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE. TRADICIÓN Y NUEVOS RETOS DESDE LA REGULACIÓN LEGAL EN ITALIA Y SU PRÁCTICA EN EL PERÚ*

IMPORTANCE OF SURFACE RIGHT. TRADITION AND NEW CHALLENGES FROM THE LEGAL REGULATION IN ITALY AND ITS PRACTICE IN PERÚ

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1506-1523

* El presente artículo 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 PI.61.001.2022: "La superficie: El derecho real que puede resolver el actual problema del acceso al suelo y a la vivienda", IP. Enrique Varsi Rospigliosi. Se agradece el apoyo en la edición de Luis Gerardo Haro Fernández, egresado y asistente de cátedra del curso "Derecho Civil III – Derechos reales" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Enrique VARSI-ROSPIGLIOSI y Vincenzo BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La superficie es un antiguo derecho real. Sus orígenes romanos lo han consolidado como una institución eficaz, claro ejemplo de ello es el Código civil italiano que presenta un tratamiento eficiente y debe reflejarse en el uso y ejecución de este derecho. La práctica en el Perú, si bien viene consolidándose, presenta a la superficie como un derecho que permite el acceso al suelo tanto en el sector urbano, comercial e industrial.

PALABRAS CLAVE: Superficie; derecho de superficie; propiedad superficiaria.

ABSTRACT: *The surface is an ancient right in rem. Its Roman origins have consolidated it as an effective institution, a clear example of which is the Italian Civil Code, which presents an efficient treatment and should be reflected in the use and execution of this right. The practice in Peru, although it has been consolidating, presents the surface as a right that allows access to land in the urban, commercial and industrial sector.*

KEY WORDS: *Surface; surface right; surface property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN ITALIA.- III. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE SUPERFICIE Y PROPRIEDAD SUPERFICIARIA.- IV. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN.- V. LA SUPERFICIE SUBTERRÁNEA.- VI. CONSTRUCCIONES BAJO EDIFICIOS Y NORMAS APLICABLES.- VII. DEFICIT DE PREDIO, SUPERFICIE Y AUMENTO DE INVERSIONES.- VIII. LA NEOSUPERFICIE.- IX. CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN.

La superficie es un derecho real de goce temporal, oneroso y transmisible que otorga el derecho al superficiario de construir sobre un terreno ajeno y hacer suya la edificación, la que revierte en favor del propietario del suelo al finalizar la relación jurídico real. Como derecho real típico, es pensado in favor del propietario - dominus solis y de su titular - superficiario. El primero no pierde el dominio; el segundo, construye en él, lo aprovecha, siendo la fábrica de su propiedad; ambos cuentan con derechos plenos sobre sus bienes, de usus, fructus, disponendi y vindicandi.

Como instituto del Derecho civil la superficie tiene la suficiente amplitud para regular el derecho de construir en el subsuelo (locales comerciales), al ras (estacionamientos) o sobresuelo (edificios).

En las últimas décadas, sin embargo, junto con el cuasiusufructo, el uso, habitación, anticresis y el derecho de retención, la superficie -a pesar de su larga data romanística- se fue convirtiendo en un derecho real olvidado, poco usado, alicaído, lo cual se ha venido revirtiendo de la mano con las inversiones y las necesidades prediales.

Realicemos un análisis de la clásica legislación italiana que en su Códice regula de manera autónoma a la superficie como derecho real, marcando una pauta en el Derecho comparado.

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN ITALIA.

El *Codice* acogió una regulación sintética de la superficie, dejando recaer en régimen en las reglas generales del Derecho de las cosas[1], pero significó un referente para el resto de los países.

1 Menezes Cordeiro, A.: *Tratado de Direito civil*, vol. XIV, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 740.

• Enrique Varsi-Rospigliosi
Abogado. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Email: evarsi@ulima.edu.pe. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7206-6522

• Vincenzo Barba
Catedrático de Derecho civil, Universidad de Roma La Sapienza. Investigador Externo de la Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0819-181X

El derecho real de superficie se regula en Italia por primera vez en el Código Civil de 1942, ya que no estaba regulado en el anterior Código Civil de 1865, que se limitaba a admitir que el principio de accesión solo podía derogarse mediante acuerdo. Establecía que las construcciones realizadas por encima y por debajo del suelo se presumían pertenecientes al propietario "mientras no se establezca lo contrario" (art. 448).

La superficie se regula hoy en el art. 952 y siguientes del Código Civil italiano - CCIt y, a pesar de su importante potencial, ha tenido, hasta los últimos veinte años, una difusión limitada. Esto se debe sustancialmente a dos razones: una de naturaleza más puramente jurídica y otra de carácter económico-social.

Desde un punto de vista jurídico, la propia definición del derecho de superficie ha planteado numerosos problemas de interpretación, que no han contribuido a la certeza del derecho. Desde el punto de vista social, el concepto de propiedad temporal o derecho limitado se adaptaba mal a las necesidades de una economía en auge en la que todavía no escaseaba el suelo sobre el cual construir.

La extraordinaria urbanización de los años noventa y la dificultad cada vez mayor de encontrar zonas en las que edificar y, sobre todo en las grandes ciudades, la construcción de aparcamientos, condujeron necesariamente a la necesidad de explotar el subsuelo, revitalizando así la institución de la propiedad del suelo, que debía, por tanto, adaptarse a las necesidades de la economía contemporánea

III. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE SUPERFICIE Y PROPRIEDAD SUPERFICIARIA.

La noción de derecho de superficie se recoge en el artículo 952 que establece que:

"1. Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. 2. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo".

De la definición anterior se desprende fácilmente que el concepto de derecho de superficie puede desglosarse en dos tipos: el derecho a construir en suelo o subsuelo ajeno, que es el derecho de superficie en sentido estricto[23] y la propiedad superficiaria (por encima y por debajo de la superficie). Se trata de dos perfiles

2 Pugliese, G.: *Della superficie*, Zanichelli , Bologna-Roma, 1976, p. 566.

3 Guarneri, A.: *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 72.

distintos del derecho de superficie que, por esta razón, están sujetos a una regulación diferente.

El primero, al tratarse de un derecho *de facere* está sujeto a un plazo de prescripción por falta de uso de veinte años (conforme al art. 954.4 CCIt); el segundo, adquirido conforme al primer o segundo párrafo del art. 952 CCIt, no está sujeto a plazo de prescripción por falta de uso[4].

A esta oposición se añade la también conocida cuestión de si, a favor de quien adquiere la propiedad superficiaria de una determinada construcción sobre o bajo el suelo, se trasmite o no el derecho a realizar y mantener la construcción en propiedad ajena, entendida en el sentido de "reedificar", contemplado en el art. 952.1 CCIt.

Existen dos posturas distintas sobre este punto:

- Según una teoría, denominada unitaria, desarrollada por Pugliese[5] y Bigliazzi[6], la facultad de reedificar la construcción sería inherente a la propiedad superficiaria y, por tanto, pertenece también a la persona que ha adquirido la propiedad superficiaria.

- Según otra tesis, que denominamos plural, planteada por Salis[7] [8] y Giacobbe[9] así como a nivel jurisprudencial[10], esta facultad no sería inherente a la propiedad

4 Así también la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana: Cass. civ., Sez. II, 13 de febrero de 1993, n. 1844, en Leggi d'Italia, que ha afirmado este principio de derecho: "Lo spazio sovrastante una costruzione non costituisce un bene giuridico suscettibile di un autonomo diritto di proprietà, ma può formare oggetto di un diritto di superficie (art. 952 c.c.) insistente sulla proprietà altrui, il quale al pari di ogni altro "ius in re aliena" è soggetto ad estinzione per effetto del non uso protrattosi per il tempo stabilito dalla legge (art. 954 c.c.) ove la costruzione non venga edificata".

5 Pugliese, G.: *Della superficie*, cit., p. 566.

6 Bigliazzi Geri, L., Breccia, U., Donato, B. F., & Natoli, U.: *Diritto civile. 2 Diritti reali,* UTET, Torino, 1988, p. 68.

7 Salis, L.: *La proprietà superficiaria*, CEDAM, Padova, 1936, p. 296; así como Salis, L.: *La superficie*, 2ª ed., UTET, Torino, 1958, p. 9.

8 Para mayor referencia "in base a tali considerazioni, la conseguenza più aderente alla disciplina che il nostro codice ha dato di questo istituto, sarebbe quella di considerare assolutamente autonomi diritto di superficie e proprietà superficiaria nel senso che, mentre mediante la costituzione del diritto di superficie si giunge alla formazione della proprietà superficiaria, la proprietà separata sulla costruzione può essere costituita ed esistere indipendentemente dalla costituzione ed esistenza di un diritto di superficie".

9 Giacobbe, G.: *La superficie*, cit., p. 75.

10 La Corte de Casación italiana: Cass. civ., Sez. II, 04 de febrero de 2004, n. 2100, en Leggi d'Italia, que afirma este principio de derecho: "Lo spazio sovrastante il suolo o una costruzione non costituisce un bene giuridico suscettibile di autonomo diritto di proprietà ma configura la mera proiezione verso l'alto delle suddette entità immobiliari e, formalmente, la possibilità di svolgimento delle facoltà inerenti al diritto dominicale sulle medesime. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 952 c.c., il diritto reale su tale spazio, separato dalla proprietà dell'immobile sottostante, non è qualificabile come proprietà ma come diritto di superficie. (La Corte, nel formulare il principio surrichiamato, ha confermato la sentenza impugnata che aveva qualificato come diritto di superficie (come tale soggetto a prescrizione per non uso) e non di proprietà il diritto acquistato dagli attori sull'area sovrastante un fabbricato condominiale)"; Cass. civ., Sez. II, 21 de noviembre de 2006, n. 24679, en Leggi d'Italia, que ha afirmado este principio de derecho: "Nel caso di vendita del suolo senza espressa menzione della costruzione esistente su di esso, si intende

superficiaria, con la consecuencia de que la adquisición de la propiedad preexistente conlleva sólo el derecho a mantener la construcción en terreno ajeno y no también a "reconstruir".

La primera teoría, no habría diferencia entre las prerrogativas del propietario superficiario según haya adquirido el derecho a construir y mantener una construcción en suelo ajeno (952.1 CCIt) o haya adquirido sólo la propiedad superficial de una construcción preexistente (952.2 CCIt), en esta línea Pugliese[11], Messineo[12] y Costatntino[13]. El propietario superficiario que adquiere una construcción preexistente se consideraría también titular del derecho "a edificar y mantener" la construcción, con la consecuencia de que, si se destruyera la construcción, su derecho no se extinguiría, sino que se le permitiría reconstruir la obra conforme al art. 954.3 CCIt, salvo que la escritura de constitución dispusiera otra cosa o el *dominus soli* hubiera limitado en el tiempo la concesión del derecho de superficie.

Según la otra teoría, existiría una diferencia entre el supuesto descrito en el apartado 1 y el descrito en el apartado 2, por lo que habría que distinguir entre derecho de superficie (952.1 CCIt), propiedad superficiaria (952.1 CCIt) y propiedad separada (954.2 CCIt).

El primero se sustanciaría en el *ius ad aedificandum,* a través del cual se otorga al propietario superficiario la facultad --susceptible de prescripción-- de realizar todas las actividades necesarias para la realización de la construcción.

La segunda correspondería al consiguiente "derecho a mantener" lo construido en virtud del *ius ad aedificandum*; este último no se agotaría por efecto del fin de la construcción, sino que permanecería quiescente en manos del propietario superficiario, pudiendo revivir en el supuesto de que pereciera la construcción, legitimándole para reconstruir, salvo pacto en contrario.

Por último, la propiedad separada sería la contemplada en el art. 952.2 CCIt y se referiría únicamente a la construcción material a la que las partes se han referido en el título. En este último caso, el objeto del derecho no sería "hacer y

trasferita, in base al principio di accessione, anche la detta costruzione, in mancanza della costituzione di un diritto di superficie in favore del venditore o di terzi"; Cass. civ., Sez. II, 13 de febrero de 1993, n. 1844, en Leggi d'Italia, que ha afirmado este principio de derecho: "In assenza di limitazioni contrattuali, quando il proprietario del suolo concede ad un terzo il diritto di sopraelevazione (diritto di superficie), se il terzo, oltre al piano preventivato, ne eleva altri, esso costruttore -e non il proprietario del suolo - deve considerarsi proprietario anche degli altri piani per effetto dell'espansione del dominio in virtù dell'accessione".

11 Pugliese, G.: *Della superficie*, cit., p. 566.

12 Messineo, F.: *Manuale di diritto civile* e *commerciale,* vol. II, 9ª ed., I diritti della personalità. Il diritto della famiglia. I diritti reali, Giuffrè, Milano, 1965, p. 329.

13 Costantino, M.: *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1967, p. 173.

mantener" una construcción, sino esa construcción concreta a la que las partes se han referido en el título. El causahabiente del propietario no podría alterar la construcción (salvo que el título lo permitiera) ni reconstruirla si se hubiera arruinado o destruido.

IV. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN.

La noción de superficie establecida en el art. 952 CCIt se estructura en torno al significado de "construcción", por lo que, dependiendo del alcance del significado atribuido a esta expresión, la potencialidad del derecho de superficie puede variar significativamente.

Se dan dos interpretaciones distintas.

- Según una primera teoría, el significado del término no puede limitarse únicamente a la noción de edificio, ya que debe ampliarse a cualquier obra que se construya directa o indirectamente sobre o debajo de suelo[14]. Esta interpretación amplia incluiría, por tanto, cualquier obra a cuya identificación haya contribuido la actividad del hombre y que esté unida artificialmente, aunque sea de forma temporal, al terreno sobre el que tiene derecho a mantenerse[15].

- Según otra teoría, al término "construcción" debería atribuírsele, en cambio, un significado más bien restringido y limitado únicamente a la obra unida al suelo tras un proceso de construcción (el empleo de materiales, dispuestos o transformados mediante ciertas reglas y expedientes, con el fin de obtener una cosa nueva capaz de proporcionar en sí misma una utilidad completamente distinta de la de los materiales individuales que la componen) para alcanzar cualquiera de aquellos fines que no podrían lograrse en el suelo[16] [17].

Más allá de estas dos posturas, y mostrando cierta preferencia por la primera, no cabe duda de que la palabra "construcción" sirve para aislar una determinada porción de espacio aéreo en la superficie del suelo o una determinada porción del subsuelo. El destino que el constructor pretenda dar a la construcción resultante carece de importancia: lo que importa es que al espacio aéreo o al subsuelo

14 Giacobbe, G.: *La superficie*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 100.

15 Pugliese, G.: *Della superficie*, cit., p. 594.

16 Guarneri, A.: *Superficie. In Digesto delle Disciplina Privatistiche. Sezione Civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, p. 213.

17 Para mayor referencia "la superficie potrà avere ad oggetto solo costruzioni suscettibili di acquisto per accessione, cos¡ da comprendere immobili adibiti ad uso abitativo, commerciale, industriale, serbatoi, opere di difesa del suolo. In tal modo possono essere tranquillamente pretermesse quali possibili oggetti di superficie opere temporanee destinate a restare sul suolo altrui per un periodo transitorio come baracche, bancarelle, banchi, padiglioni etc".

así delimitados se les dé un destino distinto del que tenía el terreno antes de la delimitación[18].

V. LA SUPERFICIE SUBTERRÁNEA.

La escasez de superficies para nuevas construcciones y las dificultades para poder levantar las existentes han obligado a pensar en la explotación del subsuelo que, sobre todo en las grandes ciudades, se convierte en la única posibilidad de crear nuevas zonas de aparcamiento.

La única posibilidad que se vislumbra es, por tanto, la del derecho de superficie, entendiendo que éste plantea problemas peculiares muy diferentes a los del derecho de superficie sobre el suelo.

La admisibilidad del derecho de superficie en el subsuelo presupone necesariamente una construcción, ya existente o por construir, pues no es posible la atribución de un derecho de superficie sobre el subsuelo genérico.

Este principio está claramente afirmado por la Corte de Casación italiana[19] y por Pugliese[20], que ha dictaminado que el derecho de superficie no implica la transferencia de la propiedad del subsuelo, ya que el propietario del subsuelo sigue siendo el concedente, al igual que ocurre con la concesión para construir en el terreno. Por lo tanto, puede afirmarse que sólo las construcciones realizadas (o por realizar) en el subsuelo pasan a ser objeto de una titularidad independiente de la del suelo.

Además, en el caso de un derecho de superficie concedido en el subsuelo, a diferencia del derecho concedido sobre el suelo, el propietario del suelo conserva sustancialmente intactas sus facultades de disfrute, con la única limitación de no poner en peligro la construcción ni obstaculizar el disfrute por parte del propietario superficial.

VI. CONSTRUCCIONES BAJO EDIFICIOS Y NORMAS APLICABLES.

Una cuestión de gran interés es el establecimiento de derechos de superficie debajo de un condominio. A este respecto, de hecho, se plantea el problema de si es posible y quién debe disponer de él.

18 Salis, L.: *La superficie*, 2ª ed., UTET, Torino, 1958, p. 34.

19 Cass., 9 de octubre de 1956, n. 3414, en *Giustizia civile* 1956, I, p. 2010. En el mismo sentido, v. Cass. civ., Sez. II Sent., 07 de abril de 2014, n. 8084, en Leggi d'Italia: "Non è concepibile la proprietà dello strato d'aria avulso dall'edificio o dal suolo sottostante".

20 Pugliese, G.: *Della superficie*, cit., p. 623.

Sobre este punto, la jurisprudencia italiana[21] reiteradamente afirma que por las disposiciones combinadas de los arts. 840 y 1117 CCIt, el espacio situado bajo el suelo sobre el que se levanta un edificio en condominio, en ausencia de un título que atribuya su propiedad exclusiva a uno de los condóminos, debe considerarse propiedad común, con independencia de su uso. De ello se desprende que un condómino no puede, sin el consentimiento de los demás, proceder a excavaciones profundas en el subsuelo con el fin de obtener nuevas habitaciones y ampliar las existentes, ya que tal actividad implica el sometimiento de un bien común al beneficio del particular.

El subsuelo, entendido como la zona existente en profundidad bajo la superficie que subyace al edificio, debe considerarse propiedad del condominio. Por lo tanto, no está permitido que ningún condómino se apropie del mismo (por ejemplo, excavándolo) privando a los demás condóminos de una posibilidad igual, aunque sea teórica, de utilizarlo.

Del mismo modo, la mera situación geográfica del predio, como, por ejemplo, la posibilidad exclusiva de acceder a una parte concreta del subsuelo, como una cueva, no se ha considerado suficiente para oponerse a la operatividad de dicho principio de accesibilidad en materia de condominio, dada la naturaleza esencialmente condominal del subsuelo.

La constitución de un derecho real sobre la superficie del subsuelo de un condominio, o la enajenación de bienes realizados en el mismo, a favor de uno solo de los condóminos o de un tercero, es un acto dispositivo para el que se requiere el consentimiento de todos los condóminos y la forma escrita *ad substantiam*.

El problema ha surgido cuando sólo uno de los condóminos realiza una obra subterránea. En la jurisprudencia italiana ha surgido una diversidad de opiniones.

Una primera y más tradicional postura afirmaba que, en virtud del principio de accesión (art. 934 CCIt), la construcción sobre el suelo común es también común, a medida que se eleva, salvo pacto en contrario por escrito *ad substantiam*; por tanto, para la atribución en propiedad exclusiva, a los copropietarios de la zona común, de los pisos individuales que componen la construcción, son inadecuados

21 Cass., 9 de marzo de 2006, n. 5085. Igualmente, Cass. civ., Sez. II, 30 de marzo de 2016, n. 6154, in *Leggi d'Italia*: "Il sottosuolo, costituito dalla zona esistente in profondità al disotto dell'area superficiaria che è alla base dell'edificio, seppure non menzionato dall'art. 1117 c.c., va considerato di proprietà condominiale in mancanza di un titolo che ne attribuisca la proprietà esclusiva ad uno dei condomini. Pertanto, nessun condomino può, senza il consenso degli altri partecipanti alla comunione, procedere all'escavazione in profondità del sottosuolo per ricavarne nuovi locali o per ingrandire quelli preesistenti, in quanto, attraendo la cosa comune nell'orbita della sua disponibilità esclusiva, verrebbe a ledere il diritto di proprietà degli altri partecipanti su una parte comune dell'edificio, privandoli dell'uso e del godimento ad essa pertinente".

tanto la correspondiente posesión exclusiva del piso, como el relativo pacto verbal, y la proporcional diferente contribución a los gastos[22].

Una segunda y más reciente postura, adoptada por los jueces de mérito, afirma que la regulación sobre la accesión, contenida en el art. 934 CCIt, se refiere sólo a las construcciones en terreno ajeno, mientras que las construcciones realizadas por uno de los copropietarios en terreno común no están sujetas a tal regulación, sino a las normas sobre la comunidad, con la consecuencia de que la copropiedad de la obra nueva nace a favor de los copropietarios no constructores sólo si se realiza de acuerdo con tales reglas, es decir, respetando las normas que dictan los límites que debe observar cada copropietario en el uso de los bienes comunes, mientras que las obras construidas ilegalmente no pueden ser consideradas propiedad horizontal por vía de accesión, sino que deben ser consideradas como propias del copropietario constructor y pertenecientes a su exclusiva esfera jurídica[23].

La cuestión ha sido definitivamente resuelta por las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana[24].

A falta de título válido en contrario, toda edificación levantada sobre la cosa común -no sólo por terceros (que sería el caso de los arts. 936 y 937 CCIt), sino también por uno o sólo algunos de los copropietarios- pasa a ser ipso iure, por el mero hecho de su constitución y con independencia de la voluntad expresa y por escrito de las partes (art. 1350 CCIt), propiedad común de todos los copropietarios del suelo en proporción a sus respectivas participaciones en el mismo.

Las normas jurídicas que deben regular las relaciones entre el copropietario constructor y el copropietario no constructor deben desprenderse de las normas que rigen la comunión: en primer lugar, de las normas que regulan el uso de la cosa común y las innovaciones.

La construcción sobre terreno común, como innovación, debe decidirse conforme a lo dispuesto en el art. 1108 CCIt (para la comunión ordinaria) y en los arts. 1120 y 1121 CCIt (para el condominio de edificios), siempre con la limitación de que no perjudique el disfrute de la cosa común por ninguno de los participantes.

Cuando la edificación se haya levantado sin la previa autorización de la mayoría de los copropietarios, o cuando a pesar de ello perjudique el disfrute de la cosa común por todos los copropietarios, el copropietario perjudicado por la edificación

22 Cass. civ., Sez. II, 11 de noviembre de 1997, n. 11120, en *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. I, 12 de mayo de 1973, n. 1297, en *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., Sez. II, 11 de julio de 1978, n. 3479, en *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., Sez. II, 10 de noviembre de 1980, n. 6034, en *Leggi d'Italia*.

23 Cass. civ, Sez. II, 22 de marzo de 2001, n. 4120, en *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. II, 27 de marzo de 2007, n. 7523, en *Leggi d'Italia*.

24 Cass. civ., Sez. Unite, 16 de febrero de 2018, n. 3873, en *Leggi d'Italia*.

podrá ejercitar -contra el copropietario constructor- las acciones posesorias ordinarias. El copropietario perjudicado también puede ejercer el *ius tollendi* y exigir, por lo tanto, la demolición de la obra lesiva de su derecho, recurriendo a la forma específica de protección del artículo 2933 CCIt. La demolición de la obra también puede ser decidida, fuera del caso de lesión del derecho del copropietario individual, por la mayoría de los copropietarios en virtud del artículo 1108 CCIt.

Las Secciones unidas de la Casación sostienen, sin embargo, que el ejercicio del *ius tollendi* debe combinarse con el principio de "tolerancia", el principio de "confianza" y el principio de "buena fe". Es necesario, por tanto, distinguir el caso en que el copropietario-constructor ha actuado contra la prohibición expresa del copropietario o sin el conocimiento de éste, del caso distinto en que ha actuado, si no con el consentimiento, al menos con el conocimiento y sin oposición del otro copropietario.

En el primer caso, en el que se ha producido una violación del reglamento del condominio, debe reconocerse el *ius tollendi* al copropietario no constructor, que ciertamente puede actuar para obtener el restablecimiento del *status quo ante*.

En cambio, en el segundo caso, al haber existido el consentimiento explícito o incluso meramente implícito del copropietario no constructor, debe excluirse, para proteger la buena fe y la confianza del constructor, que éste pueda exigir la demolición de la obra. Por la misma razón, la mera aquiescencia, es decir, la falta de reacción del copropietario no constructor ante el abuso cometido por el copropietario constructor, durante un plazo razonable desde el día en que tuvo conocimiento de las obras, también excluye el ejercicio del *ius tollendi*, dando lugar a la confianza del constructor en el consentimiento tácito del copropietario.

El consentimiento para la construcción de la obra, prestado por uno de los copropietarios al otro, puede prestarse de cualquier forma (incluso verbalmente), ya que no se refiere a la esfera de los derechos reales y no menoscaba la operación de accesión y, por tanto, la adquisición de la propiedad de la construcción por todos los copropietarios en relación con sus respectivas cuotas de participación en el terreno; su trascendencia jurídica no se refiere a la adquisición de la propiedad de la construcción, sino a los derechos y obligaciones recíprocos de los copropietarios y a sus respectivas facultades en relación con una obra que, en cualquier caso, ha pasado a ser común. Al tratarse de un consentimiento que no afecta a la propiedad de la construcción, puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

En caso contrario, la constitución del derecho de superficie debe ser otorgada por todos los copropietarios por escrito, siendo el contrato constitutivo del derecho de superficie un contrato formal de conformidad con el artículo 1350 CCIt.

VII. DÉFICIT DE PREDIO, SUPERFICIE Y AUMENTO DE INVERSIONES.

Teniendo como base este tratamiento normativo, resulta de interés el análisis práctico de la institución.

Uno de los grandes problemas en las ciudades y metrópolis es la falta de tierra para edificar. Las existentes son extremadamente caras y muchos de sus titulares no quieren desprenderse de ellas. A la par, se suma el hecho que el Estado es titular de muchas y extensas propiedades de las que debe obtener un beneficio económico y no dejarlas inertes, sin uso y libradas en el olvido. Es ante este panorama que se presenta la superficie, como un derecho real eficiente.

El Código civil peruano regula el derecho de superficie de manera simple, no obstante que es el derecho real más complejo. Solo existen 5 artículos que lo regulan. Esta escasa normativa, sin muchas especificaciones (vg. no trata de la determinación expresa de las causales de extinción, la indicación de los derechos y obligaciones de las partes, el establecimiento de forma explícita las formalidades para su constitución), ha generado inseguridad para su uso, a pesar que la doctrina local, si bien no muy basta, ha estudiado en cierta manera esta institución.

En el Perú, con la reforma económica de los noventa y el crecimiento del sector comercial, la superficie adquiere importancia, no solo en el sector privado sino, también, en el público, tomando en cuenta el nuevo rol del Estado y la interacción comercial de sus bienes, esto en la línea del nuevo marco constitucional a partir de 1993[25]. Y es que al Estado, celoso de su patrimonio, le "cuesta" vender, despojarse de sus bienes, por lo que ha recurrido a este derecho real presentándosele como una buena opción para disponer de los bienes estatales, sin perder propiedad[26]. De esta manera, la superficie es aplicada como una institución de los derechos reales que responde de forma adecuada y eficiente a la problemática de los bienes del Estado cuya naturaleza hace difícil su disposición[27].

Los proyectos inmobiliarios enfrentan dos situaciones: la insuficiencia de predios y sus elevados precios; el suelo se presenta como un bien de difícil acceso, lo que ha generado el resurgimiento de la superficie, encuadrándola como una alternativa eficaz, como una alternativa eficiente, en proyectos de edificación sin necesidad, el arrendamiento y la adquisición se descartan, lo que fortalece la inversión en proyectos y negocios industriales, comerciales y de vivienda, reduciendo los costos de inversión inicial, mejorando los flujos y la rentabilidad

25 Constitución Política del Perú de 1993.

26 Mejorada Chauca, M.: "¡Atenta Superficie!", *Derecho y Sociedad*, 2005, núm. 25°, p. 301.

27 Fernández Salas, J. C.: *El derecho real de superficie: Redefinición como modalidad del derecho de propiedad* (tesis para optar el título de licenciado en Derecho inédita), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 7.

de los proyectos. Utilizada como eficiente instrumento de política urbanista[28], la superficie podría perfectamente enfrentar el problema del suelo a través de los principios de sustentabilidad económica y social, cuya aplicación comprehensiva e integrada colaboraría a la mejora de las condiciones de vida en la orbe, así como a los nuevos emprendimientos que, carentes de capitales, les resulta inalcanzable adquirir predios.

El derecho de superficie es un medio alternativo que intenta resolver la deficiencia predial y habitacional, concede tanto al propietario como al superficiario beneficios a largo plazo; es el propietario del suelo quien termina ganando más, ya que al fenecimiento del derecho, readquiere no solo el terreno que cedió sino todo aquello que haya sido construido en él, que podrá usar y/o disponer, él o sus herederos; mientras que el superficiario consigue el uso y disfrute de la propiedad y de lo que ha construido en él por un periodo largo de tiempo, adquiriendo plenos derechos sobre la cosa pero siendo diligente en cuanto al cuidado y conservación del bien puesto que, posteriormente, será devuelto al propietario y este pagará un reembolso de lo construido, salvo pacto en contrario. Ambos, propietario y titular, satisfacen sus necesidades y benefician al mercado. Para Mazzei[29] el derecho de superficie es una realidad fáctica creada en relación al inmueble, generando la situación de funcionalización de la propiedad, no alejándola del encadenamiento social.

Como derecho real ofrece un sinnúmero de alternativas en la construcción. Se relaciona con el denominado derecho de la ciudad y derecho urbanístico en la línea de conseguir edificaciones sustentables y sostenibles que canalicen los nuevos proyectos. Es versátil y se amolda a los requerimientos de la diversidad de inversiones. Quien no es propietario construye en suelo de tercero. El superficiario edifica y al no invertir en adquirir el suelo aprovecha ese ahorro directamente en su proyecto. Al ser un derecho real de larga existencia facilita que se recupere la inversión en lo edificado. Es eficiente, confiere un directo beneficio del suelo. Dada su plasticidad, la superficie permite regular diversas relaciones jurídicas que otros derechos reales como la posesión, usufructo, servidumbre no consiguen adecuar[30], incluso la misma propiedad en ciertos casos no es el vehículo más adecuado para llevar a cabo inversiones.

Como institución económica, evita el mantenimiento de capitales inactivos cuidando el interés del propietario quien, no queriendo desprenderse de su propiedad o, en su caso, estando limitado a explotarla por sí mismo, desea obtener utilidad económica a través de una renta sin asumir responsabilidades sobre lo

28 Venosa, S.: *Direito civil. Reais,* vol. IV, 18ª ed., Atlas, São Paulo, 2018, p. 487.

29 Mazzei, R.: *Direito de superfície*, Ius Podivm, Salvador, 2013, p. 260.

30 Melo, M. A.: *Direito civil: coisas*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018, p. 300.

construido (art.1980[31]), lo que la presenta como una figura más eficiente que el arrendamiento o el usufructo, como deja ver Mejorada Chauca[32]. La superficie tiende a que el derecho de propiedad alcance su fin comunitario, un derecho real dotado de una función social y económica claramente marcada. Sumándonos al criterio de Monteiro[33] diríamos que goza de una naturaleza sociológica que define la exigencia de los fines sociales de la propiedad; este derecho sirve de vehículo para la realización de la función social de la propiedad de forma tal que propicie no solamente la satisfacción de intereses individuales del propietario sino también la satisfacción de necesidades de la colectividad[34].

Indica Lucena[35] que de los tres sectores inmobiliarios tradicionales, la superficie se ha aplicado en el sector comercio y, en menor medida, en el sector industrial, pero el sector vivienda ha excluido la superficie como una herramienta jurídica para su desarrollo; su uso ha sido nulo, no se ha tomado en cuenta que la propiedad superficiaria mejora en un corto plazo la accesibilidad social a la vivienda; quizá la razón tenga un origen sociocultural, más que legal o económico, tomando en cuenta el ideal arraigado de poder legar a los hijos de una propiedad predial, lo cual dificulta la viabilidad de los proyectos de vivienda basados en el derecho de superficie[36], i.e. el problema no es legal ni de operatividad, el problema es sociocultural, lo que ha impedido emprender proyectos habitacionales a través de la superficie.

VIII. LA NEOSUPERFICIE.

En las últimas décadas, la superficie ha renacido, no resucitado como algunos mencionan.

Se presenta como una interesante alternativa para resolver el déficit habitacional[37], un medio idóneo y relevante para solucionar la falta de vivienda para las personas de economía debilitada[38], así como para dar solución al problema de la especulación del suelo[39], satisfaciendo el interés del dueño del terreno en

31 Código civil peruano "Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si esta ha provenido por falta de conservación o de construcción".

32 Mejorada Chauca, M.: "Superficie: Noción y plazo", en Arata Solis, M. y Fernández Cruz, G.: *Nuevo comentario al Código civil peruano*, vol. VI, Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 536.

33 Monteiro, W.: *Curso de Direito civil: Direito das coisas*, vol. III, 44ª ed., Saraiva, São Paolo, 2015, p. 375.

34 Wald, A., & Iglecias, P.: *Direito das coisas*, 15ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, p. 253.

35 Lucena, C.: "Reflexiones sobre el derecho de superficie", en Ramírez Gastón, G. y Varsi Rospigliosi, E.: *Congreso Internacional de Derecho civil. Diálogo entre disciplinas*, vol. I, Instituto Pacífico y Universidad de Lima, Lima, 2019, p. 442.

36 Lucena, C.: "Reflexiones sobre", cit., 2019, p. 448.

37 Cárdenas Quirós, C.: "El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional", *Revista Ius et Praxis*, 1988, núm. 11°, pp. 123-133.

38 Cárdenas Quirós, C.: "El derecho real de superficie", *Revista de Derecho PUCP*, 1983, núm. 37°, p. 9.

39 De Los Mozos, J. L.: *Estudio sobre derecho de los bienes*, Montecorvo, Madrid, 1991.

ceder su uso sin perder la propiedad y del superficiario de edificar sin invertir en la adquisición del predio, lo cual es ventajoso para ambos. En esta coparticipación, colaboración mutua (valga la redundancia), uno y otro satisfacen necesidades a través de un mismo bien, es una relación jurídica de largo aliento, util y eficiente.

Sumado a ello existe una nueva visión sobre el elemento objetivo del derecho de superficie, nos referimos al elemento real, el aspecto material, la fábrica (edificación). In limine se exigía que esta tenga permanencia y estabilidad. Y es que la superficie se presentó como un derecho real sustentado en una construcción fija, estable; no pudiendo ser transitoria o pasajera (desmontable: como carpas, toldos, quioscos, casas conteiners modificadas), debía estar asentada; refiere Triunfante[40] que tiene que haber una ligación material duradera, estructural con el suelo, pues quedará para el dominus soli; como dice Del Risco[41] lo edificado debe contar con una vocación de adherencia definitiva al suelo, sujetas inexorablemente a la regla de la accesión inmobiliaria. Es con este criterio que, como el común de autores, De Oliveira[42] descarta que sobre la superficie se pueda aplicar en el derecho de butaca (silla) en teatros o iglesias, así como asentamiento de vías férreas.

Sin embargo, con un criterio más práctico, algunos otros autores, como el portugués Luiz da Cunha Gonçalves en su Tratado de *Direito civil em comentário ao* Código civil portugués, citado por Mazzei[43], admite la superficie para monumentos funerarios y de sepultura, bancos de iglesias y teatros, vías férreas, fábricas y almacenes, es esta la nueva dimensión del derecho de superficie, permitir una aplicabilidad más amplia, real, de acuerdo a las necesidades y al proyecto.

Con ese planteamiento, amplio y elástico, que deja de lado el viejo criterio de fijación, consideramos que caben excepciones a fin de aplicar la superficie en parques eólicos y los de energía solar (fotovoltaico) que vienen satisfaciendo necesidades básicas en diversas poblaciones; aunque son desmontables, por sus dimensiones perfectamente pueden afectarse como dominio superficiario, véase el tenor del art. 971 del Código civil de Puerto Rico: "Se entiende por construcción, entre otros, lo siguiente: (a) edificación nueva o existente; (b) antenas; (c) placas fotovoltaicas; (d) molinos de viento; (e) pizarras electrónicas; y (f) siembras y plantaciones".

En esa línea, existe un sinnúmero de nuevos proyectos a realizarse a través de la superficie almacenes, cementerios, parques eólicos, estacionamientos, parques

40 Triunfante, A.: *Lições de direitos reais*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 293.

41 Del Risco Sotil, L. F.: "El derecho de superficie", *Revista Ius et veritas*, 2017, núm. 54°, p. 221.

42 De Oliviera Ascensão, J.: *Direito civil. Reais*, 4ª ed., Coimbra, Portugal, 1987, p. 461.

43 Mazzei, R.: *Direito de superfície*, cit., p. 167.

industriales, parques fotovoltaicos; patios de comida para emprendimientos gastronómicos y colocación de antenas satelitales o de telefonía (techos o suelo).

IX. CONCLUSIÓN.

La superficie es cada vez más recurrida, por el Estado y particulares, pero debemos sacarle un real provecho. Es cuestión de estructurar y echar a andar los emprendimientos industriales, comerciales e inmobiliarios con criterios innovadores, y es que la superficie se presta eficientemente, por su flexibilidad, para una multiplicidad de inversiones. Es un derecho real que maximiza los proyectos, concentra flujos, en base al interés común.

Es interesante conjugar el tratamiento normativo del derecho de superficie con la praxis de los institutos jurídicos. Italia es un claro ejemplo de una sólida regulación legal que debe servir para impulsar el uso de la superficie y el Perú, es una muestra que la aplicabilidad y realidad de este derecho puede generar provecho en el acceso al suelo tanto en el sector urbano, comercial como industrial.

El estudio de la superficie debe estar acorde con las nuevas exigencias del mercado, los modelos de inversión y del tráfico inmobiliario, su tratamiento jurídico he de estar a la altura del nuevo concepto de la propiedad y su función social a fin de diversificar y dinamizar las ofertas inmobiliarias e impulsar proyectos de inversión en una sociedad en pleno desarrollo.

La idea es facilitar la estructuración legal de los nuevos negocios que requieren de eficientes diseños legales para potenciar las ventajas y aminorar las desventajas de las distintas tipologías contractuales, poniendo especial atención en el uso de la superficie como un remozado contrato real.

BIBLIOGRAFIA

Bigliazzi Geri, L., Breccia, U., Donato, B. F., & Natoli, U.: *Diritto civile. 2 Diritti reali*, UTET, Torino, 1988.

Cárdenas Quirós, C.: "El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional", *Revista Ius et Praxis*, 1988, núm. 11°, pp. 123-133.

Cárdenas Quirós, C.: "El derecho real de superficie", *Revista de Derecho PUCP*, 1983, núm. 37°, pp. 7-30.

Costantino, M.: *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1967.

De Los Mozos, J. L.: *Estudio sobre derecho de los bienes*, Montecorvo, Madrid, 1991.

De Oliviera Ascensão, J.: *Direito civil. Reais*, 4ª ed., Coimbra, Portugal, 1987.

Del Risco Sotil, L. F.: "El derecho de superficie", *Revista Ius et veritas*, 2017, núm. 54°, pp. 210-234.

Fernández Salas, J. C.: *El derecho real de superficie: Redefinición como modalidad del derecho de propiedad* (tesis para optar el título de licenciado en Derecho inédita), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

Giacobbe, G.: *La superficie*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2003.

Guarneri, A.: *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2007.

Guarneri, A.: Superficie, In *Digesto delle Disciplina Privatistiche. Sezione Civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, pp. 206-227.

Lucena, C.: "Reflexiones sobre el derecho de superficie", en Ramírez Gastón, G. y Varsi Rospigliosi, E.: *Congreso Internacional de Derecho civil. Diálogo entre disciplinas*, vol. I, Instituto Pacífico y Universidad de Lima, Lima, 2019.

Mazzei, R.: *Direito de superfície*, Ius Podivm, Salvador, 2013.

Mejorada Chauca, M.: "¡Atenta Superficie!", *Derecho y Sociedad*, 2005, núm. 25°, pp. 301-306.

Mejorada Chauca, M.: "Superficie: Noción y plazo", en Arata Solis, M. y Fernández Cruz, G.: *Nuevo comentario al Código civil peruano*, vol. VI, Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 535-542.

Melo, M. A.: *Direito civil: coisas*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018.

Menezes Cordeiro, A.: *Tratado de Direito civil*, vol. XIV, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2022.

Messineo, F.*: Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, 9ª ed., I diritti della personalità. Il diritto della famiglia. I diritti reali, Giuffrè, Milano, 1965.

Monteiro, W.: *Curso de Direito civil: Direito das coisas*, vol. III, 44ª ed., Saraiva, São Paolo, 2015.

Pugliese, G.*: Della superficie*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976.

Salis, L.: *La proprietà superficiaria*, CEDAM, Padova, 1936, p. 296.

Salis, L.: *La superficie*, 2ª ed., UTET, Torino, 1958.

Triunfante, A.: *Lições de direitos reais*, Almedina, Coimbra, 2019.

Venosa, S.: *Direito civil. Reais*, vol. IV, 18ª ed., Atlas, São Paulo, 2018.

Wald, A., & Iglecias, P.: *Direito das coisas*, 15ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.

LA PROFESSIONALITA' DEL DIRIGENTE: ASPETTI CONTROVERSI E POSSIBILI SOLUZIONI COMPOSITIVE*

THE PROFESSIONALISM OF THE MANAGER: CONTROVERSIAL ASPECTS AND POSSIBLE COMPOSITIONAL SOLUTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1524-1557

*Il saggio riprende e sviluppa la relazione presentata al Seminario su "La professionalità del dirigente" del 19 aprile 2023, tenutosi presso l'Università di Padova e rientrante nell'ambito del II Ciclo Seminariale CLIP – Conversazioni di Lavoro e Impiego Pubblico A.A. 2022/2023, dal titolo "La professionalità tra legge e contratti".

Giuseppina
PENSABENE
LIONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Prendendo le mosse da un breve excursus normativo, l'indagine è orientata a dimostrare come – sin dagli albori della dirigenza come categoria autonoma – la relativa professionalità costituisca un nodo gordiano difficile da sciogliere. Pertanto, attraverso l'analisi degli snodi più significativi della disciplina speciale della dirigenza pubblica, nonché dal confronto con il modello francese della "haute foncion publique" recentemente riformato, si propone una possibile soluzione compositiva ai numerosi aspetti controversi che ne emergono nel riconoscimento dell'interdipendenza tra la sfera d'azione amministrativa e quella politica.

PALABRAS CLAVE: Professionalità; dirigente pubblico; manager; rapporto di lavoro; incarico dirigenziale; politica; amministrazione; spoil system; fiduciarietà; imparzialità; valutazione; responsabilità; anticorruzione; diritto del lavoro; diritto del lavoro comparato.

ABSTRACT: *Starting from a brief normative excursus, the investigation is oriented to demonstrate how - since the beginning of the public manager as an autonomous category - the relative professionalism constitutes a knot difficult to untie. Therefore, through the analysis of the most significant points of the special discipline of public management, as well as the comparison with the French model of the recently reformed "haute foncion publique", proposes a possible compositional solution to the many controversial aspects that emerge in the recognition of the interdependence between the administrative and political sphere of action.*

KEY WORDS: *Professionalism; public manager; manager; employment relationship; management position; politics; administration; spoil system; trust; impartiality; evaluation; responsibility; anti-corruption; labour law; comparative labour law.*

SUMARIO.- I. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE.- II. LA CENTRALITÀ DELLA PROFESSIONALITÀ NELL'INDIVIDUAZIONE DI UNA CATEGORIA DIRIGENZIALE AUTONOMA: UN BREVE "EXCURSUS" NORMATIVO PRE-PRIVATIZZAZIONE.-1. Il modello di "nuova" dirigenza professionale confluito nel Testo Unico.- 2. Il nodo della professionalità dirigenziale tra politica e amministrazione.- 3. La professionalità del dirigente nel dato normativo.- 4. La professionalità alla prova della disciplina dell'incarico dirigenziale.- A) La peculiare posizione del dirigente rispetto all'incarico e la tutela della sua professionalità.- B) L'incarico all'esterno tra accrescimento della professionalità dirigenziale e fidelizzazione del rapporto con l'organo politico.- C) Lo "spoil system" tra "dirigenza professionale" e "dirigenza fiduciaria".- III. PROFESSIONALITÀ, VALUTAZIONE E RESPONSABILITÀ.- IV. LA PROFESSIONALITÀ DIRIGENZIALE IN FUNZIONE ANTICORRUTTIVA.- V. UNO SGUARDO VERSO ALTRI MODELLI DI PROFESSIONALITÀ DIRIGENZIALE: L'"HAUTE FUNCION PUBLIQUE" FRANCESE ALLA LUCE DELLA RECENTE RIFORMA DEL 2021.

I. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE.

Il tema dell'indagine, al di là della sua specificità, per i profili strutturali e funzionali che lo connotano, acquista una valenza "generale" nell'ottica di un'ermeneutica volta a comprendere il dato giuridico storicamente ambientato nella sua ineludibile unitarietà.

E la ragione la si invera proprio nella Carta Costituzionale, che si apre con la semplice quanto pervasiva affermazione che il lavoro è coessenziale al principio fondamentale della democraticità[1] della nostra Repubblica. Da qui il rilevante corollario del necessitato intersecarsi del lavoro pubblico con le variegate realtà economico-sociali dell'arena politica e, conseguentemente, del ruolo dirimente che assume il dirigente pubblico. Ruolo ad un tempo di sintesi e di "sintomo" (verrebbe da dire) che svolge la dirigenza pubblica nell'esercizio di quella peculiare professionalità volta ad assicurare il principio di imparzialità dell'"agere" amministrativo (ex art. 97 Cost.), correlato, tuttavia, all'esclusione di uno "sbocco" in una burocrazia autoreferenziale.

In questo senso quindi non si tratta di erodere l'"auctoritas"[2] dello Stato attraverso "dosi» significative di "diritto privato" dato che nell'estrinsecarsi della giuridicità di risulta "il potere pubblico non può sottrarsi al circuito politico rappresentativo»[3].

1 Sotto il profilo del lavoro strettamente connesso "alla libertà", cfr. Pera, G.: "Professione (libertà di)", in *Enc. Dir.,* Giuffrè, Milano 1987, Vol. XXXVI, pp. 1033 ss.

2 Sulla influenza dei vari "diritti" (dal "privato" al "pubblico" a quello "globale", a quello "giurisprudenziale", etc.) da ultimo, cfr. Cassese, S.: *Amministrare la Nazione*, Mondadori, Milano, 2022, pp. 118 ss.

3 Clarich, M.: *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 398.

• Giuseppina Pensabene Lionti
Ricercatrice di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Padova. E-mail: giuseppina.pensabenelionti@unipd.it

In definitiva sarebbe riduttivo nella complessa articolazione della professionalità del dirigente pubblico (ad esempio v. l'anodino rapporto dell' "interdipendenza" tra politica e gestione amministrativa) contrapporre un diritto pubblico[4] ad un diritto privato, laddove ben vero si è in presenza di autonome specificità giuslavoristiche, che trovano la loro genesi e piena legittimazione nella Costituzione (non solo materiale) del nostro Stato Costituzionale.

II. LA CENTRALITÀ DELLA PROFESSIONALITÀ NELL'INDIVIDUAZIONE DI UNA CATEGORIA DIRIGENZIALE AUTONOMA: UN BREVE EXCURSUS NORMATIVO PRE-PRIVATIZZAZIONE.

La professionalità è di centrale importanza nella disciplina speciale della dirigenza pubblica e, in generale, nell'ambito del lavoro alle dipendenze della p.a.

Invero, l'architrave del tormentato processo di riforma del lavoro pubblico italiano è stato sempre rappresentato dal potenziamento della professionalità del dirigente e dalla sua responsabilizzazione per i risultati della gestione amministrativa ai fini dell'individuazione di una categoria direttiva autonoma rispetto alla sfera politica.

Segnatamente, la necessità di perseguire l'obiettivo dell'autonomia dirigenziale, superando il tradizionale statuto pubblicistico del pubblico impiego e riorganizzando l'apparato statale secondo logiche aziendalistiche, affonda le sue radici proprio nella presa di coscienza da parte del legislatore dell'assenza di una classe dirigenziale professionale, dotata quindi di autonome competenze e capace di realizzare – "sine ira et studio"[5] - gli indirizzi impartiti dall'organo politico. La tensione verso il raggiungimento dell'autonomia dirigenziale ha sotteso, infatti, tutti gli innumerevoli interventi normativi che si sono succeduti in materia a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, non solo quelli concernenti la privatizzazione degli anni novanta. Giova, in tal senso, ripercorrere – seppure brevemente – quelle riforme legislative che, ancor prima della privatizzazione, avevano iniziato a considerare l'importanza del potenziamento della professionalità dirigenziale al fine di identificarne una categoria autonoma.

Timidamente – e sempre nell'ambito di un sistema ancora accentrato in cui venivano disconosciute peculiari competenze e specifici profili di professionalità ai dirigenti pubblici – già lo statuto degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3) attribuiva, per la prima volta, autonomi poteri ai (soli) dirigenti generali. Questi ultimi, ben vero, seppure soltanto in casi limitati, venivano

4 Specialmente quello "ancien régime", cfr. Gerber, C. F.: *Diritto pubblico*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1971, pp. 97 e ss.

5 Weber, M. : *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, tr. it. *Economia e società*, 1968, p. 711.

legittimati all'emanazione di provvedimenti a contenuto vincolato, senza dover ricorrere alla delega di firma, fino ad allora necessaria per l'adozione di qualsiasi atto amministrativo. Naturalmente si trattava ancora, per così dire, di "primizie autonomistiche" [6]: quasi impercettibili frutti di un processo di autonomizzazione che, per quanto fosse all'esordio del suo percorso evolutivo, aveva già individuato nella professionalità del dirigente un elemento chiave per il miglioramento della macchina amministrativa. L'adozione dello statuto, tuttavia, non mutava le coordinate del rapporto tra vertici politici e amministrativi e la regolamentazione del personale direttivo rimaneva circoscritta nell'alveo del diritto pubblico.

Ancora, a distanza di undici anni, la legge delega 18 marzo 1968, n. 249 per il riordino dell'amministrazione centrale, poi modificata ed integrata dalla legge delega 28 ottobre 1970, n. 775, segnava l'avvio del fenomeno del decentramento delle funzioni amministrative, anche attraverso il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dipendenti statali, consentendo ai dirigenti di adottare altresì atti non vincolati, pur mantenendo il potere del Ministro di avocare a sé la decisione dell'affare, revocare o annullare gli atti dirigenziali entro un breve termine decadenziale. Il concetto astratto di "responsabilità ministeriale" *ex* art. 95 Cost. veniva, infatti, strumentalmente utilizzato quale "schermo ideologico" dietro al quale nascondere il cattivo funzionamento dell'apparato burocratico e appariva slegato da precipui profili professionali, rendendo così particolarmente arduo individuare i veri responsabili dei risultati negativi della gestione amministrativa. Da qui, l'anelito verso l'affrancazione del vertice burocratico dall'ingerenza del potere politico attraverso lo sviluppo di una dirigenza professionale che potesse condurre al recupero del concetto di autonomia dirigenziale come valore. Segnatamente, l'istituzione della carriera dirigenziale, finalmente scorporata da quella direttiva, si deve al successivo d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, che introduceva, per la prima volta, la dirigenza nelle amministrazioni statali, dotandola sia della rappresentanza esterna dell'amministrazione, sia di specifiche competenze per l'adozione dei provvedimenti e la stipulazione dei contratti, ed assoggettandola, per l'inosservanza degli indirizzi emanati dal Ministro competente e per i risultati negativi della gestione degli uffici e dell'organizzazione del lavoro, ad una nuova forma di responsabilità, ulteriore rispetto a quella (penale, civile, amministrativa, contabile e disciplinare) riguardante anche gli altri pubblici dipendenti: appunto, la "responsabilità dirigenziale"[7]. L'obiettivo di attribuire determinate funzioni alla

6 All'evidenza, infatti, i margini di autonomia riconosciuti alla dirigenza erano ancora molto limitati, vieppiù ove si consideri l'"evanescenza" del carattere decisorio che assumeva il potere di emanare atti "vincolati", i quali, come noto, non richiedono l'espletamento di alcuna attività valutativo discrezionale. Al riguardo e segnatamente sulla duplice limitazione, oggettiva e soggettiva, della portata innovativa della disposizione di cui all'art. 155, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 che attribuiva, per la prima volta, tali autonomi poteri al dirigente generale, cfr. Mezzacapo, D.: *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, 2010, Jovene, Napoli, p. 5; Mezzacapo, D.: "L'alta dirigenza statale tra politica e amministrazione (osservazioni sullo *spoil system* all'italiana)", *Arg. dir. lav.,* n. 3, 2003, p. 710.

7 Si precisa, tuttavia, che, inizialmente, la previsione della responsabilità dirigenziale è rimasta una "mera dichiarazione di principio", dovendosi attendere il d.lgs. n. 29 del 1993 che – com'è noto – aprendo la fase

competenza esclusiva dei dirigenti secondo le loro qualifiche (e, conseguentemente, prevedere un'ipotesi di responsabilità gestionale a loro carico, sottraendo agli organi di governo gli atti di alta amministrazione) si muoveva, appunto, nella logica del rafforzamento della professionalità dirigenziale per rendere, da un lato, autonoma la relativa categoria e, dall'altro, operativo l'impianto costituzionale *ex* artt. 97, 98, 28 Cost. che, fino ad allora, era stato di fatto disatteso. Tuttavia, sarebbe anche stata necessaria, contestualmente al riordino della dirigenza, una riorganizzazione dei ministeri. Infatti, conformemente all'interpretazione estensiva del già ricordato principio di responsabilità ministeriale (art. 95 Cost.), venivano ancora riservati al Ministro, non solo poteri generali di indirizzo e controllo, ma anche altre funzioni dirimenti per l'adozione di tutti gli atti amministrativi non espressamente attribuiti alla competenza dei dirigenti; nonché poteri di revoca, riforma, annullamento, avocazione e riserva preventiva degli atti dirigenziali. Peraltro, le esigue risorse attribuite alla dirigenza apparivano inadeguate per conseguire l'auspicata professionalizzazione del ceto dirigenziale e mancava il collegamento tra la retribuzione del dirigente ed il raggiungimento degli obiettivi di produttivi. Troppo rigida inoltre era la linea di demarcazione tra attribuzioni e qualifiche dirigenziali che, per converso, avrebbero dovuto costituire espressione di una funzione essenzialmente unitaria. Infatti la professionalità del dirigente veniva misurata, non già su funzioni generalmente considerate, bensì su specifici atti, muovendosi entro categorie di provvedimenti determinati e stringenti importi di spesa. Le competenze dei dirigenti finivano, così, per disperdersi nella distribuzione tra tre qualifiche gerarchicamente ordinate (primi dirigenti, dirigenti superiori e dirigenti generali) e del tutto inadatto era il sistema di accesso e di formazione della dirigenza, specie in relazione al numero eccessivamente elevato di dirigenti inseriti nell'apparato amministrativo, privi di una moderna professionalità.

1. Il modello di "nuova" dirigenza professionale confluito nel Testo Unico.

La riforma del 1972, dunque, non sortiva gli effetti sperati, sia perché permaneva l'eccessiva invasività dei poteri ministeriali, sia perché lo stesso ceto dirigenziale per lo più rifiutava i nuovi poteri e le nuove responsabilità, preferendo assumere un atteggiamento di "basso profilo professionale", sostanzialmente esecutivo delle direttive impartite dall'alto.

Tale aspetto controverso permane tutt'oggi ed è vieppiù emerso a partire dalla successiva adesione del nostro legislatore allo "slancio" aziendalistico prospettato, già nel 1970[8], da Massimo Severo Giannini, che – com'è noto – ricercava i possibili rimedi ai principali mali della burocrazia italiana nella progressiva trasposizione nel

della "prima privatizzazione" renderà, tra l'altro, "cogente" la responsabilità del dirigente per i risultati della gestione; cfr. Boscati, A.– Mainardi, S. - Talamo, V.: "La responsabilità dirigenziale", (a cura di Carinci, F. - Mainardi, S.), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni,* Giuffrè, Milano, 2005, p. 249.

8 Giannini, M.S.: *Impiego Pubblico (teoria e storia), Enc. Dir.,* vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970.

lavoro pubblico di tecniche di "management" tratte dal settore privato[9]. Invero, dalla privatizzazione (scandita nelle sue due fasi del 92/93 e del 97/98[10]), passando per le riforme Frattini del 2002 e Brunetta del 2009, fino alla riforma Madia del 2015 è emerso un modello di "nuova" dirigenza che è confluito nel vigente d.lgs. n. 165 del 2001 (TU sul pubblico impiego) ed appare interamente costruito sulla rivisitazione in chiave manageriale della professionalità dirigenziale. La stessa definizione di dirigente è adesso incentrata sul concetto di professionalità. Il "nuovo dirigente" è infatti quel soggetto, dotato di particolare professionalità e competenza, al quale vengono attribuiti poteri decisionali e direttivi in ordine all'organizzazione e all'esercizio delle attività amministrativo-gestorie, di cui si assume la responsabilità. Ne consegue la connotazione di *top* "manager", in quanto la dirigenza pubblica è costituita dal personale di più elevata posizione all'interno delle amministrazioni; dando - in questa fase - per acquisita l'inderogabilità dei principi concernenti l'autonomia della gestione e delle responsabilità ivi connesse.

Pertanto, seppure talvolta con interventi normativi di segno opposto (che, a seconda dei casi, hanno consegnato più o meno spazio di manovra ai sindacati e/o agli organi politici), il "feel rouge" delle predette riforme è consistito – quantomeno negli intenti dichiarati – nel superare l'originaria diffusa disattenzione per la qualità del personale (soprattutto dirigenziale), privo della necessaria professionalità e composto, in parte da "fedeli" dei vertici politici, in parte da "dipendenti avventizi", ai quali si è spesso fatto ricorso anche per sopperire alle carenze di organico[11].

In definitiva, il sintetico "excursus" normativo precedentemente delineato che prende avvio da una fase antecedente alla privatizzazione del lavoro pubblico, denota che, per quanto centrale, la professionalità del dirigente è, fin dagli albori della relativa categoria, un nodo gordiano difficile da sciogliere.

9 In particolare, sull'onda dell'*avvicinamento* tra settore pubblico e privato del lavoro - a seguito dell'introduzione della contrattazione collettiva e del varo della legge quadro sul pubblico impiego 27 marzo 1983, n. 9346, recante norme sui "principi del rapporto di impiego", sui "procedimenti di contrattazione" e sul "riparto tra materie oggetto di accordo e materie oggetto di norme" (cfr., *amplius*, Rusciano, M. – Treu, T. (a cura di): *La legge-quadro sul pubblico impiego: commentario della legge 29 marzo 1983, n. 93*, Cedam, Padova, 1985; Romagnoli, U.: *La legge quadro sul pubblico impiego*, Il Mulino, Bologna, 1986.) - Giannini sottolineava l'inadeguatezza di una amministrazione inefficiente e costosissima per i cittadini, alla quale avrebbe concorso una "nuvola di leggi e leggine" che, avviando un "processo di pubblicizzazione forzosa" del lavoro pubblico, ha di fatto "piegato delle realtà che erano nate come rapporti di diritto privato"; cfr. Giannini, M. S.: "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato", in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1982, 715 ss.

10 Ed è proprio durante tale seconda fase di pareggiamento dell'impiego pubblico con il lavoro privato (avviata dalla c.d. "legge Bassanini" n. 59 del 1997 e definita "seconda privatizzazione" da Massimo D'Antona, cfr. D'Antona, M: "Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini", *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 1, 1998, pp. 35 ss., spec. p. 47) che il dirigente diventa punto nevralgico dell'intera riforma: tutta la dirigenza, anche quella apicale, fino ad allora rimasta in regime pubblicistico, viene privatizzata e il relativo contenzioso è trasferito alla giurisdizione del giudice ordinario.

11 Caruso, B. -Zappalà, L: "La riforma "continua" delle pubbliche amministrazioni:licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?", *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 1, 2007, pp. 1 ss.

Con tecniche legislative diverse - che vanno dalla riforma del reclutamento, delle progressioni di carriera, della formazione, della valutazione e della responsabilità fino al progetto (in poco tempo fallito) delle fasce di merito introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009 - si è voluto perseguire l'ingresso dei "migliori" nel ceto dirigenziale. Tuttavia, il corretto funzionamento del "merit system" (sollecitato anche dalle istanze eurounitarie generate dal confronto con i modelli amministrativi più efficienti del resto dei paesi OCSE[12]), non è stato impedito soltanto dai deludenti approcci del legislatore italiano al problema in questione ma spesso esso è stato inficiato anche da altre contingenze, come i reiterati blocchi del "turn over", la cattiva gestione delle carriere interne[13], nonché la "renitenza", per così dire, della stessa dirigenza alla propria posizione di autonomia.

Che la dirigenza pubblica persista, infatti, in una condizione di subordinazione nei confronti della politica non è soltanto il frutto di una cattiva legislazione. Laddove il dirigente, invero, si limiti a svolgere funzioni di mero supporto alle scelte dell'organo politico, l'incidenza partitocratica e clientelare nei processi decisionali della p.a. è inevitabile. Si continua ad assistere così ad una "rinuncia", "de facto", da parte degli stessi dirigenti allo svolgimento di un effettivo ruolo decisionale nell'ambito della pubblica amministrazione che - come è stato osservato - fonda essenzialmente (come contropartita) sulle sicurezze di "status" e di carriera, nell'ambito di un rapporto di scambio "sicurezza-potere"[14]. E dal "rapporto di scambio" tra classe politica e dirigenza amministrativa, più che "garanzie" sul posto e sulla carriera, se ne inferisce, anzitutto, una perdita del prestigio, della professionalità e dei poteri d'influenza decisionale del dirigente. Stando così le cose, attualmente, improcrastinabile è l'esigenza, non più tanto di riformare nuovamente l'assetto dirigenziale per scardinare il tradizionale modello di relazione tra ministro e dirigente (secondo la prospettiva costantemente adottata dal legislatore dall'entrata in vigore della Costituzione in poi), quanto di riconoscere

12 La parabola italiana è stata del tutto peculiare rispetto a quella degli altri paesi OCSE, in cui si è partiti dalla formula privatistica del "government like business" e - solo in seguito - si sono aggiunti contenuti più propriamente pubblicistici attraverso, ad esempio, il richiamo al concetto del "new public management" (cfr., per un'analisi, anche in una prospettiva comparata, dei progetti di riforma delle amministrazioni ispirati al concetto del "new public management", basato su principi aziendalistici, Pollit, C.- Bouckaerto, G: *Public Management Reform*, University Press, Oxford, 2011; AA.VV.: *The Study of Public Management in Europeand the US*, (a cura di W. Kickert), London, 2008) o al principio di separazione tra politica e amministrazione (cfr., *amplius*, Merloni, F.: *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2006).

13 Cfr. Melis, G.: "La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione", in *Scienza e Politica*, vol. XXVI, n. 50, 2014, p. 98, laddove l'A. parla di un "patto non scritto ma puntualmente osservato" tra la dirigenza e i partiti di governo, per effetto del quale, da un lato, "la materia dei concorsi, le carriere gli organici, gli incarichi, gli assetti disciplinari, in generale i regolamenti interni sono campo riservato alla dirigenza, seppure in un rapporto mai contrastativo nei confronti del potere politico"; dall'altro lato, "la legislazione sull'amministrazione (per altro frammentaria e sostanzialmente confermativa degli assetti esistenti) è normalmente frutto di una tacita contrattazione tra governi, parlamento, alta burocrazia (dagli anni Cinquanta in poi integrata dalla influenza dei sindacati del personale e dalla mediazione di alcuni "parlamentari amici" della burocrazia)".

14 Cfr. Cassese, S.: "Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia", *Politica e Diritto*, n. 2-3, 1981, pp. 220 ss.; D'Orta, C.- Diamanti, E.: "Il Pubblico Impiego", in Cassese, S. –Franchini, C. (a cura di): *L'amministrazione pubblica italiana*, IL Mulino, Bologna, 1994, p. 48.

che l'autonomia del dirigente non può che essere un'autonomia interdipendente, laddove per interdipendenza si intende quella peculiare, reciproca influenza tra politica e amministrazione[15] che, per certi versi, caratterizza – come si vedrà nel prosieguo – la stessa professionalità del dirigente pubblico.

2. Il nodo della professionalità dirigenziale tra politica e amministrazione.

Si è già fatto cenno alla circostanza (peculiare ma non casuale) per la quale pressoché tutte le riforme del lavoro alle dipendenze della p.a. hanno sempre, direttamente o indirettamente, riguardato la dirigenza. La dirigenza è, infatti, vero crocevia di reiterate questioni, tanto tecnico-giuridiche quanto politico-istituzionali, che sorgono oramai da decenni in seno all'apparato burocratico-amministrativo dello Stato italiano, riversandosi anche sul piano operativo (come dimostra il sempre più crescente contenzioso giudiziario) e che riguardano sostanzialmente l'assenza di una classe dirigenziale autenticamente professionale e autonoma. Orbene, il nodo della professionalità dirigenziale va letto nel prisma del travagliato rapporto tra politica e amministrazione. La dirigenza, invero, assurge a vero e proprio modello euristico e paradigma interpretativo della più ampia dialettica istituzionale tra burocrazia amministrativa e governo democratico, che ha sempre campeggiato in ambito politico giuridico sino a diventare una delle questioni più anodine del pensiero scientifico occidentale. Pertanto, il tema della professionalità del dirigente pubblico continua a porsi oggi in termini problematici sostanzialmente a causa dell'ambiguità non risolta tra "management" e "governance" che si catalizza sulla figura dirigenziale. In particolare, la difficile ricomposizione dei due modelli (quello burocratico e quello aziendale) è dovuta intanto al fatto genetico dal rapporto (l'impiego pubblico si caratterizza per la "rilevanza giuridica dei terzi-utenti o amministrati»), in quanto "le prestazioni dedotte nel rapporto costituiscono essenzialmente "public service"; in ciò segnando la differenziazione del rapporto d'impiego pubblico rispetto al lavoro nell'impresa, ove i consumatori sono di norma dei perfetti estranei ("rectius" terzi: art. 1372 c.c.)»[16]. La gestione organizzativa dell'"azienda-amministrazione" cioè, pur svolgendosi secondo le tecniche proprie dell'impresa privata, esce fuori dalla logica sottesa alle regole del mercato e si muove nell'ambito del principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione, di natura tipicamente pubblicistica[17]. In tale quadro, s'inserisce il dirigente che è, ad un tempo, lavoratore e datore di lavoro, nonché titolare di interessi privatistici (al pari di qualsiasi altro dipendente), pur essendo chiamato alla

15 Sul punto, *amplius*, sia consentito un rinvio a Pensabene Lionti, G.: *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2018.

16 Cavallo Perin, R. - Gagliardo, B.: "La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati", *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 2, 2014, p. 326.

17 Pinelli, C.: "Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale", *Giur. Cost.*, n. 4, 1996, pp. 2593 ss.

realizzazione dell'azione dell'"amministrazione di risultati"[18]. Azione quest'ultima teleologicamente orientata al soddisfacimento degli interessi generali perseguiti dall'ufficio pubblico di cui il dirigente assume la titolarità.

Da qui, le difficoltà interpretativo-operative che riguardano molteplici aspetti della relativa disciplina speciale, tra i quali giova ricordarne almeno due, per ciò che in questa sede interessa. Anzitutto, il dirigente non svolge mansioni in senso propriamente privatistico, ma assolve pubbliche funzioni[19] e ciò contribuisce a contraddistinguere la sua professionalità anche in relazione a quelle ambiziose tassonomie da ultimo proposte per l'"azienda-amministrazione" (efficacia, efficienza, economicità, risultati, produttività..)[20]. In secondo luogo, lo *scoglio* che, nell'arco delle riforme precedentemente passate in rassegna, si è costantemente ripresentato è quello della coesistenza della privatizzazione delle fonti e della contrattualizzazione del rapporto di lavoro con il carattere tipicamente pubblicistico dell'azione della p.a.

Siffatta circostanza ha indotto il legislatore degli anni novanta a introdurre la distinzione tra compiti di indirizzo politico e compiti di gestione al fine di garantire l'autonomia dell'agire amministrativo, asservito agli interessi della Nazione (*ex* art. 98 Cost). E per il dirigente, in particolare, si è configurato un unico contratto con una duplice prestazione, con correlativa duplice professionalità: quella a tempo indeterminato di "gestione" e quella a termine di "direzione".

In definitiva, la formula della privatizzazione – anche a causa del difficile innesto del paradigma aziendalistico della "custode orientation" nel tradizionale "tessuto" delle pp.aa. – è stata, sin da subito, associata alla distinzione tra politica e amministrazione. Quest'ultima, peraltro, ha avuto scarsa tenuta e ciò ha portato, in passato, anche ad un "prepotente" ritorno alla logica della "publicizzazione" ed alla "cattura" della dirigenza da parte dei governi del maggioritario (come, ad

18 Cfr. Merloni, F. *Dirigenza pubblica,* cit., p. 11, laddove l'A., non a caso, approda a una definizione "polifunzionale" di dirigente che, ad un tempo, si configura quale: "garante dell'imparzialità (contro le intrusioni della politica), responsabile dei risultati (nella ricerca dell'efficienza e nella gestione delle risorse), datore di lavoro (come controparte dei lavoratori dipendenti e organizzatore degli uffici e del lavoro nelle amministrazioni)".

19 Se, infatti, le mansioni a cui è adibito il dirigente privato vengono stabilite nel contratto di lavoro in base agli interessi dell'imprenditore; invece, nel settore pubblico, l'amministrazione, pur essendo titolare del potere gestorio ed organizzativo proprio del datore di lavoro privato, persegue un interesse diverso, a carattere generale, la cui individuazione, pertanto, è rimessa agli organi politici, in forza del "mandato" rappresentativo che hanno ricevuto. Questi ultimi, tuttavia, si limitano ad indicare - specificandone gli obiettivi nell'atto di conferimento dell'incarico - le linee di indirizzo che dovranno essere attuate dai vertici burocratici dirigenziali, i cui poteri, quindi, non sono individuati, "ab initio", nel contratto di lavoro, secondo interessi datoriali individuali, ma coincidono con quelli perseguiti dall'ufficio amministrativo a cui il dirigente è preposto.

20 Il riferimento è, tra l'altro, al d.lgs. n. 74 del 2017 in materia di valutazione e responsabilità dirigenziali; cfr., al riguardo, Pensabene Lionti, G., *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, cit., pp. 201 ss., spec. pp. 267 ss.

esempio, è avvenuto – con modalità diverse – in occasione riforme Frattini e Brunetta).

In quest'ottica, l'equilibrio istituzionale tra organi politici (titolari dei poteri di indirizzo politico) e organi amministrativi (titolari dei compiti di gestione) è divenuta sempre più difficile da raggiungere, specie per via dell'oscillante alternarsi delle opposte coalizioni di governo. Dunque, la (tendenziale) distinzione funzionale tra "management" e "governance" non equivale certamente alla loro netta separazione, bensì presuppone un "continuum" tra l'una e l'altra logica.

Come si vedrà a breve, invero, tale "continuum", oltre a trasparire dalla legge (anche rango costituzionale) emerge, in maniera lampante, da taluni degli snodi più significativi della disciplina speciale della dirigenza pubblica, nonché dal confronto comparatistico con altri modelli di paesi europei a noi vicini come quello francese.

3. La professionalità del dirigente nel dato normativo.

La legge prevede che il dirigente possa operare "con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (art. 5, co. 2, TU). E ciò in un'ottica aziendalistica per il "perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità» (art. 2, co. 1, TU). Alla dirigenza è, infatti, attribuita la competenza della "gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo»; nonché "l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno». (art. 4, co. 2, TU).

Orbene, l'inequivoco tenore della legge nell'assimilare il dirigente pubblico alla figura datoriale privata, data la connotazione imprenditoriale di quest'ultima, pone la nuova dirigenza pubblica (da questa angolazione) in una posizione che – come si è visto – vieppiù ne enfatizza la professionalità e l'esclusiva titolarità dei poteri organizzativi e gestionali. Correlativamente, laddove è previsto (artt. 16, co. 1, lett a; art. 14, co. 1, TU) che i dirigenti generali debbano altresì formulare proposte ed esprimere pareri al vertice politico, anche in relazione alle direttive generali adottate da quest'ultimo, non si può non disconoscere - come è stato perspicuamente affermato - che "queste disposizioni attribuiscono ai dirigenti generali un ruolo attivo nella definizione dell'indirizzo politico-amministrativo»[21].

Dunque, pur a fronte della formale separazione "normologica" delle due sfere d'azione (art. 4, TU), l'influenza tra politica e amministrazione, che inevitabilmente

21 Clarich, M.: *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 406 ss, laddove l'A. aggiunge che "il rapporto tra politica e amministrazione diviene così, in qualche misura, circolare e non è soltanto, come da tempo ha rilevato la scienza politica, *top-down*. Ciò anche perché il vertice politico soffre di un'asimmetria informativa nei confronti della dirigenza che conosce molto meglio gli ingranaggi della macchina amministrativa".

connota anche la professionalità dirigenziale, emerge dalla stessa lettera della legge[22].

Tale assetto è difficilmente smentibile anche nel quadro costituzionale di riferimento[23]. Invero, le prerogative connesse all'autonomia dell'amministrazione di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione non elidono, né attenuano il principio della legittimazione democratica che sta alla base dell'art. 95 della Carta fondamentale. Si tratta, tuttavia, di precetti costituzionali armonizzabili[24], contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina[25] che, per converso, ne ha evidenziato l'incongruenza, in quanto la Costituzione, pur declamando l'autonomia della amministrazione, non si esime del tutto dal configurarla ancora come apparato servente del governo.

E con specifico riguardo alla professionalità della dirigenza pubblica, il difficile equilibrio fra imparzialità e velocizzazione dell'azione amministrativa sconta quel

22 Al riguardo, si precisa che, in ogni caso, la tensione dialettica tra queste due sfere di azione va mantenuta e sostenuta, quale migliore garanzia in un sistema di "checks and balances", per evitare che una strumentale "concordia-discors" possa sviare dall'esclusivo, effettivo perseguimento degli interessi della collettività. Ciò peraltro non contrasta con le considerazioni di chi ha sostenuto che "è illusorio pensare di rendere totalmente impermeabile la dirigenza pubblica a qualsiasi rapporto con la politica. Il flusso della volontà popolare ha bisogno di circolare dagli eletti ai governanti, per poi scorrere alla dirigenza pubblica, cui è attribuito il potere di selezionare l'interesse pubblico mediante decisioni discrezionali, e quindi intrinsecamente politiche"; cfr. Gardini, G.: "La dirigenza pubblica in cerca di identità", *Dir. Pubbl.* n. 1, 2017, p. 191.

23 Seppure quest'ultimo contenga, non già norme specificamente relative alla figura dirigenziale o al rapporto di pubblico impiego (se non indirettamente; cfr. Boscati, A.: *Il dirigente dello Stato*, Giuffrè, Milano, p. 12), bensì principi generali concernenti le categorie dei funzionari (art. 28, 98 Cost.), degli impiegati (art. 98 Cost.) e dei dipendenti pubblici (art. 28 Cost.).

24 Nigro, M.: "L'azione dei pubblici poteri", (a cura di Amato, G. –Barbera, A.): *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 704, laddove l'A. rileva che "sotto questo profilo la nostra Costituzione sembra aver accolto in pieno il modello di governo di gabinetto (nella variante continentale); ma, contemporaneamente, non è rimasto insensibile all'esigenza di una valorizzazione dell'amministrazione in sé e per sé". In tal senso, e sotto il profilo della separazione dei poteri intesa come divisione garantista e non come contrapposizione, si riportano le perspicue osservazioni di Bagehot: "il segreto che rende efficace la costituzione inglese può essere individuato nella stretta unione, nella fusione presocchè completa del potere esecutivo con quello legislativo. La dottrina tradizionale dominante pretende che la bontà della nostra costituzione consista nella completa separazione dell'autorità legislativa da quella esecutiva; ma, in verità, la sua superiorità sta proprio nella loro eccezionale vicinanza. Il loro connettivo è costituito dal gabinetto. Con questo termine intendiamo una commissione del corpo legislativo, scelta per diventare l'organo esecutivo", cfr. Bagheot, W.: *The English Constitution*, Watt, London, 1867, tr. it., *La costituzione inglese*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 52.

25 Alcuni, invero, negano la portata innovativa della Costituzione sul piano dell'organizzazione amministrativa, escludendo che lo scardinamento del tradizionale rapporto gerarchico tra ministro e dirigente sia avvenuto con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, posto che quest'ultima pur attribuendo, agli artt. 97 e 98 particolari garanzie di autonomia agli uffici amministrativi, mantiene all'art. 95 il principio dell'esclusiva responsabilità del Ministro per gli atti del proprio dicastero; cfr. Cassese, S.: "L'immunità della burocrazia", *Politica del Diritto*, n. 2, 1971, pp. 185 ss., laddove l'A. sostiene, in tal senso, che la Costituzione sarebbe soltanto "passata sugli apparati senza toccarli". In senso contrario, cfr. Sandulli, A.: "Governo e amministrazione", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. XVI, 1966, p. 758, che ha sottolineato la "falsità" del problema, suggerendo di leggere il dogma della responsabilità ministeriale in modo meno rigido e dunque, non come affermazione della responsabilità del Ministro su tutti gli atti dell'amministrazione; ma piuttosto, procedendo ad una distinzione concettuale, nell'ambito della responsabilità ministeriale, tra una "responsabilità generica" (di ordine meramente politico) e una responsabilità specifica" (per i soli atti rientranti nelle attribuzioni del Ministro, come la nomina dei dirigenti, il conferimento dell'incarico, il controllo sull'attività amministrativa). Sull'armonizzazione degli indicati precetti costituzionali, cfr. altresì Merloni, F.: *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006, pp. 138 ss.

pregiudizio sull'"efficacia dei risultati", in base al quale la flessibilità dell'incarico risulterebbe più consona alla funzionalità del titolare del "potere", di chi esercita l'azione di governo. Da qui, il riferimento costante, in dottrina, all'"imparzialità" di cui all'art. 97 Cost., intesa quasi come "limite esterno all'obbligo di attuazione dell'indirizzo politico e amministrativo»[26]; laddove, invece, il successivo art. 98 Cost., non fornirebbe - pur sempre nell'ottica dei "principi" - alcuna soluzione al problema dell'autonomia dirigenziale, risolvendosi in una mera affermazione labiale che, peraltro, "prescinde dalla natura giuridica del rapporto di lavoro»[27].

Eppure, la legittimazione ad una sostanziale imparzialità che si correla, poi, all'effettiva autonomia gestionale del dirigente, acquista una valenza dirimente con l'"adesione attiva" proprio al primo comma dell'art. 98 Cost., che non va necessariamente collegata a tassonomie pubblicistiche[28]. L'inequivoca espressione letterale "servizio esclusivo della Nazione» impone un vincolo al dirigente, fiduciario dell'esecutivo, di operare, comunque, prioritariamente al servizio della Nazione, "intesa come finalità essenziale della sua azione»[29]. Tale ineludibile obbligo, infatti, "democraticizza" anche la fiduciarietà della nomina, ed è strettamente connesso ai vari profili di responsabilità che incombono sul dirigente, consentendo un più diretto e lineare ombrello costituzionale ad una autonomia e ad una professionalità consapevoli e attive, che coniughino l'efficienza con l'interesse generale. Del resto anche la positivizzazione sempre più marcata[30] della "rilevanza giuridica dell'utente o amministrato" discende dall'art. 98 Cost., quale precetto strettamente connesso all'art. 54 Cost., secondo cui l'espletamento delle "funzioni pubbliche vanno adempiute con disciplina ed onore», cui si aggiunge la diretta (quindi, non mediata) responsabilità del pubblico dipendente per violazione delle leggi penali, civili ed amministrative, sancita, appunto, dall'art. 28 della Carta fondamentale.

4. La professionalità alla prova della disciplina dell'incarico dirigenziale.

La disciplina dell'incarico dirigenziale costituisce certamente uno dei profili più delicati in materia di professionalità dirigenziale. Si è fatto cenno, infatti, al

26 In questo senso, cfr. Sandulli, A.: "Governo e amministrazione", cit., p. 758, laddove l'A. opta, significativamente, per il controllo giurisdizionale anche degli atti di "alta amministrazione", categoria scrutinabile, pur essendo espressione dell'indirizzo politico dell'esecutivo.

27 Cfr. Boscati, A.: *Il dirigente dello Stato*, cit., p. 13.

28 Su tale specifico punto, opposto è l'orientamento di De Fiores, C.: "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione"? Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del titolo V", *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2006, p. 177.

29 Abbamonte, G.: "Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione", in AA.VV.: *Democrazia e amministrazione* (a cura di G. Marongiu – G. C. De Martin), Giuffrè, Milano, 1992, p. 35. In tal modo, l'ufficio stesso viene a delineare la professione e la professionalità del dirigente, come sostenuto da Marongiu che parla, appunto, di "ufficio come professione". È, infatti, il legislatore che distingue tra poteri di indirizzo politico e poteri di gestione amministrativa ed è l'ordinamento che individua, per ciascun ufficio dirigenziale, gli interessi pubblici che il dirigente deve perseguire nello svolgimento dell'incarico conferitogli.

30 Cfr. l. 6 novembre 2012, n. 190 e d.P.R. 4 giugno 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici);* cfr., *infra*, par. 7.

principale tratto di specialità di tale disciplina che risiede nel principio di distinzione funzionale tra politica e amministrazione, presupponendo una scissione – inedita nel settore privato – tra la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato con la p.a. e il conferimento di un incarico dirigenziale a termine attribuito con atto unilaterale, a cui accede un contratto individuale che definisce il corrispondente trattamento economico. In tal modo, i compiti che i dirigenti sono chiamati a svolgere non vengono, sin da subito, indicati nel contratto di lavoro stipulato a seguito del superamento del concorso, ma mutano in relazione all'incarico conferito ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, costituendo tale aspetto uno dei maggiori tratti di differenziazione rispetto alla disciplina dirigenziale nel settore privato. Naturalmente, i compiti così attribuiti al dirigente sono comunque svolti in adempimento del contratto di lavoro. Pertanto, la disciplina del "rapporto di ufficio", delineata anche dalle norme che regolano il conferimento dell'incarico (art. 19, d.lgs. n. 165/2001)[31], deve leggersi alla luce del regime del "rapporto di servizio" (art. 28, d.lgs. n. 165/2001), e viceversa. La regolazione dei ruoli e l'articolazione delle fasce dirigenziali rileva, infatti, anche al fine dell'individuazione sia della tipologia di incarichi conferibili che del trattamento economico, nonché talvolta della durata dell'incarico.

Dunque, se, da un lato, l'accesso alle fasce dirigenziali è prodromico ad assicurare la selezione di personale capace di rispondere alle esigenze di imparzialità e di buon andamento della p.a. imposte dall'art. 97, co. 2, della Carta costituzionale; dall'altro, anche le regole che presidiano il conferimento dell'incarico sono direttamente afferenti alla professionalità del dirigente. Ben vero, al fine di garantire l'indipendenza nella posizione e l'esercizio imparziale della funzione, l'attribuzione dell'incarico a termine di direzione di un ufficio pubblico deve avvenire in base a parametri di riferimento oggettivi, che fondino, anzitutto, sulle capacità e sulle esperienze professionali del candidato[32]. Non sempre, però, la declinazione dei criteri per il conferimento degli incarichi di cui all'art. 19 T.U. è risultata sufficientemente pregnante; al contrario, essa si è, spesso, rivelata quasi evanescente, sino a spingersi, talvolta - sotto la spada di Damocle di una radicale incostituzionalità[33] - verso la deriva dell'arbitrio politico, generando non pochi contenziosi giudiziari[34].

31 Al riguardo, sia consentito un rinvio a Pensabene Lionti, G.: "Il conferimento dell'incarico dirigenziale e il trattamento economico", in AA.VV.: *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, (a cura di A. Boscati): Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2021, pp. 989 ss.

32 Al riguardo, si ricorda che, naturalmente, la competenza generale del candidato, giunti a questa fase, è già stata sottoposta al "vaglio" del pubblico concorso, dal superamento del quale sono derivati, infatti, l'immissione nel ruolo e la stipulazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione.

33 Si allude, in particolare, alla copiosa giurisprudenza in materia di "spoil system"; cfr., "infra", par. 5.3.

34 Ciò si è verificato, soprattutto, con riferimento agli incarichi di vertice o di "alta amministrazione", proprio per la loro stretta contiguità con l'organo politico, oppure – come si vedrà meglio a breve (cfr., "infra", par. 5.2)– agli incarichi conferiti a soggetti esterni al ruolo *ex* art. 19, co. 5-bis e 6, d.lgs. n. 165/2001; ma la questione della salvaguardia della professionalità e dell'autonomia dirigenziali si pone, in generale, con riferimento a tutti gli incarichi, ivi compresi quelli conferiti al personale di ruolo in posizione non apicale.

Per lungo tempo, infatti, tale materia è stata tendenzialmente dominata, nel nostro ordinamento, dalla logica della "cooptazione fiduciaria", a scapito dell'auspicato "merit system"[35]. Ecco perché il legislatore è intervenuto numerose volte a modificare l'art. 19 T.U., che a tutt'oggi si trova al centro di ulteriori prospettive di riforma[36].

Nella disciplina attualmente vigente, particolare rilievo è dato alla professionalità del dirigente al fine del conferimento dell'incarico. Segnatamente, si tiene conto - in relazione alla natura e alla caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata - delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, nonché dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, o delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico (art. 19, co. 1). In tal modo, si è voluto ancorare la nomina dei dirigenti a criteri tangibili e predeterminati al fine di rafforzare il collegamento tra i risultati dell'attività svolta e il conferimento del successivo incarico, anche per favorire il corretto funzionamento del sistema di valutazione della "performance", introdotto dalla "riforma Brunetta" del 2009. Rimane esclusa, poi, l'applicabilità dell'art. 2103 c.c., inferendosene, anche in assenza di valutazione negativa, la possibilità che al dirigente sia attribuito un incarico di livello inferiore, con conseguente facoltà di pattuire una retribuzione di posizione minore. E, sempre in assenza di valutazione negativa, l'incarico può (motivatamente) non essere rinnovato alla scadenza.

La professionalità del dirigente, tuttavia, non è messa alla prova soltanto nel momento dell'investitura fiduciaria, ma anche in altri snodi cruciali della disciplina dell'incarico, quali ad esempio quelli concernenti la posizione del dirigente rispetto all'incarico, la possibilità di attribuire l'incarico all'esterno dei ruoli dirigenziali e, naturalmente, lo *spoil system*.

35 Cassese, S. -Pellew, "Il sistema del merito nel reclutamento della burocrazia come problema storico", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1987, p. 756.

36 L'art. 19 T.U. è stato modificato e integrato dalle riforme della privatizzazione degli anni '92/93 e '97/98, dalla "legge Frattini" n. 145/2002, dal "decreto Brunetta" n. 150/2009 e ancora oggi si trova al centro di ulteriori prospettive di modifica. Infatti, le norme di cui all'art. 11, l. n. 124/2015 (c.d. "legge Madia"), se non fossero state "bloccate" dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016 (che ne ha impedito l'entrata in vigore, dichiarandone l'incostituzionalità nella parte in cui delegano il governo a legiferare in tema di riorganizzazione della dirigenza pubblica) avrebbero nuovamente riscritto l'art. 19 del t.u., prevedendo l'abolizione della distinzione in fasce e ruoli e la possibilità per ogni dirigente iscritto nel "ruolo unico" di ricoprire qualsiasi incarico dirigenziale a seguito di una procedura comparativa con avviso pubblico, istituendo *ad hoc* una "Commissione per la dirigenza" che avrebbe indicato, insieme ai requisiti definiti dall'amministrazione, i criteri per il conferimento. La "riforma Madia", inoltre, avrebbe introdotto un procedimento che – oltre prevedere la verifica sull'effettiva sussistenza delle caratteristiche richieste per la copertura dell'incarico, sia oggettive (legate alle esigenze organizzative dell'amministrazione, quali la complessità della struttura, la natura dei programmi da realizzare, ecc.) che soggettive (relative ai connotati del dirigente incaricando, come le attitudini, le capacità professionali, ecc.) – avrebbe altresì imposto, come si è detto, l'espletamento di una vera e propria "procedura comparativa", nonché l'adempimento dell'obbligo motivazionale all'atto di conferimento, cfr., *amplius*, Pensabene Lionti, G. *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, cit., spec. pp. 147 ss.

A) La peculiare posizione del dirigente rispetto all'incarico e *la tutela della sua professionalità.*

Dando, oramai, per assodato il riconoscimento della natura privatistica dell'atto di conferimento[37], in forza del quale si riconduce il potere di attribuzione dell'incarico nell'ambito dei poteri privatistici, rendendo operativo l'apparato di controllo elaborato dalla giurisprudenza del lavoro[38], rimane l'esigenza di raggiungere un giusto equilibrio tra i presidi di garanzia ed autonomia dirigenziali scolpiti a livello costituzionale e le esigenze di flessibilità, perseguite sin dalla riforma della privatizzazione.

Orbene, se l'atto di conferimento è espressione delle scelte organizzative discrezionali dell'amministrazioni, rispetto all'esercizio delle stesse, la situazione giuridica del dirigente è "pretensiva", non potendo vantare quest'ultimo un vero e proprio "diritto all'incarico", o meglio, non potendo pretendere l'assegnazione di un incarico determinato.

Il dirigente, cioè, ha diritto, non già a ricevere un certo incarico, né a conservare quello ricoperto, bensì a vedersi affidato un incarico in applicazione dei criteri dettati dall'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, che – come si è visto – tengono espressamente in considerazione la professionalità.

Al riguardo, si precisa che il dirigente può anche chiedere al giudice l'accertamento del danno alla professionalità, ove rimanga privo di "compiti" da svolgere, da liquidarsi secondo criteri analoghi a quelli previsti per il caso di demansionamento nel settore privato[39]. In particolare - esclusa la configurabilità di poteri ed interessi legittimi e, dunque, l'operatività della tutela offerta dalle figure sintomatiche dell'eccesso di potere - per tutelare la pretesa del dirigente a che l'amministrazione tenga comportamenti positivi (o, comunque, non lo penalizzi, decidendo, deliberatamente e senza ragione plausibile, di non attribuirgli alcun incarico, inferendo così un "vulnus" alla sua professionalità), la giurisprudenza ha elaborato la categoria degli "interessi legittimi di diritto privato" per il caso di inadempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi formali e sostanziali, eventualmente specificati dalle clausole generali di correttezza e buona fede[40].

37 Oltre alla tralaticia giurisprudenza che, a partire dalla sentenza della Cassazione n. 5669 del 2004, afferma la natura privatistica dell'atto di conferimento, si ricorda che è espressamente previsto dall'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005 (intitolata "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa"), che "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

38 Sulla natura giuridica dell'atto di conferimento e i connessi rilievi giurisprudenziali sul riparto di giurisdizione, si rinvia a Pensabene Lionti, G: *Il conferimento dell'incarico dirigenziale* e *il trattamento economico*, cit., 996 ss.

39 Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., sent., 26 novembre 2008, n. 28274, in *Pluris.*

40 Cass. civ., Sez. Un., 1 ottobre 2003, n. 14625, in *Mass. Giur. It.,* 2003. Tale orientamento è stato confermato dalla successiva giurisprudenza di legittimità; cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888,

In altri termini, la scelta dell'amministrazione che conferisce l'incarico è (e rimane) discrezionale, potendo anche risolversi nell'attribuzione di un incarico di livello inferiore ovvero nella decisione di non conferire l'incarico, se il dirigente risulta inidoneo oppure se sono "esauriti" gli incarichi conferibili. Nondimeno, se l'amministrazione lascia ingiustificatamente il dirigente privo di incarico ovvero assume una decisione illegittima (attribuendo, ad esempio, all'esterno un incarico che, all'evidenza, avrebbe potuto ricoprire una professionalità interna), lede l'interesse legittimo di diritto privato del dirigente, che diviene impossibilitato ad eseguire la propria prestazione lavorativa nelle medesime condizioni di qualsiasi altro lavoratore subordinato. Sicché, la professionalità dirigenziale trova in tal modo una forma di tutela. Tuttavia, il giudice che accerta l'illegittimità dell'atto di conferimento, non può sostituirsi alla pubblica amministrazione, incontrando gli stessi limiti che trova ogniqualvolta si confronta con l'esercizio di attività discrezionale da parte del datore di lavoro (pubblico o privato)[41], ma disapplica l'atto e condanna l'amministrazione a porne in essere uno nuovo, applicandosi, a vantaggio del soggetto che ha svolto l'incarico, la disciplina di cui all'art. 2126 c.c. per il periodo in cui esso ha avuto esecuzione[42].

B) L'incarico all'esterno tra accrescimento della professionalità dirigenziale e fidelizzazione del rapporto con l'organo politico.

La legge consente, entro certi limiti percentuali e fornendone esplicita motivazione, il conferimento dell'incarico dirigenziale a soggetti "di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione»[43].

Il collegamento con l'esterno costituisce un'arma a doppio taglio nelle mani della pubblica amministrazione.

Da un lato, infatti, attingere all'esterno per instaurare nuovi canali di comunicazione e favorire l'ingresso di nuove competenze nel settore pubblico del lavoro, potrebbe - in un'ottica tipicamente manageriale, affine all'azienda privata - consentire di accrescere la professionalità del personale dirigenziale.

Dall'altro, tale collegamento rischia, però, di fidelizzare eccessivamente il rapporto tra il dirigente incaricato ed il titolare del relativo potere di nomina,

in *Pluris*; Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2007, n. 4275, *ivi*.

41 Cfr., per esempio, Cass. civ., sez. lav., 27 gennaio 2017, n. 2141, in *Pluris;* Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 2016, n. 23100, *ivi*.

42 Al riguardo, si precisa che rimane ferma la possibilità del dirigente rimasto privo di incarico di adire il giudice per chiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, ove riesca a dimostrare che sarebbe stato destinatario dell'incarico se l'amministrazione avesse esercitato legittimamente il suo (discrezionale) potere di scelta.

43 Cfr. art. 19, co. 6, d.lgs. n. 165 del 2001.

il quale potrebbe facilmente piegarsi ad una logica clientelare nella scelta del soggetto esterno, a scapito delle reali esigenze tecnico-professionali dell'ufficio. Ed, in tal senso, l'"incaricato esterno" avverte ancor di più il condizionamento dell'organo politico, in quanto è consapevole che da questi dipende - praticamente "in toto" - la riconferma dell'incarico[44].

Secondo un altro ordine di considerazioni, peraltro, un uso improprio dell'istituto in argomento rischia di aggirare la regola costituzionale del concorso pubblico (art. 97, ultimo comma, Cost.), soprattutto in quelle ipotesi in cui viene conferito un incarico a dipendenti esterni ai ruoli dirigenziali, ma appartenenti alla medesima amministrazione, con la finalità di favorire percorsi professionali privilegiati, pur in assenza della qualifica di dirigente[45].

Queste ragioni, tra le altre, hanno indotto il legislatore ad intervenire più volte anche in quest'ambito delegando il Governo sia a fugare i possibili dubbi sull'ambigua previsione che ricomprende, tra i possibili destinatari dello stesso, anche i dipendenti medesimi dell'amministrazione conferente, sia a ridurre le percentuali di dotazione organica entro cui potere conferire l'incarico all'esterno dei ruoli dirigenziali[46].

Nondimeno, con riferimento al primo profilo, non sono ancora stati arginati i canali privilegiati di accesso per gli "insiders", in spregio peraltro alla stessa "ratio" dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001, che è volta, non già a "promuovere", in via facilitata e temporanea, i dirigenti interni, bensì ad attribuire incarichi specifici

44 Cfr., sul punto, D'Alessio, G.: "La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo", *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 3-4, 2006, p. 571.

45 D'Alessio, G.: "Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche", *Lav. Pubbl. Amm.,* n. 3-4, 2005, p. 452 ss.

46 La legge delega n. 15 del 2009, in particolare, incaricava il Governo a tale riduzione. Tuttavia il decreto Brunetta n. 150 del 2009 ha dato attuazione alla delega soltanto parzialmente. Infatti, per un verso, sono stati irrigiditi i presupposti professionali richiesti per il ricorso all'istituto in argomento. Per altro verso, però non ha trovato attuazione quella parte della delega che riguardava la riduzione dei limiti percentuali di dotazione organica entro cui legittimamente conferire incarichi all'esterno. Apprezzabile positivamente è, comunque, la previsione che introduce l'obbligo legale di motivazione degli atti di conferimento dell'incarico all'esterno, poiché rappresenta, in qualche modo, una garanzia per i dirigenti interni al ruolo che aspirano al medesimo incarico conferibile a soggetti esterni, seppure non sia stata espressamente esclusa la possibilità di attribuire l'incarico esterno a dipendenti (non dirigenti) dell'amministrazione conferente. Si precisa che il regime attualmente vigente, a seguito delle modifiche introdotte nel 2009, rendendo più gravoso il conferimento dell'incarico a soggetti esterni al ruolo dirigenziale ed irrigidendo i requisiti professionali, attraverso la previsione secondo la quale deve trattarsi di competenze "non rinvenibili nei ruoli dell'amministrazione", assegna una valenza residuale all'incarico esterno. Sotto questo profilo, invece, la "riforma Madia" (non più entrata in vigore) sembrava fare un passo indietro. Invero, le nuove norme invece che restringere il campo dei possibili candidati, lo avrebbero ampliato a dismisura, attraverso l'espunzione dell'inciso "persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione". Ne derivava che, di fatto, qualsiasi soggetto esterno avrebbe potuto candidarsi per l'attribuzione dell'incarico, a prescindere dall'assenza o meno della specifica professionalità richiesta nei ruoli dell'amministrazione. Sul punto infatti si era pronunciato il Consiglio di Stato che, oltre a rilevare la discrasia con la delega, sottolineava l'irragionevolezza di tale modifica, che avrebbe dato luogo ad una aprioristica riserva di posti a soggetti esterni, senza verificare, previamente, la presenza di adeguate professionalità interne; cfr., al riguardo, Pensabene Lionti, G.: *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, cit., pp. 85 ss., spec. pp. 88 e 140.

a personale non appartenente ai ruoli dirigenziali, in quanto soggetti dotati della particolare e comprovata qualificazione professionale richiesta per l'espletamento dell'incarico, e non rinvenibile all'interno dei ruoli dell'amministrazione[47].

Con riguardo al secondo profilo, non solo la riduzione delle percentuali non è stata ridotta (essendo stato mantenuto il limite del 10% della dotazione organica con riferimento agli incarichi di prima fascia, e dell'8% con riguardo agli incarichi di seconda fascia), ma inoltre tali percentuali sono state persino raddoppiate[48] ai fini della copertura delle posizioni dirigenziali strettamente funzionali all'attuazione del PNNR[49].

C) Lo spoil system tra "dirigenza professionale" e "dirigenza fiduciaria".

La professionalità del dirigente è messa a dura prova anche dalle regole sullo *spoil system*; un istituto, di origine anglosassone, che comporta l'automatica cessazione e*x lege* degli incarichi al mutamento della compagine governativa.

Invero, nonostante il conferimento dell'incarico debba avvenire sulla base di valutazioni di carattere oggettivo (tant'è che i relativi criteri di attribuzione dei compiti dirigenziali tengono conto dei risultati conseguiti e delle pregresse vicende professionali del dirigente) e malgrado la positivizzazione della distinzione funzionale tra organi di indirizzo politico e organi di gestione amministrativa, nel regime dello "spoil system", il rapporto tra politica e vertici dirigenziali è prevalentemente un rapporto di fiducia. Fiducia quest'ultima, che naturalmente non equivale a professionalità nel senso proprio del termine ma che, alla luce della disciplina speciale della dirigenza pubblica, può essere anche intesa quale "specifica idoneità tecnico-professionale del dirigente prescelto ad attuare l'indirizzo politico e con esso gli obiettivi indicati dall'organo di governo»[50] nell'atto di conferimento dell'incarico. Ancora una volta emerge quindi la natura di Giano bifronte del dirigente pubblico che è, al contempo, braccio secolare dell'esecutivo e garante dell'imparzialità e buon andamento della P.A. (artt. 97 -98 Cost.).

Orbene, la pratica d'oltreoceano dello "spoil system", di populistica e jacksoniana memoria, costituisce certamente la massima espressione dell'eterno pendolo tra fiduciarietà e imparzialità dell'incarico dirigenziale. Infatti, l'istituto in argomento presuppone un "continuum" tra pubblica amministrazione e organi

47 Tale "riordino", invero, non pare ancora avvenuto. Non avviene con la "riforma Madia". Non avveniva, ancor prima, con la "riforma Brunetta". Ancora una volta, in entrambi i casi, la delega si è rilevata troppo ampia, e l'esercizio della stessa, deludente.

48 Cfr. art. 1, comma 15, d.l. n. 80 del 2021. Si precisa che la durata di tali incarichi è comunque stabilita fino al 2026.

49 Sul punto, cfr. Mattarella, G. B.: "I dirigenti esterni e lo sguardo corto", *Giorn. Dir. Amm.*, 4, 2021, 425 ss

50 Boscati, A.: *Il dirigente dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 255.

politici elettivi, al fine di assicurare una costante corrispondenza e conseguente distensivo rapporto fiduciario tra classe di governo e dirigenza statale.

La Corte Costituzionale ha svolto un ruolo decisivo nell'interpretazione delle disposizioni sullo "spoil system", pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di molteplici leggi statali e regionali, regolanti tale istituto. Al riguardo, si dà oramai per conosciuto il "climax" ascendente di sentenze in materia: da un iniziale avallo del sistema delle spoglie (sent. n. 233/2006) basato sul presupposto che i connotati "personalistici" della nomina dirigenziale non avrebbero pregiudicato il buon andamento dell'amministrazione, si è passati ad una giurisprudenza costituzionale che, a partire dalle sentenze nn. 103 e 104 del 2007, si è via via consolidata circoscrivendo la legittimità dello "spoil system" soltanto "in apicibus". E, alla luce di tale indirizzo, va letto anche l'art. 19, co. 8, d.lgs. n. 165 del 2001 secondo cui gli incarichi dirigenziali (apicali) cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

Dal ricordato orientamento, oramai granitico in giurisprudenza[51], è derivata la significativa distinzione tra "dirigenza fiduciaria" (caratterizzata dalla stretta contiguità tra il dirigente apicale e l'organo politico) e "dirigenza professionale" (che concerne il restante ceto dirigenziale, escluso dallo "spoil system"). Tale distinzione offre una possibile soluzione compositiva al principale aspetto controverso dello "spoil system", la cui operatività, essendo legata ad un automatismo, prescinderebbe da qualsivoglia valutazione circa la professionalità dirigenziale, lasciando il dirigente pubblico in balìa dell'arbitrio politico. Al riguardo, sempre attuali appaiono le precisazioni della Corte, secondo cui "dipendenza funzionale non può diventare dipendenza politica»[52], né si può ammettere che "l'amministrazione si trasformi in un'amministrazione di partiti»[53]. In tal modo, la distinzione tra politica e amministrazione assurge, indirettamente, a vero e proprio principio di rango costituzionale e caratterizza la professionalizzazione del ceto dirigenziale elaborata dalla dottrina europea che, storicamente, si è posta

51 L'orientamento giurisprudenziale inaugurato nel 2007 ha costituito un punto di svolta nell'interpretazione dello *spoil system* "all'italiana". Com'è noto, infatti, tale indirizzo è stato ripreso dalla Corte in molte altre pronunce successive; cfr., *ex multis*, Corte cost.,sent. 7 maggio 2008, n. 161, in *Giur. It*., 2008, 11, p. 2413; Corte cost., sent., 28 novembre 2008, n. 390, in *Foro amm*. C.d.S., 2008, p. 2934; Corte Cost., sent., 24 ottobre, 2008, n. 351, in *Foro It.,* 2009, 3, 1, 606; Corte cost., sent. 27 gennaio 2010, n. 34, in *Giorn. Dir. Amm*., 2010, 5, 524; Corte cost.,sent., 24 giugno 2010, n. 224*, Giorn. Dir. Amm*., 2010, 12, p. 1282; Corte cost.,sent., 20 ottobre 2010, n. 304, in *Foro It*., 2011, 3, 1, p. 704, con nota di D'Auria, "Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie conto lo *spoils system*", pp. 2279 ss.; Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 228, in *Foro It*.,2011, 11, 1, p. 2890; Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 27, in *Foro It*., 2014, 10, 1, p. 2717; Corte cost., sent., 11 febbraio 2016, n. 20, in *Foro It*., 2016, 11, 1, p. 3416; nonché cfr. Corte Cost., 22, febbraio, 2019, n. 23, in *Giorn. Dir. Amm*., 3, 2019, 269 ss., spec. con nota Battini, S.: "L'invasione degli apicali: la Corte Costituzionale riabilita lo spoil system". Al riguardo si rinvia alle considerazioni già svolte in Pensabene Lionti, G: *Il conferimento dell'incarico dirigenziale e il trattamento economico*, cit., p. 1002, spec. p. 1004.

52 Cfr. Corte Cost.,sent. 19 marzo 2007, n. 104, considerato in diritto, punto 2.10, in *Giorn. Dir. Amm.,* 2007, 6, p. 649.

53 Ibidem, considerato in diritto, punto 2.8.

sul versante opposto rispetto a quella americana, pur mutuandone l'istituto dello "spoil system"[54]. Eppure, per massimizzare le probabilità che il personale politico controlli l'apparato burocratico secondo il modulo del "party government"[55], non si è rinunciato allo "spoil system" (né sarebbe possibile rinunciarvi[56]), e neppure ad altre forme di fidelizzazione dei dirigenti all'organo deliberativo a base elettorale, come la temporaneità dell'incarico dirigenziale e il necessario gradimento politico per il suo rinnovo.

Stando così le cose, tuttavia, perché il "party government" possa conservare la sua legittimazione, non basta la previsione di un controllo effettivo dei partiti sulla p.a., ma è necessario garantire l'esecuzione delle concrete direttive politiche, ricorrendo alle conoscenze professionali e all'esperienza tecnica di un ceto dirigenziale istituzionalizzato, la cui "performance" possa essere oggetto di valutazione nonché, eventualmente, di specifica responsabilità.

III. PROFESSIONALITÀ, VALUTAZIONE E RESPONSABILITÀ.

Le norme in materia di valutazione e responsabilità consentono di ancorare la professionalità dirigenziale a criteri oggettivi e misurabili[57]. In particolare, dalla riforma Brunetta in poi, i controlli interni sono stati inquadrati in un "ciclo di

54 Segnatamente, il principio (normativo) di distinzione tra politica e amministrazione – unitamente a quelli dell'imparzialità amministrativa, della neutralità politica dell'apparato burocratico e della natura meramente esecutoria (e non decisionale) dell'azione della pubblica amministrazione – hanno costituito la base del processo di "professionalizzazione" del ceto dirigenziale, che giunse ad espandersi sino agli stessi Stati Uniti, allorché si prese atto degli effetti collaterali dello "spoils system", rivelatosi quasi una "squallida vicenda" volta a minare direttamente le basi della legittimazione del regime democratico, nonché dell'alimentazione del fenomeno di corruttela. Al riguardo, si rinvia a Pensabene Lionti, G: *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, cit., pp. 157 ss., nonché alla dottrina e alla giurisprudenza ivi indicate; cfr., in particolare, per un approfondimento sull'origine dello "spoil system" negli Stati Uniti e sulla sua evoluzione (anche ideologica) Goodnow, F. J.: *Politics and Administration*, Macmillan, New York, 1900; Kingsley, J. D.: *Representative Burocracy*, Yellow Springs, Ohio, 1944. Cfr. altresì, Wilson, W.: "The Study of Administration", in *Political Science Quarterly*, 1887, cit. in Freddi, G: *Burocrazia, democrazia e governabilità*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 64; laddove l'A. riporta la denuncia del Presidente Wilson delle conseguenze disastrose (in termini di spreco e corruzione) che aveva prodotto lo "spoil system" americano proponendo di abbandonare un tale modello dirigenziale, totalmente assoggettato, di fatto, al controllo assorbente del personale elettivo e politicamente designato; aspirando, piuttosto, alla creazione di un apparato amministrativo efficace, ispirato alla burocrazia legale-razionale tedesca, che basava la sua strategia di governo nel carattere politicamente neutrale e di elevata competenza tecnica della dirigenza pubblica.

55 Si allude al modulo di governo fondato sui partiti politici, concepiti come il principale *locus* decisionale, in cui si sviluppano quelle idee e quei principi che costituiscono i prerequisiti cruciali del buon rendimento e della corretta prestazione del sistema politico. I partiti, infatti, svolgono sia funzioni di *input*, di canalizzazione e mobilizzazione del consenso, che determinano il reclutamento e l'avvicendamento del personale politico; sia funzioni di *output,* cioè di formulazione ed esecuzione degli indirizzi politici e di controllo dell'attività della pubblica amministrazione, alla quale è demandato il compito di attuarli in concreto. Al riguardo e, in particolare, sulla rappresentatività dei partiti politici e la loro funzione nelle moderne democrazie, cfr., *amplius*, Massari, O.: *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 25 ss.

56 In tal senso, cfr. l'intervento di Boscati, A. in CLIP – *Conversazioni di Lavoro e Impiego* su *La professionalità del dirigente pubblico*, tenutosi a Padova il 19 aprile 2023, laddove l'A. parla di "fiducia come garanzia di professionalità", e rinviene nello *spoil system* a livello apicale uno strumento utile per il funzionamento *fluido* della macchina amministrativa.

57 In particolare, dalla riforma Brunetta in poi le direttrici su cui si muovono le relative normative sono essenzialmente le seguenti: a) configurare la valutazione quale strumento (trasparente) di gestione del personale; b) accentuare l'indipendenza dei "controllori"; c) rendere valutabile la professionalità dei

gestione della *performance* che segna il passaggio fondamentale dalla logica dei mezzi a quella del risultato; nel senso che "la produttività è collegata ad un insieme (efficienza, efficacia, economicità e competenze)»[58] e, pertanto, importa nella valutazione dell'operato della p.a. criteri e concetti tipici della valutazione gestionale del settore privato: obiettivi, misurazione, "standard", interventi correttivi volti a riconoscere, selettivamente, incentivi ai più meritevoli e responsabilità in caso di demerito. In tal modo, con riferimento specifico alla professionalità dirigenziale, viene collegata la valutazione della "performance" con la gestione del personale. Infatti, mentre, in passato, la valutazione individuale riguardava soltanto il dirigente - rimettendo alla contrattazione collettiva quella del restante personale a fini dell'incentivo della produttività - con la riforma del 2009 si estende la valutazione a tutto il personale ed alla "performance", sia individuale, che organizzativa. Se ne inferiscono i tratti di specialità che connotano, ancora una volta, la disciplina del dirigente, il quale ricopre una posizione ambivalente: soggetto passivo della misurazione e valutazione della propria "performance" e, al contempo, titolare del potere di valutare l'operato del personale addetto all'ufficio alla cui direzione è preposto. Il dirigente pubblico, cioè, è ad un tempo "controllato" e "controllore"[59] venendo assoggettato ad un regime specifico di responsabilità per la gestione del personale e degli uffici cui è preposto in caso di "maladministration" e, correlativamente, ad un sistema di valorizzazione del merito e di incentivazione della produttività, da realizzare anche tramite il collegamento del trattamento economico accessorio ai risultati concretamente raggiunti, al fine di incoraggiarne l'impegno sul lavoro.

Inoltre, con il d.lgs. n. 74 del 25 maggio 2017 (attuativo della legge Madia n. 124 del 2015) sono state introdotte talune novità in materia di valutazione che, pur mantenendo l'assetto definito dalla riforma Brunetta del 2009, mirano ancora al potenziamento della professionalità del dirigente. Tra queste, anzitutto, si ricorda l'attribuzione agli indicatori di "performance" relativi all'ambito organizzativo di un "peso prevalente" nella valutazione complessiva della "perfomance" individuale dei dirigenti e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità. In tal modo, si è voluto – tra l'altro – scongiurare l'ipotesi per la quale il titolare di un ufficio, il cui cattivo funzionamento è stato rilevato in sede di valutazione, possa essere valutato positivamente con riferimento alla sua "performance individuale; adesso misurata, non solo alla luce

dipendenti e (soprattutto) dei dirigenti; d) delineare una nuova conformazione del sistema dei controlli interni.

58 Così, il Doc. ministeriale esplicativo della riforma, *Il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 15, ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, istruzioni per l'uso*, in *www.riformabrunetta.it*

59 In definitiva, la figura del dirigente, sotto tale profilo, acquista la "bivalente connotazione" di dipendente e datore di lavoro, "soggetto valutato" e "soggetto valutatore"; cfr., in tal senso, Nicosia, G.: "I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?", in *Lav. Pubbl. Amm.,* n. 2, 2010, 342 ss.

del "raggiungimento di specifici obiettivi individuali"[60], ma anche in relazione "ai comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate"[61]. Non a caso, peraltro, la "riforma Madia" introduce il concetto di "comportamenti organizzativi" (tipico del "performance management", che supera gli angusti confini della mera "competenza professionale" (già richiamata dalla previgente disciplina)[62]. Su questa scia si posto poi anche il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 9, d.lgs. n. 150 del 2009, che collega la "performance" individuale dei vertici amministrativi[63] agli "obiettivi individuati nella direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione e nel Piano della "performance", nonché di quelli specifici definiti nel contratto individuale"[64]. In tal modo, la norma mira, verosimilmente, ad ancorare l'incarico apicale agli obiettivi di più alto livello dell'amministrazione, affinché la natura fiduciaria dello stesso non "mitighi", neppure "in apicibus", l'esigenza di professionalità e di coordinamento con i programmi organizzativi generali[65]. Inoltre, per coordinare la normativa sulla valutazione con quella sul licenziamento, è stata introdotta la previsione per cui "la valutazione negativa rileva ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale e ai fini dell'irrogazione del licenziamento disciplinare ai sensi dell'art. 55-quater, comma 1, lettera f *quinquies*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", e cioè, nel caso di licenziamento per scarso rendimento, dovuto a valutazione negativa reiterata per almeno un triennio.

Infine, è stato previsto che il rispetto delle disposizioni inerenti al ciclo della performance costituisce "condicio sine qua non" solo per l'erogazione di premi legati al merito, ma anche per il conferimento degli incarichi dirigenziali, rafforzando ulteriormente il legame tra valutazione della "performance", risultati e attribuzione dell'incarico.

60 Cfr. art. 9, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150 del 2009, come modif. dal d.lgs. n. 74 del 2017.

61 Cfr. art. 9, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 150 del 2009, come modif. dal d.lgs. n. 74 del 2017.

62 Mentre, quest'ultima, infatti, si riferisce alla caratteristiche ed esperienze che connotano, in modo peculiare, il singolo individuo, in relazione al ruolo specifico che ricopre; il "comportamento organizzativo", per converso, concerne l'insieme di azioni valutabili che - seppur poste individualmente - costituiscono il risultato della stretta correlazione tra caratteristiche personali del soggetto valutato e contesto organizzativo in cui questi è inserito e opera; cfr. Ruffini, R.: "Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al d.lgs. n. 150/2009", in AA.VV.: *La riforma del pubblico impiego e della valutazione* (a cura di A. Bianco – A. Boscati– R. Ruffini), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2017, 163.

63 "Dirigenti titolari degli incarichi di cui all'articolo 19, commi 3 e 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165".

64 In tal modo, viene esplicitato ciò che il "decreto Brunetta" implicitamente presupponeva (ma che, nei fatti, non ha trovato, spesso, attuazione): il coordinamento degli obiettivi indicati nei contratti individuali dei direttori generali con quelli definiti nel Piano della *performance*; cfr. D'Alterio, E.: "Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni", *Giorn. Dir. Amm.,* 5, 2017, p. 575.

65 Se, dunque, tradizionalmente, la valutazione della "performance" individuale consiste nell'apprezzamento della prestazione del singolo lavoratore in relazione al ruolo ricoperto, la "riforma Madia" si spinge oltre e, soprattutto ai fini della valutazione dei dipendenti dotati di responsabilità e autonomia (dirigenti, "in primis"), ricomprende nell'ambito della misurazione, ancor prima degli obiettivi individuali, quelli riferiti a livelli predefiniti e indicatori standardizzati di "performance" organizzative; nell'ottica, ben vero, non solo di restituire un certo "feed back" al soggetto valutato (in termini di incremento della retribuzione variabile e premi), ma anche (e soprattutto) di migliorare la professionalità del personale e la qualità tecnica dei servizi erogati, facendo fronte ai bisogni della collettività.

Orbene, l'incidenza sulla professionalità dirigenziale delle modifiche al sistema di misurazione della "performance" operate dalla riforma Madia, induce a soffermarsi, altresì, sulla risposta sanzionatoria predisposta dall'ordinamento in caso di esito negativo della valutazione dei risultati dell'attività dirigenziale. Infatti, in tale fase (eventuale) di addebito della responsabilità dirigenziale viene accertata, di fatto, l'inidoneità del dirigente allo svolgimento delle funzioni attribuitegli con l'incarico. La responsabilità dirigenziale, infatti, non è legata "alla generica osservanza dei doveri d'ufficio o al meticoloso rispetto di regole formali, ma piuttosto al fatto che i risultati complessivi dell'azione dell'ufficio siano più o meno corrispondenti, quantitativamente e qualitativamente, alle ragionevoli attese»[66]. D'altronde, "dove c'è autonomia, dove c'è potere, lì deve esserci responsabilità per l'esercizio di quel potere»[67], vieppiù ove si consideri che la legge rimette alla dirigenza l'esercizio degli atti gestionali. Ciò è corroborato dalle previsioni contenute nella legge n. 124 del 2015, il cui art. 11, lett. m) rimette alla decretazione delegata la ridefinizione del rapporto tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativo-contabile, con particolare riferimento alla esclusiva imputabilità ai dirigenti della responsabilità "dell'attività gestionale"; stabilendo, inoltre, l'espressa limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'art. 21, T.U. In tal modo, la "riforma Madia" sembra voler (correttamente) recuperare il significato originario della responsabilità dirigenziale quale responsabilità gestionale, opportunamente distinta da altre forme di responsabilità come quella amministrativo-contabile e disciplinare, e addebitabile al *manager* pubblico soltanto per i risultati della gestione. Tale previsione acquisisce un significato ulteriore alla luce delle norme in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione che - come si vedrà a breve - fanno discendere la responsabilità del dirigente anche dalla violazione di obblighi di legge.

IV. LA PROFESSIONALITÀ DEL DIRIGENTE IN FUNZIONE ANTICORRUTTIVA.

Il percorso di professionalizzazione dirigenziale è stato intrapreso, fin dalle riforme degli anni '90, anche in funzione anticorruttiva. La sequela degli scandali che vedeva protagoniste le amministrazioni pubbliche italiane negli anni '60 del secolo scorso metteva in crisi, infatti, l'idea che il tradizionale sistema amministrativo, gerarchico e centralizzato, potesse fungere da baluardo della compattezza dell'azione di governo. Ben presto, si è compreso che la facciata di un regime improntato alla coerenza e all'unità dell'indirizzo politico, che negava però, di fatto, una specifica professionalità al dirigente nonché qualsivoglia sua competenza

66 Si tratta, come è noto, di una forma di responsabilità oggettiva che "prescinde da un preciso inadempimento quale fatto costitutivo della reazione sanzionatoria" e che è quindi direttamente collegata alla professionalità del dirigente; cfr. Rusciano, M: *"Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico", Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n.2, 1998, p. 390.

67 Patroni Griffi, A.: "Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e lotta alla corruzione: alcune riflessioni", *Forum. Quad. cost.*, n. 3, 2016, p. 6.

esterna, celava, in realtà, un sistema deficitario e corrotto. Si è, quindi, profilato, progressivamente, un nuovo ruolo per la p.a. "erogatrice di servizi", più attenta agli interessi dell'utenza e alla determinazione delle politiche pubbliche, anche al fine di scongiurare casi di malversazione amministrativa. In tale nuova organizzazione della p.a., rivisitata in chiave manageriale, la normativa anticorruzione, pone (direttamente e indirettamente) accanto ai principi di efficienza, economicità ed efficacia, anche la legalità, la moralità e l'etica pubblica quali criteri guida cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, e in particolare, quella dirigenziale. Del resto, la corruzione ha un'azione "desertificatrice" perché inaridisce il significato ultimo di una "buona amministrazione" e di una "sana imprenditorialità" degli uffici pubblici. Eppure, almeno fino all'entrata in vigore della "legge Severino" n. 190 del 2012[68], è mancata una reale politica legislativa di repressione e prevenzione della corruzione, con un conseguente, inevitabile, "pericoloso scollamento tra persone ed istituzioni, tra cittadini e società politica»[69]. Nondimeno, di passi in avanti, negli ultimi anni, sembra essersene fatti, non solo sotto il profilo della verifica da parte dell'ANAC dell'effettiva osservanza dei criteri di trasparenza e prevenzione, ma anche con riferimento a quegli istituti che - certamente meglio che in passato - hanno rafforzato la correlazione intrinseca tra l'etica dell'anticorruzione e l'etica della funzione pubblica[70] (specialmente se esercitata a livello dirigenziale)[71]. In tal senso basti pensare – senza potervi naturalmente dedicare uno specifico approfondimento in questa sede[72] – alle norme sulla selezione del personale (dirigenziale e non)[73], volte ad assicurare il diritto di accesso al posto pubblico secondo il famigerato "merit system"; ai doveri[74] relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione di cui al codice di comportamento dei dipendenti, la cui violazione può essere fonte di responsabilità disciplinare[75]; alla disciplina

68 Com'è noto, l'art.1, comma 1, di tale legge dà espressa attuazione alla Convenzione ONU di Merida del 2003, che contempla principi generali e misure specifiche espressamente dirette a contrastare fenomeni di corruttela nel pubblico impiego, quali, in particolare: la creazione di organi indipendenti deputati all'applicazione e supervisione delle politiche di prevenzione della corruzione; il rafforzamento dei principi di trasparenza e di valorizzazione del merito nel sistema di assunzione e gestione del personale; l'istituzione di un codice di comportamento per l'onorevole esercizio delle pubbliche funzioni e la correlativa adozione di un sistema sicuro per la segnalazione delle condotte corruttive; l'adozione di strumenti di sensibilizzazione della società civile nella lotta e prevenzione della corruzione.

69 Patroni Griffi, A.: *Il fondamento costituzionale*, cit., p. 9.

70 Essendo la corruzione nel pubblico impiego, anzitutto, foriera di una illegalità diffusa che viola, *in primis*, il dovere costituzionale di fedeltà alla Repubblica; cfr., *amplius,* Ventura, L.: *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984.

71 In tal modo, la materia dell'anticorruzione assume una connotazione trasversale, che suscita l'attenzione della dottrina, non più sotto l'esclusiva prospettiva del diritto penale e amministrativo, ma anche e soprattutto del diritto del lavoro.

72 Al riguardo, si rinvia a Pensabene Lionti, G: *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, cit., pp. 273 ss.

73 Cfr., in particolare, artt. 35 e 35 bis, T.U., come modificato dall'art. 1, comma 46, L. n. 190 del 2012.

74 Cfr. art. 54, T.U.; d.P.R. n. 62 del 2013.

75 Cfr. d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, di riordino del testo unico del pubblico impiego, che ha esteso, significativamente, il regime della responsabilità disciplinare, tenuto conto anche del principio generale di cui agli artt. 1, comma 14 della "legge Severino" e 54, comma 3, d.lgs n. 165 del 2001, secondo cui costituisce illecito disciplinare la violazione da parte dei dipendenti pubblici delle misure di prevenzione previste dal Piano Nazionale Anticorruzione e dei doveri contenuti nel Codice di comportamento. Infatti,

del "whistleblowing"[76] da leggere oggi alla luce del d.lgs. n. 24 del 2023 e della direttiva UE 2019/1937; all'introduzione della figura del dirigente responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza di cui al d.lgs. n. 97 del 2016[77]; alle regole sull'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi dirigenziali[78], rinvenendo, in particolare, il legislatore uno dei principali rischi degenerativi dell'interferenza politica nell'impiego del dipendente e/o del dirigente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro e predisponendo "ad hoc" la disciplina c.d. "revolving doors" o "pantouflage"[79].

Finalizzate alla prevenzione della corruzione sono altresì le norme concernenti la rotazione di dirigenti e funzionari, sia in funzione preventiva ("rotazione ordinaria") che di contrasto successivo al verificarsi di un evento corruttivo ("rotazione straordinaria")[80]. Peraltro, tali norme svolgono un'importante funzione ai fini del potenziamento della professionalità del personale poiché consentono di accrescere la formazione dei dipendenti, che acquisiscono, in tal modo, competenze professionali trasversali[81].

tra i casi di licenziamento disciplinare previsti dalla legge, rientra proprio la violazione del Codice di comportamento. Tale previsione rappresenta un punto di svolta rispetto alla previgente disciplina, che ricollegava la responsabilità disciplinare alla violazione dei codici soltanto nei casi in cui le norme contenute negli stessi fossero state recepite dalla fonte negoziale, e secondo le forme ivi stabilite. Viene, inoltre, introdotta una specifica responsabilità disciplinare in capo al dirigente che vigila sulla corretta applicazione dei codici, anche nelle vesti di responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza. Quest'ultimo è responsabile, sul piano disciplinare, per omesso controllo nei casi di "commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato" (art. art. 1, comma 12, L. n. 190 del 2012) o di "ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano" (art. art. 1, comma 14, L. n. 190 del 2012).

76 Cfr. L. n. 179 del 2017 che ha inciso anche sull'art. 54 bis, TU.

77 Cfr., altresì, d.lgs. n. 39 del 2013 e, in particolare, l'art. 15, comma 3, di tale decreto che offre una specifica tutela al dirigente responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza prevedendo che "il provvedimento di revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono state affidate le funzioni di responsabile, comunque motivato, è comunicato all'Autorità nazionale anticorruzione che, entro trenta giorni, può formulare una richiesta di riesame qualora rilevi che la revoca sia correlata alle attività svolte dal responsabile in materia della corruzione. Decorso tale termine, la revoca diventa efficace".

78 Cfr. d.lgs. n. 39 del 2013 recante "Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190". Al riguardo, per un approfondimento, cfr. Merloni, F.: "La nuova disciplina degli incarichi pubblici*", Giorn. Dir. Amm.,* n. 8-9, 2013, 806 ss.

79 Cfr. art., 53, comma 16-ter, TU introdotto dalla legge Severino e, successivamente, esteso ad opera del d.lgs. n. 39 del 2013 anche ai titolari di incarichi dirigenziali e di vertice disciplinati dal medesimo decreto.

80 Cfr. art. 16, comma 1, lett. 1-quarter, T.U., come introdotto dal d.l. n. 95 del 2012, convertito in L. n. 135 del 2012 che prevede, tra le funzioni dei dirigenti degli uffici dirigenziali generali, quella di disporre, con provvedimento motivato, la rotazione del personale nei casi di avvio di procedimenti penali o disciplinari per condotte di natura corruttiva.

81 Cfr. la delibera ANAC 3 agosto 2016, n. 831, Piano Nazionale Anticorruzione 2016, in www.anticorruzione.it, punto 7.2, p. 26, laddove afferma, non solo, che "l'alternanza riduce il rischio che un dipendente pubblico, occupandosi per lungo tempo dello stesso tipo di attività, servizi, procedimenti e instaurando relazioni sempre con gli stessi utenti, possa essere sottoposto a pressioni esterne o possa instaurare rapporti potenzialmente in grado di attivare dinamiche inadeguate"; ma anche che "in generale la rotazione rappresenta anche un criterio organizzativo che può contribuire alla formazione del personale, accrescendo le conoscenze e la preparazione professionale del lavoratore. In tale direzione va anche l'esperienza del settore privato dove, a fronte di un mondo del lavoro sempre più flessibile e di rapido cambiamento delle competenze richieste, il livello di professionalità si fonda non tanto o, non solo, sulle capacità acquisite e dimostrate, ma anche su quelle potenziali e future".

Non è tuttavia bastevole - per quanto meritoria - una lotta alla corruzione basata su una specifica legislazione anticorruzione[82], né appare - se non in astratto - sufficiente il saltuario richiamo ai principi generali come quello di distinzione tra politica e amministrazione[83], seppure quest'ultimo, come si è detto, a partire dalle ricordate sentenze nn. 103 e 104 del 2007 della Consulta, assurge oramai, implicitamente, a principio di rango costituzionale. Occorre, infatti, agire direttamente su ambiti specifici come, appunto, quello della professionalità del dirigente. Invero, se risulta ampiamente corroborato che i dirigenti costituiscono il fulcro della amministrazione di risultati, affinché l'azione amministrativa sia imparziale, prima ancora di introdurre specifiche misure anticorruttive, il legislatore deve creare i presupposti perché possa realmente essere rafforzata la professionalità della classe dirigente, anche ripartendo da una adeguata formazione come – lo si vedrà nel prosieguo – è recentemente avvenuto in Francia. E ciò, ben vero, per la dirimente considerazione che il "primo vero presupposto dell'anticorruzione» è l'esistenza di "una classe dirigente forte, autorevole, culturalmente colta, nelle pubbliche amministrazioni, dove competenza, assunzione di responsabilità, professionalità e merito siano le vere parole d'ordine»[84].

V. UNO SGUARDO VERSO ALTRI MODELLI DI PROFESSIONALITÀ DIRIGENZIALE: L'"HAUTE FUNCION PUBLIQUE" FRANCESE.

Particolare valenza euristica per l'indagine sulla professionalità dirigenziale assume il modello francese, recentemente riformato con la "ordennance" n. 2021-702 del 2 giugno 2021[85], che ha inteso modernizzare la "haute function publique",

82 Legislazione quest'ultima che non sempre, peraltro, percorre la strada della semplificazione, che rappresenta invece il presupposto imprescindibile affinché la corruzione non attecchisca nella pubblica amministrazione. La p.a., infatti, viene spesso paralizzata da eccessivi formalismi, da norme oscure e poco chiare, e da una indebita sovrapposizione tra "legislazione, amministrazione e giudizio/controllo" (così, D'Orta, C.: "25 anni di norme che hanno paralizzato la PA. Riconosciamo gli errori e proviamo a rilanciare il nostro paese", *Lav. Pubbl. Amm.,* num. 5-6, 2016, p. 788). Pertanto, accanto alla legalità ed alle regole poste a presidio della trasparenza quali condizioni indefettibili per la prevenzione dei fenomeni di corruttela, il più efficace strumento di lotta alla corruzione è la semplificazione legislativa e, del resto, lo è sempre stato, come più volte sottolineato da autorevole dottrina; cfr., sul punto, Giannini, M.S.: *Rapporto,* cit., p. 715, laddove l'A. sottolinea l'inadeguatezza di una amministrazione inefficiente e costosissima per i cittadini, alla quale avrebbe concorso una "nuvola di leggi e leggine", e avverte altresì l'*incertezza*, ma anche e soprattutto la "contraddittorietà" delle leggi promulgate in materia, che contribuiscono a dar luogo a fenomeni di corruttela nella p.a.

83 Al riguardo, si ribadisce la tesi dell'interdipendenza per la quale sembra assodato oramai che attività di indirizzo politico e attività di gestione amministrativa costituiscono profili consustanziali della funzione di governo. Ciò rileva anche con riferimento alla materia dell'anticorruzione, posto che il rischio di corruzione si annida in entrambe le attività (politica e amministrativa) e non v'è alcun dubbio che se sorge nell'una, si estende inevitabilmente anche nell'altra e viceversa. È "in re ipsa", infatti, che se, ad esempio, la fissazione degli obiettivi è stata oggetto di intese clientelari, il provvedimento gestionale adottato per il raggiungimento degli stessi non può non risentire della pressione corruttiva che ne sta alla base. Allo stesso modo, la pressione corruttiva può provenire dai privati sui dirigenti e funzionari, riflettendosi, indirettamente, sul perseguimento dei programmi politici.

84 Patroni Griffi, A., *Il fondamento costituzionale*, cit., p. 8.

85 L'ordinanza si colloca nell'ambito di un più generale ripensamento della "fonction publique" francese intrapreso nel 2019, anche a valle della nota crisi dei "gilets jaunes" che, tra l'altro, lamentavano l'eccessivo potere attribuito all'alta burocrazia pur a fronte di una scarsa rappresentatività e sensibilità di quest'ultima

partendo dal potenziamento – in chiave manageriale[86] – della professionalità dei "grands corps", anche attraverso l'introduzione di nuovi percorsi formativi e di reclutamento.

Peraltro, è noto che le soluzioni elaborate dall'ordinamento francese per regolare la dirigenza pubblica e l'apparato burocratico dell'amministrazione hanno sempre ispirato il nostro legislatore. Al riguardo, basti pensare alla prima organizzazione della p.a. italiana[87], costruita sul modello accentrato e gerarchico del sistema napoleonico[88], parzialmente temperato[89] dal principio costituzionale, di britannica memoria, della responsabilità dei Ministri davanti al Parlamento per la direzione dell'attività amministrativa. Anche l'introduzione, nella seconda metà degli anni cinquanta del secolo scorso, della Scuola Superiore della p.a. (oggi SNA) è avvenuta sulla falsariga della ENA ("École Nationale d'Administration")[90], con la finalità di investire sulla formazione dei dipendenti pubblici e accrescerne, di conseguenza, la professionalità[91]. Da ultimo, l'ENA è stata soppressa[92] ad opera della già ricordata riforma francese del 2021 e sostituita dall' "Institut national du

rispetto ai problemi economici e sociali del paese, in spregio alla funzione di service public che dovrebbe caratterizzarne l'azione. Segnatamente, l'ordinanza rientra nella rosa di quegli interventi governativi che intendono dare attuazione agli obiettivi di cui all'art. 59, "Loi n. 2019-828 de tranformation de la function publique" del 6 agosto 2019, con cui il legislatore, tra l'altro, abilitava il Governo francese non solo a rafforzare la fase selettiva del personale nell'impiego pubblico riformando le procedure di assunzione dei "corps" dell'alta burocrazia, ma anche a diversificarne i relativi profili professionali attraverso sia il potenziamento della formazione on the job, sia una maggiore mobilità tra settore pubblico e privato e all'interno della stessa p.a., sulla scia tracciata già nel 2009 dalla "Loi mobilitè" n. 2009-972.

86 Cfr. Relazione illustrativa della "Ordonnance" n.°2021-702 recante "Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-702 du 2 juin 2021 portant rèforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État".

87 Per una ricostruzione del quadro dell'amministrazione italiana che prenda le mosse dalla riforma Cavour, prestando particolare attenzione alle figure dei dirigenti e dei funzionari ed, in generale, all'immagine sociale della burocrazia, cfr., Taradel, *Gli organici delle carriere direttive delle amministrazioni centrali dello Stato dal 1853 al 1969,* Roma, 1971.

88 Si trattava dell'*ancien régime* delle amministrazioni di *puissances*, caratterizzato dal privilegiare una distorta dimensione dell'autorità, rispetto a quella (costituzionalmente garantita) della autonomia e della libertà. Un modello, ben vero, centralizzato, definito con l'Unità d'Italia dalla Legge Cavour del 23 marzo 1853, n. 1483, il cui *ubi consistam* risiedeva essenzialmente nell'idea che l'organizzazione dell'amministrazione pubblica costituisse parte integrante del potere esecutivo e, come tale, spettasse agli organi politici di governo. Conseguentemente, la disciplina dell'impiego pubblico (e quindi del rapporto di lavoro, non solo dei dirigenti, ma di tutti i pubblici dipendenti) era di stampo rigorosamente pubblicistico; cfr., *funditus,* Melis, G.: *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1963)*, Il Mulino, Bologna, 1996.

89 Malgrado la commistione tra l'assetto centralistico e quello parlamentaristico dell'amministrazione, invero, la gestione amministrativa rimaneva di fatto nella piena disponibilità del governo e, in definitiva, la responsabilità nei confronti degli organi rappresentativi e dell'elettorato ricadeva sui vertici politici, unici titolari del potere direttivo e degli altri poteri connessi alla loro posizione di superiori gerarchici.

90 Cfr., per tutti, De Forges, J.M.: *L'École nationale d'administration*, Presses universitaires de France, Paris, 1989.

91 Seppure privilegiando – contrariamente a quanto accade nelle pp.aa. dei paesi anglosassoni – una formazione di stampo perlopiù teorico e generalista; cfr., al riguardo, Barbetta, G.: "La selezione e la formazione della dirigenza pubblica in ottica comparata e lo sviluppo delle competenze manageriali*", Lav. P.ubbl. Amm.*, 2013, p. 875.

92 Segnatamente, è stata abrogata "la ordonnance n. 45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catègories de fonctionnaires et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile".

service public" (INPS)[93], a seguito di una manovra che sembra rilevare più sotto il profilo semantico-formale che sul piano sostanziale[94].

Orbene, pur non essendo questa la sede per passare in rassegna dettagliatamente le novità introdotte dal recente intervento normativo francese[95], basti qui rilevare che esso ha comportato la soppressione, dal primo gennaio 2023, dei numerosi "emploi, corprs et fonctions"[96] della "haute fonction publique" all'interno dell'""t, confluendovi anche gli incarichi dirigenziali. Nuova, pertanto, è la nozione di "inquadramento superiore", poiché non più "organica", bensì "funzionale"[97]. L'idea è così quella di diversificare i profili professionali dell'alta funzione pubblica, incrementandone la mobilità e la flessibilità e "diluendo" i tradizionali percorsi stabili di carriera, che rimanevano "stagnanti" perlopiù all'interno della medesima amministrazione di appartenenza.

Naturalmente, è ancora troppo presto per fare un bilancio sull'istituzione del nuovo "corprs des administrateurs de l'État", ma è già certamente possibile rilevare come esso fondi sulla volontà di rilanciare la professionalità dirigenziale attraverso una riorganizzazione amministrativa maggiormente improntata a canoni aziendalistici. Ciò, in realtà, non costituisce una novità assoluta, né per l'ordinamento italiano (che ha aderito al paradigma del "new public management" ancora prima che in Francia e che, con la riforma Madia, aveva anche proposto la reintroduzione - già avvenuta durante la seconda privatizzazione - del ruolo unico dirigenziale, che però poi non si è più realizzata), né per l'ordinamento francese (che conosce già da tempo modalità alternative all'assunzione "standard" come il c.d. "tour extériuer" o il "pantouflage", che consentono, rispettivamente, la nomina governativa diretta di personale esterno ai ruoli e il passaggio dal settore pubblico al privato).

Nondimeno, la riforma in argomento restituisce un'ulteriore occasione di riflessione, in una prospettiva comparata, sul tema specifico della professionalità del

93 Sui compiti formativi del nuovo istituto, cfr. artt. 2-5, dècret n. 2021-1556.

94 Invero, pur a fronte di talune significative novità introdotte con l'istituzione dell'INPS (come, ad esempio, l'estensione delle materie oggetto di formazione alle cc.dd. *soft skills* e alle specifiche competenze manageriali richieste nel settore privato, nonché il riavvicinamento tra il mondo dell'accademia e della ricerca e le nuove scuole di formazione degli alti funzionari) l'INSP rimane come l'ENA un ente pubblico statale posto sotto il controllo del Primo Ministro, con sede a Strasburgo e con compiti formativi non troppo dissimili da quelli che erano già attribuiti all'ENA, non rinvenendosi in tal senso una reale necessità di sopprimere quest'ultimo istituto, bensì soltanto l'intenzione del legislatore francese di realizzare "un'operazione dalla portata prettamente simbolica"; cfr. Magliari, A.: "La riforma della haute fonction publique in Francia", *Giorn. Dir. Amm.,* 1/2023, p. 33.

95 Al riguardo, per un approfondimento, cfr. Auby, J.B.: "Rèflexions sur la rèforme de l'encadrement supèrieur de l'État", *Dir. Admin.,* n. 12, 2021, pp. 14 ss.; Magliari, A.: "La riforma", cit., 26 ss.

96 Si precisa che, in Francia, il rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. è disciplinato da una serie di decreti che contengono norme di dettaglio per la disciplina dei singoli *emploi* e *corps,* dettando le modalità applicative dello statuto a carattere generale, anche con riferimento al reclutamento e alla progressione di carriera.

97 In tal senso, Magliari, A.: "La riforma", cit., 34.

dirigente che – in Francia, come in Italia – costituisce il fulcro dell' "amministrazione di risultati", intesa come apparato pubblico posto a servizio della collettività. Infatti, mentre in Francia, l'idea di una innovativa articolazione funzionale ma, per così dire, "disorganica" del personale dirigenziale non sembra porre nè la questione della precarizzazione delle relative carriere, né quella della verticalizzazione "ad usum delphini" delle stesse per mano della politica; in Italia, invece, l'"empasse" dell'assenza di un ceto dirigenziale professionale è principalmente dovuto al timore dell'eccessiva ingerenza della politica sull'amministrazione e della difficoltà, a tutt'oggi, di addivenire ad una classe direttiva autonoma.

L'approccio francese, in tal senso, potrebbe rivelarsi utile posto che – pur non rinunciando al "merit system" e all'osservanza delle procedure selettive per l'eguale accesso agli uffici pubblici – sembra introiettare oramai l'idea di una classe dirigente interdipendente alla politica che, non a caso, è composta in larga misura da soggetti provenienti dall'alta burocrazia, in un rapporto di "continuum", nonchè di vera e propria "osmosi e interscambiabilità»[98] tra le componenti governative e parlamentari e i vertici amministrativi. Massimo esempio di ciò è rappresentato dal peculiare percorso di carriera del Presidente della Repubblica francese, Emmanuel Macron, che – formatosi presso l'ENA – proviene proprio dalla "haute fonction publique" e, in particolare, da quel "corp" dell' "Inspection générale des Finances", soppresso (insieme ad altri, come quello prefettizio) dalla riforma del 2021 e riunito in seno al nuovo "corps des administrateurs de l'État" di cui al "décret" n. 2021-1550 del primo dicembre 2021[99].

98 Magliari, A.: "La riforma", cit., p. 28, laddove l'A. osserva che "mentre in Italia si è soliti mettere criticamente in luce l'eccessiva ingerenza della politica rispetto alla sfera dell'alta amministrazione, in Francia si avverte storicamente il problema opposto, risultando la classe politica francese composta in larga misura da soggetti provenienti dai ranghi dell'alta burocrazia, i quali si trovano così a svolgere un ruolo di integrazione, là dove non di vera e propria supplenza, rispetto ai ruoli politici".

99 La disciplina di dettaglio di tale corpo è infatti contenuta nel "Dècret n. 2021-1550 du 1° dècembre 2021 portant statut particulier du corps des administrateurs de l'État".

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *The Study of Public Management in Europeand the US*, (a cura di W. Kickert), London, 2008.

Abbamonte, G.: "Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione", in AA.VV.: *Democrazia e amministrazione* (a cura di G. Marongiu.– G. C. De Martin,), Giuffrè, Milano, 1992.

Auby, J.B.: "Rèflexions sur la rèforme de l'encadrement supèrieur de l'État", *Dir. Admin.,* n. 12, 2021.

Bagheot, W.: *The English Constitution*, Watt, London, 1867, tr. it., *La costituzione inglese*, Il Mulino, Bologna, 1995.

Barbetta, G.: "La selezione e la formazione della dirigenza pubblica in ottica comparata e lo sviluppo delle competenze manageriali*", Lav. P.ubbl. Amm*., 2013.

Boscati, A.: *Il dirigente dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2006.

Boscati, A.– Mainardi, S. - Talamo, V.: "La responsabilità dirigenziale", (a cura di Carinci, F. - Mainardi, S.), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni,* Giuffrè, Milano, 2005.

Cassese, S.: *Amministrare la Nazione*, Mondadori, Milano, 2022.

Cassese, S.: "Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*", Politica* e *Diritto*, n. 2-3, 1981.

Cassese, S.: "L'immunità della burocrazia*", Politica del Diritto*, n. 2, 1971.

Cassese, S. -Pellew, "Il sistema del merito nel reclutamento della burocrazia come problema storico", *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., 1987.

Caruso, B. -Zappalà, L: "La riforma "continua" delle pubbliche amministrazioni:licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?", *Lav. Pubbl. Amm*., n. 1, 2007.

Cavallo Perin, R. - Gagliardo, B.: "La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*", Riv. trim. dir. pubb.,* n. 2, 2014.

Clarich, M.: *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013.

D'Alessio, G.: "La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo", *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 3-4, 2006.

D'Alessio, G.: "Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche", *Lav. Pubbl. Amm.,* n. 3-4, 2005.

D'Alterio, E.: "Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni", *Giorn. Dir. Amm.,* 5, 2017.

D'Antona, M: "Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini", *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 1, 1998.

De Fiores, C.: "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione"? Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del titolo V", *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2006.

De Forges, J.M.: *L'École nationale d'administration*, Presses universitaires de France, Paris, 1989.

D'Orta, C.: "25 anni di norme che hanno paralizzato la PA. Riconosciamo gli errori e proviamo a rilanciare il nostro paese", *Lav. Pubbl. Amm.,* num. 5-6, 2016.

D'Orta, C.- Diamanti, E.: "Il Pubblico Impiego", (a cura di Cassese, S. –Franchini, C.): *L'amministrazione pubblica italiana*, IL Mulino, Bologna, 1994.

Gerber, C. F.: *Diritto pubblico*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1971.

Giannini, M.S.: *Impiego Pubblico (teoria e storia), Enc. Dir.,* vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970.

Giannini, M. S.: "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1982.

Goodnow, F. J.: *Politics and Administration*, Macmillan, New York, 1900.

Kingsley, J. D.: *Representative Burocracy*, Yellow Springs, Ohio, 1944.

Magliari, A.: "La riforma della haute fonction publique in Francia", *Giorn. Dir. Amm.,* 1/2023.

Massari, O.: *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

MATTARELLA, G. B.: "I dirigenti esterni e lo sguardo corto", *Giorn. Dir. Amm.*, 4, 2021.

MELIS, G.: "La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione", in *Scienza e Politica*, vol. XXVI, n. 50, 2014.

MELIS, G.: *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1963)*, Il Mulino, Bologna, 1996.

MERLONI, F.: *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2006.

MERLONI, F.: "La nuova disciplina degli incarichi pubblici", *Giorn. Dir. Amm.,* n. 8-9, 2013.

MEZZACAPO, D.: *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, Napoli, 2010.

MEZZACAPO, D.: "L'alta dirigenza statale tra politica e amministrazione (osservazioni sullo «spoil system all'italiana»)", *Arg. dir. lav.,* n. 3, 2003.

NICOSIA, G.: "I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?", in *Lav. Pubbl. Amm.,* n. 2, 2010.

NIGRO, M.: "L'azione dei pubblici poteri", (a cura di AMATO, G. –BARBERA, A.): *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984.

PATRONI GRIFFI, A.: "Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e lotta alla corruzione: alcune riflessioni", *Forum. Quad. cost.*, n. 3, 2016.

PENSABENE LIONTI, G.: *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2018.

PENSABENE LIONTI, G.: "Il conferimento dell'incarico dirigenziale e il trattamento economico", in AA.VV.: *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, (a cura di A. BOSCATI): Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2021.

PERA, G.: "Professione (libertà di)", *Enc. Dir.,* Giuffrè, Vol. XXXVI, Milano 1987.

PINELLI, C.: "Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale", *Giur. Cost.*, n. 4, 1996.

POLLIT, C.- BOUCKAERTO, G: *Public Management Reform*, University Press, Oxford, 2011.

Romagnoli, U.: *La legge quadro sul pubblico impiego*, Il Mulino, Bologna, 1986.

Ruffini, R.: "Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al d.lgs. n. 150/2009", in AA.VV.: *La riforma del pubblico impiego e della valutazione* (a cura di A. Bianco – A. Boscati – R. Ruffini), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2017.

Rusciano, M: *"Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico", Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n.2, 1998.

Rusciano, M. – Treu, T. (a cura di): *La legge-quadro sul pubblico impiego: commentario della legge 29 marzo 1983, n. 93,* Cedam, Padova, 1985.

Sandulli, A.: "Governo e amministrazione", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. XVI, 1966.

Ventura, L.: *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984.

Weber, M. : *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, tr. it. *Economia e società*, 1968.

Wilson, W.: "The Study of Administration", in *Political Science Quarterly*, 1887, cit. in Freddi, G: *Burocrazia, democrazia e governabilità*, Giuffrè, Milano, 1989.

LA MEDICINA DIFENSIVA TRA RESPONSABILITÀ CIVILE, DANNI RISARCIBILI E RAGIONEVOLI SOLUZIONI INTERPRETATIVE

DEFENSIVE MEDICINE BETWEEN CIVIL LIABILITY, COMPENSABLE DAMAGES AND REASONABLE INTERPRETATIVE SOLUTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1558-1581

Matteo
FLORENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de diciembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: L'approccio tradizionale descrive la medicina difensiva come un comportamento della pratica medica volto ad adottare o evitare determinate misure e decisioni diagnostiche (o terapeutiche), ispirandosi più all'obiettivo di allontanare il rischio di probabili sequele giudiziarie e sacrificando quello di assicurare la salute e la guarigione del paziente.

L'obiettivo della tutela della salute del paziente sembrerebbe diventare, pertanto, secondario a quello della minimizzazione del rischio legale.

Con il presente lavoro si vogliono mettere a fuoco le principali problematiche socio – economiche connesse al fenomeno della malpractice medica ed al consequenziale dilagare del fenomeno medico difensivo, provando ad offrire alcune soluzioni ermeneutiche per contenere l'eccessivo carico risarcitorio che spesso grava sui professionisti sanitari e sulle strutture ospedaliere, al fine di favorire la tanto auspicata alleanza terapeutica tra medici e pazienti.

PALABRAS CLAVE: Responsabilità civile; danni risarcibili; responsabilità medica; medicina difensiva; salute; consenso informato; diritto all'autodeterminazione terapeutica; danno biologico o funzionale, danno morale; danno patrimoniale.

ABSTRACT: *The traditional approach describes defensive medicine as a behaviour of medical practice aimed at adopting or avoiding certain diagnostic (or therapeutic) measures and decisions, inspired more by the aim of averting the risk of probable legal sequelae and sacrificing that of ensuring the patient's health and recovery.*

The objective of protecting the patient's health would therefore appear to become secondary to that of minimising legal risk.

With this paper we wish to focus on the main socio-economic problems connected with the phenomenon of medical malpractice and the consequent spread of the phenomenon of defensive medicine, trying to offer some hermeneutic solutions to contain the excessive burden of compensation that often weighs on health professionals and hospital structures, in order to favour the much desired therapeutic alliance between doctors and patients.

KEY WORDS: *Civil liability; compensable damage; medical liability; defensive medicine; health; informed consent; right to therapeutic self-determination; biological or functional damage; moral damage; pecuniary damage.*

SUMARIO.- I. LA TUTELA DELLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA.- II. INQUADRAMENTO ED IMPATTO SOCIO-ECONOMICO DELLA MEDICINA DIFENSIVA.- III. L'ODIERNO ASSETTO NORMATIVO DETTATO DAL LEGISLATORE ITALIANO.- IV. I DANNI RISARCIBILI NEI CASI DI RESPONSABILITÀ MEDICA.- V. IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA ED I CARATTERI DEL CONSENSO INFORMATO.- 1. Nuova linfa per la medicina difensiva: i danni risarcibili in caso di omessa assunzione del consenso informato.- 2. Rilievi conclusivi e soluzioni ermeneutiche per lotta alla medicina difensiva.

I. LA TUTELA DELLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA.

La responsabilità civile trova negli episodi di *malpractice* medica uno dei terreni maggiormente fecondi per la nascita di contrasti interpretativi in ordine all'individuazione dei danni concretamente risarcibili.

Del resto, la responsabilità medica[1] costituisce uno dei temi più discussi nell'odierno panorama giuridico italo-europeo.

La rilevanza della materia è dovuta ad un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, l'argomento in commento presenta una forte interdisciplinarietà, costituendo oggetto di spiccato interesse nei settori dell'ordinamento civile, penale ed amministrativo.

In secondo luogo, la responsabilità medica negli ultimi anni è stata destinataria di notevoli attenzioni da parte del legislatore italiano, il quale ha provato a dettarne una disciplina organica dapprima per mezzo del d.l. n. 158 del 2012 (c.d. Decreto Balduzzi, convertito con l. n. 189 del 2012) e, successivamente, con la l. n. 24 del 2017 (c.d. Legge Gelli-Bianco) attualmente in vigore[2].

1 Molteplici sono gli studi dedicati al tema della responsabilità medica, fra i vai v. Todeschini N.: "Illeciti vecchi e nuovi", in *La responsabilità medica*, Torino, 2016; Scognamiglio C.: "Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?", *Responsabilità medica*, Pisa, 2017; in tempi meno recenti, fra i vari, *cfr.* De Matteis R.: "La responsabilità medica. Un sottoinsieme della responsabilità civile", Padova, 1995; Mortati C.: "La tutela della salute nella Costituzione italiana", *Riv. inf. mal. prof.*, Roma, 1961.
Anche il presente scritto costituisce il risultato, oltre che degli studi già compiuti nel corso degli anni dedicati al dottorato di ricerca, di considerazioni già svolte in altre sedi, v. Florena M.: "La responsabilità del medico: natura e spunti di riflessione in tema di riparto dell'onere probatorio", *Dir. fam. pers.*, 1, 2021, p. 16; nonché, Florena M.: "La responsabilità del medico: focus sui danni risarcibili in caso di inadempimento dell'obbligo di assunzione del consenso informato", *Dir. fam. pers.*, 3, 2021, p. 1008.
Per una esaustiva e completa ricostruzione del fenomeno in ambito penale, v. D'Arca G.: "Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento", *Riv. it. med. leg.*, 2, 2019, p. 671.

2 Sul precedente assetto normativo dettato dalla legge n. 189 del 2012, v. Chinè G., Fratini M., Zoppini A.: *Manuale di diritto civile*, Roma, 2017, 2015.

• Matteo Florena
Assegnista di ricerca in diritto civile, Università Lumsa, dipartimento di Giurisprudenza Palermo. E-mail: m.florena@lumsa.it

Del resto, il concetto di salute, nonché la sua tutela giuridica alla stregua di diritto fondamentale della personalità espressamente riconosciuto dagli artt. 2 e 32 della Costituzione italiana, non costituiscono nozioni puramente statiche, ma concetti che si sono venuti delineando in modo dinamico e sincronico, in corrispondenza con gli sviluppi delle discipline mediche e con le elaborazioni concettuali filosofiche, bioetiche e sociologiche attinenti ai vari aspetti della vita[3].

Così, da una definizione della salute attenta puramente al dato biologico, dell'assenza di malattia, si è giunti ad un concetto più ampio della stessa[4], in armonia con l'aspetto dinamico del miglioramento del benessere che, oggi, mira a raggiungere un equilibrio tra *soma* e *psiche*.

In realtà le crescenti attenzioni del legislatore e, più generale, di tutti gli operatori del diritto per il settore in esame si devono principalmente al forte allarme sociale derivante dal proliferare di episodi di malasanità[5].

Per certi versi si è trattato di uno sviluppo quasi fisiologico.

Come qualsiasi area del contenzioso che viene da una storia di omertà, paternalismo e, in alcuni casi, di censura giuridica, anche la *malpractice* medica ha vissuto una esplosione di notorietà quando la figura del medico si è riallineata a quella generale dei professionisti: per alcuni visto come un passo necessario al fine di un effettivo adeguamento all'impostazione del nostro codice del 1942[6].

Un elemento di non trascurabile importanza – riguardo sia al contenzioso sia al ricorso a metodiche di medicina difensiva – è identificabile nella mancanza di una adeguata informazione del cittadino, il quale identifica nel il medico il responsabile unico delle eventuali inadeguatezze del sistema.

3 In tal senso D'Arrigo C.: Salute (Diritto alla), *Enc. Dir.*, Milano, 2001, p. 1013.

4 Giova ricordare quanto affermato dal Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, 74, secondo cui il concetto di "cura" "(…) non è infatti ciò che l'Amministrazione ritiene di proporre o imporre al paziente, in una visione autoritativa di salute che coincida solo con il principio di beneficialità – poiché è la cura a dover adattarsi, nei limiti in cui ciò sia scientificamente possibile, ai bisogni del singolo malato e non il singolo malato ad un astratto e monolitico concetto di cura – ma il suo contenuto, concreto e dinamico, dell'itinerario umano, prima ancor che curativo, che il malato ha deciso di costruire, nell'alleanza terapeutica con il medico e secondo scienza e coscienza di questo, per il proprio benessere psico – fisico, anche se tale benessere, finale e transeunte, dovesse preludere alla morte (…)".

5 La sensibilità sociale al tema della c.d. malasanità è, tra l'altro, consirevolmente aumentata durante la diffusione pandemica del Covid – 19; sulle ripercussioni in ambito familiare v. Frezza G.: "Abitazione e confinamento. covid-19, diritto di visita del genitore non affidatario e successione mortis causa nel diritto abitativo", *Dir. fam. pers.*, 3, 2020, p. 1140.

6 *Cfr.* Todeschini N.: "Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla Balduzzi", *Quale Giustizia*, Firenze, 2017; Id., "Riforma Gelli, tra interpretazioni di regime e realtà vince il contatto sociale", *www.personaedanno.it*.

Tuttavia, spesso l'agire del singolo medico risulta condizionato dal contesto organizzativo all'interno del quale esso svolge la sua professione[7].

La classe medica, riconosciuta sempre più responsabile di episodi di malasanità, a torto o a ragione, è stata esposta ad un numero sempre maggiore di azioni legali.

II. INQUADRAMENTO ED IMPATTO SOCIO-ECONOMICO DELLA MEDICINA DIFENSIVA.

Il proliferare di azioni giudiziarie nei confronti dei medici e delle aziende ospedaliere, nonché la tensione conseguentemente generatasi, hanno fatto sì che sulla medicina tradizionale – basata primariamente sulla considerazione della salute e della guarigione del paziente – si andasse imponendo la cosiddetta "medicina difensiva"[8], quest'ultima ispirata anche alla minimizzazione di sempre più probabili sequele giudiziarie e alla tutela legale dell'operatore sanitario.

Si è dunque instaurata una sorta di "circolo vizioso" tra errore medico, *malpractice litigation*, reazioni dei pazienti e dei medici: i pazienti non subiscono più passivamente le decisioni dei medici e, se sospettano che questi abbiano sbagliato, avviano un conflitto giudiziale che li vede contrapposti ai medici nei tribunali; la questione dell'errore medico viene così alla ribalta, si rafforza nella pubblica opinione e funge da incentivo per i pazienti a intraprendere con maggiore frequenza azioni giudiziali; si consolida, pertanto, nel comune sentire dei medici, un'attitudine difensiva che conduce a una vera e propria alterazione dei modelli e dei processi decisionali relativi alla diagnosi e al trattamento del paziente.

Emerge nitidamente, quindi, l'indispensabile esigenza di inquadrare correttamente il fenomeno della medicina difensiva, cercando di circoscriverne i contenuti principali.

L'approccio tradizionale descrive la medicina difensiva come un comportamento della pratica medica volto ad adottare o evitare determinate misure e decisioni diagnostiche e/o terapeutiche, ispirandosi più all'obiettivo di allontanare il rischio

7 Per un approfondimento delle considerazioni che verranno svolte in questo paragrafo v. la relazione dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri della provincia di Roma, *La medicina difensiva in Italia in un quadro comparato: problemi, evidenze e conseguenze*, 2008; nonché la relazione dell'Ordine provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri: *Chi si difende da chi? E perché? I dati della prima ricerca nazionale sulla medicina difensiva*, Roma, 23 Novembre 2010, Senato della Repubblica; *cfr.* Catino M., Locatelli C.: *Il problema della medicina difensiva nell'urgenza*, Milano, 2010; *cfr.* Centro Studi Federico Stella sulla Giustizia Penale e la Politica Criminale: *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di Forti G., Catino M., D'Alessandro F., Mazzucato C. e Varraso G., Pisa, 2010.

8 Sul concetto di medicina difensiva, v. Naso M.: "La responsabilità del primario ospedaliero", *Fatto e diritto*, diretto da Cendon P., Milano, 2007, 4.

di probabili sequele giudiziarie e sacrificando quello di assicurare la salute e la guarigione del paziente.

L'obiettivo della tutela della salute del paziente sembrerebbe diventare, pertanto, secondario a quello della minimizzazione del rischio legale.

A livello mondiale è stato correttamente osservato che "la medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa"[9].

Come si evince dalla definizione, il fenomeno della pratica medica difensiva si compendia di svariate strategie e, pertanto, non si presta ad un modello descrittivo unitario.

Ad ogni modo, la classificazione più comune permette di riconoscere due fondamentali modalità di condotte difensive: una attiva (positiva) e una passiva (negativa).

La prima si caratterizza per un eccesso di prestazioni e atti diagnostici e/o terapeutici non realmente necessitati dalla situazione contingente, per ridurre le accuse di malasanità[10].

La seconda, invece, è contraddistinta dal tentativo di evitare determinate categorie di pazienti o determinati interventi diagnostici e terapeutici, perché potrebbero prospettare un rischio di contenzioso.

Il fenomeno della medicina difensiva – nato negli Stati Uniti negli ultimi decenni e diffusosi ormai anche in molti altri paesi europei – si è generalmente radicato in società particolarmente evolute e caratterizzate da diffuso benessere, sulla base di alcuni presupposti connessi proprio allo sviluppo socio-economico: *i)* un ampio e consolidato riconoscimento delle esigenze di tutela del paziente nei confronti dell'attività del medico, con conseguente predisposizione dei relativi strumenti giuridici; *ii)* un notevole progresso non solo scientifico e tecnologico, ma anche industriale e organizzativo, che consente un'ampia offerta di mezzi diagnostico-

9 Definizione elaborata nel 1994 dall'OTA, *Office of Technology Assessment, U.S. Congress*.

10 Si pensi, in via esemplificativa, alla quantità di accertamenti tecnici prescritti ad un paziente che si reca da un ortopedico a seguito di "fastidi" avvertiti al ginocchio. Tradizionalmente, il professionista era (e sarebbe tuttora) in grado di individuare la fonte del problema con pochi accertamenti. Al giorno d'oggi, invece, le crescenti condotte di medicina difensiva inducono gli esercenti le professioni sanitarie ad aumentare a dismisura le prescrizioni di accertamenti tecnici, al fine di scongiurare future azioni legali nei loro confronti.

terapeutici; *iii)* economie in crescita o comunque molto forti, poiché, quale che sia il soggetto finale su cui ricadono i costi (pubblico o privato), è indubbio che la struttura economico-sociale debba essere in grado di fronteggiare un notevole incremento di spesa.

Tanto premesso, bisogna soffermarsi sui principali e notevoli inconvenienti derivanti dalla diffusione di pratiche mediche-difensive, le quali: *i)* destano preoccupazione per la salute del paziente, soprattutto nei casi in cui si evitano interventi e procedure a rischio; *ii)* creano problemi di smaltimento della domanda di assistenza sanitaria, in quanto ne accrescono il volume saturando le capacità di offerta dei servizi; *iii)* comportano un costo che incide sul piano della spesa sanitaria pubblica e privata assorbendo risorse che potrebbero essere allocate ad altre aree di intervento.

Concentrando l'attenzione proprio sull'impatto economico del fenomeno in esame è doveroso sottolineare che, da un'indagine presentata dall'ordine dei medici di Roma[11], si stima che la spesa sanitaria conseguente alla diffusione di pratiche legate alla medicina difensiva in Italia ammonterebbe a circa tredici miliardi l'anno.

Questa cifra – che corrisponderebbe all'11,8% della spesa sanitaria totale (pubblica e privata) in Italia – è la conseguenza di un aumento nella prescrizione di farmaci, visite, esami e ricoveri.

Inoltre i costi della medicina difensiva si possono distinguere in diretti e indiretti.

I primi sono quelli derivanti dalla somma dei costi dei singoli interventi classificabili come difensivi, mentre quelli indiretti sono riconducibili ai pagamenti e alle spese che riguardano la tutela assicurativa dei professionisti e delle strutture e i cosiddetti costi-opportunità, ossia quelli relativi alle ore di lavoro impiegate per gestire il problema (ricerca dell'assicurazione, pratiche burocratiche ecc.).

Risulta perciò molto complesso effettuare una stima del costo totale della medicina difensiva. Questo perché ai fini della stima dei costi entrano in gioco fattori economicamente non quantificabili, quali la prevenzione di una malattia, il salvataggio di una vita o, al contrario, conseguenze dannose o, peggio, la morte del paziente.

11 Ci si riferisce ai risultati dell'indagine intitolata *"La medicina difensiva in Italia in un quadro comparato: problemi, evidenze e conseguenze"*, pubblicata nel 2008 dall'ordine provinciale di Roma dei medici-chirurghi e degli odontoiatri. La ricerca è stata realizzata da un gruppo di lavoro formato da Falconi M. (Presidente dell'ordine), Cosi D. (Direttore dell'ordine), Piperno A. (Professore ordinario dell'università di Napoli, Federico II) e Centra M. (Dirigente di ricerca, Isfol).

Un ulteriore problema che si incontra nella stima dei costi è rappresentato dalla scarsità o assenza totale di studi sul fenomeno a livello nazionale e dal fatto che il sistema informativo sanitario non produce sempre informazioni relative alla quantità degli interventi o procedure di medicina difensiva e il costo unitario dei medesimi.

III. L'ODIERNO ASSETTO NORMATIVO DETTATO DAL LEGISLATORE ITALIANO.

Chiariti i confini del dirompente impatto, non solo di tipo economico, che la medicina difensiva comporta, sembra adesso possibile spostare l'attenzione su una delle principali concause che fomenta il fenomeno in parola, vale a dire l'assetto normativo dettato in materia dal legislatore italiano.

Si anticipa sin da queste prime battute che a destare maggiori preoccupazioni non sono le disposizioni espressamente previste, quanto piuttosto i silenzi e le lacune legislative.

Infatti, in via esemplificativa, il legislatore italiano non ha avuto l'accortezza di delimitare l'alveo dei danni risarcibili, limitandosi unicamente a definire la natura giuridica della responsabilità della struttura sanitaria e del medico professionista.

Sul punto, la recente riforma Gelli-Bianco introdotta con l. n. 24 del 2017 ha avuto il merito di sancire definitivamente il c.d. doppio binario, prevedendo, al fianco della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica o privata, l'inquadramento della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria nell'ambito di quella aquiliana *ex* art. 2043 c.c., salvo il caso in cui quest'ultimo agisca nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta personalmente con il paziente.

Nello specifico, all'art. 7, co. 3, della l. n. 24 del 2017, si legge: "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 un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente. (…)".

La regola è quindi quella della natura extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c.[12] della responsabilità civile del sanitario, in luogo della quale viene prevista, in via di eccezione, un'ipotesi di responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c., laddove il professionista sanitario abbia assunto personalmente l'obbligazione nei confronti del paziente.

12 Sulla responsabilità aquiliana, in generale, v. Perlingieri P.: *Manuale di diritto civile,* Napoli, 2018, p. 877.

La novella, in linea con un processo già tentato con la precedente riforma Balduzzi del 2012, si propone di raggiungere un equilibrio nel rapporto tra il medico ed il paziente, perseguendo il duplice intento, da un lato, di consentire ai professionisti medici di svolgere il proprio lavoro con maggiore serenità, nell'esclusivo interesse del paziente e senza il ricorso alla c.d. medicina difensiva[13] e, dall'altro lato, di garantire ai pazienti una sicura e celere tutela risarcitoria per gli eventuali danni da *malpractice.*

Evidente risulta in ogni caso la volontà del legislatore di accordare una massima tutela al diritto inviolabile alla salute costituzionalmente garantito dall'art. 32 della Carta fondamentale.

IV. I DANNI RISARCIBILI NEI CASI DI RESPONSABILITÀ MEDICA.

Tuttavia, come anticipato, il testo normativo non contiene alcun riferimento circa i nocumenti risarcibili nelle ipotesi di responsabilità medica, rimettendo all'interprete l'arduo compito di individuare, caso per caso, i danni concretamente suscettibili di ristoro.

Questa lacuna legislativa ha certamente costituito terreno fertile per la nascita delle innumerevoli "categorie" che, a livello descrittivo, concorrono a determinare il contenuto ed il *quantum* del danno non patrimoniale concretamente passibile di ristoro.

Del resto, nessuna materia, nel diritto civile, è stata probabilmente interessata da una simile proliferazione di categorie prive di basi normative come il danno non patrimoniale: a) danno morale; b) danno biologico; c) danno esistenziale; d) danno da rischio latente; e) danno edonistico; f) danno alla vita di relazione; g) danno estetico; h) danno tanatologico.

L'elencazione è potenzialmente sterminata e non favorisce una limpida ricostruzione dell'istituto *ex* art. 2059 c.c., il quale già sconta l'incolmabile distanza tra la sfera dell'economicamente valutabile e quella dell'emotività, della relazionalità, della personalità umana, in sé non riconducibili, in chiave compensativa, a valutazioni economiche.

Peraltro, alle voci di nocumenti non patrimoniali appena menzionate devono aggiungersi i danni (morale e biologico o funzionale) che vengono in rilievo nelle ipotesi di lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

13 Sul concetto di medicina difensiva, v. Naso M.: "La responsabilità del primario ospedaliero", *Fatto e diritto*, diretto da Cendon P., Milano, 2007, p. 4.

Non si riscontrano, invece, particolari problemi nella quantificazione del danno patrimoniale, il quale viene alternativamente o cumulativamente individuato nelle spese mediche sostenute (e che si sarebbero potute evitare con una corretta informazione del paziente), nelle perdite subite o nei mancati guadagni sofferti a fronte dei giorni di malattia.

Proprio per questa ragione, nel presente scritto, ci si concentrerà principalmente sulle "categorie" descrittive che concorrono a delineare i contorni del danno non patrimoniale potenzialmente passibile di ristoro nei casi di responsabilità medica per omessa assunzione del consenso informato. Del resto, per esigenze didascaliche e di comprensibilità si rende necessario, per così dire, scomporre la pienezza del tema delle "voci descrittive" di nocumenti non patrimoniali risarcibili, focalizzando in questa sede l'attenzione su uno degli istituti più controversi della materia quale è il diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Parimenti si tenterà di offrire una chiave di lettura, sul piano ermeneutico, che miri a ridimensionare il complessivo onere risarcitorio che troppo spesso grava sulle strutture ospedaliere e, soprattutto, sui medici. Il tutto, sempre, in un'ottica di contrasto al fenomeno della medicina difensiva e di favore per la tanto auspicata alleanza terapeutica tra medici e pazienti.

V. IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA ED I CARATTERI DEL CONSENSO INFORMATO.

La definitiva acquisizione di una concezione personalistica del diritto alla salute (art. 32 Cost.), nonché l'ineluttabile tutela del diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.), hanno gettato le basi per il successivo riconoscimento dei diritti all'autodeterminazione terapeutica e del consenso informato.

Ad ogni modo anche il diritto *de quo*, al pari di quanto avvenuto per il generale bene della salute, è stato oggetto di un lungo, lento e non privo di insidie procedimento ermeneutico tenutosi, principalmente, nelle aule della Consulta.

Per ritrovare infatti nelle decisioni del giudice costituzionale il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica, si è reso necessario attendere sino alla sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008. Segnatamente, con la pronuncia in commento la Corte costituzionale ha risolutivamente collocato il diritto al consenso informato nell'alveo dei principi costituzionali.

Il prestigio e l'importanza del provvedimento lo si deve ad un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, il diritto all'autodeterminazione terapeutica è stato elevato a diritto fondamentale della persona *ex* art. 2 Cost., in quanto espressione congiunta del principio di libertà personale *ex* art. 13 Cost. (nella sua massima accezione soggettiva che impone la "libertà di autodeterminazione"), nonché del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost.[14]

In secondo luogo, la Consulta ha offerto per la prima volta una semplice, ma esaustiva, nozione di "consenso informato", quest'ultimo inteso quale "espressione della consapevole adesione – da parte del paziente – al trattamento sanitario proposto dal medico"[15].

A ben vedere, la definizione sopra citata si palesa come il frutto di un'interpretazione conforme al principio personalistico[16], in forza della quale si riconosce al paziente la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di rifiutare o interrompere eventualmente la terapia, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. In ogni caso, chiaramente, non bisogna incorrere nell'eccesso opposto.

14 Segnatamente, nella sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008 la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare come il consenso informato si ponga quale crocevia e, al tempo stesso, punto di sintesi tra due diritti fondamentale "quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibile, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione".
Si segnala, tra l'altro, quanto autorevolmente osservato da Balduzzi R. e Paris D.: "Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative", *Giur. cost.,* 2008, 6, 4963 ss., secondo cui "nella sentenza 438 del 2008, la salute è vista esclusivamente sotto il profilo individuale di diritto fondamentale, mentre del tutto estraneo alla questione è qualsiasi riferimento alla stessa come interesse della collettività. Il diritto all'autodeterminazione, in questo contesto, viene allora richiamato non ai fini di legittimare il rifiuto di un trattamento sanitario, bensì ne viene sottolineato il profilo della scelta libera e consapevole; in altre parole, per quanto opinabile e incerta possa essere la distinzione fra libertà negative e libertà positive, è indubbio che la Corte costituzionale in questa pronuncia ponga l'accento sulla libertà di (scegliere, secondo l'art. 13 Cost.) e non sulla libertà da (i trattamenti sanitari, ex art. 32, 2° co., Cost.)".

15 Sul principio del consenso informato, come principio generale, v. Cass., 15 maggio 2018, n. 11749, in *Foro. it*, 2018, I, in cui, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, *cit*.), si afferma che il consenso informato deve essere inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico configurandosi come diritto della persona *ex* artt. 2, 13 e 32 Cost.; *cfr.* anche, Cass., 5 luglio 2017, n. 16503, *Dejure online.* Peraltro, già G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 3 ss., sottolineava che il consenso informato "non viene più inteso, secondo la concezione penalistica, come consenso dell'avente diritto, consenso che giustifica un condotta (del medico) altrimenti illecita; e neppure, in una logica contrattuale, come atto di disposizione del corpo, ma principalmente come modo di partecipazione del paziente al processo terapeutico, come esercizio del diritto alla salute, nella line che segna il passaggio dal paternalismo del medico al coinvolgimento del paziente nella relazione terapeutica. La stessa partecipazione e coinvolgimento del paziente in questa relazione ha quindi un valore terapeutico che deve essere salvaguardato, quando possibile, anche per il sofferente psichico". Sul punto v., altresì, V. Rotondo, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, 113 ss.

16 La tecnica interpretativa utilizzata è espressione del personalismo costituzionale. *Cfr.*, al riguardo, Perlingieri P.: *La personalità umana,* Napoli, 1972.

L'originario paternalismo del medico, infatti, non deve essere sostituito da un assoluto "volontarismo" del paziente, dovendosi piuttosto favorire un'alleanza terapeutica tra gli stessi[17].

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, accolte anche da parte della Suprema Corte, hanno ricevuto nuova linfa con l'entrata in vigore della Legge n. 219 del 22 dicembre 2017, rubricata "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate al trattamento", introdotta con il principale scopo di disciplinare le scelte inerenti alle fasi ultime della vita[18].

Nonostante la massima esaltazione della funzione del consenso libero e informato del paziente, al quale viene subordinato l'inizio (la prosecuzione o l'interruzione) del trattamento sanitario (art. 1 l. n. 219 del 2017), la nuova disciplina opera, in linea con il principio di ragionevolezza[19], un bilanciamento tra interessi contrapposti.

All'art. 1, comma 6, della normativa in esame infatti viene specificato, da un lato, che "il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale (…)" e, dall'altro, che "(…) il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico – assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali".

17 Sul punto v. Perlingieri P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – europeo delle fonti,* III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 31.

18 Per alcune considerazioni antecedenti all'introduzione della legge n. 219 del 2017, v. V. Verdicchio, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditium* e *jus condendum),* in *Dir. succ. fam*., 2017, 637 ss.
Tra i primi commenti alla riforma, *cfr.* Bianca C. M.: "La legge 22 dicembre 2017 n. 219. Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento", *Familia*, 2018, 108; Calvo R.: "La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento", *Studium iuris*, 2018, p. 689.; Carusi D.: "La legge sul biotestamento: una luce e molte ombre", *Corr. giur.*, 2018, p. 293; Zatti P., "Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT", *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, II, 247; Gorassini A.: "Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento nella dimensione della c.d. vulnerabilità esistenziale", *Ann. SISDiC*, 2018, 2, p. 23; Calò E.: "Una disciplina dimezza", Id. (a cura di), *Consenso informato e disposizioni anticipate,* Napoli, 2019, p. 7.
Di recente, tra l'altro, si segnala l'emanazione del d.m. 10 dicembre 2019, n. 168 (in G.U. del 17 gennaio 2020 n. 113), recante il "Regolamento concernente la banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT)", il quale "stabilisce le modalità di raccolta delle copie delle Disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, nella Banca dati nazionale, istituita presso il Ministero della salute dall'articolo 1, comma 418, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, e gestita dalla Direzione generale competente in materia di digitalizzazione e sistemi informativi sanitari".

19 Sul principio di ragionevolezza, v. Perlingieri G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015. Sempre sulla ragionevolezza, come criterio di giudizio del bilanciamento, *cfr.* Perlingieri P.: "Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", *Rass. dir. civ*., 1999, p. 787, ora in Id.: "L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile, Napoli, 2006, 333; Id., I valori e il sistema ordinamentale aperto", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1; Id.: "Un approfondimento della tecnica del ragionevole bilanciamento degli interessi", E. Giorgini, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 58.

Appare chiara, quindi, la volontà di contemperare la libertà di autodeterminazione con il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, al fine di favorire un'alleanza terapeutica tra il medico ed il paziente[20].

Delineato il fondamento normativo e giurisprudenziale sui cui poggia il consenso informato, si rende opportuno accennare brevemente ai requisiti che lo stesso deve rispettare affinché si possa ritenere compiutamente acquisita un'espressa e consapevole volontà del paziente al trattamento sanitario.

Sul punto, dottrina e giurisprudenza risultano alquanto prodighe di aggettivi.

Si richiede così, di volta in volta, che il consenso del paziente sia: *a*) personale; *b*) esplicito; *c*) specifico; *d*) informato.

Procedendo in ordine, il carattere "personale" del consenso esige una manifestazione di volontà (al trattamento terapeutico) proveniente direttamente dal paziente, purché si tratti di persona capace d'agire e cosciente.

Particolare rilievo assumono, sotto quest'ultimo aspetto, le disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T. ovvero, volendo utilizzare un'espressione più comune, il c.d. testamento biologico), introdotte dalla Legge n. 219 del 2017 per disciplinare quei casi in cui un soggetto intenda – prudentemente – manifestare le sue volontà terapeutiche, al fine di sopperire ad un'eventuale sua successiva perdita della capacità di autodeterminazione[21].

Con riferimento al secondo requisito richiesto, potrebbe ritenersi ormai superato il dibattito circa l'ammissibilità o meno di un consenso tacito o per *facta concludentia*.

20 Si riprendono le considerazioni svolte da Perlingieri P.: *op. cit.*, Napoli, 2020, 34, secondo cui dal contemperamento operato all'art. 1, comma 6, l. n. 219 del 2017, teso a favorire l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, "sembra emergere la consapevolezza che anche libertà di autodeterminarsi in materia di salute non può non conformarsi a un controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti".

21 Sul punto *cfr.* Palazzani L.: "Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche", *Riv. it. med. leg.*, 2018, 965; Verde C.: "Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento", *Dir. succ. fam.*, 2018, 885; Razzano G., *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019.
Tra l'altro queste dichiarazioni, oggi denominate "disposizioni" dalla l. n. 219 del 2017, erano già note alla Convenzione di Oviedo (art. 9) e ad una parte della giurisprudenza nazionale di legittimità (v. Cass. n. 21748 del 16 ottobre 2007) che faceva ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno come strumento per far fronte, alla luce della sua duttilità applicativa, alla mancanza di una disciplina *ad hoc*.
Già prima dell'entrata in vigore della predetta legge, la dottrina riconosceva in una certa misura la valenza del c.d. testamento biologico, nei limiti della liceità e della meritevolezza: *cfr.* Carapezza Figlia G.: "Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento", *Familia*, 2004, 1055 ss.; Id., "Osservazioni in merito alle recenti proposte di legge in materia di testamento biologico e direttive anticipate", *Ann. Fac. Econ. Benevento*, 9, Napoli, 2004, 27 ss.

Il carattere "esplicito", infatti, impone un'acquisizione dell'assenso espresso e, ove possibile, in forma scritta[22].

Depone in tal senso lo stesso art. 1, co. 4, l. n. 219 del 2017 ai sensi del quale "il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico".

Infine, si richiede che il consenso sia "specifico" ed "informato", dovendo quindi avere ad oggetto il singolo trattamento sanitario, cui il paziente aderisce in maniera pienamente consapevole, e non essendo in alcun modo ammissibile una legittimazione dell'attività del medico in virtù una c.d. delega in bianco conferitagli dalla persona in cura.

Anche in questo caso sembra opportuno riportare quanto disposto dalla Legge n. 219 del 2017, ove, all'art. 1, co. 3, si legge che "ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. (…)".

In particolare, dalla lettura dell'inciso "ogni persona ha il diritto di (…) essere informata in modo completo, aggiornato e comprensibile (…)", risulta chiaro e manifesto l'intento del Legislatore di assicurare una piena e consapevole adesione da parte del paziente.

In estrema sintesi, riepilogando quanto sin qui esposto, sembrerebbe che la novella normativa del 2017 abbia accolto, seppur in modo non compiutamente organico ed esaustivo, le indicazioni che da tempo venivano suggerite dalla dottrina e dalla giurisprudenza[23].

22 Sul punto, v. Cass., Sez. III, 10 dicembre 2019, n. 32124, secondo cui "posto che il consenso all'atto medico non può mai essere presunto o tacito, ma deve essere fornito espressamente dal paziente, anche se oralmente, dopo aver ricevuto un'adeguata informazione dai sanitari, è ammissibile che se ne dia la prova con mezzi diversi dalla dichiarazione scritta" (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di appello che aveva ritenuto idonea la sottoscrizione di un modulo di consenso informato, avvenuta la mattina stessa dell'intervento, ma che era stata tuttavia preceduta da incontri con la paziente, alla presenza anche di suo cognato medico, dipendente della medesima struttura ospedaliera).

23 La varietà delle istanze risarcitorie configurabili, ove si versi in vicende avvinte al consenso informato del paziente, imporrebbe infatti una disciplina di dettaglio ben più articolata.

Certamente i punti di forza ed i caratteri innovativi della legge in commento vanno individuati: a) nella cristallizzazione del valore "fondamentale" del diritto all'autodeterminazione terapeutica; b) nell'espressa introduzione e regolamentazione delle tanto discusse disposizioni anticipate di trattamento (DAT).

1. Nuova linfa per la medicina difensiva: i danni risarcibili in caso di omessa assunzione del consenso informato.

Analizzati il fondamento giuridico ed i caratteri del consenso informato, si rende infine doverosa l'individuazione dei danni risarcibili nelle ipotesi di inadempimento dell'obbligo di informazione da parte del medico.

La questione presuppone alcune battute introduttive.

Innanzitutto, l'argomento in esame si inserisce nella tortuosa problematica della c.d. pluripartizione del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c.[24], costituendo uno dei terreni più battuti nell'odierno panorama giurisprudenziale, ove si riscontrano soluzioni spesso confliggenti.

Le difficoltà del tema *de quo* sono dovute anche al non facile coordinamento con il generale principio di non ammissibilità dei danni *in re ipsa*.

Preme evidenziare sin da subito, infatti, che la lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica – in sé e per sé considerata – si configura come un'ipotesi ben diversa rispetto a quella in cui si cagiona un'effettiva offesa al diritto alla salute.

Non di rado, tuttavia, i nocumenti in parola coesistono.

Si pensi, in via esemplificativa, al caso di esito infausto di un intervento ricostruttivo del legamento crociato, al quale il paziente si era sottoposto

24 Per uno studio del tema legato alla categoria del danno non patrimoniale v. Virgadamo P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino, 2014.
Peraltro, la scomposizione del danno non patrimoniale in più voci (autonome) ha radici lontane, nonostante gli innumerevoli tentativi di *reductio ad unum*: sul punto si rinvia a C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1995, 166 ss.; Alpa G., *Il danno biologico*, Padova, 1993;
Sulla discussa teorica del danno esistenziale v., in anni di dibattito particolarmente intenso, Cendon P. (a cura di), *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di danno nella giurisprudenza*, Milano, 1994; Ziviz P.: "Alla scoperta del danno esistenziale", *Contr. impr.*, 1994, 845; Id., *Il danno esistenziale preso sul serio*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 1343; Cendon P. (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, 9 ss.; Ziviz P., *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999, 423; Id., *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in Cendon P. e Ziviz P. (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, 36 ss.; P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001; Ziviz P., "Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni", *Resp. civ. prev.*, 2001, 417 ss.; Id., "Equivoci da sfatare sul danno esistenziale", *ivi*, 2001, 817 ss.; Cendon P., "Esistere e non esistere", *ivi*, 2001, 1251-1333; Id., "Chi ha paura del danno esistenziale?", *ivi*, 2002, 807 ss.; Cendon P. e Ziviz P., *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003.

ignorando il carattere non indispensabile dell'operazione ai fini della riacquisizione delle capacità ambulatorie, in quanto non correttamente e previamente informato dall'ortopedico.

A ben vedere, in siffatta ipotesi, al nocumento derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica (artt. 13 e 32 Cost.) si aggiungerà quello derivante dall'aggravio – seppur momentaneo – delle condizioni di salute (art. 32 Cost.).

In poche parole, deve inevitabilmente riconoscersi all'omissione informativa una astratta capacità plurioffensiva[25], in quanto potenzialmente idonea a ledere distinti interessi sostanziali (autodeterminazione terapeutica e salute), tutti suscettibili di reintegrazione risarcitoria laddove sia fornita la prova che dalla loro lesione siano derivate specifiche conseguenze dannose.

Come si evince da queste prime osservazioni, la complessità del tema legato all'individuazione dei nocumenti risarcibili in caso di inadempimento all'obbligo del consenso informato ne impone un'analisi finalizzata alla semplificazione delle questioni sottese, le quali consistono: a) nella qualificazione della natura – contrattuale o aquiliana – della responsabilità conseguente all'omessa assunzione del consenso informato; b) nella concreta individuazione dei danni – patrimoniali e non – meritevoli di ristoro; c) nell'esplicitazione degli oneri probatori da assolvere in considerazione del nocumento che viene in rilievo.

In primo luogo, quindi, si sottolinea come l'odierno impianto normativo dettato dalla novella del 2017 abbia definitivamente chiarito qualsiasi dubbio circa la natura della responsabilità derivante della mancata assunzione del consenso informato.

Il dovere di informazione si configura quale specifica obbligazione legale (art. 1173 c.c.) gravante sul medico, la cui inosservanza comporta una responsabilità contrattuale in capo al medesimo (artt. 1218 c.c.).

Non appaiono pertanto più persuasive le pregresse soluzioni ermeneutiche[26] che, inquadrando il rapporto "medico – obbligo di informazione – paziente" in una

25 Lo sottolinea la stessa giurisprudenza di legittimità: v. Cass., 2 luglio 2019, n. 28985, secondo cui "la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: a) un danno alla salute, quando sia ragionevole ritenere che il paziente – sul quale grava il relativo onere probatorio – se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento (onde non subirne le conseguenze invalidanti); b) un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, predicabile se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale (ed in tale ultimo caso di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. (…)".

26 Sulla tesi della responsabilità da omessa informazione avente natura contrattuale, nascente dal contatto sociale tra il paziente ed il medico, v., tra le altre, Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Foro it.*; Cass., 6 ottobre 1997, n. 9075, in *Giur. it.*, 1998, 1816; nonché Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, ove veniva già espressamente enunciata la tesi in esame, osservandosi che "(…) il contratto d'opera professionale si conclude tra il medico ed il paziente, quando il primo, su richiesta del secondo, accetta di esercitare la propria attività professionale in relazione al caso prospettatogli; che tale attività si scinde in due fasi, quella, preliminare,

fase precontrattuale (art. 1337 c.c.) o valorizzando il contatto sociale tra gli stessi[27], attribuivano alla responsabilità *de qua*, rispettivamente, natura aquiliana (art. 2043 c.c.) ovvero contrattuale (art. 1218 c.c.).

In secondo luogo, con riferimento alla concreta individuazione dei nocumenti risarcibili in caso di inadempimento all'obbligo di assunzione del consenso informato, preme svolgere – come già in parte accennato in epigrafe – alcune considerazioni preliminari.

La struttura dell'illecito civile delineata dall'art. 1223 c.c. non si esaurisce con il c.d. danno – evento, ossia con la violazione dell'interesse tutelato dall'ordinamento, necessitando altresì della prova dell'esistenza di un danno – conseguenza, ossia di un determinato effetto pregiudizievole (di natura patrimoniale o meno) avvinto sul piano eziologico all'*eventus – damni*.

Non sono pertanto ammissibili i ristori dei c.d. danni *in re ipsa*, ossia di quei nocumenti la prova della cui esistenza si arresta allo stadio del danno – evento, a prescindere dalla sussistenza o meno di un pregiudizio consequenziale allo stesso[28].

Ebbene, la responsabilità per omessa informazione ha sempre posto problemi di coordinamento con il principio in parola: non sarebbe ammissibile, infatti, il ristoro del mero danno – evento consistente nella lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

diagnostica, basata su rilevamento dei dati sintomatologici, e l'altra, conseguente, terapeutica o di intervento chirurgico, determinata dalla prima; che l'una e l'altra fase esistono sempre, e compongono entrambe l'inter dell'attività professionale, costituendo perciò entrambe la complessa prestazione che il medico si obbliga ad eseguire per effetto del concluso contratto di opera professionale; che, poiché solo dopo l'esaurimento della fase diagnostica sorge il dovere del chirurgo di informare il cliente sulla natura e sugli eventuali pericoli dell'intervento operatorio risultato necessario, questo dovere di informazione, diretto ad ottenere un consapevole consenso alla prosecuzione dell'attività professionale, non può non rientrare nella complessa prestazione (…)". Di qui, in tesi, la natura contrattuale della responsabilità derivante dall'omessa informazione derivante dal contatto sociale che si veniva a creare tra il medico ed il paziente.
Sulla diversa tesi della responsabilità *de qua* come aquiliana, v. Cass., 15 gennaio 1997, n. 364. Chiaramente, la giurisprudenza di legittimità appena richiamata riconduceva la categoria della responsabilità *ex* art. 1337 c.c. nell'alveo della responsabilità aquiliana, tuttavia, anche quest'ultimo assunto non appare ad oggi più certo ed inconfutabile, essendo nota l'esistenza di una diversa impostazione ermeneutica secondo cui la responsabilità precontrattuale costituirebbe un'ipotesi di responsabilità *ex* art. 1218 c.c.
In generale, Sulla responsabilità aquiliana, in generale, v. Perlingieri P., *Manuale di diritto civile,* Napoli, 2018, 877 ss.

27 Emblematica risulta la nozione offerta da C. M. Bianca, in *Lessico di diritto civile,* Milano, 2001, 607, secondo cui per rapporto contrattuale di fatto si intende un rapporto che nasce da un contatto sociale che prescinde dal contratto e si modella tuttavia secondo il contenuto di un contratto tipico.

28 Sull'inammissibilità dei c.d. danni *in re ipsa* v., di recente, Cass., Sez. III, 12 novembre 2019, n. 29206, secondo cui "il danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti inviolabili della persona è risarcibile a condizione che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale, che il danno non sia futile, ovvero non consista in meri disagi o fastidi e che, infine, vi sia specifica allegazione del pregiudizio, non potendo assumersi la sussistenza del danno *in re ipsa*".

In poche parole, le vere difficoltà in materia concernono l'effettiva individuazione dei c.d. danni – conseguenza meritevoli di ristoro (laddove dovessero venire in rilievo nella singola fattispecie concreta) a seguito della lesione del diritto al consenso informato *ex* artt. 13 e 32 Cost.

Nello specifico, in ossequio alla predetta natura plurioffensiva, [29]i danni – conseguenza che possono in astratto venire in rilievo a seguito dell'omessa assunzione del consenso informato (inteso quale danno – evento) sono:

a) un danno alla salute (c.d. danno biologico – funzionale, di natura non patrimoniale, v. *infra*), consistente non solo nei pregiudizi subiti a causa della condotta colposa del medico, ma anche nelle complicanze prevedibili – ma colpevolmente taciute – pur in presenza di un'esecuzione tecnicamente perita del trattamento sanitario;

b) un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, consistente nel pregiudizio patrimoniale (di regola le spese sostenute per l'intervento) oppure non patrimoniale diverso dalla lesione del diritto alla salute (sussumibile nella nota categoria del c.d. danno morale).

In terzo luogo, deve chiaramente segnalarsi il diverso regime probatorio richiesto in considerazione del nocumento che viene in rilievo.

Invero, al fine del ristoro dell'eventuale danno alla salute, consistente nelle complicanze prevedibili – ma colpevolmente taciute – pur in presenza di un'esecuzione tecnicamente perita dell'intervento, graverà sul paziente l'onere di dimostrare – anche a mezzo di presunzioni – che, ove fosse stato correttamente e previamente reso edotto dal medico, avrebbe rifiutato di sottoporsi al trattamento.

Diversamente, qualora il danno alla salute derivi da una colpevole condotta del sanitario, sarà sufficiente che il paziente alleghi l'inadempimento, gravando sul primo – in ossequio ai principi dettati in tema di responsabilità contrattuale – l'onere di fornire la c.d. prova liberatoria[30].

29 *Cfr.* Cass., Sez. III, 3 settembre 2007, n. 18513; Cass., Sez. III, 30 marzo 2011, n. 7237; Cass., Sez. 27 novembre 2012, n. 20984; Cass., Sez. III, 15 novembre 2013, n. 25764; Cass., Sez. III, 14 luglio 2015, n. 14642; nonché la decisiva Cass., Sez. III, 2 luglio 2019, n. 28985.

30 In generale, sull'onere probatorio nelle ipotesi di responsabilità medica v., di recente, Cass., 25 agosto 2020, n. 17696, *Guida al diritto*, 2020, 37, 56, secondo cui "ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione. Ciò sul presupposto che nelle obbligazioni di diligenza professionale sanitaria il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, cioè il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore, ma del diritto alla salute, che è l'interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato".

Quanto al danno patrimoniale conseguente alla lesione del diritto all'autodeterminazione, di regola consistente nelle spese sostenute per l'intervento, graverà sul paziente l'onere di provare – anche a mezzo di presunzioni – il c.d. dissenso informato che avrebbe opposto in caso di adempimento all'obbligo informativo da parte del sanitario.

Da ultimo, con riferimento al nocumento non patrimoniale – diverso dal danno alla salute – derivante sempre dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, la condizione di risarcibilità del medesimo sarà, oltre l'ipotetico dissenso informato, l'obiettivo superamento della soglia di serietà e gravità del pregiudizio patito[31]

2. Rilievi conclusivi e soluzioni ermeneutiche per lotta alla medicina difensiva.

Volendo prudentemente procedere ad alcune riflessioni finali, sembra possibile affermare come la bizzarria risarcitoria che troppo spesso attanaglia gli istituti legati alla materia del danno non patrimoniale (tra cui rientra certamente quello della lesione dell'autodeterminazione terapeutica) necessita come sempre di delucidazioni per delimitare l'area del giuridicamente rilevante.

La lotta al fenomeno della medicina difensiva, quindi, non può sfuggire alle logiche dell'attività ermeneutica. Spetta all'interprete trovare possibili chiavi di lettura della normativa vigente idonee ad arginare l'area dei nocumenti risarcibili in materia, in modo da alleggerire l'eccessivo onere risarcitorio che troppo spesso grava sugli operatori sanitari.

Per questo motivo, sembra possibile segnalare i seguenti concetti fondamentali.

Il diritto all'autodeterminazione terapeutica gode di una piena autonomia dogmatica, trovando il suo fondamento costituzionale negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, in armonia, tra l'altro, con quanto disposto dall'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, e risultando ulteriormente confermato dall'art. 33 della legge 833 del 1978 e dall'art. 1 della legge n. 219 del 2017.

A seguito dell'entrata in vigore della novella legislativa del 2017, il dovere di assunzione del consenso informato del paziente si configura quale espresso

Sul punto, v. anche Cass., 26 febbraio 2020, n. 5128, *Foro.it*, 2020, 5, 1595; Cass., 15 giugno 2020, n. 11599, *Guida al diritto*, 2020, 31, 78.
Nello specifico, sulla rilevanza della C.T.U., v. Cass., 23 ottobre 2018, n. 26700, *Guida al diritto*, 2019, 9, 60, ove è stato precisato che in materia di responsabilità sanitaria, la consulenza tecnica è di norma consulenza percipiente a causa delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie non solo per la comprensione dei fatti, ma anche per la rilevabilità stessa dei fatti, i quali necessitano di specifiche cognizioni e strumentazioni tecniche: atteso che proprio gli accertamenti in sede di consulenza offrono al giudice il quadro dei fattori causali entro il quale far operare la regola probatoria della certezza probabilistica per la ricostruzione del nesso causale.

31 Cfr., tra le varie, Cass., Sez. III, 19 settembre 2019, n. 23328.

obbligo *ex lege* (art. 1173 c.c.) gravante sul medico, dalla cui violazione deriva una responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) in capo a quest'ultimo.

Indiscussa risulta l'astratta capacità plurioffensiva dell'omissione informativa.

L'inadempimento all'obbligo di assunzione del consenso informato, infatti, si configura quale danno – evento, potenzialmente idoneo a ledere il diritto alla salute (art. 32 Cost.) ed il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente (artt. 2, 13 e 32 Cost.).

Segnatamente, nelle suddette ipotesi possono venire in rilievo i seguenti danni – conseguenza:

a) il danno biologico (c.d. danno funzionale), inteso quale nocumento non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute e consistente nelle complicanze prevedibili, ma colpevolmente taciute, pur in presenza di esecuzione tecnicamente perita del trattamento, a condizione che il paziente dimostri – anche a mezzo di presunzioni – che avrebbe negato il consenso ove adeguatamente informato;

b) il c.d. danno morale da lesione del diritto all'autodeterminazione, inteso quale nocumento non patrimoniale diverso da quello alla salute e consistente nel patema d'animo sofferto a causa della mancata possibilità di meditare su eventuali scelte alternative all'intervento eseguito, ovvero di ricorrere a strutture mediche differenti, ovvero di accettare l'idea di dover subire interventi demolitori oppure, ancora, nell'eventuale scelta di posticipare nel tempo il trattamento (in ogni caso, la risarcibilità è subordinata alla duplice condizione della dimostrazione dell'eventuale dissenso informato e del superamento della soglia di serietà e gravità del pregiudizio patito);

c) il danno patrimoniale conseguente alle spese sostenute per l'intervento medico, sempre a condizione che il paziente fornisca la prova – anche a mezzo di presunzioni – che avrebbe opposto un rifiuto laddove informato diligentemente.

Questo quadro sintetico, comprensivo delle principali questioni, dovrebbe verosimilmente fungere da linea guida, utile per l'interprete nell'approccio alla tematica del consenso informato.

Del resto, l'apprezzabile tentativo dei giudici di legittimità di richiamare tutte le ipotesi concretamente configurabili non fa venire meno l'esigenza di un auspicabile intervento del legislatore.

Alla novella normativa del 2017, infatti, si deve certamente riconoscere il merito di avere attribuito una prima embrionale disciplina dell'istituto in esame.

Tuttavia, le dimensioni che nel corso del tempo ha assunto la tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica necessiterebbe ormai di un compiuto, organico e sistematico impianto normativo.

Sarebbe infatti auspicabile, quantomeno, una specificazione dei criteri in presenza dei quali potrebbe dirsi positivamente assolto (da parte del medico) l'obbligo di assunzione del consenso informato del paziente, al fine scongiurare il rischio di pretestuose richieste risarcitorie.

BIBLIOGRAFIA

Alpa, G.: *Il danno biologico*, Padova, 1993.

Balduzzi, R. e Paris, D.: "Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative", *Giur. cost.,* 2008, 6, 4963.

Belvedere, A.: *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Torino, 1977, 106.

Bertolini, A.: "Dall'imaging ai sistemi esperti. La responsabilità del medico e le nuove frontiere della medicina difensiva", *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica* e *dell'intelligenza artificiale in medicina*, Convegno dell'Università di Verona, 12 giugno 2020.

Carapezza Figlia, G.: "Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita", nota a Corte cost., ord., 16 novembre 2018, n. 207, *Rass. dir. civ.,* 2019, p. 566.

Carapezza Figlia, G. e Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", *Arch. Giur.*, 2017, 2, p. 327.

Carapezza Figlia, G.: "Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento", *Familia*, 2004, 1055.

Carapezza Figlia, G.: "Osservazioni in merito alle recenti proposte di legge in materia di testamento biologico e direttive anticipate", *Ann. Fac. Econ. Benevento*, 9, Napoli, 2004, 27.

Cendon, P. e Ziviz, P.: *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003.

Cendon, P.: "Chi ha paura del danno esistenziale?", *Resp. civ. prev*, 2002, 807.

Cendon, P. (a cura di): *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001.

Cendon, P.: "Esistere e non esistere", *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 1251-1333.

Cendon, P. (a cura di): *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di danno nella giurisprudenza*, Milano, 1994.

Chinè, G., Fratini, M. e Zoppini, A.: *Manuale di diritto civile*, Roma, 2017, 2015.

D'Arca, G.: "Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento", *Riv. it. med. leg.*, 2, 2019, 671.

D'Arrigo, C.: "Salute (Diritto alla)", *Enc. Dir.*, Milano, 2001, 1013.

De Matteis, R.: "*La responsabilità medica. Un sottoinsieme della responsabilità civile*", Padova, 1995.

Femia, P.: "*Dinanzi al dolore della parte. Il dovere costituzionale di fare regole con sentenze*", O. Di Giovine – G. D'Alessandro, *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato – Antoniani,* Torino, 2020, 231.

Florena, M.: "La responsabilità del medico: focus sui danni risarcibili in caso di inadempimento dell'obbligo di assunzione del consenso informato", *Riv. fam. pers.*, 2021, 1007, nota a Cass, Sez. III, 3 novembre 2020, n. 24462.

Florena, M.: "La responsabilità del medico: natura e spunti di riflessione in tema di riparto dell'onere probatorio", *Riv fam. pers.*, 2021, I, 16.

Frezza, G.: "Abitazione e confinamento. covid-19, diritto di visita del genitore non affidatario e successione mortis causa nel diritto abitativo", *Dir. fam. pers.*, 3, 2020, 1140.

Lipari, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 44.

Lipari, N.: "Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto", *Riv. trim.*, 2016, 1153.

Locatelli, L.: "Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del «più probabile che non?»", nota a Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, *Resp. Civ. prev.*, 2008, 323 ss.

Luciani, M.: "Sui diritti sociali", R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali,* Torino, 1994, 96.

Palazzani, L.: "Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche", *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 965.

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

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – europeo delle fonti,* III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, 1.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile,* Napoli, 2018, 877.

Perlingieri, P.: "I valori e il sistema ordinamentale aperto", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1.

Perlingieri P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giust. Prov. Civ.*, 2011, p. 1.

Perlingieri, P.: "Un approfondimento della tecnica del ragionevole bilanciamento degli interessi", E. Giorgini, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 58.

Perlingieri, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 333.

Rotondo, V.: *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, p. 113.

Ruggeri, A.: "Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)", *Giurcost.org,* 2018, 3, 571.

Todeschini, N.: *La responsabilità medica*, Torino, 2019.

Todeschini, N.: "Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla Balduzzi", *Quale Giustizia*, Firenze, p. 2017.

Todeschini, N.: "Illeciti vecchi e nuovi", *La responsabilità medica*, Torino, 2016.

Todeschini, N.: "Riforma Gelli, tra interpretazioni di regime e realtà vince il contatto sociale", *www.personaedanno.it.*

Virgadamo, P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino, 2014.

Virgadamo, P.: "Danno non patrimoniale e nuova ingiustizia conformata: le quattro stagioni dell'art. 2059 c.c. in attesa della Corte Costituzionale?", *Riv. fam. pers.*, 2010, p. 597.

Ziviz, P.: "Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni", *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 417.

Ziviz, P.: "Equivoci da sfatare sul danno esistenziale", *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 817.

Ziviz, P.: "Verso un altro paradigma risarcitorio", Cendon, P. e Ziviz, P. (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, p. 36.

RECENSIONES

Cobas Cobiella, M.ª E. y Guillén Catalán, R. (dir.): *Equidad y transparencia en la prestación de servicios*, Dykinson, Madrid, 2023.

La monografía dirigida por las profesoras María Elena Cobas Cobiella y Raquel Guillén Catalán con el título "Equidad y transparencia en la prestación de servicios" se centra en el análisis y estudio del impacto que la equidad y la transparencia tienen en la conformación de las relaciones jurídicas.

En este sentido, la enorme trascendencia práctica de la figura de la transparencia, así como la ausencia de estudios doctrinales sobre dicha figura desde una perspectiva transversal dentro de nuestro país hacen especialmente interesante y recomendable la consulta de esta obra colectiva.

La monografía se divide en once interesantes capítulos encabezados por el primero de ellos titulado "Transparencia: cambio social y evolución del Derecho" donde se enumeran los objetivos de la obra y donde se vislumbra de la exposición del Prof. Orduña Moreno las máximas de la institución de la transparencia como nuevo valor del cambio social y cultural de la sociedad española, como presupuesto indispensable del modelo de protección social europeo, como valor transversal de unidad y de cohesión de todos los españoles, así como elemento impulsor de la convergencia con la Unión Europea, convirtiéndose en un verdadero valor y,

por qué no, en un nuevo derecho de los ciudadanos, no siendo una opción su aplicación.

En el capítulo segundo "La apertura del código fuente y la transparencia en la contratación de servicios", la Profª Gil Membrado realiza un clarificador estudio de la utilización del código fuente y sus involucraciones en el ámbito jurídico, concretamente con la defensa de los consumidores y usuarios, haciendo especial referencia a la situación del consumidor vulnerable en la contratación de servicios de electricidad.

No terminan aquí las notas distintivas de las novedades estudiadas en el trabajo aquí reseñado, puesto que en el capítulo tercero sobre "La transparencia algorítmica frente a los riesgos de segmentación y exclusión social", la Profª. Sancho López analiza el concepto de algoritmo, las diferencias entre el cálculo algorítmico y la neutralidad algorítmica, centrándose posteriormente en los riesgos asociados a esta nueva realidad que pueden generar segmentación e incluso exclusión social si no se aplican criterios de transparencia en su desarrollo.

A continuación, la Profª Guillén Catalán en el capítulo cuarto titulado "Extensión del control de transparencia a la contratación entre empresarios en los mercados digitales" se pronuncia a favor de la necesidad de la aplicación de la transparencia a la generalidad de sujetos intervinientes en la contratación, haciendo especial referencia al Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios, que fue la primera norma en establecer una serie de requisitos de transparencia y control de abusividad en esta contratación, atendiendo que, aunque tengan la condiciones de empresario los adherentes existe una clara posición de prevalencia de las plataformas de intermediación frente a sus usuarios a la hora de redactar y diseñar el contenido del contrato, en el que la parte adherente no tiene capacidad de influencia en el contenido predispuesto.

Siguiendo en el ámbito del desequilibrio del predisponente (intermediario) en perjuicio del adherente (usuario profesional), el Prof. Plaza Penadés en el capítulo quinto sobre "Transparencia y patrones oscuros en los servicios de intermediación online" analiza los requisitos de transparencia en el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector (Reglamento de Mercados Digitales), así como en el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales) e incluso menciona el artículo 13 de la Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos), sobre cláusulas contractuales abusivas

impuestas unilateralmente a microempresas, pequeñas o medianas empresas para finalizar con la clarificación de la práctica de los patrones oscuros.

En el capítulo sexto "Inteligencia artificial y transparencia en relación con la regulación de los servicios y mercados digitales", la Profª Ramón Fernández realiza un estudio de la relación con la inteligencia artificial y la transparencia teniendo en cuenta tanto la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, como el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Datos), de 23 de febrero de 2022.

Otro de los ámbitos en los que se observa claramente la necesidad del cumplimiento del principio de transparencia para la protección jurídica de la parte adherente es en el mercado inmobiliario, el Prof. Estruch Estruch analiza en el capítulo séptimo la "Compraventa realizada con intermediación de agencia inmobiliaria: hojas de visita firmada por el comprador y honorarios de la agencia" la práctica habitual de las inmobiliarias de incluir el pago de honorarios en la hoja de visitas como si se tratara de la formalización de un contrato de gestión de compra, haciendo especial referencia cuando el comprador tiene la condición de consumidor y la hoja de visitas se firma fuera de establecimiento mercantil.

El capítulo octavo "Transparencia en el procedimiento de mediación. Especial caso de la empresa familiar" entrelaza de manera clara y sistematizada las sinergias entre el principio de transparencia con los principios de la institución de la mediación. La Profª Cobas Cobiella, además, no solo analiza la institución de la mediación como mecanismo adecuado de resolución de controversias, sino que ejemplifica la especial incidencia a través de un supuesto particular y tan esencial en el entramado empresarial español como es la articulación de este procedimiento en las empresas familiares.

El libro continúa en el capítulo noveno con el estudio de la "Transparencia, protección y control de los datos de salud en la sanidad digital" por la Profª Vivas Tesón. La autora afronta con este trabajo los retos que en la actualidad tiene el sistema de salud, como con la implantación de la historia clínica digital que interoperable entre los distintos ámbitos asistenciales y entre las Comunidades autónomas, la absoluta desconexión entre las bases de datos de los servicios públicos de sanidad y los seguros y mutuas privadas, el desarrollo exponencial de procesos de salud digitalizados, así como la inclusión de la inteligencia artificial en los estudios clínicos y detección de enfermedades, entre otros. Todo este proceso de digitalización de datos especialmente protegidos hace necesario la articulación del principio de transparencia desde que el interesado de los datos reciba de modo transparente los modos de tratamiento hasta que conozca en

concreto los usuarios que han accedido a su historia clínica, para garantizar el derecho fundamental reconocido constitucionalmente y general confianza en la sanidad digital.

El décimo capítulo, siguiendo en el ámbito de la transparencia y la protección de datos personales, el Prof. Ortega Giménez y la Profª Heredia Sánchez realizan un trabajo titulado "Protección de datos personales, transparencia y voluntariado con personas migrantes en España" en el que afrontan los retos que tienen especialmente las organizaciones no gubernamentales en el tratamiento de los datos tanto de sus afiliados voluntarios como de los que recaban estos durante sus actuaciones de cooperación, teniendo en cuenta la relevancia social que ejercitan en nuestro país con personas migrantes.

En último término, el capítulo undécimo, aborda los retos de la contratación de servicios en el metaverso desde un estudio del derecho comunitario, explicando desde cómo han evolucionado los metaversos como plataformas de servicios, pasando por señalar la extensión de estos, y analizando en profundidad su regulación en el derecho comunitario desde todos los prisas posibles, protección de los consumidores, regulación del mercado digital, competencia desleal, propiedad intelectual y privacidad y protección de datos. El Prof. Cruz Ángeles señala como una de las cuestiones claves para el rápido crecimiento y adopción de estos entornos virtuales, así como los retos en su constante evolución la transparencia.

Todo lo anteriormente expuesto refleja la complejidad y plena actualidad del tema que es objeto de investigación en la presente obra colectiva que, sin lugar a duda, está llamada a convertirse en un referente científico en la materia debido al rigor, la claridad y la exhaustividad en el tratamiento de las cuestiones analizadas.

Luz M. Martínez Velencoso
C.U. Derecho Civil
Universitat de València

Corpas Pastor, L.: *La responsabilidad civil en el ejercicio de la odontología,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 396 pp.

Esta monografía es fruto del trabajo de investigación realizado por su autor para la elaboración de su tesis doctoral, titulada "Consentimiento informado e indemnización de daños en responsabilidad odontoestomatológica", dirigida por la Dra. Dª Ana Cañizares Laso, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga, que obtuvo la calificación de Sobresaliente y mención *cum laude*. La calidad del trabajo queda avalada con la obtención por dicha tesis del Premio de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, para tesis de derecho privado defendidas en el curso 2021-2022.

La estructura resulta acertada para la comprensión de la materia objeto de de estudio. Así, la obra incluye un planteamiento inicial, en la introducción, donde se explica el estado de la cuestión, y el propósito del trabajo. Comienza con el estudio del origen, concepto y elementos del consentimiento informado, plasmado a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que se analiza extensamente, así como su regulación autonómica. El autor realiza relevantes aportaciones científicas en relación a la concepción dogmática del consentimiento informado como elemento conformador tanto "de la prestación de hacer, diligente e inequívocamente

comprometida, ya que distribuye riesgos ab initio, trasladándolos al deudor, cuando este omite información legalmente exigible", como del propio alcance de la eventual indemnización. Para ello declara la consideración que tiene el consentimiento informado como derecho humano fundamental y analiza pormenorizadamente el tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado.

Es exhaustivo el estudio que se realiza del consentimiento informado, que se considera una parte integral de la diligencia en la prestación dental y se exige su forma escrita en los casos legalmente establecidos; a diferencia de lo que sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues no debe limitarse únicamente a la provisión de información previa. El autor considera que es una exigencia tanto legal como ética para los dentistas y goza de una protección máxima como derecho fundamental, en conexión con el derecho a la integridad física y moral según los artículos 15 de la Constitución Española y 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, se trata de un derecho humano relacionado con el derecho a la vida privada y familiar, según el artículo 8.1 del Convenio de Roma de 1950. En este aspecto, el Doctor Corpas se centra en las particularidades de las normativas autonómicas y propone soluciones para los posibles conflictos generados por la dispersa legislación sanitaria en relación al consentimiento informado.

De especial interés es el estudio del contrato de tratamiento odontológico en cuanto integra no solo las obligaciones que nacen del contrato principal, entre dentista y paciente, sino eventualmente, algunas otras nacidas desde diferentes contratos conexos. Asimismo, trata la responsabilidad distinta que pueda surgir cuando se incumplen tales obligaciones, distinguiendo cuando los colaboradores del dentista se encuentren, o no, bajo la supervisión y control de uno sobre otro.

El objetivo principal del trabajo se desarrolla en el capítulo tercero dedicado al régimen jurídico de la responsabilidad en el sistema español, centrándose en la responsabilidad civil del dentista por incumplimiento o defecto en la prestación de hacer, o por daños casi siempre derivados de un cumplimiento defectuoso. En la primera parte analiza la responsabilidad en el sistema español para terminar concretándola en el ámbito particular de la responsabilidad profesional sanitario y del dentista en particular. Se estudia y critica tanto la doctrina más reciente, así como la jurisprudencia, mostrando cómo ha ido evolucionando hasta la situación actual.

A continuación, el Doctor Luis Corpas aborda con acierto desde la simple realidad de la relación dentista-paciente avanzando hacia su complejidad dentro del paradigma del derecho de consumidores y usuarios. Realiza un análisis detallado de los contratos conexos y las obligaciones que surgen e incluso aborda la eficacia del contrato de tratamiento odontológico frente a terceros. El punto culminante

se alcanza cuando se dedica el apartado tercero y final del capítulo 3 al análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil titulado "la seguridad jurídica tensionada en la práctica judicial".

En el libro se analiza en profundidad el daño como menoscabo de un interés del cual debe responder otra persona. En especial se centra la investigación en el daño en estomatología y el daño dental indemnizable. En cuanto contrato, por sus especiales características, el autor defiende que su incumplimiento o cumplimiento defectuoso requiere redefinir el «interés positivo» en este contrato particular, que, según él, abarca no solo posicionar al acreedor como si se hubiese cumplido el contrato, sino, además comprende la indemnización de daños corporales y morales que hayan podido producirse con ocasión de la ejecución de prestaciones que seguramente afectan la integridad personal del acreedor.

En el capítulo quinto se aborda con brillantez la indemnización y la valoración del daño, explicando los instrumentos legales disponibles para ello en la actualidad, aportando novedosas propuestas. Como ejemplo, se dice acerca del interés positivo del deudor, que debe ser restituido este "de acuerdo con lo establecido en el artículo 1106 del Código Civil, lo cual debería incluir la indemnización por el daño extrapatrimonial derivado tanto del daño corporal como del resultado del contrato, así como el daño moral", cuando por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato se provoquen tales daños al acreedor, debido principalmente a las peculiaridades de este particular contrato de tratamiento odontológico.

El Doctor Corpas realiza una completa interpretación de la ley existente y, al mismo tiempo, sintetiza los aspectos doctrinales contemporáneos del Derecho Civil. Estos aspectos se refuerzan con una exhaustiva revisión jurisprudencial en cada uno de los cinco capítulos en los que se divide esta obra. Con una amplia bibliografía de gran actualidad que alcanza una profundidad importante que se complementa con una tabla jurisprudencial meticulosamente elaborada, lo que probablemente lo convierta en una obra doctrinal imprescindible para el estudio de la responsabilidad sanitaria en general y odontológica en particular.

La monografía es útil tanto para profesionales del derecho como para profesionales sanitarios, especialmente dentistas. Sin embargo, y quizás de manera intencionada, se echa de menos una referencia más amplia a la doctrina médico-legal y odontológica en particular. Probablemente sea intención del autor desligarse completamente de la doctrina médico-legal, para centrarse en la doctrina civilista. Aunque esto no disminuye en su valor, para el Dr. Luis Corpas con formación en Odontología y en Derecho.

Podemos concluir que, pese a que el contrato de tratamiento odontológico presenta gran complejidad y amplia casuística, el autor estudia este ámbito con sencillez y profundidad de análisis. Sin duda se trata de un relevante trabajo de investigación sobre el daño y su cuantificación en el ámbito de la odontología que pone a nuestra disposición el Dr. Corpas.

María del Carmen Luque Jiménez
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Estellés Peralta, P. M.ª (dir.): *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 480 pp.

Este libro aborda la problemática de la gestación subrogada desde diferentes perspectivas, como la bioética, la sociológica, la jurídica y la antropológica. Por ello, se trata de una obra colectiva que reúne en 15 capítulos a 16 expertos de distintas disciplinas y que pretende ofrecer una visión global y multidisciplinar de este tema.

La obra ha sido dirigida por la Dra. Pilar María Estellés Peralta, coordinada por la Dra. María José Salar y prologado por la Dra. María Dolores Cervilla Garzón.

El libro comienza con una parte más antropológica que desarrollan las profesoras Teresa Cid y Gloria Casanova.

La profesora Teresa Cid en su capítulo "Maternidad subrogada y genealogía de la persona" reflexiona sobre la maternidad subrogada y la genealogía de la persona. La relación está inscrita en lo más radical de nuestra identidad, la de ser hijos. Esta primera relación tiene un valor incondicional, es fuente de identidad. La persona humana nace arraigándose en una genealogía que ha de ser *personal,* por eso la relación materna es un *bien relacional insustituible*. Para desarrollarse y alcanzar su plenitud, el hombre no solo necesita un útero físico, sino también un

útero espiritual, constituido por el amor de sus padres que lo esperan como un *don*. Por eso el hijo no puede concebirse como un producto o una mercancía. En el caso de la maternidad subrogada, no se trata de las condiciones bajo las cuáles se hace el contrato (condiciones de desigualdad) sino de la *naturaleza del bien* que se compra y se vende. Lo que hace esta práctica censurable no es que sea coactiva sino que es *corruptora*. La capacidad procreadora está fuera del tráfico jurídico y mercantil porque es inalienable, un don o un atributo que ha de ejercerse conforme a normas de responsabilidad y protección, no según la demanda del mercado. Sin embargo, las investigaciones sociológicas dicen que de forma creciente las personas engendran hijos para la propia autorrealización individual. La procreación se convierte en *autorreferencial*, las personas engendran hijos por motivos principalmente intrínsecos al hecho mismo de engendrar, no por un propósito que lo trascienda. La dificultad está precisamente aquí: en la *pérdida del sentido trascendente* de la generatividad humana.

La doctora Casanova pertenece al Observatorio de Bioética de la UCV y en su capítulo reflexiona sobre la MS desde la antropología. La profesora Casanova sustituye el término MS por la expresión *maternidad gestante indebida o ilícita*, expresión que sitúa la gestación en el ámbito semántico de la maternidad y recalca la ilicitud de separar gestación y filiación, una calificación ética que se funda, más allá de cualquier ordenamiento jurídico positivo, en el reconocimiento de los DDFF del ser humano.

El Dr. Enrique Burguete, en el capítulo 4, enjuicia la maternidad subrogada desde el paradigma de la bioética principialista, preguntándose si esta transacción respeta los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia en relación con la madre gestante y el bebé gestado. La apelación a los "principios éticos" y no a las normativas jurídicas que regulan la vida social, se justifica en el primer párrafo, donde el autor sostiene que las leyes que rigen nuestro comportamiento tienen su asiento en un a priori ético, en un sistema de valores compartidos por los miembros de la comunidad. En definitiva, en unos principios.

Ahora bien: para el autor, estos principios morales no son meros universales culturales que se desgastan con el tiempo, ni hipótesis disponibles para una negociación estratégica. Antes bien, son universales empíricos que permiten enjuiciar la conducta humana en todo contexto. Y en este sentido, la «producción» de bebés para su transacción a terceros y la «instrumentalización» del cuerpo de la mujer para paliar frustraciones y/o satisfacer anhelos de éstos vulnera el más elemental principio moral: el que nos conmina a buscar el bien y a evitar el mal; a perseguir, a través de nuestros actos y elecciones, nuestra perfección y plenitud. Porque esa plenitud y perfección no es, en un ser racional, satisfacción de la apetencia expresada en el instinto ni de la conveniencia que se deriva del

egocentrismo natural, sino realización de lo que es bueno para el agente moral y para los afectados por su acción, o lo que es lo mismo, de lo que es «bueno por sí mismo» siempre y para todos.

Tras el desarrollo de estas ideas, el autor muestra que la maternidad subrogada vulnera los principios de autonomía, beneficencia y no maleficencia referidos a la madre gestante y al bebé gestado, desgranando pormenorizadamente sus argumentos e ilustrándolos con ejemplos de la vida real, facilitando y amenizando de este modo la comprensión y lectura del capítulo. En su último epígrafe se presentan unas breves conclusiones, de las que se extrae el carácter reprobable de esta práctica desde una perspectiva moral.

El Dr. Julio Tudela Cuenca, Director del Observatorio de Bioética de la UCV aborda el análisis de los aspectos biomédicos relacionados con los procesos de gestación subrogada, y su correspondiente valoración bioética, constituye el contenido de este capítulo del libro. Las cuestiones derivadas de la identidad genética del hijo gestado, con sus múltiples posibilidades, plantea el primer dilema. Otros aspectos biomédicos que implican a los padres comitentes, la mujer gestante, los donantes de gametos o el hijo gestado son también objeto de valoración bioética, poniendo de manifiesto numerosos conflictos de difícil solución asociados al proceso.

Carla Pla, en su capítulo trata de abordar la problemática que produce la práctica de la gestación subrogada a día de hoy, así como las consecuencias que se generan al respecto. En España, el art. 10 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara la nulidad de pleno derecho de los contratos por medio de los cuales se estipula la gestación subrogada, sin embargo, no ofrece soluciones a la problemática que sigue produciendo dicha práctica en la actualidad. Por todo ello, debido a la insuficiente regulación de la gestación por sustitución, los tribunales y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —denominada anteriormente Dirección General de los Registros y del Notariado- se han visto obligados a ofrecer soluciones al respecto casuísticamente, generándose así soluciones dispares y controvertidas.

Pilar María Estellés Peralta, directora de esta obra, en su capítulo sobre la "Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud" señala que la maternidad subrogada altera y supedita el bienestar del niño y su salud física y psíquica a los deseos de los padres/abuelos de intención; se atenta contra el interés superior del niño al romper su vínculo materno tras el parto, ya pactado en el contrato de gestación ab initio. En opinión de la autora, ciertamente es estupendo el nacimiento de nuevos hijos; una alegre noticia para la familia y para una sociedad envejecida como la española, dados los desastrosos índices de natalidad de nuestro país. Por ello, el deseo de tener un hijo/nieto nos parece a

todos, en principio, algo humano y comprensible. Y así es. Lo que no es humano y comprensible sino ética y jurídicamente reprochable es anteponer ese deseo de maternidad/paternidad/abuelidad al respeto de los derechos y dignidad de los perjudicados en esta empresa: la mujer gestante y el hijo gestado a través de la técnica de maternidad subrogada.

Siguiendo con la parte jurídica, el investigador Ángel Corredor realiza una serie de matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada. Corredor es Contratado predoctoral del Departamento de Filosofía de Derecho y Política de la Universidad de Valencia (España). Graduado en Administración y Dirección de Empresas y también graduado en Derecho por la Universidad de Valencia y Máster en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible también por la Universidad de Valencia. En el 7º capítulo de la obra, realiza un análisis crítico sobre algunos argumentos doctrinales que se han propuesto respecto de la maternidad subrogada como son la terminología (alquiler de vientre, gestación por cuenta ajena, maternidad sustitutiva, maternidad por encargo, etc), su condición o no de técnica de reproducción humana asistida y la prohibición de la MS en el ordenamiento jurídico español.

La profesora de Derecho Civil del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Europea de Madrid, Elena Goñi, analiza en su capítulo el contrato de gestación por sustitución. Goñi pretende reflexionar sobre la maternidad subrogada y su significado: ¿esta técnica supone una patrimonialización de la gestación, una patrimonialización de los hijos y su filiación, o una patrimonialización de todas estas cuestiones?

El estudio se aborda tomando como referencia la última propuesta de regulación en España de 2019 y la regulación de la materia en Portugal (Ley nº 32/2006, de 26 de julio).

Tras este capítulo, la profesora Cristina Mosquera, analiza la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución comercial afirmando rotundamente que mientras no se proceda a reformar la ley vigente para lograr que la nulidad de los contratos de gestación por subrogación sea aplicable a aquellos celebrados en el extranjero y se considere además la posibilidad de sancionar, en España, a las agencias que se dedican a esta práctica, la maternidad subrogada comercial, en particular la de alcance internacional, continuará como práctica ilícita de explotación habitual de las mujeres que se someten a ella y el fraude al sistema jurídico de la adopción que estos convenios provocan, al huir del ordenamiento jurídico español, porque no podemos eludir que esta habilidad es un fraude de ley, recogido en el artículo 6.4 CC, utilizando la adopción para conseguir los efectos que se persiguen mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución.

El Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Juan Francisco Rodríguez Ayuso, que es además Coordinador Académico del Grado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas, trata de los dilemas éticos y jurídicos y la perspectiva de la gestación por sustitución desde el papel de las Administraciones Públicas. En su investigación pretende explicar el marco normativo que regula esta práctica, aclarar cómo se puede delimitar el momento del nacimiento del vínculo de parentesco y sus implicaciones en cuanto a la atribución de la maternidad y la paternidad e identificar los mecanismos de protección de los derechos humanos y presentar la situación del contrato de maternidad subrogada en España.

El capítulo 11 es fruto de la colaboración de las profas. María Salar y Marta Albert, Profª. Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos. En se analizan las consecuencias ético-jurídicas derivadas del intercambio de embriones, planteando la pregunta sobre si el conocido principio de ¿mater Semper certa est? es decir, «La madre es siempre conocida», es aplicable o no en este ámbito. Para ello, confrontamos dos casos de intercambios de embriones en dos hospitales distintos (Nueva York y Roma) con dos soluciones distintas: en un caso el bebé se atribuyó a la madre gestante, siguiendo el ppio mencionado, y en el otro el juez de NY falló a favor de los padres genéticos señalando que "El ADN es ADN y la genética juega un papel importante en todo", truncando ese principio.

En el caso de la MS, aunque trate de presentarse como una técnica más de reproducción humana asistida, su introducción implicaría la excepción al principio de atribución de la maternidad a la gestante, en el que la regulación de las técnicas de reproducción asistida se fundamenta.

El capítulo del profesor de Verda, analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, poniéndola en relación con los más recientes casos decididos por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, ofreciendo una visión coherente del sistema español en la materia a la luz del principio constitucionalidad de la dignidad de la persona.

El profesor de Ciencias jurídico-políticas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Joao Carlos Loureiro, nos cuenta en su capítulo "La (in) experiencia portuguesa" entorno a la maternidad subrogada. El profesor Loureiro magistrado del Tribunal Constitucional portugués presenta en su capítulo "Gestación subrogada y dignidad(es): la (in)experiencia portuguesa", una breve síntesis del panorama portugués en torno al problema de la tradicionalmente llamada "maternidad subrogada" ("gestación subrogada" o "gestación por sustitución" – *gestação de substituição*, en el actual marco legal).

Para entender la cuestión de la llamada maternidad subrogada se mira al "horizonte" o a la circunstancia, considerándose brevemente el "triunfo de la voluntad", la "ultravictimización", un llamado "derecho a felicidad", la afirmación de la tecnociencia y la "alter-uterinidad.

Inicialmente, la Ley de la Procreación Médicamente Asistida (LPMA – Ley n. 32/2006, de 26 de julio) prohibía expresamente esta práctica. Sin embargo, la Ley n. 25/2016, de 22 de agosto, alteró la referida Ley, permitiéndola en condiciones muy estrictas (entre otras, excepcionalidad – solo "en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impidan de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer o en situaciones clínicas que lo justifiquen"; gratuidad; conexión genética del embrión al menos a una persona beneficiaria; la gestante no puede ser, en ningún caso, la madre genética, es decir, no puede contribuir con el ovocito). Se asistió entonces a una saga jurisprudencial y legislativa: primero, la Sentencia del Tribunal Constitucional (*Acórdão* TC n.º 225/2018) que entendió que la Constitución de la República Portuguesa (CRP) no rechaza la "gestación subrogada" como tal, pero esta solo sería admisible cuando se respetara un conjunto muy estricto de condiciones; después el Parlamento aprobó un nuevo diploma, que el Tribunal Constitucional también censuró (*Acórdão* TC n.º 465/2019); finalmente, fue aprobada la Ley n. 90/2021, de 16 de diciembre, que estableció el actual marco normativo, sucintamente analizado en este capítulo, introduciendo algunas precisiones (*v.g.*, en la formulación de la excepcionalidad) y desarrollando algunas soluciones.

Emilio J. Belencoso, ha contribuido a esta obra con un capítulo en el que relaciona la maternidad subrogada con la prestación por maternidad.

Por último, el capítulo que cierra esta obra colectiva es el de la profesora de la UCV, Mar Aranda, en el que trata de aproximarse a aquellos conflictos que pueden derivarse de un contrato de maternidad subrogada y, una vez identificados, analizar si la mediación, como método alternativo de solución de conflictos, puede desplegar sus efectos beneficiosos para las partes como: a) alcanzar el acuerdo más beneficioso para todos los implicados en el conflicto; b) evitar acudir a los tribunales de justicia para litigar; c) Cuidar por el interés superior del menor; d) rapidez y efectividad en el tiempo de resolución; e) flexibilidad del procedimiento de mediación; o f) el estar asistidos por un tercero imparcial y neutral, denominado mediador.

En definitiva, *Maternidad subrogada. La nueva esclavitud del siglo XXI* es un libro que ofrece una visión amplia y diversa de una práctica controvertida y compleja, analizando sus diferentes dimensiones desde distintos enfoques disciplinarios. Se trata de una obra que invita a reflexionar y a debatir sobre los retos éticos, sociales

y jurídicos que plantea la gestación subrogada, y que busca aportar herramientas para un análisis crítico y riguroso de esta cuestión.

Pedro Chaparro Matamoros
Prof. Contratado Dr. de Derecho Civil
Universitat de València

López Sánchez, C., Ortiz Fernández, M. (dir.), *et al.*: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales*, Aranzadi, Navarra, 2023, 292 pp.

La obra que se presenta y cuya recensión tengo el placer de elaborar se titula *Derecho y salud: retos jurídicos actuales*, recientemente publicada en la editorial Aranzadi. Como el lector puede deducir de la propia enunciación de dicho título, se trata de un estudio dedicado a uno de los temas más relevantes para la sociedad, en general, y para las personas, en particular. A nadie se le escapa que estamos ante bienes jurídicos de vital importancia tales como la propia vida, la integridad física y moral o la protección de datos; todos ellos, por lo demás, derechos fundamentales de la personalidad. En este sentido, vaya por delante mi sincera felicitación por la elección del tema objeto de análisis, por la estructura escogida, así como por las reflexiones y conclusiones que se exponen por los distintos autores, como tendré ocasión de justificar en las líneas que se siguen.

A este respecto, el primero de los capítulos, elaborado por el profesor Ortiz Fernández, se ocupa del ejercicio de la profesión sanitaria desde una perspectiva actual, estudiando algunos de los principales desafíos jurídicos a los que se enfrentan los profesionales de la salud o que se han de enfrentar en un futuro próximo. Sobre el particular y a modo de resumen, partiendo de unas consideraciones

preliminares referidas a la evolución de la relación médico paciente y a la relevancia del estado de la ciencia en este ámbito, analiza cuatro contextos que son, cuanto menos, conflictivos. En primer lugar, el autor se centra en la telemedicina, como una forma de prestar asistencia sanitaria a distancia (que se vio ampliamente extendida por la pandemia de la Covid-19), y cómo se ha establecer para respetar los derechos de los pacientes y, en especial, el consentimiento informado.

En segundo lugar, es innegable la importancia de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha supuesto una revolución en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, ciertamente surgen algunas dudas con respecto al sistema de apoyos que prevé y a su implementación en el campo sanitario en relación con el derecho de autodeterminación. Desde esta perspectiva, el autor ofrece, con gran claridad expositiva, las principales claves y cuestiones a tener en cuenta para resolver estas disquisiciones. En tercer lugar, se enfrenta a la eutanasia activa directa y al suicidio asistido y a su legalización en España tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En cuarto y último lugar, aparece la cuestión relativa a los menores de edad, y la necesidad de conjugar, de un lado, su interés superior y, de otro lado, su autonomía de la voluntad. Todas estas disquisiciones son resueltas por el autor con importantes propuestas de *lege ferenda* y mostrando amplios conocimientos sobre el tema, lo que convierte el capítulo en un estudio de referencia en este ámbito.

Por su parte, el segundo capítulo, obra del profesor Arnau Moya, está dedicado al consentimiento informado y, en concreto, al que considera un mal uso del mismo al configurarlo como una cláusula de exoneración de responsabilidad. Así las cosas, la primera parte de su análisis se centra en el examen del régimen jurídico aplicable a esta realidad, esclareciendo cuestiones tales como el concepto, los sujetos responsables, el titular del derecho y el contenido mínimo de la información. Con estas premisas, en la segunda parte del trabajo se enfrenta a la responsabilidad civil derivada de la omisión o defecto de dicho consentimiento, incidiendo en la jurisprudencia más relevante y en las principales incursiones doctrinales sobre la materia. Todo ello, le permite concluir que no se puede recurrir a dicho consentimiento informado como una cláusula de exoneración de responsabilidad por parte de los profesionales, toda vez que representa un derecho básico de los pacientes. Por último, aborda con gran riqueza bibliográfica y jurisprudencial la prohibición de cláusulas de exoneración incluidas en los contratos de arrendamiento de servicios médicos y aquellos supuestos en los que esta exoneración de responsabilidad tiene lugar de un modo "implícito". En suma, establece unas bases de lectura obligada para aquel que desee profundizar en esta materia.

Por lo que se refiere al tercer capítulo, continúa la línea seguida en el anterior, si bien desde la perspectiva del Derecho portugués y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Supremo Administrativo. El autor del mismo es el profesor Dias Pereira que ha llevado a cabo un análisis exhaustivo y minucioso del régimen jurídico de este derecho. En este sentido, para el autor existe, en la actualidad, un verdadero derecho a la información y a decidir en el ámbito sanitario. Sin duda, como se destaca en el capítulo, durante mucho tiempo estuvo instaurado un modelo paternalista (clásico) que partía, por un lado, de una total ausencia de responsabilidad de los sanitarios y, por otro lado, de la falta de autonomía de los pacientes. A este respecto, se entendía que los primeros, por sus especiales conocimientos, eran los mejores posicionados para escoger la opción más adecuada para la salud de los segundos. No obstante, la propia evolución de los ordenamientos jurídicos y, en particular, por exigencias internacionales, ha provocado el reconocimiento paulatino de los derechos subjetivos de los usuarios de los centros médicos. En el caso del Derecho portugués, el autor se enfrenta a la regulación legal, a la carga de la prueba, así como a la diferencia entre la medicina pública y la medicina privada. De esta suerte, el autor realiza una muy valiosa aportación para la doctrina del consentimiento informado, esclareciendo las cuestiones más complejas que se suscitan en este ámbito y establece, de una forma brillante a nuestro parecer, importantes contribuciones científicas.

En cuanto al cuarto capítulo, la profesora López Sánchez, se enfrenta a uno de los problemas clásicos del Derecho sanitario: las instrucciones previas (también denominadas voluntades anticipadas). Y, además, lo conecta con uno de los temas más actuales –al que también se alude en otro trabajo de la presente obra–, a saber, la eutanasia. En este sentido, la legalización de esta última ha comportado cambios en la configuración misma de las instrucciones previas. Fundamentalmente, porque la eutanasia aparecía, tradicionalmente, como una de las limitaciones legales a las que se enfrentaba todo aquel que quisiera redactar un documento de estas características. Sobre el particular, la autora parte de la dignidad humana, considerando que el debate sobre los derechos de los pacientes, en el panorama español, se ha situado en el lugar que le correspondía desde hace escasos años. Desde su perspectiva, la autonomía del paciente está ligada a la dignidad, como máxima expresión de la persona, y que se erige como principio en el que se resumen el resto de los derechos. Así las cosas, la autonomía de la voluntad, relacionada con el carácter extrapatrimonial de la persona, ha permitido que se desarrolle y se reconozca, entre otros, el derecho al consentimiento informado y, en particular, a la posibilidad de emitir una voluntad anticipada a través de las instrucciones previas. Por lo anterior, considerando las principales problemáticas que se plantean en este sector (como la disparidad normativa y la capacidad de los menores de edad), la autora aborda la regulación de la prestación de ayuda para morir y su inclusión en los documentos de instrucciones previas, poniendo de

relieve las distorsiones que surgen a este respecto. Se trata, en definitiva, de una incursión sobre un tema tan actual como complejo que, sin embargo, es expuesto con gran claridad y proponiendo unas líneas maestras imprescindibles. La autora, lejos de limitarse a describir el panorama legislativo, incorpora soluciones a los problemas, destacando las principales carencias del ordenamiento jurídico y acompañando la exposición de propuestas concretas.

En relación con el quinto capítulo, el profesor Martínez Calvo estudia la planificación compartida de los cuidados de los pacientes en el Derecho italiano, como una "nueva" forma de colaboración entre médico y paciente. En este sentido, partiendo de los antecedentes de esta realidad, así como de una correcta delimitación, se enfrenta al otorgamiento de estos documentos; en definitiva, a la emisión del consentimiento y la forma en que debe llevarse a cabo. Desde este prisma, se centra en temas tan relevantes como la intervención de los menores de edad, de las personas con discapacidad o la necesidad de que se suscriba por escrito o por otros medios (como mediante la utilización de dispositivos que le permitan comunicarse). El autor, a lo largo del capítulo, demuestra un amplio conocimiento de la legislación y jurisprudencia italianas, así como de los principios que inspiran este sector y aborda, de forma muy adecuada, todas las problemáticas que se plantean. En este sentido, con la finalidad de esclarecer su régimen jurídico aplicable, se ocupa del contenido que ha de tener y la eficacia atribuida a estos documentos. En definitiva, supone un sistema que, al margen de las diferencias, se asemeja a las instrucciones previas incorporadas en el Derecho español.

Por otro lado, el sexto capítulo, elaborado por el profesor Barceló Doménech, está referido a la vacunación de las personas mayores con discapacidad en el contexto de la pandemia de la Covid-19, con especial incidencia en la reciente STC 38/2023, de 20 de abril. Sin duda, de nuevo nos encontramos ante una de las temáticas más actuales y que precisan de un estudio pormenorizado. Lo cual, por otro lado, es resuelto de un modo brillante por el autor. A este respecto, examina, con detalle, las primeras resoluciones que se emitieron en el inicio de 2021, así como las emitidas en 2022. En todas ellas se plantea un escenario muy parecido: una persona mayor, que se encuentra en un centro gerontológico, y la dicotomía sobre la vacunación. Sobre el particular, los centros se muestran favorables a este extremo y, por el contrario, los familiares discrepan de este criterio. Por este motivo, los distintos llegan a los tribunales que han de dirimir lo más adecuado para las personas mayores. Y, en todos, la respuesta se manifiesta en unos términos similares a los mantenidos por los centros, esto es, que lo más adecuado es practicar la vacunación. Uno de estos casos, sin embargo, es el que finalmente es recurrido ante el Tribunal Constitucional. Sirvan estas breves líneas para poner de relieve la importancia de la cuestión que es objeto de estudio y para resaltar la necesidad de que se tengan en cuenta las valiosas aportaciones

doctrinales que efectúa el autor. Y es que, con una claridad expositiva inmejorable, resuelve los problemas que se plantean, aportando una interpretación personal novedosa, bien estructurada y argumentada, sobre aspectos que son de difícil solución.

Por lo que respecta al séptimo capítulo, se ocupa del tema relativo a la vacunación anticovid y los menores de edad, incidiendo en la protección de su salud y en la responsabilidad parental. En este sentido, la profesora Astone se enfrenta a cuestiones tan relevantes como la respuesta de las normas del Derecho italiano y su capacidad para resolver las problemáticas relacionadas con la pandemia de la Covid-19. En concreto, la autora pone de relieve que la Ley núm. 219/2017 se sitúa en un contexto más amplio de reformas regulatorias que han afectado el sistema de responsabilidad civil en esta nación en los últimos años, destacando la incidencia de la ley *Gelli Bianco.* Tras ello, surgen disquisiciones como la aprobación del denominado *Green Pass* y la vacunación obligatoria para el desempeño de determinadas profesiones. A este respecto, parece evidente que estamos ante una posible afectación de derechos fundamentales y cabe plantearse si existían razones suficientes que habilitasen y justificasen este extremo. Asimismo, es preciso estudiar la posible responsabilidad civil del profesional y el "escudo" penal. Igualmente, aborda la posible responsabilidad parental en este ámbito, teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor. Estamos ante un estudio doctrinal de referencia en la materia por las importantes conclusiones que incluye y por clarificar un tema, cuanto menos, transversal y complejo.

Por su parte, el octavo capítulo elaborado por la profesora López Tur se sitúa en una realidad de rabiosa actualidad: la inteligencia artificial y su implementación en el campo sanitario. Es innegable que el avance de la ciencia y de las tecnologías de la información, como ha ocurrido en otros muchos sectores, también se está aplicando en la actividad médico. Estos modernos sistemas generan, sin duda, innumerables beneficios, pero también plantean importantes retos jurídicos de no fácil solución. En este sentido, la autora parte de un estudio pormenorizado y exhaustivo de las distintas propuestas e iniciativas de la Unión Europea sobre la materia, con especial incidencia en las últimas tendencias y su repercusión en la medicina. Estos principios, unidos al análisis del propio concepto de inteligencia artificial, permiten que la autora aborde la compleja responsabilidad civil que puede surgir en este sector. Sobre el particular, entre otras, se examina la relación de causalidad, en función de la clasificación de los sistemas de inteligencia artificial (de alto y bajo riesgo) o la exhibición de pruebas. En otro orden de cosas, trata de esclarecer la responsabilidad por producto defectuoso sanitario vinculado o derivado del uso de la inteligencia artificial, cuestión que conecta de forma directa con la modificación de la actual Directiva por productos defectuosos. Asimismo, también se ofrece un tratamiento específico de la relación entre los profesionales

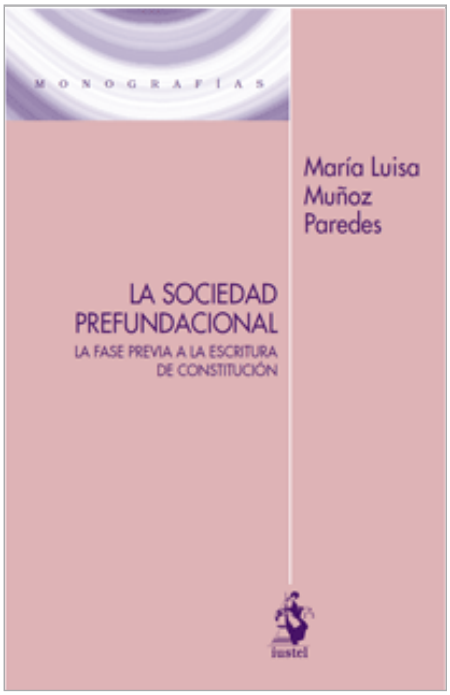
y la inteligencia artificial. La aplicación práctica de la inteligencia artificial no precisa de demasiadas justificaciones. Y su impacto en el ámbito sanitario tampoco. Por lo tanto, resulta evidente que la autora ha escogido una de las cuestiones más actuales y que más dudas doctrinales ha generado. No obstante, el estudio que lleva a cabo incorpora reflexiones dignas de las mayores consideraciones e incide, muy oportunamente y con una interpretación argumentada, en las claves que han de ser tenidas en cuenta en este sector.

En último término, el profesor De Verda y Beamonte, continuando con el Derecho de daños, se ocupa de la responsabilidad en el ámbito de la reproducción asistida. En este campo, cabe reflexionar acerca de la responsabilidad por la vulneración del derecho a la identidad de los hijos, en conflicto evidente con el principio de anonimato del donante de material genético. El autor, en todo caso, lleva a cabo una revisión crítica y destaca las principales claves para resolver la dicotomía anterior. Igualmente, resulta necesario abordar la responsabilidad por nacimiento de hijos con enfermedades cuyo origen se encuentra en el patrimonio genético del donante. Desde esta perspectiva, el autor diferencia entre los perjuicios derivados del nacimiento del ser humano en la procreación natural (en función de si se trata de deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal o por privación de la facultad de interrumpir el embarazo), así como los derivados de la negligencia en la selección de gametos. Como se puede observar, estamos ante temas muy relevantes, transversales y cuya solución, compleja en todo caso, no puede ser única e inequívoca. Sin embargo, el capítulo referido se acompaña de un estudio de la jurisprudencia y doctrina más relevante para reforzar los planteamientos y propuestas que se efectúan. En definitiva, el autor realiza un análisis exhaustivo y minucioso y sus aportaciones serán, de buen seguro, una referencia obligada para los estudiosos de esta materia. A este respecto, resultan muy adecuadas todas las apreciaciones que se incorporan y, en conjunto, forma un estudio doctrinal brillante.

Estas breves pinceladas sirven, a nuestro entender, para poner sobre aviso de la importancia de las temáticas que se abordan en la presente obra, que cuenta con aportaciones dignas de las mejores consideraciones. Su lectura servirá, sin lugar a duda, a comprender la realidad y la actualidad de la actividad sanitaria desde diversas problemáticas jurídicas, pues los distintos autores, lejos de plantear estudios descriptivos, ofrecen soluciones y propuestas de *lege ferenda*. El que suscribe estas líneas no puede más que dar buena cuenta de la calidad científica de la misma y recomendar, muy encarecidamente, su estudio.

Pedro Chaparro Matamoros
Prof. Contratado Dr. de Derecho Civil
Universitat de València

MUÑOZ PAREDES, M. L.: *La sociedad prefundacional. La fase previa a la escritura de constitución*, ed. Iustel, Madrid, 2023, 217 pp.



Dentro del *iter* fundacional de una sociedad de capital, el otorgamiento de escritura pública hace nacer la llamada sociedad *en formación* e inicia un período que concluye, normalmente, con la inscripción registral. Sin embargo, si este proceso no termina con la sociedad inscrita deriva hacia la irregularidad societaria. Esta fase constitutiva ha sido objeto de atención de forma amplia y detenida en nuestra doctrina y cuenta con una recepción bien conocida en el texto legislativo de las sociedades de capital (arts. 31 a 40 LSC).

Sin embargo, la fase previa a la elevación a escritura pública del acuerdo social -*prefundacional*- ha carecido de igual atención -más bien, escasa- en la doctrina y por el legislador. Para colmar este vacío, y sin menoscabo de puntuales y relevantes trabajos, la presente monografía de la Prof. Dra. María Luisa Muñoz Paredes viene a cubrirlo ampliamente, con una obra rigurosa y profunda sobre la figura. Con tal fin, la autora maneja una amplia y muy bien seleccionada bibliografía -comparada y española- así como de las decisiones judiciales -algunas de ellas, confusas e incluso contradictorias- más relevantes en la materia. A pesar de la complejidad de la investigación, se nos ofrece un estudio claro y preciso que nos permite ahondar en las cuestiones más espinosas de este proceso prefundacional o "genético".

El trabajo está estructurado en seis capítulos. El primero de ellos corresponde al proceso constitutivo de las sociedades de capital. La autora distingue con claridad entre los pactos previos y preliminares, la fase previa anterior a la elevación a escritura pública -es decir, la sociedad prefundacional y objeto de estudio-, el período que se extiende desde el acta notarial hasta la inscripción en el Registro mercantil (sociedad *en formación*), y, salvo que devenga irregular por incumplimiento o falta de voluntad de uno o más socios, el paso siguiente ya corresponde, en plenitud, al de una sociedad de capital.

El segundo atiende a la fase originaria en lo que viene a denominarse como tratos preliminares. En este momento, no se reconoce aún la existencia de contrato entre las partes, sin que pueda derivarse una responsabilidad societaria por no avanzar en su conclusión. Ello no es óbice para no reconocer consecuencias jurídicas -culpa *in contrahendo*, responsabilidad extracontractual- del comportamiento desempeñado por los interesados entre ellos y en el mercado. La autora analiza, en ambos casos, la relevancia que pueda tener el alcance de los daños y perjuicios a reclamar, ya sean de carácter negativo o de carácter positivo, comprendiendo el daño emergente y el significado -más discutible- de su extensión al lucro cesante. Un apunte de interés se corresponde a las llamadas cláusulas "break-up fees", consistente en un acuerdo interpartes sobre la indemnización a percibir en caso de abandono de la negociación. Procedente del ámbito de las operaciones de adquisición de empresas, pueden desempeñar un significado muy relevante para identificar y cuantificar la indemnización a los "socios" afectados por la no conclusión de la empresa proyectada.

El tercer capítulo ya se centra la fase jurídica prefundacional. La empresa ya existe y sus integrantes dedican su empeño en diseñar y configurar la futura sociedad, pero, simultáneamente, ya emergen los vínculos jurídicos de índole contractual. Como bien señala la autora, este compromiso entre los interesados en formalizar un contrato de sociedad puede ya calificarse como de relación societaria, de carácter interno e índole civil. Es cierto que la consideración amplia o estricta del contrato de sociedad que acojamos determina los requisitos exigibles para reconocer la organización societaria.

A continuación, se aborda cuál es el contenido del convenio, en especial las relaciones entre las partes y con terceros. Las normas aplicables son las propias de la sociedad civil (arts. 1665 a 1708 CC) y los acuerdos se adoptan por unanimidad. En este sentido, los actos realizados entre los socios lo serán de organización, de lo que se concluye, por un lado, su eficacia jurídico-obligacional y, por otro, la ausencia de un régimen propio de responsabilidad societaria frente a terceros como sí ocurre en la sociedad *en formación*. En efecto, de las deudas contraídas responden quienes hubieran celebrado los pactos y, en caso de ser varios, contrariamente

al principio contractual de mancomunidad (art. 1137 CC), el Tribunal Supremo ha defendido una solución correctora en favor de la solidaridad sobre la base de la "comunidad jurídica de objetivos" entre ellos.

Una cuestión que suscita un gran interés se corresponde con la problemática de los llamados *actos de empresa*, es decir, cuando la sociedad prefundacional lleva a cabo actividades empresariales antes de la elevación a escritura pública. Esta temática, profusamente analizada en la doctrina alemana, le sirve a la autora para distinguir con claridad entre sociedad prefundacional y precontrato (no tan evidente en la doctrina germana), y para sostener su paso a sociedad *externa*, asumiendo un carácter civil o mercantil dependiendo de las actividades desempeñadas en el tráfico. Por último, este capítulo atiende a los actos de organización realizados por los socios no en nombre propio sino de la sociedad. No obstante, ello no implica calificarla como irregular pues no actúa en el mercado ni concluye actos de empresa, si bien al revelarse como tal frente a terceros se trataría de una sociedad externa y civil -no mercantil- y con personalidad jurídica.

Los capítulos siguientes se dedican a la sociedad prefundacional, analizando algunos de sus aspectos más notorios. Así, el cuarto capítulo se detiene en la obligación de constituir una sociedad de capital. El punto de partida es la existencia del precontrato -y no meramente de tratos preliminares- que impulsa a las partes a constituir la sociedad proyectada. No obstante, en el contrato de sociedad -a diferencia de la referencia tradicional a la compraventa- se requiere la concurrencia de los elementos esenciales para fundamentar la exigencia, no siempre admitida por los tribunales de justicia. Como señala la autora, sin ese contenido mínimo esencial el contrato sería ineficaz. Ello explica que el capítulo se dedique al análisis de tres puntos fundamentales: la elección del tipo social por los "socios", la concurrencia o no de los elementos esenciales previstos en los arts. 22 y 23 LSC y la presencia de la *affectio societatis* como elemento esencial del contrato.

Además, este capítulo cuarto da respuesta a un asunto principal en este precontrato relativo a la exigencia de idéntico requisito de forma que el propio de la sociedad a constituir, es decir, en caso de pretender alcanzar una sociedad de capital si se precisa la elevación a escritura pública del precontrato. Después de un estudio minucioso del Derecho comparado, se analiza la situación en nuestro ordenamiento. Así, y partiendo de la ausencia de una norma específica, como la que cuentan los países analizados, la doctrina distingue entre quienes exigen la misma forma que un contrato formal (F. De Castro) y quienes lo califican como un requisito de "cualidad o tipificación" en el contrato de sociedad, pero no imprescindible en el precontrato antecedente (Puig Brutau, Díez Picazo). La autora considera que la respuesta a esta cuestión debe partir de una observación de la práctica de estos convenios preparatorios, reconociendo la escasa utilidad

que implica demandar una formalidad poco acorde con la finalidad perseguida por las partes. Así, cabe recordar, por un lado, la distinción ya puesta de manifiesto entre el precontrato y el contrato sucesivo de sociedad de capital, y, por otro, el destinatario de la protección pretendida por la exigencia de formalidad, como se plantea en el Derecho alemán. En este último caso, si el carácter tuitivo se predica de los socios es lógica su solicitud; en cambio, este requisito pierde relevancia si los intereses a proteger son más generales (piénsese, en los del tráfico o de terceros).

El quinto capítulo está dedicado al incumplimiento de la obligación de constituir la sociedad por alguno de los "socios" y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. No plantea excesivas dudas el reconocimiento de una acción resarcitoria de daños y perjuicios contra el incumplidor. La cuestión trascendental gira en torno al reconocimiento de una posible ejecución forzosa de su compromiso. Tras un estudio exhaustivo de la respuesta existente en el ordenamiento comparado -en concreto, alemán, italiano y francés-, la profesora Muñoz Paredes atiende a su aplicación en el Derecho societario español. Para ello, la autora toma como perspectiva "la realidad de las cosas", recordando la formulación de Garrigues, de que el Derecho es para la vida y no al revés.

Así, reconoce tal opción siempre que se realice en un momento anterior al otorgamiento de escritura pública y que no concurra "justa causa", en concreto, el trascurso del plazo o la alteración de las circunstancias. Además, y tras la aprobación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se dispone de un precepto específico -art. 708 LEC-, conforme al cual se admite expresamente tener por emitida una declaración de voluntad incluso contra el silencio del obligado a ello. En tal sentido, la intervención judicial puede ofrecer tres soluciones posibles: 1ª) cuando el precontrato cuente con los elementos esenciales y naturales; en tal caso, basta con la simple declaración judicial de su existencia, 2ª) cuando el precontrato incorpore los elementos esenciales, pero carezca de los naturales y accidentales; no supondría una dificultad insalvable ya que pueden subsanarse por la intervención del propio juez y de la ley, 3ª) cuando el precontrato carezca de los elementos esenciales; en tal caso, se trataría de un acto infungible y no cabría tal ejecución forzosa.

Con el apoyo de una amplia jurisprudencia que, a veces, muestra soluciones insuficientes e incluso contradictorias, el trabajo aborda la posible ejecución forzosa desde el doble plano de la técnica jurídica y de la oportunidad de su aplicación. En el primer plano, y con apoyo en las doctrinas procesal y civil, se critica que la sentencia sólo pueda condenar al incumplidor a emitir una declaración positiva de voluntad, obviando reconocer a la sentencia la facultad de declarar ella misma la existencia del contrato de sociedad. En el segundo, se atiende a las dificultades que puede ofrecer su viabilidad en las sociedades de capital, cuando sean de pocos socios y

no se cuente con su implicación social; así, piénsese en caso de concurrencia de determinadas condiciones o prestaciones personales. Este inconveniente explica que se considere más útil limitar la solución jurídica a la reclamación de daños y perjuicios. En este último punto, cabe considerar la amplitud de la indemnización, en concreto, si además del daño emergente, que no plantea dudas destacables, también se extiende al lucro cesante. Dicho lucro suscita, sin embargo, una mayor complejidad, y se cuestiona que pueda comprender las ganancias calificadas como dudosas, contingentes o fundadas en meras esperanzas, exigiéndose una probabilidad objetiva cierta e incluso la concurrencia de mala fe en el incumplidor.

En el último -y sexto- capítulo, se presta atención a la culminación de la fase prefundacional con su disolución por falta de objeto. Una vez otorgada la escritura pública, se abre la fase de la sociedad en formación. Si bien la extinción del precontrato es evidente, la sociedad prefundacional ofrece una mayor complejidad, no sólo en el ámbito interno -piénsese en la existencia de pactos reservados entre los socios que mantienen sus efectos jurídico-obligacionales-, sino también por las relaciones que, posiblemente, se hayan establecido con terceros.

En este sentido, la Prof. Muñoz Paredes clasifica tres situaciones diferentes. La primera se corresponde con la llamada "sociedad prefundacional pura", es decir, interna. En ella, la autora aborda las causas de disolución previstas para las sociedades civiles (art. 1700 CC) y su aplicación a esta sociedad. De entre ellas, destaca el reconocimiento de que no cabe derecho de separación o renuncia por el socio pues se requiere que la sociedad sea indeterminada -que no lo es bien por razón del plazo pactado o por la naturaleza de su objeto- y que se actúe de buena fe y en tiempo, sin que parezca concurrir el "justo motivo" exigido por el art. 1707 CC.

La segunda situación, cuando la sociedad prefundacional desempeña actividades empresariales -y, por tanto, se trata de una sociedad externa y mercantil-, las causas de disolución son las propias de las sociedades colectivas (art. 218 y ss. Cdc). Lo importante a destacar es la imposibilidad de la transmisión automática a la nueva sociedad *en formación* de los derechos y obligaciones adquiridos de la prefundacional, debiendo, previamente, proceder a su disolución y liquidación. Mientras tanto, los socios conservan sus obligaciones sociales, sin que puedan asumirse por la sociedad en formación salvo que cuente con el consentimiento de los acreedores. Tampoco cabe recurrir al criterio doctrinal de su transformación como solución a la automaticidad, ya que, como es bien sabido, no cabe su empleo por las sociedades calificadas como irregulares (en este caso, la prefundacional que desarrolla actividades empresariales).

En cambio, sí se reconoce la transmisión automática en la tercera situación, es decir, cuando se considere como una sociedad prefundacional civil, pues sólo actúa

en el tráfico realizando actos de organización. En tal caso, la prefundacional sí goza de personalidad jurídica y como sociedad civil entra en los supuestos admitidos de transformación en cualquier sociedad mercantil, conforme reconoce el art. 18.3 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (antes LME).

Un último apartado se dedica, siquiera brevemente, a las pocas especialidades de la prefundación en las sociedades unipersonales. Por un lado, la falta de pluralidad implica que no se les considere como sociedad prefundacionales, ya que, como es sabido, en nuestro ordenamiento la unipersonalidad está reservada a las sociedades anónima y limitada. Por otro, de constituirse la sociedad unipersonal, subsiste la responsabilidad por las olbigaciones previamente contraídas del "socio" único, sin que haya continuidad en la nueva sociedad, salvo que cuente con el consentimiento del acreedor.

Finalmente, esta recensión al libro de la Prof. Muñoz Paredes quedaría huérfana, si no destacásemos un aspecto muy elogiable, en concreto la claridad expositiva y precisión del lenguaje jurídico presente a lo largo de la monografía. Ello pone de manifiesto no sólo su conocimiento jurídico riguroso del tema objeto de estudio, sino además, la pericia de *saber trasmitirlo*. Por ello, sólo nos queda felicitar a la autora por su excelente trabajo y, por supuesto, recomendar su lectura, no sólo a la comunidad científica, sino también aquellos interesados en la búsqueda de soluciones a los problemas que suscita la creación de una empresa en su período prefundacional.

Pablo Girgado Perandones
Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

OLIVERA OLIVA, M.: *Los animales de compañía en las crisis de pareja,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 206 pp.

En esta obra la autora nos presenta un estudio sobre los animales de compañía en las crisis de pareja. La obra de la profesora Olivera aborda el proceso de mutación normativa que comprende la concepción de los animales y su repercusión en la regulación sobre la custodia de los animales de compañía en los procesos de desestructuración familiar, con mucho acierto recurre al término "crisis de pareja", en lugar de hacer referencia a la separación, divorcio o extinción de una unión de hecho.

Sin duda, es una obra de lectura obligada para todos quienes se mueven en el ámbito del derecho de familia, toda vez que, la presencia de los animales de compañía en las familias no es un acontecimiento ocasional, sino que tiende a incrementarse.

La monografía se encuentra dividida en cuatro capítulos. La primera parte, comprende un análisis del marco normativo estatal de los animales de compañía y su regulación en el derecho civil. La segunda parte, estudia el marco normativo de la comunidad autónoma de Cataluña y la regulación de los animales de compañía en el derecho civil catalán. La tercera parte, analiza la regulación del animal de

compañía por parte de los tribunales españoles en materia de crisis de pareja. La última parte, se dedica al estudio de los retos futuros y expectativas en materia de crisis de pareja tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

A modo de introducción, la obra comienza con un breve estudio del arte sobre el tema. En esa línea, la autora resalta el proceso de descosificación animal que nuestra sociedad ha experimentado en el último tiempo, proceso que ha repercutido en el tratamiento que se les otorga a los animales de compañía en las crisis de pareja. Luego de ello, se realiza una explicación sobre la estructura de la obra, donde principalmente se destaca la implementación de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación al Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente desde el 5 de enero de 2022. Asimismo, como antecedente normativo a nivel nacional se destaca la regulación catalana. Igualmente, la autora debido a la importancia del tema justifica el estudio de la jurisprudencia en un capítulo separado. Finalmente, se plantean los retos de futuro que se deben abordar en función de la reforma normativa adoptada.

El primer capítulo comprende el análisis del marco normativo estatal de los animales de compañía y su regulación en el derecho civil, para ello, la autora divide la estructura del capítulo en 5 subapartados cuyas partes más relevantes se comentarán a continuación.

En el primer subapartado, se estudia la regulación de los animales de compañía en la Constitución española. En ese marco, se resalta que la norma fundamental no incluye una disposición exclusiva a cargo del Estado en materia de animales, por lo que, los poderes públicos no se encuentran obligados en reconocer la protección de los animales, o bien de legislar sobre esta materia, aspecto que se extrapola a otras ramas del derecho. Al respecto, la autora recurre hábilmente a la norma fundamental para poner de manifiesto que la protección de los animales en el ámbito familiar no tiene espacio en su contenido.

El segundo subapartado comprende el estudio del Código Civil en función del régimen jurídico aplicable a los animales antes del 5 de enero de 2022, con relación al derecho de propiedad y comunidad de bienes respecto a los animales de compañía. Al respecto, el análisis se centra en el contenido del ex art 333 del CC, que establecía que las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Se destaca que el legislador recurría a la terminología de "cosas" y "bienes" para elaborar una clasificación sobre los bienes en muebles e inmuebles. Sobre el tema, la autora luego de realizar un análisis doctrinal sostiene que los animales desde un punto de vista residual formaban parte de la categoría de bienes muebles y que por su capacidad

propia para desplazarse por sí mismos se consideraban como bienes semovientes. Esto significa, que podían ser objeto de apropiación e integrables al patrimonio de sus dueños. No obstante, de forma apropiada, se observa que a pesar de que el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de 1987 -ratificado el año 2017-, regula la figura del animal de compañía, la normativa nacional preponderaba la aplicación del ex art. 333 del CC.

Por su parte, sobre el derecho de propiedad y comunidad de bienes respecto a los animales de compañía, la autora resalta que por su condición son materialmente indivisibles, por lo que, cualquiera de los propietarios podía ejercer la acción de división del bien común indemnizando a los otros copropietarios, caso contario se procedía a la subasta pública. Esto ponía en evidencia que no se atendía al bienestar del animal. Igualmente, se destaca que en caso de conflicto -separación de los copropietarios- no resultaba aplicable el art. 394 del CC, porque no se podía usar y disfrutar de forma conjunta el bien. No obstante, como antecedente se destaca la existencia de resoluciones judiciales de juzgados de primera instancia que optan por la tenencia compartida del animal de compañía

En el tercer subapartado, se analiza la regulación de los animales de compañía, en los procesos de separación, disolución matrimonial por divorcio y extinción de la pareja de hecho antes de la reforma vigente desde el año 2022. Al respecto, destaca que los animales tenían el estatuto jurídico de cosas, sin embargo, en determinados casos se recurría al convenio regulador previsto en art. 90 del CC, regulación que, pese a no contemplar la situación de las mascotas, facultaba a las partes mediante pactos de contenido potestativo determinar la custodia de los animales. En cuanto al proceso contencioso de divorcio o separación judicial, parte de la jurisprudencia consideraba que el juez no tenía competencia para regular el destino de los animales de compañía, toda vez que, no se encontraba como materia prevista en el art. 90 y siguientes del CC. Salvo error involuntario de lectura no se trata en este apartado lo relacionado a la extinción de las parejas de hecho, a pesar de haber sido anunciado.

El cuarto subapartado trata sobre los antecedentes internacionales y europeos que motivaron los intentos previos de reforma del régimen jurídico de los animales en el código civil español. En ese marco, se resalta la Declaración de los Derechos del Animal que se considera como el primer antecedente internacional que declara que los animales tenían derechos. En el ámbito europeo se enfatiza que se reguló el bienestar de los animales como seres sensibles en el Protocolo núm. 33 sobre la Protección el Bienestar de los Animales de 1997, documento que no tuvo la repercusión necesaria por estar contemplado en un Protocolo. Motivo por el cual, recién el año 2009 con la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea, se reconoció como principio general y constitucional del Derecho de la Unión Europea el estatuto de los animales como seres sensibles.

En cuanto a la regulación de la sentiencia de los animales en la norma sustantiva, se considera a Francia, Colombia y Portugal como países pioneros, aunque no dejan de lado la posibilidad de ser sometidos a la aplicación del régimen de los bienes muebles. En cambio, Austria, Alemania y Suiza, fueron los pioneros en impulsar el movimiento de descosificación de los animales, con la finalidad de dejar de lado la aplicación del régimen jurídico de los animales como cosas en propiedad. En España en el proceso de reforma normativa se destaca el informe de la ponencia sobre la tramitación de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales de 2019, que pretende descosificar la concepción del animal e incidir en el destino de los animales de compañía en las crisis de pareja, propuesta de modificación que tiene similitud con la regulación adoptada en el Código Civil de Suiza, que si bien no fue materializado por el legislador influyó en la reforma normativa española adoptada de forma posterior.

El quinto subapartado comprende la modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al cambio de régimen jurídico de los animales y de la normativa dispuesta en materia de crisis de pareja. En este subapartado se pone énfasis en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, concretamente en la concepción de los animales como seres vivos dotados de especial sensibilidad. Igualmente, se resalta que es la primera vez que en España se legislada sobre la relación humano – animal y su destino en una estructura familiar que se desestructura. Se destaca que la relación entre la persona y el animal ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad. En ese sentido, se puntualiza que la reforma normativa se caracteriza por ajustarse al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que considera al animal como ser sintiente.

Se realiza un análisis comparativo sobre las propuestas de Ley de los años 2017 y 2021, si bien resulta valorable estudiar el proceso de gestación de una norma, modestamente considero que hubiera sido conveniente focalizarse en la reforma concretada del año 2021. En cuanto a los procesos de nulidad separación o divorcio, se puntualiza que la reforma implementada pretende dar solución al conflicto generado en el ámbito jurisprudencial por no existir una regulación sobre el tema. Por su parte, se destaca también que la custodia compartida podrá ser denegada en casos en que se incurra en amenazas o malos tratos a los animales. En ese sentido -de forma apropiada-, se enfatiza que el maltrato animal se emplea cada vez más como herramienta para controlar a los humanos, especialmente a las mujeres y los hijos, aunque yo hubiera mencionado no solo mujeres, sino a los integrantes de la estructura familiar. Igualmente, se resalta la determinación judicial

de los gastos que genera el cuidado de las mascotas, tema que a mi modesto entender tiene el riesgo de generar una aproximación discrecional en sede judicial.

De igual forma, se puntualiza que la reforma implementada tiene como finalidad readaptar el ordenamiento jurídico a la realidad social de descosificación animal en consonancia con la línea seguida en la Unión Europea con relación a la sentiencia animal. Por último, a diferencia de lo que acontecía hasta antes de la reforma normativa de 2021, se destaca la facultad que tienen los operadores jurídicos y los poderes públicos para resolver en los procesos de desestructuración familiar el destino de los animales de compañía, aunque más que encontrarse facultados, respetuosamente considero que tienen el deber procesal de resolver las causas que son de su conocimiento sobre la determinación de su custodia.

El segundo capítulo trata el marco normativo de la comunidad autónoma de Cataluña, y la regulación de los animales de compañía en el derecho civil catalán. En la primera parte, se destaca que en el derecho sustantivo catalán la formulación negativa de los animales como cosas data del año 2006, pero más que introducir el concepto de sentiencia animal reguló la dignidad del propio animal, sentiencia que finalmente fue reconocida el año 2008, en la Ley de Protección de los Animales de Cataluña, aunque sin repercutir en derecho sustantivo catalán que siguió considerando a los animales dentro de las reglas de los bienes muebles valorables económicamente. Por lo que, el código civil catalán no regula el movimiento real de descosificación animal.

En la segunda parte de este capítulo, se aborda la regulación de los animales de compañía en los procesos de separación, disolución matrimonial y extinción de la pareja de hecho en el código civil catalán, se enfatiza que en el libro segundo no se prevé la sentiencia del animal, por lo que, el animal se sujeta al régimen jurídico de los bienes muebles, pese a que en el libro quinto se establece que los animales no son cosas. En ese marco, se destaca que no se regula la custodia de los animales de compañía en las familias que se desestructuran. Se enfatiza que en los procesos de familia la autoridad judicial ha priorizado el tratamiento del animal de compañía como un bien sujeto a división que se encuentra incorporado a la comunidad de bienes de los cónyuges.

En la tercera parte de este capítulo se estudia la propuesta de modificación del libro segundo y quinto del código civil catalán. Se destaca que con la aprobación a nivel nacional de la ley 17/2021, de 15 de diciembre, reforma que reconoce la sentiencia del animal, el código civil catalán queda obsoleto al respecto. Por lo que, consciente de ello el legislador catalán decide iniciar un proceso de actualización normativa acorde con la realidad social y jurídica que se vive.

El tercer capítulo analiza la regulación del animal de compañía por parte de los tribunales españoles en materia de crisis de pareja. La autora comienza por destacar que la regulación y el destino de los animales de compañía ha derivado en la legislación civil en virtud de que la jurisdicción penal ha considerado -como no podía ser de otra manera- que no existe delito de apropiación indebida en materia de crisis de pareja por parte del cónyuge - pareja que no es titular formal del animal. Luego de ello, se analiza de forma cronológica las resoluciones judiciales de los juzgados de primera y segunda instancia en el ámbito civil, que han sido dictadas en España en los últimos 17 años –anteriores a la reforma normativa de 2021- sobre los animales de compañía en los procesos de crisis de pareja, con la finalidad de determinar si el Poder Judicial ha seguido una tendencia patrimonialista de cosificación del animal de compañía, o bien se ha adaptado a la realidad social y consecuentemente a lo dispuesto en la legislación de la Unión Europea sobre este tema. De igual forma, se analiza si ha existido una evolución jurisprudencial sobre el tratamiento y destino de los animales de compañía en los procesos judiciales de familia.

En ese sentido, se analizan 28 resoluciones judiciales que siguen dos tendencias. La tendencia mayoritaria, se caracteriza porque se resiste a evolucionar de conformidad con la realidad social. En ese sentido, hay fallos que no admiten el tratamiento de la regulación del animal de compañía en un proceso de familia, por ende, no homologan los convenios reguladores. Hay sentencias que consideran al animal de compañía como un bien semoviente, no se toma en cuenta su bienestar ni su cualidad de ser vivo dotado de cierta sensibilidad, ni el lazo afectivo generado en constante convivencia con ambas partes. Igualmente, hay resoluciones judiciales que si bien determinan la tenencia compartida de las mascotas lo hacen desde la concepción del animal como un bien común de los cónyuges, puesto que, se consideran como seres vivos que en concepto de bienes muebles se encuentran en el domicilio familiar. En cambio, la otra tendencia, se desmarca de la visión patrimonialista, puesto que, considera que el animal es un ser vivo dotado de especial sensibilidad que construye lazos de afectividad con el ser humano.

En ese marco, se concluye este capítulo afirmando que desde el año 2006 hasta el año 2021, no se evidencia una evolución significativa con relación a la determinación del destino de los animales de compañía en los procesos judiciales de familia. Es así, que se detecta una involución con relación a las medidas adoptadas sobre el animal de compañía. En cuanto al pacto entre las partes, se resalta que hay casos que no ejecutan lo consensuado, o bien en sede judicial su contenido tiene una aceptación difusa o hasta arbitraria. Se visualiza una disparidad de criterios judiciales al momento de determinar el destino de los animales de compañía. En esa línea, se destaca una que otra resolución judicial en pro de regular el destino de los animales de compañía atendiendo a su cualidad de ser

sentiente. En contrapartida se evidencia casos en materia de crisis de pareja que determina subastar al animal de compañía.

El último capítulo de esta obra aborda los retos futuros y expectativas en materia de crisis de pareja, después de la promulgación de la ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Se destaca que la reforma de los arts. 90, 91, 92, 94 bis y 103 del CC, solventa de forma inicial la problemática judicial sobre el destino de los animales de compañía en los procesos de desestructuración familiar.

Al respecto, se enfatiza que tanto en los procesos de mutuo acuerdo como en los procesos contenciosos, de acuerdo con las modificaciones normativas implementadas se debe atender al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal. Es decir, que el destino de las mascotas no va ligado únicamente a los intereses generales de los hijos o de la propia familia, sino al bienestar del animal. De forma atinada, se observa que no existe un equipo de asesoramiento técnico dentro de la administración de justicia que proteja y asesore de forma imparcial a la autoridad judicial cuando el objeto de controversia radique sobre el bienestar de los animales de compañía. Igualmente, se observa que la regulación normativa no establece parámetros para determinar qué se entiende por bienestar animal en materia de derecho civil y de familia. A mi modo de ver, modestamente considero que, si bien en el Código Sanitario para los Animales Terrestres de la Organización Mundial de Sanidad Animal, se regula las condiciones generales para entender lo que significa el bienestar animal, temo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado de configuración variable según el caso.

A modo de síntesis, enfatiza que los retos futuros consisten en dotar a la administración de justicia recursos para disponer un equipo técnico de asesoramiento, con la finalidad de asegurar su bienestar en el proceso de familia. Se puntualiza también que se debe regular en el código civil, los criterios a seguir en la determinación judicial sobre el destino de los animales de compañía y la articulación de un régimen de visitas. Al respecto, hubiera sido propicio incluir entre los retos que existen a futuro la necesidad que se tiene de regular la custodia judicial de las mascotas en las parejas de hecho que se desintegran.

Antes de terminar, no sin antes destacar el trabajo de la autora, me voy a permitir realizar un par de comentarios en el marco del respeto académico que el trabajo amerita. Un aspecto que conviene destacar es la nutrida bibliografía que la autora utiliza en la redacción de la obra. No obstante, hubiera sido conveniente recurrir a fuentes internacionales -se evidencia un par- con la finalidad de otorgarla más solvencia -de la que ya tiene- al tema objeto de investigación. Igualmente, se debe resaltar el minucioso estudio jurisprudencial que se realiza, aunque

lo aconsejable es compaginar e integrar el desarrollo del tema con respaldo jurisprudencial, la autora decide analizar un extenso número de resoluciones judiciales en un capítulo separado en función de la connotación e importancia que tiene la evolución jurisprudencial sobre el tema. Hasta aquí mis comentarios con relación a la obra que nos presenta la profesora Olivera.

Joel Harry Clavijo Suntura
Profesor de Derecho Civil
Universidad Isabel I de Castilla

Ortega Giménez, A.: *El Derecho internacional privado a través del cine: 11 películas escogidas para ver (y reflexionar) en clave internacionalprivatista*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 123.

Hoy en día resulta una obviedad decir que el cine juega un papel mucho más amplio para la sociedad que el de mero entretenimiento. Es indudable afirmar que este arte funciona como un espejo y reflejo de realidades tan complejas como la filosofía, la política, la economía y, por supuesto, el Derecho.

El cine refleja diversas facetas de la vida que tienen que ver con disciplinas científicas y humanísticas (como, entre otras muchas, la historia, la literatura o la medicina), entre las cuales ocupa un lugar destacado el Derecho, lo que parece lógico dada su constante presencia en la vida social y sus posibilidades dramáticas.

El carácter reflexivo y de debate del cine, consiguiendo crear perfectas radiografías sociales, hace que sea el medio perfecto para llevar el derecho al espectador, más cuando el público es estudiante de las titulaciones de la rama de ciencias sociales y jurídicas.

Han sido numerosas también las historias narradas en el Cine sobre la inmigración de africanos y latinoamericanos hacia Europa y que han reflejado la

preocupación de la ciudadanía por los inmigrantes que deben vivir en el continente europeo. El Cine también habla de la emigración, tanto interior como hacia el exterior (recordemos la emigración española, en tiempos inmemorables, a Suiza, Francia o a Alemania) dando cuenta, aunque fuera someramente, de una parte, de nuestra historia reciente que desgraciadamente está volviendo a ser de intensa actualidad. No olvidemos que nuestra cultura tiene una importante tradición emigrante/inmigrante, lo que nos ha conformado como una sociedad internacional, un verdadero laboratorio de situaciones privadas internacionales; debemos ser conscientes de que el que tenemos enfrente no es "diferente", sino que, en cierto modo, "todos lo somos".

El visionado en clave *ius internacional privatista* de títulos como *Green Card* o "Bajo el sol de la Toscana" nos permite no sólo mostrar el múltiple reflejo del Derecho internacional privado en el Cine a lo largo de todo el siglo XX sobre todo, en el cine contemporáneo o analizar las concepciones jurídicas dominantes en el Cine; sino también tomar conciencia de algunos de los muchos aspectos y problemas del Derecho internacional privado través del análisis de su presencia en películas diversas; y fomentar el desarrollo del "punto de vista jurídico" en el análisis de la realidad privada internacional en la que estamos inmersos.

Las relaciones entre el Cine y el Derecho internacional privado siempre han existido pues el fenómeno migratorio, desde tiempos inmemoriales, ha sido puesto en valor a través del Cine. Ha sido el Cine quien, desde sus inicios, ha reflejado los dramas humanos de la sociedad, entre ellos la necesidad de los seres humanos de dejar su propia tierra para "sobrevivir" en otro país.

Han sido numerosas las historias narradas en el Cine sobre la inmigración de africanos y latinoamericanos hacia Europa y que han reflejado la preocupación de la ciudadanía por los inmigrantes que deben vivir en el continente europeo. El Cine también habla de la emigración, tanto interior como hacia el exterior (recordemos la emigración española, en tiempos inmemorables, a Suiza, Francia o a Alemania) dando cuenta, aunque fuera someramente, de una parte, de nuestra historia reciente que desgraciadamente está volviendo a ser de intensa actualidad.

El cine nos sirve para explicar contenidos teóricos de "Derecho internacional privado" y de "Derecho de la Nacionalidad y de la Extranjería" de un modo práctico y efectivo, tales como, entre otros: la celebración y efectos de los matrimonios internacionales; el fenómeno de los matrimonios de conveniencia; la regularización de extranjeros; el acceso a la justicia desde una perspectiva internacional; la aplicación de las normas procesales del foro a los procedimientos internacionales; la activación del foro de necesidad en Derecho internacional privado; la inmunidad de jurisdicción y sus límites; la integración de la población inmigrante; la "doble discriminación" de la mujer inmigrante; la adopción internacional, etc. Todo lo

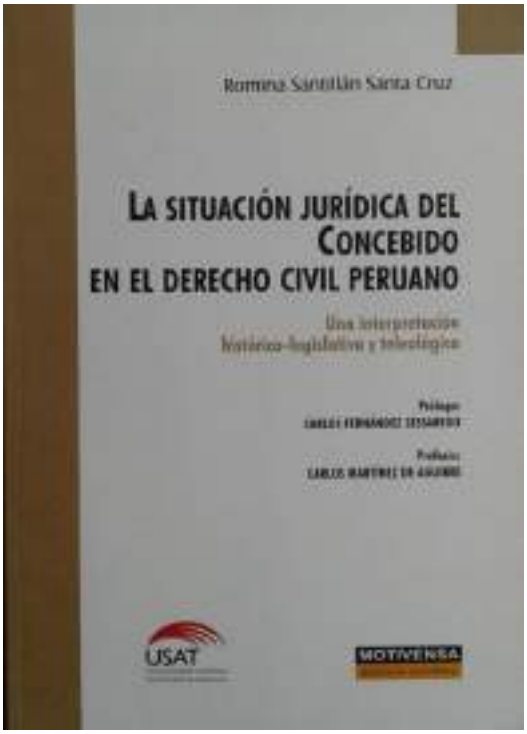
cual nos permite realizar una auténtica comparación entre los distintos sistemas jurídicos de distintas familias jurídicas, como, por ejemplo, *Common Law vs. Civil Law,* entre otras cuestiones jurídicas relevantes para analizar las relaciones privadas internacionales.

Desde el punto de vista del estudiantado, nos permite que puedan apreciar el carácter real y práctico de las materias tratadas en clases. Además, de resultar el complemento perfecto para atraer la atención del alumnado y mostrarle una realidad que no solo se queda en la pantalla. Permite, por tanto, interactuar con el estudiantado desde una perspectiva más cercana a la realidad de los supuestos que permiten apoyar la impartición de la docencia sobre la base de casos reales. Así, nos podemos alejar de la tradicional visión teórica y "teoricista" del Derecho y motivar al estudiantado en el proceso enseñanza-aprendizaje.

En definitiva, como profesor universitario y siempre con el objetivo de acercar al estudiantado a la práctica del Derecho, a través de la solución de casos reales, la oportunidad que nos brinda el cine para apoyar el proceso de enseñanza-aprendizaje, y de acuerdo con ello introducir en el estudio de la materia el cine como recurso para la enseñanza y el aprendizaje; este es el objeto de este trabajo práctico: presentamos aquí películas de ayer y de hoy ("Vente a Alemania Pepe", "Flores de otro mundo", "Matrimonio de Conveniencia", "La dama de oro", "De la India a París en un armario de Ikea", etc.), conocidas y por conocer, todas ellas, eso sí, pequeñas joyas de la filmografía española y extranjera que han "retratado" magníficamente el fenómeno de las migraciones y de las "relaciones privadas internacionales", buscando que el lector se siga identificando con el otro, que sea consciente de que nuestra cultura tiene una importante tradición emigrante/inmigrante y que compruebe que el que tiene enfrente no es "diferente", sino que, en cierto modo, "todos lo somos" … porque, como decía el genial Quino, por boca de Mafalda, personaje entrañable que fue/es/será siempre: "Todos somos extranjeros en algún lugar del mundo".

Angela María Castellanos Cabezuelo
Profesora Tutora de la Universitat Oberta de Catalunya

Santillán Santa Cruz, R.: *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, Motivensa, Lima, 2014, 176 pp.



El 16 de noviembre de 2023, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley Nº 31935, "Ley que reconoce derechos al concebido", cuyo escueto articulado compuesto por tan solo dos preceptos contempla, en forma condensada, lo siguiente:

"Artículo 1. Objeto de la Ley.

La presente ley tiene por objeto reconocer los derechos del concebido.

Artículo 2. Derechos del concebido.

El concebido es sujeto de derechos en todo cuanto le favorece, conforme al artículo 2 de la Constitución Política. Estos derechos se fundamentan en la dignidad humana.

Son derechos del concebido los siguientes:

a) A la vida.

b) A la salud.

c) A la integridad moral, psíquica y física.

d) A la identidad.

e) Al libre desarrollo y bienestar.

f) Otros derechos que le favorezcan".

La entrada en vigor de esta Ley ha abierto un extenso debate sobre la necesidad y pertinencia de una normativa que, desde una primerísima aproximación, no haría más que recoger un conjunto de contenidos que han sido ya suficientemente regulados, por orden cronológico y con su propio alcance, primero, por el Código civil peruano de 1984 y, después, por la Constitución Política del Perú de 1993; ambos textos normativos vigentes a día de hoy. Punto de vista este, desde el que el conciso contenido regulativo de la Ley Nº 31935 parecería innecesario por redundante, aunque hay también quienes se decantan por defender la pertinencia de la Ley destacando la importancia de su efecto afianzador de la protección jurídica del concebido en el ordenamiento jurídico peruano; esto último, como una forma de acentuar esa particular aportación del Derecho peruano, que, al propio tiempo, constituye una novedad en el Derecho comparado, al ser el único sistema normativo que reconoce subjetividad jurídica al concebido desde el momento de la concepción.

Junto con ello es preciso también traer a colación las palabras del Dr. Leysser León Hilario, profesor de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien, en su más reciente artículo, publicado en el núm. 113 (2023) de la Revista *Actualidad Civil*, bajo el título "Los derechos de la personalidad del concebido y su especificación mediante la Ley Nº 31935", sostiene que la citada Ley "representa uno de los hitos más destacados en el proceso de descodificación civil desarrollado en nuestro país, donde el Código de la materia está cercano a cumplir cuatro décadas". Esta Ley especial, subraya el mencionado autor, tiene como destino, dada su temática, "integrar, complementariamente, la del Código Civil", en cuyo marco el Dr. León Hilario inevitablemente se pregunta: "¿Era necesaria una ley sobre derechos del concebido, todos los cuales son, por cierto, atributos inherentes a su condición humana —derechos de la personalidad— que bien se podían deducir del texto vigente del Código Civil, a pesar de su imprecisión?", ante lo que se responde inmediatamente en forma afirmativa. La razón de su respuesta radica en que el reconocimiento del concebido como "sujeto de derechos en todo cuanto le favorece" no solo implica ventajas, sino también desventajas, pues ambas

implicancias son correspectivas de la subjetividad jurídica, siendo necesario que se determine adecuadamente, en relación con el concebido, el alcance de los efectos que incumbe para el mismo el reconocimiento de su subjetividad jurídica con tal especial condición. Este planteamiento me recordó el acertado tratamiento que una autora hispano-peruana —a quien también cita en su artículo el Dr. León Hilario— había dedicado al concepto de los "efectos favorables" del concebido, pues su condición como sujeto de derecho en el Código civil peruano (artículo 1 párrafo segundo) —así como en el texto constitucional (art. 2 inciso 1)— aparece expresamente reconocida "para todo cuanto le favorece"; la autora a quien me refiero es la profesora Romina Santillán Santa Cruz, Doctora en Derecho tras la defensa de su tesis doctoral en la Universidad de Zaragoza en diciembre de 2019 y actualmente profesora de Derecho civil en esta misma universidad.

Y es que todo lo anterior, en su conjunto, como no podía ser de otra manera, ha dado lugar a una más que oportuna actualización de la monografía que la profesora Romina Santillán Santa Cruz publicó en el año 2014 bajo el sello editorial de Motivensa, titulada *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica* —que es la obra en que leí ese estudio de los efectos favorables del concebido como sujeto de derecho al que antes he hecho alusión—, y que fuera elaborada sobre la base de la investigación que defendió para obtener el título de Máster en Especialización e Investigación en Derecho en la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del Dr. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, catedrático de Derecho civil en la mencionada universidad y quien además elabora uno de los prólogos de la obra. Y junto con este prólogo se encuentra también el que elaboró el recordado Dr. Carlos Fernández Sessarego†, renombrado jurista peruano que actuó precisamente como ponente del Libro Primero del Código civil, dedicado al "Derecho de las Personas", ante las Comisiones Redactora y Revisora del anteproyecto del Código civil peruano de 1984 (hoy vigente), y que traspasó fronteras con sus investigaciones de Derecho civil, entre las que destacan ampliamente, pero no solo, aquellas en defensa de la protección jurídica de la persona y de la subjetividad del concebido.

Ambos prólogos resultan de enorme interés y utilidad para situar al lector en contexto y prepararle para encarar con solvencia la lectura del libro. Dando cumplimiento a este objeto, el profesor Martínez de Aguirre Aldaz sostiene en su prólogo que "el artículo 1 del vigente Código civil peruano representa una aportación importante, no suficientemente conocida ni valorada, al afirmar tajantemente que 'la persona humana es sujeto de derecho desde el nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo'", para luego señalar que: "Estas reglas, que no es posible entender bien en todo su alcance, ni en toda su novedad, sin conocer la

larga evolución que les precede, son las que estudia con detalle el trabajo que ahora presento". Por su parte, se pronuncia el profesor Carlos Fernández Sessarego† en su respectivo prólogo destacando que: "Es notoria la escasa bibliografía nacional que aborda el tema de la presente obra en torno al estatus jurídico del concebido. Poco se ha escrito en el Perú, de manera orgánica, sobre este capital asunto que concierne al primer período de la existencia humana, la que se inicia con la concepción o fecundación. De ahí una, pero no la única, de las razones que avalan la importancia y oportunidad de la edición del presente libro", tras lo cual sostiene —en opinión que comparto— que: "El presente volumen cumple, así, con llenar un sentido vacío en relación con la temática relacionada con la posición del concebido dentro del ordenamiento jurídico nacional".

La obra se divide en tres capítulos, cada uno de los cuales se refiere a ámbitos fundamentales de la temática abordada para procurar la comprensión de su regulación y alcance, y aunque se centra especialmente en el Derecho peruano, en todos ellos hay una oportuna remisión comparativa a los Derechos español y argentino, a los que recurre la autora para apoyarse en su labor de construcción de la obra, pues, como antes se anticipó de la mano del profesor Fernández Sessarego†, existe escasa bibliografía sobre la materia en el Derecho peruano. En cada uno de los capítulos la autora asume posturas claras y definidas, haciendo uso de una redacción dinámica, elegante e impecable que permite al lector adentrarse en la obra y realizar una lectura llana, apacible y sostenida. Además, el libro se conduce de lo general a lo particular sentándose así en cada uno de los capítulos las bases sobre el que se construye el siguiente, lógica de la que se sirve la autora hasta llegar al último capítulo. Todo lo cual viene acompañado de un riguroso trabajo exegético, con el empleo adecuado de los cánones histórico-legislativo, sistemático y teleológico de la interpretación jurídica que conducen el desarrollo de la monografía.

En el primer capítulo, que lleva por título "Desarrollo histórico-legislativo de la protección del concebido en el orden civil peruano", la autora hace un recorrido legislativo por los tres Códigos civiles que ha tenido Perú desde su vida republicana (1821). Abre este capítulo con el tratamiento de la situación del concebido en el Código civil peruano derogado de 1852, que, en sus palabras, sobresale por su fidelidad a la tradición romanista, por cuanto recurre a la ficción de reputar nacido al concebido para otorgarle lo que podía resultarle favorable, exigiendo la concurrencia de una serie de condiciones para que el nacimiento del mismo pudiera generar efectos civiles, más en concreto: i) el nacimiento con vida debía producirse cuando menos al sexto mes desde su concepción, ii) el nacido debía poseer figura humana, y iii) vivir como mínimo veinticuatro horas contadas desde el nacimiento. En 1936 entra en vigor un nuevo Código civil que viene a derogar varias de las circunstancias antes anotadas, pero mantiene la técnica de la ficción

como mecanismo para la tutela del concebido, condicionándose el inicio de la personalidad solo al momento del nacimiento. En este punto, la autora destaca lo llamativo que resulta que en 1936 las exigencias legales de la "figura humana" y de la "viabilidad" dejaran de ser circunstancias para condicionar la protección del concebido en el Código civil peruano, en tanto que en el Código civil español (en vigor desde 1889) tales exigencias fueron derogadas muchos años más tarde, para ser exactos en 2011 con ocasión de la reforma introducida por la Disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en el artículo 30 del Código civil español (que decía: "Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno", y ahora dice: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno"; norma esta que, pese a su modificación, dice la autora, mantiene el mismo sentido de su redacción anterior, "por cuanto solo considerará nacido (vivo), a efectos de la adquisición de la personalidad, a aquel concebido cuyo nacimiento presente un requisito, que de acuerdo con la regulación vigente se reduce al entero desprendimiento del seno materno, el mismo que —como señalara la doctrina mayoritaria con relación a la derogada redacción del artículo 30— se produce con la rotura del cordón umbilical").

En este mismo capítulo, tras el tratamiento de la situación del concebido en los Códigos civiles derogados de 1852 y 1936, la autora expone brevemente cuál fue el cambio que, en relación con este asunto, introdujo el Código civil de 1984, reservando ya el estudio de las cuestiones de fondo para el segundo capítulo. El primer capítulo de la obra contiene, además, en su parte final un breve análisis de la regulación del concebido en la Constitución peruana de 1993, pues esta elevó al ámbito constitucional la posición jurídica del *nasciturus* adoptada inicialmente por el Código civil de 1984, así como del panorama jurídico constitucional en el que entró en vigencia este último Código —pues en ese momento se encontraba en vigor la Constitución peruana de 1979, cuya regulación sobre el concebido reposaba en la técnica de la ficción: "Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece" (artículo 2 inciso 1, segundo párrafo), de la que el Código de 1984, como hemos visto antes, decide desmarcarse—.

En el segundo capítulo, titulado "La situación del concebido en el Código civil de 1984: alcance y contenido de la posición reconocida en el artículo 1", la autora estudia la situación jurídica del concebido en el Código civil de 1984 para desarrollar el contenido y alcance de la posición que aquel le ha reconocido en su artículo 1 y que antes he transcrito al hacer referencia al prólogo del profesor Martínez de Aguirre Aldaz. Este capítulo cumple con desarrollar el objeto central de la obra en torno a cinco puntos bien delimitados. En el primer punto se explica el alcance del término "concepción" que el mencionado artículo 1 emplea en una

de sus disposiciones para referirse al comienzo de la vida humana, destacando la autora su coincidencia con el hecho biológico de la fecundación; cuestión sobre la que también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano en la conocida sentencia del Expediente Nº 02005-2009-PA/TC, de 16 de octubre de 2009, en la que se discute la posible afectación del derecho a la vida del concebido con la distribución gratuita de la píldora del día siguiente.

Este capítulo se destina así mismo, en su segundo punto, al desarrollo de una serie de consideraciones doctrinales que plantea la autora para intentar demostrar que, según el artículo 1 del Código civil, el concebido no es solo sujeto de derecho sino también "persona humana". Esta discusión tiene su origen en la inadecuada técnica legislativa que emplea el mencionado precepto en su párrafo primero, que en un primer momento parecería negar que el concebido es persona humana —me parece oportuno reseñar aquí, como lo hace la autora, que el Código civil peruano de 1984, además de en otras fuentes, se inspiró en el Código civil argentino de Dalmacio Vélez Sarsfield de 1971 (que fuera derogado por el Código civil y comercial de la Nación en 2015), el cual en su artículo 63 reconocía al concebido como "persona por nacer" (expresión que el actual Código argentino también recoge, pero en el artículo 24 a), precepto que, en general, se refiere a las "Personas incapaces de ejercicio")—. Al respecto, me parece conveniente citar literalmente lo que, con un acertado y bien estructurado razonamiento, sostiene la autora: "Para el Derecho civil peruano el concebido no solo sería sujeto de derecho para lo favorable sino también persona humana, toda vez que cuando en el artículo 1 se dispone que *la persona humana* es *sujeto de derecho desde su nacimiento*, está admitiéndose simultáneamente que se es persona humana antes y después del nacimiento, así como que la persona humana sujeto de derecho después del nacimiento no es otra que la persona individual o natural. El concebido es sujeto de derecho 'para todo cuanto le favorece' mas no, según la terminología de la doctrina jurídica peruana, 'persona natural'. Dicha disposición no despoja al concebido de su condición de persona humana, así como tampoco le resta subjetividad jurídica, si se tiene en cuenta que el propio Código Civil reconoce también al concebido como sujeto de derecho. Solo una lectura segmentada del citado artículo 1 permitiría concluir que el concebido no es sujeto de derecho; de ahí la necesidad de interpretar el artículo en su conjunto".

El tercer punto desarrolla la condición del concebido como sujeto de derecho "para todo cuanto le favorece" al objeto de determinar el alcance de su capacidad jurídica, para lo cual la autora define en sentido amplio el concepto de los "efectos favorables" —que, en sus propias palabras, es el concepto en que puede condensarse la expresión normativa "para todo cuanto le favorece" que recoge el Código civil peruano en relación con el concebido—, pero no sin antes advertir que el mismo ha generado diversas opiniones sobre su significado; todas

estas opiniones como aquella que asume finalmente la autora podrá encontrarlas el lector en la obra y no las desarrollo intencionadamente para despertar una bien avenida curiosidad. El cuarto punto sirve a la autora para proponer una interpretación histórica y teleológica de la condición legal establecida por el artículo 1 para la atribución de derechos patrimoniales al concebido. Y, finalmente, en el quinto punto se hace referencia a los supuestos de extinción de la calidad jurídica de concebido.

En el tercer y último capítulo la autora se sumerge en el estudio de "Los efectos civiles para el concebido y su protección a partir de la regulación civil vigente". La autora desarrolla este capítulo en dos partes: la primera, dedicada a los derechos personales como efectos favorables y actuales para el concebido, y la segunda, a sus derechos patrimoniales como efectos sometidos a una condición legal suspensiva. Una vez expuestas las nociones fundamentales de ambos efectos, se presentan aquellos derechos personales del concebido que la autora tuvo a bien desarrollar en su obra: el derecho a la vida, a la integridad física, a los alimentos, la filiación, la representación del concebido y la adquisición de la nacionalidad, y a los que aplica, con perspectivas teórica y práctica, las reglas del artículo 1 del Código civil peruano. Finaliza este tercer capítulo con la exposición de algunos supuestos de atribución de derechos patrimoniales al concebido, entre los que aparecen su posibilidad de recibir herencia, de recibir donaciones, de contratar y ser indemnizado por los daños físicos que pudiera padecer durante la gestación como producto de la actuación dolosa o culposa de algún sujeto en su contra.

Estamos, en definitiva, ante una obra rigurosa y bien cuidada, tanto en el fondo como en la forma, cuya consulta es recomendada. La autora desarrolla con solvencia y maestría cada uno de los capítulos de la obra que antes se han reseñado, demostrando ser una académica versada en la materia. Tanto es así que, con posterioridad a la publicación de este trabajo —el cual, al propio tiempo, le sirvió de base—, la Dra. Santillán Santa Cruz publicó otro sobre "La problemática de la sepultura al concebido nacido muerto" en la Revista *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, núm. 74 (2014), el cual, dada su trascendencia teórico-práctica, en forma más extensa y con unos nuevos matices, luego fue publicado en la primera plana de *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia de la Pontifica Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" (UCA)* con el título "Antígona rediviva: sobre el derecho a la sepultura del nacido muerto". En él, la autora aborda el estudio de la problemática de la sepultura al concebido nacido muerto en el orden jurídico peruano, generada por la existencia de una directiva interna de la Dirección de Salud que condiciona la expedición del certificado de defunción fetal —que autoriza el entierro— al requisito de un peso, artificial y arbitrariamente establecido, que deben presentar los nacidos muertos al momento del nacimiento; asunto que se hizo mediático a propósito de la sentencia emitida

por el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima en el marco del Expediente de *Habeas Corpus* 3189-2013-26-JPL. La obra ahora recensionada fue fundamental para que la autora pudiera elaborar este trabajo académico de hondo calado sobre la sepultura del concebido, por lo que sobran razones para invitar a los lectores a introducirse en su lectura y posibilitar así que sobre su base se puedan seguir construyendo nuevas investigaciones en la materia, sobre todo ahora que se ha publicado la Ley N° 31935, de la que seguro no poco se dirá en lo sucesivo.

Ese último acontecimiento legislativo al que hice referencia al inicio de esta recensión vuelve a colocar, por consiguiente, sobre la palestra esta obra que hoy se convierte en una más que necesaria para afrontar, con ese realismo con que lo hace la autora, un tema tan crucial e indispensable como es la protección jurídica de la persona en la fase inicial de su vida. Por ello, recomiendo como material básico de lectura el libro *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, escrito por la Dra. Santillán Santa Cruz con una rica exégesis, sistemática y armonía que permitirá adentrarse en el estudio de este tema tanto a los juristas peruanos como a aquellos de otras latitudes, por un lado, para conocer y/o profundizar en el mismo y, por otro lado —en referencia a los segundos destinatarios—, para dar lugar a ese oportuno trabajo comparativo que es capaz de enriquecer el Derecho en su conjunto y posibilitar el perfeccionamiento de la técnica legislativa o, de ser el caso, incluso la importación de las previsiones del Código civil peruano sobre la materia que aquí concierne en otros Derechos. Y es que considero que la obra bajo comentario acrece su valor intelectual cada día y se constituye en un interesante derrotero y guía para futuros estudios y publicaciones en torno a los derechos del concebido en Hispanoamérica.

Emilia Bustamante Oyague
Jueza Suprema Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú
Profesora Asociada de la Academia de la Magistratura de Perú. Integrante del Comité Directivo de la Academia de la Magistratura de Perú, Período 2023-2025
Profesora de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú
Integrante del subgrupo de Derecho de Familia que colaboró con el Grupo de Trabajo conformado por el Ministerio de Justicia para revisar y proponer mejoras al Libro III del Código civil, Período 2017-2019